

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, 1ª, Título I, Ley XIII).

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXXIII

SEGUNDO SEMESTRE

NUMERO 2472

VOLUMEN II

SANTAFE DE BOGOTA, D.C., COLOMBIA - AÑO 1994

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA
PENICENTRAL DE COLOMBIA - TALLER DE ARTES GRAFICAS

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

SALA PLENA

Doctor Ricardò Calvete Rangel, Presidente
Doctor Carlos Estéban Jaramillo Scholss, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuan, Secretaria General

SALA LABORAL

Doctor Ernesto Jiménez Díaz
Doctor Ramón Zúñiga Valverde, Presidente
Doctora Luz Emilia Jiménez de Molina, Secretaria



MAGISTRADOS Doctores:

Rafael Méndez Arango
Manuel Enrique Daza Alvarez
Francisco Escobar Henríquez
Ernesto Jiménez Díaz
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA CIVIL

Doctor Pedro Lafont Pianeta, Presidente
Doctor Luis Antonio Montañez Soto, Secretario
Doctor Héctor Moreno Aldana, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Eduardo García Sarmiento
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Francisco Javier Tamayo Jaramillo
Carlos Estéban Jaramillo Scholss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra

SALA PENAL

Doctor Edgar Saavedra Rojas, Presidente

Doctor Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Ricardo Calvete Rangel

Jorge Carreño Luengas

Nilson Pinilla Pinilla

Guillermo Duque Ruiz

Gustavo Gómez Velásquez

Carlos Eduardo Mejía Escobar

Dídimo Páez Velandia

Edgar Saavedra Rojas

Juan Manuel Torres Fresneda

Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES:

SALA LABORAL

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz

SALA CIVIL

Doctora Liliana Polanía Alvarez

SALA PENAL

Doctora Ayda Lucy López de Giraldo

TUTELAS

Doctora Piedad Arcila Espinosa

Doctora Beatriz Eugenia Cortés Becerra

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

SALA CIVIL: *Doctora Liliana Polanía Alvarez*
SALA LABORAL: *Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz*
SALA PENAL: *Doctora Ayda Lucy López de Giraldo*
TUTELAS: *Doctora Peadar Arcila Espinosa*
Doctora Beatriz Eugenia Cortés Becerra

Tomo CCXXXIII - Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia - Año 1994 - Número 2472

SALA DE CASACION PENAL

DEMANDA DE CASACION

El artículo 223 del C. de P.P. establece que el recurso extraordinario de casación se interpondrá por escrito. El rigorismo de este precepto que obliga por igual a todos los titulares del recurso, ha sido atemperado por la jurisprudencia en relación con el procesado no abogado, a quien es en extremo difícil exigirle conocimiento jurídicos sobre la materia y las aptitudes necesarias para cumplir con el requisito anotado. Por éllo se ha estado admitiendo que cuando del procesado se trate, su inconformidad con la sentencia, expresada con palabras, como recurso ante la Corte, e incluso el simple "apelo" es suficiente para dar a entender su determinación de acudir ante la autoridad judicial competente para conocer de esta impugnación extraordinaria.

Pero esta concesión jurisprudencial no tiene aplicación cuando se trata del Señor Fiscal, o del Agente del Ministerio Público o del abogado que representa los intereses del procesado o de la parte civil quienes están en el deber de precisar la naturaleza de este medio de impugnación y de interponerlo en la forma señalada por la ley.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 94.

Vistos:

Presentada oportunamente la demanda de casación a nombre del procesado HENRY DAVID MORALES GONZALEZ es del caso decidir sobre su idoneidad en los términos del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal Superior Militar mediante sentencia de 6 de julio de 1993 revocó la absolución decretada por el Comandante del Batallón de Policía Militar de Cartagena en favor del Sargento Segundo de Infantería de Marina Henry David Morales González y en su lugar lo condenó a la pena principal de 14 meses de prisión como responsable del delito de hurto y a la sanción accesoria de separación absoluta de las Fuerzas Militares; decisión contra la que su defensor interpuso recurso de apelación a fin de que fuera revocada.

El Magistrado Ponente de la mencionada Corporación considerando que se trataba de un "*lapsus calami*" cometido por el abogado defensor que protestó el fallo de segunda instancia, le concedió el recurso de casación imprimiéndole la respectiva tramitación.

Se considera:

El artículo 223 del C. de P.P. establece que el recurso extraordinario de casación se interpondrá por escrito. El rigorismo de este precepto que obliga por igual a todos los titulares del recurso, ha sido atemperado por la Jurisprudencia en relación con el procesado no abogado, a quien es en extremo difícil exigirle conocimientos jurídicos sobre la materia y las aptitudes necesarias para cumplir con el requisito anotado. Por ello se ha estado admitiendo que cuando del procesado se trate, su inconformidad con la sentencia, expresada con palabras, como recurso ante la Corte, e

incluso el simple "apelo" es suficiente para dar a entender su determinación de acudir ante la autoridad judicial competente para conocer de esta impugnación extraordinaria.

Pero esta concesión jurisprudencial no tiene aplicación cuando se trata del Señor Fiscal, o del Agente del Ministerio Público o del abogado que representa los intereses del procesado o de la parte civil quienes están en el deber de precisar la naturaleza de este medio de impugnación y de interponerlo en la forma señalada por la ley.

Por eso en el caso *sub-judice* no puede admitirse, que cuando el abogado defensor interpuso el recurso de "APELACION" contra la sentencia y lo sustentó como tal, mediante un simple alegato de instancia, estaba interponiendo el recurso extraordinario de casación y que se trata de un simple "*lapsus calami*", como equivocadamente lo entendió el Magistrado del Tribunal Penal Militar. No; aquí está el Juzgador ante un grave desconocimiento por parte del profesional del derecho de la normatividad que regula la materia y de la técnica propia del recurso, que no pueden pasar desapercibidos.

Quiere decir lo anterior, que en el caso a estudio, no se interpuso el recurso extraordinario de casación y que muy equivocado anduvo el Magistrado sustanciador cuando lo admitió contrariando de manera evidente las normas del procedimiento penal sobre la materia.

Por estas razones se declarará nulo lo actuado en este proceso a partir del auto de fecha 9 de septiembre de 1993 que declaró admisible el recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, como quiera que el sentenciado Henry David Morales González no puede promover en su propio nombre la acción de revisión por no ser abogado titulado (artículos 232 y 233 del C. de P.P.) y la sentencia contra la cual se dirigió no se encuentra materialmente ejecutoriada (artículo 232 *ibídem*) se dispondrá rechazar la demanda por él presentada (fl. 216 y ss. del expediente) dejando copia de la misma en el expediente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal declara la *nulidad* de la actuación a partir inclusive, del

auto de 9 de septiembre de 1993 en adelante y *rechaza* por improcedente la demanda de revisión presentada por el sentenciado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

La diligencia de reconocimiento de personas, regulada por los artículos 603 y 604 del Código Penal Militar, que son casi iguales a los artículos 367 y 368 del Código de Procedimiento Penal, presupone necesariamente que “a una persona determinada” se le haya hecho alguna incriminación o cargo, tal como lo indican las citadas normas. Sólo así es posible practicar la aludida diligencia, porque si previamente no se supiera a quién se pretende reconocer, por sustracción de materia no podría integrarse la fila, ni pedírsele a nadie que designara un apoderado.

Si se admitiera la tesis de la impugnante (la identificación de los delinquentes como el reconocimiento en fila de personas), se llegaría al absurdo de impedir al sujeto pasivo del hecho punible y a las personas que hubieren presenciado su comisión, que señalaran al autor o partícipes del mismo, inmediatamente después de su ocurrencia y cuando todavía no hay datos suficientes para la realización de la diligencia en la forma prevista en la ley. No se olvide que justamente las pruebas practicadas inmediatamente después de la delincuencia, son las que se exhiben más vitales para el esclarecimiento de las mismas, dado ese factor cronológico de prontitud.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 94.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 1o. de diciembre de 1992, por medio de la cual el

Tribunal Superior Militar condenó a los Agentes de la Policía Nacional, ROBERTO LUNA CABALLERO y HUMBERTO ARTURO VARGAS, a dos años de prisión por el delito de concusión.

Antecedentes:

1. Los hechos que originaron la formación de este proceso tuvieron ocurrencia en las horas de la tarde del día 19 de agosto de 1990, cuando la señora Lucía Alvarado Castillo y el señor Fabián Mosquera Bastidas, se encontraban en el interior de su vehículo a la entrada de las oficinas de Proexpo, en esta ciudad capital. El señor Bastidas fue abordado por el Agente de la Policía de nombre Humberto Arturo Vargas, quien luego de requisarlo y examinar los documentos pertinentes, registró el baúl del automotor y al encontrar en su interior 7 chaquetas de cuero, decidió conducir a los citados al CAI de San Diego, lugar en el cual Roberto Luna Caballero, también Agente de la Policía, exigió a Mosquera la cantidad de veinte mil pesos para no ponerlos a disposición de la Aduana Nacional y más bien dejarlos partir sin ningún problema. Mosquera accedió a la exigencia y dejó la referida suma en el “baño” del CAI.

Inmediatamente después de sucedido lo anterior, los ofendidos presentaron la queja pertinente y procedieron a identificar a los agentes, a quienes inicialmente sólo podían señalar por el número de sus chaquetas.

2. En las versiones que rindieron en la Policía, los quejosos se ratificaron en los cargos, al paso que los Agentes imputados se declararon inocentes (fls. 4 y ss.).

3. Mediante auto de 17 de enero de 1991 (fls. 224 y ss.), el Comandante de Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, al examinar dichos hechos, impuso a los procesados Roberto Luna Caballero y Humberto Arturo Vargas, arresto severo de 8 y 5 días, respectivamente.

4. Los policiales que estaban en el CAI dijeron que vieron a los procesados hablando con los quejosos y que éstos identificaron a aquéllos como los autores del hecho. Al respecto, el capitán Oscar Jacinto Mariño, al ratificar su informe inicial, declaró (fls. 61 y 62) que las víctimas mostraron dónde habían dejado el dinero, y en relación con la

identificación referida, dijo: “No se realizó el reconocimiento legal con todas las formalidades. Los civiles se encontraban en el CAI en compañía de otros policiales y cuando se hizo presente la patrulla implicada, la señora, sobre todo, los señaló de frente, de igual manera hizo el mencionado señor” (fls. 62).

En sus indagatorias (fls. 124 y ss.), los imputados admitieron haber conducido a la pareja al CAI, pero negaron cualquier exigencia de dinero.

5. Se decretó la detención preventiva de los sindicados, por el delito de concusión, providencia que confirmó el Tribunal (fls. 130 y 234).

El mencionado Comando –juez de primera instancia–, por medio de Resolución No. 034 de 5 de mayo de 1992 (fls. 189 y ss.), convocó a los procesados a Consejo de Guerra, por el referido delito previsto en el artículo 198 del Código Penal Militar, el cual se llevó a cabo el 19 de agosto de 1992 (fls. 263 y ss.). El 2 de septiembre subsiguiente se dictó sentencia, mediante la cual, en armonía con la resolución de convocatoria, se condenó a los procesados a la pena principal de 2 años de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la Policía Nacional e interdicción de derechos y funciones públicas. Se les negó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal lo confirmó integralmente, por medio del suyo que recurrieron en casación los procesados.

La demanda:

La casacionista invoca, a nombre de los dos procesados, la violación indirecta de la ley, alegando error de derecho por falso juicio de legalidad (art. 220-2 C. de P.P.). Afirma al respecto que “el reconocimiento” de los procesados por parte de las víctimas, prueba base de la condena, se practicó con omisión de los requisitos contemplados en los artículos 603 y 604 del Código Penal Militar.

Estima que el reconocimiento a que alude “ha debido hacerse por parte de los aquí denunciantes, una vez se hubiera ordenado tal acto procesal mediante auto por parte del instructor, y en cumplimiento de dicho auto y

asistidos por sus defensores los aquí condenados hubieran asistido al correspondiente reconocimiento en fila de personas...’ (fls. 402).

Por otro lado, sostiene que el Tribunal, en la sentencia impugnada, habla de “encadenamiento indiciario”, però sin decir cuáles son los hechos indicadores, “incurriendo de esta manera el sentenciador en el mismo error frente al falso juicio de legalidad, al referirse a un encadenamiento indiciario” (fls. 404) y agrega: “La característica de la prueba indiciaria es la de ser construida por el funcionario judicial dentro de las decisiones de fondo, con base en la prueba legalmente producida, enunciando en forma expresa el hecho indicador hasta llegar al hecho indicado, después de haber hecho una inferencia lógica y además de acuerdo con las reglas generales de la experiencia, situaciones que en manera alguna se hallan demostradas en el caso *sub-examine (sic)*”.

En esos términos, pues, pide que se case el fallo y se absuelva a los procesados.

Conceptos de la Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice que la diligencia de reconocimiento prevista en los artículos 603 y 604 del Código Penal Militar, en términos análogos a los artículos 367 y 368 del Código de Procedimiento Penal, “no puede confundirse con la percepción directa del testigo frente al agente del delito y la eventualidad de que inmediatamente cometido el hecho, éste lo impute a quien señala en el acto como el responsable del mismo” (fls. 7 cuaderno Corte), y agrega que la “inicial imputación que los ciudadanos compelidos a entregar la suma de \$20.000.00 hicieron a los uniformados, como simple señalamiento informal que permitió iniciar sobre bases concretas la investigación, resulta plenamente válida, sin que sea posible, en consecuencia, revestirla de exigencias que la ley no ha previsto para semejantes hipótesis; siendo por lo demás necesario recordar, que la inequívoca inculpación fue consignada por escrito y bajo la gravedad del juramento de los denunciantes” (fls. 9).

Y a renglón seguido precisa la Procuraduría: “Finalmente sólo resta agregar que en lo referido al esbozo de planteamiento que sobre el tema

de la prueba indiciaria hace la actora, si bien lo afirma que este ataque lo dirige también por la vía del error de derecho, es también lo cierto, que el planteamiento es tan vago e impreciso que ni siquiera se puede establecer si lo que censura es la inferencia indiciaria o el hecho indicador, pues indistintamente se refiere a los dos extremos del indicio, olvidando las exigencias de claridad y precisión que debe cumplir la formulación de cualquier cargo de casación”.

Sugiere, entonces, no casar el fallo.

Se considera:

Lo primero que debe decirse es que en el proceso no se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento prevista en los artículos 603 y 604 del Código Penal Militar, sino un señalamiento de los autores del delito denunciado, hecho por los concusionados, que primero acudieron a contrainteligencia de la SIJIN, contaron lo sucedido y, ya en el CAI donde prestaban turno los procesados, identificaron a éstos como los que acababan de consumir la concusión.

Es importante destacar que la diligencia de reconocimiento de personas, regulada por los artículos 603 y 604 del Código Penal Militar, que son casi iguales a los artículos 367 y 368 del Código de Procedimiento Penal, presupone necesariamente que “*a una persona determinada*” se le haya hecho alguna incriminación o cargo, tal como lo indican las citadas normas. Sólo así es posible practicar la aludida diligencia, porque si previamente no se supiera a quien se pretende reconocer, por sustracción de materia no podría integrarse la fila, ni pedírsele a nadie que designara un apoderado.

Si se admitiera la tesis de la impugnante, se llegaría al absurdo de impedir al sujeto pasivo del hecho punible y a las personas que hubieren presenciado su comisión, que señalaran al autor o partícipes del mismo, inmediatamente después de su ocurrencia y cuando todavía no hay datos suficientes para la realización de la diligencia en la forma prevista en la ley, como ocurrió en el presente caso. No se olvide que justamente las pruebas practicadas inmediatamente después de la delincuencia, son las que se exhiben más vitales para el esclarecimiento de la misma, dado ese factor cronológico de prontitud.

Fue a ese par de testimonios de los ofendidos –y no propiamente al aducido ‘reconocimiento’– al que echó mano el sentenciador para, como prueba principalísima de cargo, condenar a los procesados.

En efecto, la resolución de convocatoria dice en relación con ello: “En estas condiciones encontramos que son creíbles las imputaciones que bajo la gravedad del juramento formulara Fabián Mosquera Bastidas en contra de los Agentes Vargas Humberto Arturo y Luna Caballero Roberto, en relación con la exigencia y entrega del dinero a los policiales a cambio de obtener su libertad y la de la señora Lucía Alvarado Castillo, que lo acompañaba. Sus testimonios son claros, precisos y determinados en cuanto a las circunstancias que rodearon los hechos, sin que se observe ánimo diferente al de informar lo ocurrido, no como represalia a la conducta de que fueron objeto, sino más bien para poner en conocimiento un hecho ilícito de que fueron víctimas, pues cualquier persona puede ser conducida en ciertas circunstancias mientras aclara alguna situación” (fls. 195).

Igual consideración hizo –textual, aunque sin colocar las comillas de rigor - fls. 317– el fallo de primera instancia.

Ahora bien: el Tribunal, en la sentencia impugnada, dijo que dicho señalamiento que hicieron los sujetos pasivos del delito fue hecho “en el preciso momento y luego de haber puesto el delito en conocimiento de las autoridades de inteligencia, justamente y con mayor razón para que así pudiera hacerse con respecto a los mismos la investigación que ahora ha culminado con la sentencia que nos ocupa. Era preciso exponer a quien se acusaba del hecho, y de ahí ese ‘reconocimiento’ en vía pública. Pero de ahí a considerar indebido el procedimiento, si (*sic*) que dista diametralmente” (fls. 365).

En fin, como la demandante le exige al comentado “reconocimiento” unos requisitos que éste no requiere –tesis en que rige el error de derecho que esgrime–, resulta apenas obvio que el cargo no prospere.

En cuanto a la crítica que hace en segundo lugar la casacionista al fallo del Tribunal, si bien en éste se alude, sin apuntar nada más al respecto, a un “encadenamiento indiciario” (fls. 364 y 365), debe decirse que en realidad ese “encadenamiento indiciario” no fue el que sirvió de

fundamento a la sentencia, y que por tanto el error argüido jamás tendría la calidad de trascendente. Basta con leer los fallos para advertir que la prueba de cargos está integrada fundamentalmente por los testimonios de sus víctimas. Aparte de esto, también es bueno recordar que, en cuanto no se opongan expresamente, los fallos de primera y segunda instancias conforman un único cuerpo jurídico, siendo dable señalar que del fallo de primer grado sí se pueden extraer algunos hechos indiciarios, como que los procesados condujeron a los ofendidos al CAI, que aquéllos admitieron tal cosa y que efectivamente prestaban en ese lugar tercer turno de vigilancia.

De suerte que ese posible error del Tribunal, de aludir tan lacónicamente a un “encadenamiento indiciario”, deviene aquí enteramente inane.

Por último, no sobra destacar que la casacionista, al atacar la prueba indiciaria, no desarrolla la objeción, sin saberse si lo que combate es la fuente del indicio (caso en el cual se debe aducir el error correspondiente) o la inferencia lógica, evento en el cual, como lo tiene dicho la jurisprudencia, lo correcto es acudir al error de hecho.

La sentencia, pues, se mantendrá intacta.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTRADICION

El ordenamiento jurídico colombiano faculta al gobierno para ofrecer o conceder la extradición de extranjeros, excepto por delitos políticos o de opinión, siempre que se cumplan las siguientes dos condiciones:

1. Que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años; y 2. Que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 93 de 23 de agosto de 1994.

Vistos:

Procede la Sala a emitir el concepto de rigor en relación con la solicitud de extradición formulada por el Gobierno italiano respecto de su súbdito ROBERTO PANNUNZI.

Antecedentes:

Mediante comunicación recibida el 4 de abril de 1994, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia remitió a esta Corporación para el concepto del caso, la documentación que le presentó la Embajada de Italia en nuestro país solicitando la extradición de su nacional ROBERTO PANNUNZI.

Repartidas a este despacho las diligencias, dos días después se recibió en la Secretaría de la Sala un memorial suscrito por ROBERTO PANNUNZI designando como su defensor para el trámite de la extradición al doctor JULIO MARTIN URIBE RESTREPO.

Simultáneamente con el reconocimiento del defensor se ordenó abrir el término probatorio dentro del cual únicamente aquél impetró la práctica de algunas diligencias.

El decreto de pruebas se produjo mediante proveído del 12 de mayo, en el que fueron aceptadas varias de las pedidas y se ordenaron otras en forma oficiosa.

Una vez aducidas las pruebas que habían sido decretadas, a las que vino a sumarse por disposición de la Corte la traducción de algunas normas del Código de Procedimiento Penal Italiano que aportó el defensor, se ordenó, por auto de 27 de julio del año en curso, correr el traslado para alegar de conclusión, lo cual hizo oportunamente la defensa a través del memorial que antecede.

Vencido el término para alegar han vuelto las diligencias para emitir el concepto de rigor.

Alegato de la defensa:

El defensor de ROBERTO PANNUNZI demanda de la Corte emitir concepto desfavorable respecto de la extradición de su representado, solicitada por el Gobierno italiano, aduciendo, la invalidez formal de la documentación aportada por el Estado italiano para ese efecto.

En apoyo de su pedimento hace un recuento de la actuación procesal para concluir que "...el Gobierno requirente en ningún momento procesal cumplió con los requerimientos que las normas legales colombianas exigen para la viabilidad de la extradición...".

Cita el artículo 246 del C. de P.P. conforme al cual: "Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación".

Transcribe también apartes de los artículos 551, 553, 555, 558 y 568 del C. de P.P., los que en su entender fijan el marco legal dentro del cual debe adelantarse el trámite de la extradición.

Expresa que no hay validez formal de la documentación que se acompañó para sustentar la petición de extradición de su defendido, porque con la solicitud inicialmente presentada la Embajada de Italia sólo adjuntó copias de la custodia cautelar emitida contra el señor Pannunzi y un extracto de la sentencia que le impuso al mismo 24 años de prisión, y aunque posteriormente se aclaró mediante nueva nota verbal que Italia hacía “petición formal” de extradición, no se presentó la documentación completa exigida por el artículo 551 de nuestro C. de P.P.

Agrega que pese a lo anterior el Ministerio de Justicia inexplicablemente le impartió su “Nihil Obstat” a la deficiente documentación aportada, soslayando el requerimiento previsto en el artículo 553 de nuestro estatuto procesal penal, y procedió a remitir el expediente a la Corte para el respectivo concepto.

Critica al Ministerio de Justicia por no haber examinado a fondo, como era su deber, la documentación aportada por la Embajada Italiana, pues de haberlo hecho habría advertido que no existía equivalencia entre la orden de custodia cautelar en cárcel italiana y nuestro llamamiento a juicio, máxime cuando en reciente pronunciamiento la Corte había sentado su criterio sobre el particular. (Sentencia de enero 26 de 1994 - M.P. Jorge Carreño Luengas).

Además, señala que el extracto de la sentencia condenatoria presentado por la Embajada Italiana, posiblemente es una fotocopia simple teniendo en cuenta que los sellos de autenticación que ostenta “...difieren en cuanto a color y originalidad...” de los que aparecen en la restante documentación, con lo que se estaría en presencia de una solicitud de extradición apresuradamente formalizada con base en documentos que no reúne las condiciones de autenticidad exigidas por nuestro ordenamiento legal, especialmente por el artículo 551-1 del C. de P.P.

Afirma que la sentencia del Tribunal de Locri que obra en el expediente, se allegó en forma extemporánea, toda vez que fue “infiltrada”

después de que la Corte había decretado, entre otras pruebas, solicitar al Gobierno italiano remitir copia de las providencias de fondo dictadas en el proceso seguido contra Pannunzi con posterioridad a la orden de custodia cautelar en cárcel, y, por tanto, dicha sentencia "...en ningún caso podrá ser tenida como prueba oportuna y legalmente arrimada".

De lo dicho concluye el defensor que la única documentación viable formalmente para que la Corte emita su concepto es la que originalmente le envió el Ministerio de Justicia, es decir, la orden de custodia cautelar en cárcel y la copia simple de un extracto de la sentencia condenatoria, dictadas contra su defendido; frente a las cuales resulta improcedente la extradición solicitada, primero, porque tal como lo ha sostenido la Corte en la jurisprudencia precitada, la orden de custodia cautelar en cárcel consagrada en la legislación italiana no es equivalente a nuestro llamamiento a juicio, y segundo, porque el artículo 551-1 del C. de P.P. colombiano exige que a la solicitud de extradición se acompañe copia o transcripción auténtica de la sentencia y no la escueta síntesis que presentó la Embajada Italiana.

Finaliza el alegato deprecando de la Corte se apremie a la autoridad correspondiente para que ponga en libertad inmediata a su representado y se ordenen las investigaciones a que haya lugar.

Consideraciones de la Sala:

El ordenamiento jurídico colombiano faculta al Gobierno para ofrecer o conceder la extradición de extranjeros, excepto por delitos políticos o de opinión, siempre que se cumplan las siguientes dos condiciones:

1. Que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años; y
2. Que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

En el presente caso el Gobierno del Estado italiano solicitó formalmente al Gobierno Colombiano, por intermedio de su Embajada

en nuestro país, concederle la extradición de su súbdito ROBERTO PANNUNZI, nacido en Roma el 4 de marzo de 1948.

La condición de ciudadano italiano del requerido se encuentra fehacientemente acreditada en el proceso con la tarjeta biográfica aportada con la solicitud, así como a través de la plena identificación que del mismo se hizo en la sentencia base del requerimiento. Además el propio ROBERTO PANNUNZI y su defensor han aceptado tal condición a lo largo del presente trámite.

De otro lado, obra en el expediente copia de la sentencia proferida por el Tribunal de Locri (Italia), debidamente autenticada y traducida al idioma español, fechada 12 de diciembre de 1993, mediante la cual se condenó a ROBERTO PANNUNZI a la pena de veinticuatro (24) años de reclusión por haberse comprobado su culpabilidad como organizador de una asociación criminal dedicada al tráfico de estupefacientes, delito previsto en Italia por el art. 74, párrafo I, L. 309/90.

Y aunque dicha sentencia no fue acompañada en forma completa a la solicitud de extradición, el extracto debidamente autenticado que de ella se allegó, permitía asumir como cierta la existencia de esa pieza procesal y, en tal virtud, es comprensible que el Ministerio de Justicia le hubiera impartido su visto bueno a la documentación y autorizara la continuación del trámite. Sin embargo, como era necesario contar con la transcripción completa de dicha sentencia, era apenas lógico que la Corte intentara obtenerla, como lo hizo, dentro del período probatorio con que contaba.

Considera la Sala que la incorporación de la sentencia condenatoria de PANNUNZI al proceso se hizo en forma legal y oportuna porque esa prueba había sido previamente decretada y, además, fue allegada antes de que se corriera el traslado para alegar de conclusión. Por consiguiente, contrario a lo solicitado por la defensa, se le reconocerá a ese importante medio de convicción toda la fuerza probatoria que merece.

Así las cosas resulta inútil distinguir si su allegamiento se produjo como consecuencia de la solicitud de la Corte o por la espontánea gestión del Ministerio de Justicia, pues lo cierto es que la requerida sentencia arribó por el conducto adecuado y se ajusta a las formalidades legales.

Aclarado lo anterior, aparece como manifiesta la extradición solicitada pues, en primer lugar, la condena no fue por un delito político o de opinión; en segundo término, el hecho por el que fue sentenciado PANNUNZI también constituye delito en nuestro país y se encuentra sancionado con pena de prisión cuyo mínimo es muy superior a cuatro años, más aún en tratándose del director o promotor de la organización delictiva. Y, además, el requerimiento se encuentra apoyado nada menos que en la sentencia de un Tribunal, lo que presupone el agotamiento del trámite procesal y la plena comprobación de la responsabilidad penal del ciudadano italiano requerido.

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

Resuelve:

Primero: Conceptuar favorablemente respecto de la solicitud de extradición del ciudadano italiano ROBERTO PANNUNZI, formulada por el gobierno de su país natal.

Segundo: Disponer que previas las anotaciones del caso se devuelva el expediente a la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia para que continúe el trámite legal correspondiente.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PENA

Existen, tres aspectos diferenciables por su contenido pero íntimamente relacionados entre sí, cuyo estricto seguimiento le permiten al funcionario determinar con exactitud la clase y el quantum de la pena que en justicia corresponde aplicar al caso concreto: aspecto cualitativo, en virtud del cual el Juez debe seleccionar en forma genérica la clase de pena que ha de imponer al procesado hallado responsable: privativa de la libertad (prisión o arresto), pecuniaria (multa), privativa de derechos adquiridos (pérdida del empleo público, interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad, etc.), y si es principal o accesoria para ese hecho punible determinado; aspecto cuantitativo, efectuada la operación anterior ha de fijarse el marco concreto en términos mensurables de la sanción aplicable, teniendo en cuenta las reglas legales orientadoras: primeramente, fijando los mínimos y máximos aplicables al caso según las circunstancias específicas de agravación o atenuación, como la de los artículos 62, 372, 373, etc., así como los dispositivos amplificadores que permiten modificar los extremos punitivos del tipo básico, como los señalados en los artículos 22, 24, 25, 27, 28, 30, y 60 del C.P., y luego, los criterios que al respecto señala el artículo 61 del C.P., que sean compatibles con el caso concreto y aspecto operacional, esto es, el señalamiento de los detalles relativos a su ejecución, como indicar a favor de quien se paga la multa y en qué momento y si de pena privativa de la libertad se trata, determinar si hay lugar a la suspensión condicional o si se ha pagado parte de ella en virtud de la detención preventiva o de la acumulación de penas, hacer los ajustes del caso, etc.

Los sistemas, por su parte, apuntan a señalar los sujetos encargados de determinar la pena. Son tres también: sistema legal de determinación de la pena, corresponde al legislador su señalamiento en forma genérica haciéndolo, por regla general,

al describir el correspondiente tipo básico penal y los dispositivos amplificadores o modificadores de éstos, o al señalar el grado de participación o de la culpabilidad; sistema judicial de determinación de la pena, corresponde éste al funcionario judicial respectivo según lo demostrado en el proceso para especificar lo genéricamente señalado en la ley y lo que por la relativa discrecionalidad le sea permitido imponer, constituyendo la verdadera individualización de la pena por su determinación concreta y definitiva, y de una extraordinaria importancia hoy por la prohibición constitucional de agravación punitiva cuando es el procesado o su defensor el único recurrente y no exista el grado jurisdiccional de la consulta; sistema administrativo de determinación de pena, es el que atañe con la ejecución de la pena y por lo mismo, se refiere principalmente al aspecto operacional visto en cuanto a descuento por trabajo o estudio (debe estar certificada por los establecimientos carcelarios), aunque limitado por el principio de judicialidad de la ejecución penal, puesto mayormente de relieve con la creación de los Jueces de ejecución de penas.

Si bien el legislador deja alguna discrecionalidad al juez en el proceso de dosificación de penas, es bien cuidadoso en ello pues señala en forma genérica las principales y las accesorias (arts. 41 y 42 C.P.) con su máximo término de duración (art. 44 *ibídem*, con la excepción de la Ley 40/93), y en forma concreta para cada hecho punible fija el mínimo y el máximo dentro de los cuales ha de funcionar la discrecionalidad del Juez, aplicables tales extremos únicamente con la presencia de las circunstancias genéricas de atenuación o de agravación (art. 67) y siempre que éstas “no hayan sido previstas de otra manera”. Perentoriamente establece la pena accesoria que sigue inexorablemente a la principal de prisión, dejando al Juez una nueva discrecionalidad sólo para la imposición de las demás accesorias a las de prisión y arresto (arts. 52 y 53 *ibídem*); de la misma manera, indica los criterios básicos en que ha de fundarse la debida dosificación una vez precisados los mínimos y los máximos correspondientes (art. 61), que son justamente los de más frecuente olvido. De todo ello resulta claro entonces que el proceso de individualización de

la pena está reglado en la ley y es, por tanto, de imperativo cumplimiento, quedando sólo al funcionario judicial la relativa discrecionalidad (en la medida que requiere motivación expresa) para moverse dentro de los extremos punitivos pertinentes y para imponer algunas penas accesorias.

La selección de los mínimos y los máximos es el punto de partida para la actividad individualizadora de la pena y en donde juegan papel importante los fundamentos reales modificadores demostrados en el proceso tales como la tentativa, la ira e intenso dolor, el exceso de las causales de justificación, las circunstancias específicas, etc. porque alteran en forma vinculante los extremos punitivos señalados en el respectivo tipo penal básico atribuido, y si ello es así, ha de hacerse dicha operación en forma previa para, finalmente, dar aplicación al artículo 61 del Código Penal ya para imponer el mínimo así obtenido –si no está demostrado alguno de sus presupuestos– o existiendo alguno o algunos de ellos, para hacer los incrementos necesarios según el buen juicio del fallador pero, en todo caso, con motivación expresa y considerando siempre la gravedad del hecho y la proporcionalidad entre la agresión y el daño, así como el equitativo incremento según el margen señalado en la ley entre uno y otro extremo punitivo (mínimo y máximo).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 84 del 2 de agosto de 1994.

Conoce la Corte del recurso de casación incoado por los procesados VICTOR MIGUEL CONTRERAS y ORLANDO IBAÑEZ, contra la sentencia del 11 de septiembre de 1992 emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante la cual, con modificación de la de primera instancia, se condena al primero, a la pena principal de 42 meses de prisión y multa de dos salarios mínimos legales mensuales y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el

mismo término, por el concurso de hechos punibles de hurto calificado y agravado en perjuicio de José Bernardo Agreda y delito tipificado en la Ley 30 de 1986, y al segundo como coautor del mismo atentado contra el patrimonio económico a la pena principal de 40 meses de prisión y la accesoria correspondiente.

En la misma providencia se condena, también por este hecho delictivo a Campo Elías Carvajal y Alvaro Romero.

Hechos y actuación procesal:

Varios individuos ingresaron destruyendo las seguridades instaladas en la casa de la finca de José Bernardo Agreda, situada en el municipio de Cachipay, el 18 de diciembre de 1988 y sustrajeron elementos del menaje doméstico por valor aproximado de un millón de pesos.

Iniciada la investigación por el Juez Promiscuo Municipal de Cachipay, fueron capturados tres individuos, entre ellos ORLANDO IBAÑEZ LONDOÑO a quienes, se les encontró algunos de los elementos hurtados así como sustancia estupefaciente consistente en marihuana en cantidad de 24,4 gramos entre un maletín de propiedad de VICTOR MIGUEL CONTRERAS BERNAL, cuya captura también se llevó a cabo, a todos los cuales se les vinculó mediante indagatoria. Respecto de ellos el Juzgado 1o. de Instrucción Criminal de Facatativá emitió resolución acusatoria, por hurto calificado y agravado, pero contra el último la acusación se extendió a delito contemplado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Rituada la etapa de la causa el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá emitió fallo de condena en armonía con los cargos de la resolución calificatoria, pero la pena que le impuso a CONTRERAS fue modificada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, al revisarlo por apelación, en el sentido de disminuirla a la arriba registrada. Contra la sentencia de segunda instancia los procesados Víctor Miguel Contreras y Orlando Ibáñez, interpusieron el recurso de casación que ocupa la atención de la Sala (fls. 1 y ss., 3, 7-8 y ss., 218-230, 388 y ss.; 409-421 cd. ppl. 1 cd. Tr.).

La demanda:

Una sola demanda se presentó para sustentar el recurso interpuesto, y un solo cargo se formula en ella contra el fallo de segunda instancia.

La profesional signataria sostiene que dicho fallo transgrede de manera directa los artículos 66 numeral 4o. y 61 del C.P. porque el Tribunal, sin tener en cuenta que al dosificar la pena del hurto calificado había partido de un guarismo superior al mínimo –que era de 24 meses de prisión– en consideración a “la personalidad de los procesados” y a “la forma de ponderación del hecho punible”, es decir, de 26 meses; aumentó 5 meses por concepto de las circunstancias agravantes 9a. y 10a. del artículo 351 del C.P. –hurto agravado– y a éstos agregó, “de manera indeterminada” 9 meses por la primera agravante del artículo 372 del C.P., creando así un sistema dosimétrico con el que en definitiva terminó incrementando indebidamente en dos (2) meses la pena que correspondía a los procesados por el hecho punible contra el patrimonio económico.

En su concepto, el Tribunal no podía partir de 26 meses para el incremento por razón de las circunstancias 9a. y 10a. calificantes del hurto que consideró presentes –artículo 350–, ni aplicar como incremento cinco (5) meses en vez de cuatro –mínimo autorizado–, porque con este factor aumentó indebidamente un (1) mes a la pena; igualmente no podía agravar en nueve (9) meses la pena por la cuantía, pues sólo estaba autorizado para aumentar ocho (8) meses sobre el mínimo del hurto calificado; al señalar nueve (9), agregó, según precisa, en “agravación genérica de la punibilidad, de manera separada para cada uno de los tipos penales subordinados” dos (2) meses a la pena merecida por los procesados.

De lo expuesto infiere que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 66 del C.P. con incidencia en los artículos 351 y 372 del mismo Estatuto “en detrimento del debido proceso y del artículo 61 del C.P.”.

Concepto del Ministerio Público:

Tras advertir algunas imprecisiones que en punto de técnica de casación exhibe la demanda y, glosar la falta de claridad de los falladores en la explicación de la dosificación penal, el señor Procurador Tercero

Delegado en lo Penal sugiere la desestimación del cargo por carecer de fundamento.

Recuerda que el artículo 67 del C.P. autoriza la fijación del mínimo punitivo sólo cuando concurren circunstancias de atenuación, y que habiendo encontrado el fallador que mediaba la genérica de preparación ponderada del delito (art. 66-4o. C.P.), mal podía partir de los 24 meses del artículo 350 del C.P. y por ello lo hizo de 26, graduando en referencia con este tope mínimo, los incrementos por las circunstancias calificantes y por la cuantía, moviéndose entre los límites autorizados.

Fue esto lo que hizo, y no considerar doblemente la circunstancia genérica, como lo entendió la casacionista, al dosificar el incremento por el hurto agravado y por la cuantía, aumentos éstos que básicamente podían ser superiores a los que señaló, para demostrar lo cual registra el funcionario, a manera de ejemplo, las operaciones de rigor.

Consideraciones de la Corte:

Acierta la Delegada cuando, con fundamento en la realidad procesal existente, demanda la desestimación del libelo por carecer de razón la impugnación en él contenida. En efecto, los falladores, si bien no fueron lo suficientemente explícitos en el proceso de tasación de la pena, especialmente el de primera instancia, con apoyo en criterios tradicionales de dosificación que ha prohiado la jurisprudencia impusieron las sanciones que, no obstante ser realmente en extremo benignas como lo dice la Delegada, se enmarcaron dentro de los límites legales correspondientes.

Si se observa el pronunciamiento al respecto de cada una de las instancias, ha de entenderse inequívocamente que a los falladores no les estaba permitido imponer la pena mínima señalada en las normas reguladoras del caso porque ambos sentaron como premisa, dentro de las varias hipótesis referidas en el artículo 61 del C.P. en armonía con el 66-4 *ibídem*, “la forma como se preparó el delito” y “la personalidad de los procesados”, luego tenían que necesariamente incrementar dichos mínimos. Lo censurable aun cuando irremediable –se repite– fue la benignidad con que se hicieron dichos incrementos.

Partieron pues, en desarrollo de la discrecionalidad que les permite la ley, de 26 meses a los que aumentaron, de acuerdo con las circunstancias específicas referidas en el pliego de cargos (arts. 351 y 372 C.P.) –obviamente con el mismo criterio sentado en la premisa anterior, esto es, que los incrementos igualmente no podían ser los mínimos señalados en tales preceptos–, cinco (5) meses (uno más del mínimo señalado en el artículo 351) y nueve (9) meses (uno más del mínimo indicado en el artículo 372-1), arrojando un gran total de cuarente (40) meses de prisión para quien solamente fue condenado por el delito contra el Patrimonio económico y de cuarenta y dos (42) meses en definitiva, para quien lo fue por el concurso material deducido.

No sucedió entonces, como equivocadamente lo entendió la demandante, que el Tribunal hubiera usado doblemente y con desconocimiento de lo previsto en el artículo 61 del C.P., el abitrio de agravar la pena por la circunstancia genérica del artículo 66-4 del mencionado estatuto punitivo.

Ahora bien, que la inconformidad se haya suscitado por la no utilización en las instancias de un método sencillo, claro y preciso en la individualización de la pena y, además, por la ausencia de mayores razones para apoyar los incrementos efectuados con base en la discrecionalidad de que se dispuso –esto de manera preponderante en el *a quo*–, no tiene que necesariamente significar ello arbitrariedad o error manifiesto en la cuantificación punitiva, que es lo corregible por la vía extraordinaria escogida.

Conviene entonces, y sólo a manera de ejemplo, sugerir una técnica de dosificación punitiva que permita individualizar la pena en forma sencilla y clara para que la sanción sea siempre justa y cumpla los fines que le son propios.

Es innegable que la individualización de la pena constituye uno de los momentos más importantes del proceso de aplicación de la ley penal, pues de ella depende en buena parte el cabal cumplimiento de la función que el Derecho penal cumple en una organización social. Sin embargo, hay que reconocerlo dolorosamente, es el aspecto menos atendido en la práctica judicial, resultando en la mayoría de las veces inequitativa la imposición de la pena, ya por exceso ora por defecto, con la consiguiente

falta de credibilidad social en el aparato represivo del Estado, además del desconocimiento del fin retributivo que a aquella le asignó el legislador en el artículo 12 del C.P.

Es frecuente encontrar penas que la ley señala específicamente como principales aplicadas accesoriamente, otras de esta índole pero de aplicación discrecional impuestas sin ninguna motivación y en la mayoría de los casos, tasaciones con desconocimiento evidente de los aspectos genéricos y específicos modificadores del quantum punitivo, etc., imprecisiones debidas en buena parte a falta de criterios claros sobre las reglas de dosificación y también a la negligencia judicial en el cumplimiento estricto de la tarea importantísima de administrar justicia por delegación del Estado y que hoy cobra especial interés con la figura de la terminación anticipada de los procesos que presupone la negociación de la pena. Es aquí donde mayormente se requiere de claridad y precisión para que el monto de pena señalado corresponda equitativamente a la gravedad del hecho atribuido, pues con criterios tan benignos como los que suelen usarse y con la serie de rebajas automáticas que prevé el legislador, termina el Estado dejando impune la conducta gravemente reprochada social y legalmente.

Resulta pertinente aquí, entonces, recordar los diversos aspectos y sistemas de la determinación de la pena que suelen reconocerse principalmente en la doctrina (ver en tal sentido, por ejemplo, a SANDOVAL HUERTAS, Emiro en "La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal". Temis, Bogotá, 1980; REYES ECHANDIA, Alfonso en "La Punibilidad". Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1978, y a WELZEL, Hans en "Derecho Penal Alemán". Ediciones Jurídicas del Sur, Santiago de Chile, 1980).

Existen, pues, tres aspectos diferenciables por su contenido pero íntimamente relacionados entre sí, cuyo estricto seguimiento le permiten al funcionario determinar con exactitud la clase y el quantum de la pena que en justicia corresponde aplicar al caso concreto: *aspecto cualitativo*, en virtud del cual el Juez debe seleccionar en forma genérica la clase de pena que ha de imponer al procesado hallado responsable: privativa de la libertad (prisión o arresto), pecuniaria (multa), privativa de derechos adquiridos (pérdida del

empleo público, interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad, etc.), y si es principal o accesoria para ese hecho punible determinado; *aspecto cuantitativo*, efectuada la operación anterior ha de fijarse el marco concreto en términos mensurables de la sanción aplicable, teniendo en cuenta las reglas legales orientadoras: primeramente, fijando los mínimos y máximos aplicables al caso según las circunstancias específicas de agravación o atenuación, como la de los artículos 62, 372, 373, etc., así como los dispositivos amplificadores que permiten modificar los extremos punitivos del tipo básico, como los señalados en los artículos 22, 24, 25, 27, 28, 30 y 60 del C.P., y luego, los criterios que al respecto señala el artículo 61 del C.P., que sean compatibles con el caso concreto y *aspecto operacional*, esto es, el señalamiento de los detalles relativos a su ejecución, como indicar a favor de quien se paga la multa y en qué momento y si de pena privativa de la libertad se trata, determinar si hay lugar a la suspensión condicional o si se ha pagado parte de ella en virtud de la detención preventiva o de la acumulación de penas, hacer los ajustes del caso, etc.

Los *sistemas*, por su parte, apuntan a señalar los sujetos encargados de determinar la pena. Son tres también: *sistema legal de determinación de la pena*, corresponde al legislador su señalamiento en forma genérica haciéndolo, por regla general, al describir el correspondiente tipo básico penal y los dispositivos amplificadores o modificadores de éstos, o al señalar el grado de participación o de la culpabilidad; *sistema judicial de determinación de la pena*, corresponde éste al funcionario judicial respectivo según lo demostrado en el proceso para especificar lo genéricamente señalado en la ley y lo que por la relativa discrecionalidad le sea permitido imponer, constituyendo la verdadera individualización de la pena por su determinación concreta y definitiva, y de una extraordinaria importancia hoy por la prohibición constitucional de agravación punitiva cuando es el procesado o su defensor el único recurrente y no exista el grado jurisdiccional de la consulta; *sistema administrativo de determinación de pena*, es el que atañe con la ejecución de la pena y por lo mismo, se refiere principalmente al aspecto operacional visto en cuanto a descuento por trabajo o estudio (debe estar certificado por los establecimientos carcelarios), aunque limitado por el principio

de la judicialidad de la ejecución penal, puesto mayormente de relieve con la creación de los Jueces de ejecución de penas.

Como las mayores falencias inicialmente mencionadas tienen ocurrencia en el sistema *judicial* acabado de referir en todos sus niveles pero de manera muy marcada en las primeras instancias, a él circunscribe la Corte el análisis pertinente.

En primer lugar, ha de tenerse muy presente que si bien el legislador deja alguna discrecionalidad al Juez en el proceso de dosificación de penas, es bien cuidadoso en ello pues señala en forma genérica las principales y las accesorias (arts. 41 y 42 C.P.) con su máximo término de duración (art. 44 *ibídem*, con la excepción de la Ley 40/93), y en forma concreta para cada hecho punible fija el mínimo y el máximo dentro de los cuales ha de funcionar la discrecionalidad del Juez, aplicables tales extremos únicamente con la presencia de las circunstancias genéricas de atenuación o de agravación (art. 67) y siempre que éstas “no hayan sido previstas de otra manera”. Perentoriamente establece la pena accesoria que sigue inexorablemente a la principal de prisión, dejando al Juez una nueva discrecionalidad sólo para la imposición de las demás accesorias a las de prisión y arresto (arts. 52 y 53 *ibídem*); de la misma manera, indica los criterios básicos en que ha de fundarse la debida dosificación una vez precisados los mínimos y máximos correspondientes (art. 61), que son justamente los de más frecuente olvido. De todo ello resulta claro entonces que el proceso de individualización de la pena está reglado en la ley y es, por tanto, de imperativo cumplimiento, quedando sólo al funcionario judicial la relativa discrecionalidad (en la medida que requiere motivación expresa) para moverse dentro de los extremos punitivos pertinentes y para imponer algunas penas accesorias.

La selección de los mínimos y máximos es el punto de partida para la actividad individualizadora de la pena y en donde juegan papel importante los fundamentos reales modificadores demostrados en el proceso tales como la tentativa, la ira e intenso dolor, el exceso en las causales de justificación, las circunstancias específicas, etc. porque alteran en forma vinculante los extremos punitivos señalados en el respectivo

tipo penal básico atribuido, y si ello es así, ha de hacerse dicha operación en forma previa para, finalmente, dar aplicación al artículo 61 del Código Penal ya para imponer el mínimo así obtenido –si no está demostrado ninguno de sus presupuestos– o existiendo alguno o algunos de ellos, para hacer los incrementos necesarios según el buen juicio del fallador pero, en todo caso, con motivación expresa y considerando siempre la gravedad del hecho y la proporcionalidad entre la agresión y el daño, así como el equitativo incremento según el margen señalado en la ley entre uno y otro extremo punitivo (mínimo y máximo).

De acuerdo con las premisas anteriormente expuestas del método sugerido, si se aplicara al caso concreto de los aquí recurrentes en casación, se tendría: a Víctor Miguel Contreras, se le formuló resolución acusatoria por un concurso material (art. 26) de hurto calificado y doblemente agravado, con el de Ley 30 de 1986 (art. 33 inciso segundo); y a Orlando Ibáñez como coautor solamente del mencionado delito contra el patrimonio económico. Como el pliego de cargos precisó que para la apropiación de los bienes los varios sujetos que actuaron (art. 351-10) se aprovecharon de la nocturnidad (art. 351-9) y tuvieron que violentar candados y una malla, significando esto último que el tipo básico tenido en cuenta fue el hurto calificado (art. 350, num. 1 y 3) cuya sanción es de 2 a 8 años de prisión; habría entonces, en los términos del artículo 372 numeral 1o. del C.P., que incrementar estos extremos punitivos de una tercera parte a la mitad, es decir, que los nuevos extremos punitivos del comportamiento investigado quedan por disposición de la ley en 32 meses el mínimo y en 12 años de prisión el máximo, los cuales deben incrementarse en 1/6 parte a la mitad por el expreso mandato legal del artículo 351, num. 9 y 10 del mismo Estatuto, en razón a que “la pena imponible” quedó integrada ya con la cuantía, para obtener así una punibilidad abstracta definitiva del delito contra el patrimonio económico cometido de 37 meses y 10 días, el mínimo, a 18 años de prisión, el máximo. Ahora, como el total de pena del delito de la Ley 30/86, es de 1 a 3 años de prisión y multa de dos a cien salarios mínimos mensuales (pena ésta acumulable), debe inferirse necesariamente que la sanción más grave para efectos del concurso atribuido al segundo procesado es la señalada en precedencia para el delito contra el patrimonio.

Pues bien, determinada así la punibilidad en abstracto para el caso concreto, se procede a dar aplicación al art. 61 del C.P.: por haber los Jueces tenido en cuenta la “forma como se preparó el delito” y la “personalidad de los implicados” (aspectos que, por lo demás, no han sido cuestionados en la demanda y que en sentir del fallador implicaban un aumento definitivo de 4 meses nada más), estimaron las instancias que no podían aplicar el mínimo, (y legalmente no podían aplicarlo) resulta apenas obvio entonces juzgar benigna la pena que fijaron, dentro de esa discrecionalidad que les da la ley (art. 61): 40 meses de prisión (en vez de los 42 meses y 10 días que le correspondería, según esta técnica), como la sanción aplicable por el delito contra el patrimonio económico, que fue la definitiva para Orlando Ibáñez por haberla confirmado el Tribunal; y para Víctor Miguel Contreras, a quien se le atribuyó el concurso material referido, también dentro de la discrecionalidad que les permitía el artículo 26 del c.P. –que modifica igualmente los extremos punitivos ya precisados–, le impusieron en definitiva sólo 2 meses más (por la rebaja del Tribunal), esto es, 42 meses de prisión (inferior a 46 meses y 10 días, según esta técnica) y dos salarios mínimos mensuales, guarismo que, como se demostró, está por debajo del marco legal examinado, según la técnica propuesta y los incrementos deducidos en definitiva por los falladores, lo que pone de manifiesto no sólo la lenidad con que actuaron las instancias, sino además, las falencias del método que utilizaron, pues a juzgar por los criterios del artículo 61 del C.P. deducido, la cuantía considerablemente superior a los cien mil pesos que se tuvo en cuenta para la agravación –y que no implica doble consideración con relación al 372, pues no es lo mismo apoderarse de cien mil un pesos que de un millón, por ejemplo, respecto de un patrimonio estimado como más o menos normal en una clase media como a la que al parecer pertenece el aquí perjudicado– y a los antecedentes que registran (condenados ambos por delitos similares) resulta irrisorio el incremento de 4 y 6 meses, respectivamente, frente al considerable margen de pena que señala el máximo determinado para el primer evento (18 años).

Es verdad que modernamente los estudiosos de estos temas aconsejan penas cortas pero, ello ha de entenderse con relación a la denominada delincuencia menor y a la ocasional necesariamente,

jamás respecto de la organizada y habitual que por lo altamente lesiva de pluralidad de bienes jurídicos demanda del Estado mayor efectividad en su control. No es, pues, lo mismo un hurto cometido por un delincuente ocasional que el cometido por una banda dedicada a esos menesteres, ni el hurto cometido por aquél con el empleo de la violencia ciertamente; ni tampoco puede medirse la punibilidad bajo un mismo patrón de un hurto que no afecta gravemente el patrimonio económico de una persona respecto de aquél que dejó en la ruina a la víctima o le afectó considerablemente su pecunio. Y si de agravantes se trata, no puede ser igual el incremento punitivo cuando se está en presencia de una sola causal que cuando son varias las que han concurrido.

Mucho menos pueden ser iguales los incrementos cuando el legislador, en desarrollo de una política criminal determinada, señala extremos punitivos considerables como es el caso relacionado con el narcotráfico, el terrorismo, el secuestro extorsivo, etc. La lenidad en la dosificación de pena en estos eventos por parte de las autoridades judiciales, sumada a la proliferación de rebajas acumulativas que frecuentemente otorga el legislador, tornan dicha política criminal en algo ineficaz e injusto; y una pena así de inequitativa, además de constituir impunidad en estricto sentido, genera rechazo social e indignidad en el ciudadano de bien.

En el caso presente, al desatar la impugnación el Tribunal no solamente no agravó la pena –que no podía hacerlo– sino que la rebajó al segundo de los procesados (de 46 meses a 42), con criterio aún mayormente benigno, desconociendo que para tal caso el mínimo del delito concurrente es de 12 meses y que el mandato del artículo 26 del C.P. le permitía incrementar el mínimo señalado ya para el hurto (44 meses, 10 días) hasta en otro tanto (88 meses y 20 días, como máximo) es decir, que dos (2) meses de incremento por el concurso fue algo realmente irrisorio –aunque ciertamente dentro del marco legal según el método de dosificación adoptado en las instancias–. Valga el comentario como simple glosa, pues nada puede hacerse en esta oportunidad por ser único casacionista el procesado (art. 227 C. de P.P.).

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el coneppto 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 proceso a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NARCOTRAFICO / COMISO

Con antecedentes de presunto vínculo con el narcotráfico de la avioneta y de los dólares cuya devolución se pretendía por vía de tutela, el imputado bien pudo enervar la acción acudiendo a los dictados generales del artículo 339 del C. de P. Penal (caso especial de comiso), según los cuales “Los..., aviones, avionetas, ..., así como los... dineros, divisas, ...vinculados a los procesos por los delitos cuyo conocimiento se atribuye a los jueces regionales, o que provenan de su ejecución, quedarán fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación hasta que quede ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva” (negrilla fuera del texto).

El artículo 47 de la Ley 30 de 1986 dice que respecto de “los vehículos y demás medios de transporte”, utilizados para la comisión de delitos de narcotráfico, su devolución excepcional estaba sólo autorizada “a terceras personas”, si se probaba plenamente dentro del proceso que no participaron en el destino ilícito dado a tales bienes.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 93 de 23 de agosto de 1994.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el procesado doctor CESAR AMAYA MORENO, ex-Juez 103 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, contra la sentencia

condenatoria de fecha 28 de enero del año en curso, emanada de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este distrito capital, impositiva de 18 meses de prisión, más la accesoria de rigor, como autor responsable del delito de prevaricato por acción, y le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, disponiendo su captura al término de la ejecutoria material.

Antecedentes:

El avión HK-3116-P, registrado en la Aeronáutica Civil a nombre del señor IVAN DARIO ROJAS SOTO, fue retenido el 6 de mayo de 1990 por unidades adscritas a la 7a. Brigada del Ejército Nacional con sede en Villavicencio, cuando a consecuencia de fallas mecánicas que presentó el aparato, con ocasión del vuelo expreso o “charter” que cumplía y debidamente autorizado por la Aeronáutica, realizaba un aterrizaje de emergencia en el Aeropuerto Candilejas, ubicado en el área conocida como “La Tunia”, jurisdicción del municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá), en los precisos momentos en que los militares llevaban a cabo el operativo militar antinarcóticos “Otoño”.

Días después, en desarrollo de la inspección que verificó el Juzgado 2o. de Orden Público al avión en la Base Aérea de Apiay, fueron hallados US\$230.020 dólares debidamente “camuflados” en su interior.

El Juzgado 2o. de Orden Público de Villavicencio, en interlocutorio del 2 de agosto de 1990, accedió a la petición de devolución del avión que le cursara el apoderado del poseedor inscrito IVAN DARIO ROJAS SOTO, y dispuso la consulta de rigor (Decreto 2390 de 1989) –fls. 175 a 179–.

El otrora Tribunal Superior de Orden Público, en proveído del 19 de noviembre siguiente, al conocer simultáneamente del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal del Juzgado 2o. de Orden Público contra su providencia revocatoria de la medida de aseguramiento proferida contra los sindicados Roberto Cuéllar Bravo, Carlos Antonio Núñez Vela y Walter Andrés Ruiz Pereira, y del recurso de reposición interpuesto contra el auto que dispuso la entrega de los bienes, adoptó las siguientes decisiones:

1. Revocó ambas determinaciones, por lo cual ordenó la captura de los sindicatos y la inmovilización del avión HK-3116-P. 2. Modificó la entrega definitiva del HK-3162 ordenada por auto del 4 de marzo de 1990, ratificándola en forma provisional, y 3. Ordenó compulsar las copias pertinentes del proceso a efecto “de que se investigue el presunto delito en que pudo incurrir el Juez 2o. de Orden Público de Villavicencio, al ordenar la entrega definitiva de los aviones HK-3116P, tipo Séneca III., y HK-3162, sin surtirse el grado jurisdiccional de la consulta, conforme a los Decretos 2390 de 1989 y 042 de 1990, con desconocimiento de la prueba y del mismo precepto del artículo 140 del CPP”. (Fls. 180-199).

Hechos:

Para enfrentar la decisión anterior y en particular la del Juzgado 74 de Instrucción de Orden Público de Santafé de Bogotá, despacho que mantuvo luego la medida de retención del HK-3116 P y el decomiso de los 230.000 dólares dentro del proceso No. 0363 contra ALFONSO MONTOYA LAJUD y otros por presunta infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, el apoderado del poseedor inscrito IVAN DARIO ROJAS SOTO y del poseedor material de la aeronave SERAFIN CUELLAR CEDEÑO instauró *acción de tutela* como *mecanismo transitorio*, demandando su devolución.

Tal acción le correspondió en reparto al Juzgado 103 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, a cargo en ese entonces del doctor CESAR AMAYA MORENO, quien la falló favorablemente el 4 de marzo de 1992, disponiendo la devolución provisional del aparato y la entrega de lo doscientos treinta y seis mil veinte dólares. Para la efectividad de la decisión ofició a la autoridad correspondiente (fls. 42-49).

La precedente decisión la impugnó el apoderado especial del Ministro de Justicia y Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes de entonces, con fundamento en los artículos 31 del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991 y 7o. del Decreto 306 del 19 de febrero de 1992, para que previos los trámites establecidos en el artículo 32 y concordantes del primer Estatuto, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá la revocara y en su lugar dictara proveído de sustitución, negando la acción de tutela incoada (fls. 82-84):

El Tribunal Superior –Sala de Decisión Penal– del distrito judicial de Santafé de Bogotá, en providencia del 10 de abril de 1992, resolvió la impugnación favorablemente al recurrente, así:

1. Revocó el auto del 4 de marzo de 1992 proferido por el Juzgado 103 de Instrucción Criminal en el que prosperó la acción de tutela. Dispuso en su lugar que se mantuviera el *estatu quo*, ordenando que “vuelvan las cosas al estado en que se encontraban antes del fallo proferido por el Juzgado 103 de Instrucción Criminal”.

2. Rechazó por improcedente la acción de tutela instaurada por el apoderado de Serafín Cuéllar Cedeño e Iván Darío Rojas Soto en relación con la entrega provisional de la aeronave y de los 236.020 dólares.

3. Ordenó compulsar copias de toda la actuación con destino a la Sala Penal de la misma Corporación y a la Procuraduría General de la Nación en orden a investigar “penal y disciplinariamente el comportamiento del señor Juez Ciento Tres de Instrucción Criminal” (fls. 144-149).

Actuación procesal:

Con base en las anteriores copias, el Tribunal Superior del distrito judicial de Santafé de Bogotá inició la correspondiente investigación penal, según auto del 20 de mayo de 1992.

Tras de haberse practicado algunas diligencias, la actuación pasó por competencia a la Fiscalía Delegada ante la citada Corporación, donde se avocó conocimiento; ordenó la práctica de plurales medios de prueba y la recepción de indagatoria al imputado ex-funcionario, doctor CESAR AMAYA MORENO.

El 28 de agosto de 1992 rindió indagatoria el inculcado (fls. 134-147) y el 9 de octubre siguiente se le resolvió situación jurídica con medida de aseguramiento de *detención preventiva*, sin derecho a libertad provisional, como autor presuntamente culpable del delito de prevaricato por acción (fls. 231-244).

Apelada que fue esa determinación (fls. 250-255) ante la Unidad de Fiscalía de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, allí

encontró confirmación con la única modificación en torno a la libertad provisional del procesado que se concedió mediante caución prendaria de un millón de pesos (\$1.000.000.00) (fls. 64-72, Cdno. 2a. instancia).

Agotada la instrucción sumarial se declaró clausurada el 4 de mayo de 1993 (fl. 272). Devino entonces el alegato de conclusión del defensor del implicado.

La calificación del sumario operó el 7 de junio siguiente con resolución de acusación contra el doctor CESAR AMAYA MORENO, ex-Juez 103 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, como autor responsable del delito de Prevaricato por acción. Se mantuvo la libertad provisional (fls. 301-313).

Recurrida oportunamente en apelación la anterior decisión por el defensor del acusado, la cual se sustentó y concedió en debida forma (fls. 317-330 y 332), resultó confirmada en todo su contenido por el *ad quem*, según resolución del 9 de agosto de 1993 (fls. 5-19, 2o. Cdno. 2a. instancia).

Al término de su ejecutoria, el proceso pasó al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá para el adelantamiento del juicio (fl. 334).

A la causa se le imprimió entonces el trámite establecido en el artículo 446 del C.P.P. y el término común para la preparación de la audiencia pública se inició el 1o. de septiembre de 1993 y venció el 12 de octubre siguiente, sin que se hubiere hecho alguna petición (fl. 9).

Tras de un aplazamiento, la audiencia pública finalmente tuvo celebración el 10 de diciembre de 1993, en dos sesiones (fls. 46-57 y 76-83), la cual contó con la intervención de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de este distrito judicial, pidiendo el pronunciamiento de un fallo condenatorio (fls. 58-66) y del señor Defensor del procesado, con petición principal de absolución y subsidiaria de concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Fundamentos del fallo impugnado:

1. La imputación objetiva del delito de prevaricato por acción (art. 149 C.P.) descansa sobre los plurales elementos fácticos recogidos en la instrucción, constituidos esencialmente por prueba documental (fotocopias auténticas) como la siguiente:

1.1. Toda la actuación originada en la acción de tutela que promovió el apoderado del poseedor inscrito y del poseedor material del avión incautado (demanda, documentos que acreditaban la propiedad del aparato en cabeza de Iván Darío Rojas Soto y la posesión en Serafín Cuéllar Cedeño; la inspección que practicó el Juzgado 103 de Instrucción Criminal en el proceso 0303 que se adelantaba en el Juzgado 74 de Instrucción de Orden Público de Santafé de Bogotá, dentro del cual estaba involucrada la aeronave junto con los dólares decomisados, entre otras diligencias de índole averiguatorio; fallo concediendo la acción de tutela de fecha 4 de marzo de 1992; oficios librados para efectos de entrega de los bienes; la impugnación de la sentencia y la decisión revocatoria de segunda instancia –anexo No. 2–), y

1.2. El incidente que originó en el Juzgado 2o. de Orden Público de Villavicencio la solicitud inicial de devolución de los citados bienes y que fue resuelto favorablemente, pero que luego fue revocada por el Tribunal de Orden Público (hoy Nacional) –fls. 170-198–.

1.3. La que acredita la calidad de Juez 103 de Instrucción Criminal que ostentaba el acusado, y

1.4. La indagatoria del imputado Doctor CESAR AMAYA MORENO.

2. La *imputación subjetiva* de la infracción la edifica el juzgador *a quo*, en los siguientes elementos de juicio:

2.1. El fallo concesionario de la tutela impetada, proferido por el acusado doctor CESAR AMAYA MORENO, no fue producto de la improvisación ni del apresuramiento y por ende, el volumen de trabajo, el tránsito de legislación y la precariedad del término previsto para decidir

la tutela que reclamaba por sí misma la suspensión de cualesquiera otra tarea no le impidieron el reposado examen del asunto.

2.2. Por lo tanto, el fallo del 4 de marzo de 1992 es sin duda alguna manifiestamente contrario a la ley, connotación ésta que se halla enriquecida con la reproducción *maliciosamente incompleta* de la jurisprudencia de esta Sala adicionada con la cita de tratadista sobre la materia, seguido de un detenido análisis de los hechos y de situaciones procesales precedentes a la decisión tutelar, que en conjunto llevan a concluir que el acusado doctor CESAR AMAYA MORENO orientó su labor oficial a contrariar la ley con ocasión del otorgamiento de la tutela.

2.3. Estima innecesario sentar criterio en torno del carácter de derechos fundamentales invocados y tutelados, porque la prueba documental recopilada es lo bastante conclusiva para sostener que el sentenciado, cuando se desempeñaba como Juez 103 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, suscribió el aludido fallo de tutela con la secuela de la disposición de entrega provisional de la aeronave, sin especificar el destinatario, como sí lo hizo respecto de los dólares, señalándose al doctor Ardila Lozada como su receptor, soslayando así la expresa prohibición del artículo 1o. del Decreto 306 del 19 de febrero de 1992 que la hacía improcedente y que el procesado conocía:

“Art. 1o. De los casos en que: no existe perjuicio irremediable. De conformidad con el inciso segundo del numeral primero del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

No se considera que el perjuicio tenga el carácter de irremediable, cuando el interesado pueda solicitar a la autoridad judicial competente que se disponga el restablecimiento o protección del derecho, mediante la adopción de disposiciones como las siguientes:

a.;

b.;

c.;

d. Orden de entrega de un bien;...”.

2.4. Relieva el Tribunal la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales orientados a la protección del derecho fundamental que se invocaba, uno de los cuales “estaba dado ante el Juzgado Setenta y Cuatro de Orden Público al cual estaban ligados los mismos bienes materia de la tutela, lo cual conocía el procesado, y era ante ese ente judicial que se debían presentar debidamente motivados los hechos a propósito de reparaciones o prevenciones de daños o perjuicios de la aeronave, por su inmovilización y permanencia a la interperie, no así con los dólares que en manera alguna su no devolución no podía enmarcarse, menos aún, dentro de un criterio de perjuicio irremediable, como para que procediera la tutela como mecanismo transitorio”.

2.4. Excluye la buena fe con que, según el procesado, estuvo revestida la actividad judicial que se le reprocha, porque él conocía y sabía de la vigencia de la norma que entonces transgredió al ignorarala o inaplicarla, a pesar de la claridad de su tenor literal y de las objeciones que a la norma le formulara el propio demandante.

2.5. El dolo, entonces, lo hace consistir en la producción de la decisión censurada a pesar de conocer íntima y profundamente los supuestos de hecho y de derecho que se lo impedían. “Tal es el dolo en el prevaricato descrito en el artículo 149 del Código Penal en concordancia con el artículo 36”.

“...el dolo en la actitud del doctor CESAR AMAYA MORENO no se reduce a la comprobación de la conciencia y voluntad de su conducta, sino que se extiende a la conciencia del carácter ofensivo o antisocial de su hecho, reflejado aún –valga el ejemplo aquí proado– en la publicación de un diario capitalino y por la cual se queja en su indagatoria el doctor AMAYA MORENO al señalarla como tendenciosa y desinformada porque... reflejaba en cierta forma algo del estupor por la devolución del avión del narcotráfico”.

Al insistir la Corporación de instancia sobre el conocimiento que el ex-Juez tenía respecto de las previsiones del Decreto 306 del 19 de febrero de 1992, argumenta que el tema de las restricciones para la entrega de los bienes lo manejó tangencialmente, cuidándose de abordarlo frontalmente, puesto que si así no lo hacía, mal hubiera podido llevar a cabo la ejecución de su ilícito proceder.

Contraargumenta que sí, como lo afirma el acusado en la audiencia pública, no consideró necesario hacer las citas de las respectivas preceptivas, porque el tema central lo tocó en su fallo, entonces tampoco hace falta demostrarle que tenía o no conocimiento acerca de la existencia del Decreto 306 de 1992; que adelantó averiguaciones al respecto y se desplazó a la Imprenta Nacional con miras a obtener un ejemplar del Diario Oficial en que fue publicado el Estatuto y conocer la fecha de su vigencia.

Mas advierte el Tribunal que todos esos afanes del imputado estuvieron orientados a canalizar sus propósitos protervos.

En efecto, desecha la tesis de que adoptó la censurada decisión determinado por un error de hermenéutica, porque “lo que está demostrado es que el Juez, en tal carácter, cuidadosamente quiso ignorar la real y verdadera vinculación de los bienes (los que ordenó entregar) al proceso 0363 respecto de los cuales señala la Fiscalía con claro sustento probatorio, que sobre ellos existían indicios graves para suponer que la nave se estaba utilizando en actividades ilícitas, y precisa la Sala, igualmente indiciados los dólares, sobre su proveniencia de tal actividad, por lo cual y en conformidad con el Decreto 2578 de 1991 no podía estar autorizada su tenencia, camuflados, ...”, por lo que para su devolución no era suficiente la simple declaración de su reclamante Serafín Cuéllar Cedeño acerca del origen lícito, esto es que eran producto de la explotación comercial de la aeronave en el transporte de pasajeros.

De otra parte, advierte el Tribunal, el ex-Juez allegó al expediente de tutela importantes piezas procesales del proceso 0363, entre otras, fotocopia del auto del Tribunal Superior de Orden Público por medio del cual revocó la orden de entrega de la aeronave que había sido despachada por el Juez 2o. de Orden Público de Villavicencio, y cuyas motivaciones,

que al efecto reproduce, bien pudieron alertarlo para no haber accedido a la entrega, toda vez que en esa providencia de segunda instancia se le vinculaba en actividades propias del narcotráfico, y de este mismo origen a los dólares cuya devolución también ordenó, sin parar mientes en la preceptiva del artículo 339 (caso especial de comiso) del Decreto 2700 de 1991, según la cual tales bienes “debían permanecer ligados a la investigación que los involucraba, más cuando su aparente propietario Serafín Cuéllar Cedeño había sido oído en indagatoria y no se requería medida de aseguramiento en su contra para que los bienes no le fueran devueltos...”.

De esta manera el *a quo* encuentra acreditado no sólo el dolo del prevaricato con que obró el sentenciado, sino también la acción lesiva de su conducta y la consiguiente responsabilidad penal que le asiste, para con base en estos presupuestos montar el fallo condenatorio en los términos del artículo 247 del C.P.P.

La impugnación:

Su sustentación operó en audiencia pública celebrada en esta Corporación el 8 de marzo del año en curso, con petición de revocatoria del fallo condenatorio bajo el presupuesto de la inocencia del procesado, arguyéndose que si bien el fallo de tutela que se le censura amerita algunos reparos, es lo cierto que se trata de “un fallo ajustado a derecho y si no lo es, el doctor AMAYA MORENO no obró dolosamente”.

A este respecto cita apartes de la declaración del Coronel que dirigió el operativo dentro del cual se incautaron la aeronave y los dólares, versión en la cual se descarta al avión HK-3116-P de actividades de narcotráfico. El oficial lo que dijo fue que “la avioneta se encontraba cerca del sitio donde se estaba realizando el operativo, pero no hacía parte del operativo y no estaba dedicada a actividades de narcotráfico”, razón por la cual el Juzgado 74 de Orden Público se abstuvo de dictar medida de aseguramiento en contra de su propietario.

Sostiene que el procesado, en su condición de Juez de tutela inspeccionó el expediente que adelantaba el Juzgado 74 de Orden Público y así estableció que varias veces se había pedido la devolución de los

bienes sin eco alguno por parte de Iván Darío Rojas Soto y Serafín Cuéllar Cedeño, quienes figuraban, respectivamente, en el Registro Náutico y en la Escritura Pública de compraventa.

Con este fundamento fáctico, aunado al presunto origen lícito de los bienes, el acusado encontró procedente la entrega provisional de éstos, comoquiera que a la demanda de tutela se acompañaron “certificaciones y pruebas demostrativas de que la aeronave” corría el riesgo de sufrir graves deterioros por falta de rápido mantenimiento, y de los dólares, en razón de la probada situación de bancarrota por la que atravesaba su propietario Cuéllar Cedeño a raíz de la inmovilización del aparato.

De otra parte, afirma el censor que su defendido consideró procedente la acción de tutela, “porque se trataba de un derecho fundamental, el de la propiedad”, carácter éste que la Fiscalía niega y que el Tribunal estima como de derecho colectivo, cuyas posiciones lógicamente rechaza, apoyándose en jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual la propiedad puede llegar a ser derecho fundamental, aunque no figure en el listado de esta naturaleza, “porque sobre la propiedad privada... descansa nuestro sistema político”.

Concluye entonces que el doctor CESAR AMAYA MORENO consideró que se estaba vulnerado el derecho a la propiedad y que procedía la tutela como mecanismo transitorio y por eso dispuso la entrega provisional de los bienes.

Acepta que en ese entonces estaba vigente el Decreto 306 de 1992, el cual restringía la acción de tutela en el evento de orden de “entrega de bienes”. Pero al mismo tiempo da por demostrada la existencia de “perjuicio irremediable” y con éste el advenimiento de la acción de indemnización, por lo que se utilizó y concedió la tutela como mecanismo transitorio, “para evitar que ese perjuicio continuara causándose”.

Afirma que el procesado “había agotado la vía judicial pertinente” y por lo mismo procedía la acción de tutela, después de haber cursado inútiles peticiones de devolución al Juzgado 74 de orden Público por más de dos años.

Termina el actor reiterando la solicitud de absolución del acusado.

Y agrega: Pero si no fueren suficientes tales razones, aduce éstas otras:

1. El prevaricato requiere un dolo, y la conducta del sentenciado no es dolosa, aunque se adviertan imprecisiones en su indagatoria alrededor de la interpretación jurídica de los Decretos 306 y 2591, pues ellas no traducen otra cosa que la falta de "precisión conceptual al momento de proferir el fallo de tutela", posibilitándose por esta vía la absolución, al no estar demostrado que su proceder estuvo impregnado de conciencia y voluntad de violar la ley.

Implora el censor, de modo subsidiario, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional que le fue negado al procesado, pues se trata de persona carente de antecedentes judiciales o disciplinarios, de escasos recursos económicos y de tradición honesta en el desempeño de su labor judicial. Esta negación sólo tiene como base servir de ejemplo frente a los demás jueces y la sociedad, por lo que la condición de Juez no puede esgrimirse como su fundamento, porque "con esta tesis habría que revocar... muchísimos subrogados que se han concedido a funcionarios judiciales".

Intervino, por último, el señor Fiscal Delegado ante el Tribunal para defender las tesis enarboladas en la sentencia recurrida, la cual pidió mantenerse al igual que la negativa de la condena de ejecución condicional (fls. 17-23).

Consideraciones de la Corte:

Es un hecho inconcuso que el sentenciado doctor CESAR AMAYA MORENO, cuando en su calidad de Juez 103 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá dictó el pluricitado fallo de tutela, de fecha 4 de marzo de 1992, disponiendo la entrega provisional de la aeronave y la entrega incondicional de los 236.000 dólares al apoderado de los tutelantes, profirió resolución manifiestamente contraria a la ley, puesto que ignoró su expresa prohibición, la cual dispone que *el perjuicio no es irremediable*, cuando el interesado cuenta con la posibilidad de acudir a la autoridad

judicial competente en solicitud del restablecimiento o de la protección de un derecho, mediante la “Orden de entrega de un bien; ...”, como aquí ocurría.

En efecto, el imputado conoció, por conducto de la inspección que practicó en el proceso penal No. 0303 que adelantaba el Juzgado 74 de Orden Público de Santafé de Bogotá y en el cual se hallaban involucrados los bienes cuya orden de entrega dispuso en el cuestionado fallo, que estaba pendiente de decisión judicial la petición de entrega de los mismos, formulada dos meses antes.

Además supo, por conducto del incidente que se tramitó en el Juzgado 2o. de Orden Público de Villavicencio, dentro del proceso de que más tarde conociera el Juzgado 74 de Orden Público de Santafé de Bogotá, respecto de la solicitud de devolución de la aeronave y de los dólares, la cual, habiendo sido despachada favorablemente por aquella oficina, hubo de ser revocada luego por el Triunal Superior de Orden Público con apoyo en objetivas consideraciones que al más profano le marcaban derroteros fácticos de improcedencia de la pretensión de los accionantes, los cuales no podía ignorar, tales como los siguientes:

1. Que la Séptima Brigadá del Ejército Nacional con sede en Villavicencio, en desarrollo de los varios operativos militares que adelantó a partir del tres (3) de mayo de 1990, obtuvo el decomiso, en varios sitios, de distintas cantidades de alcaloides, armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, así como el de dos aeronaves, las distinguidas con los números HK-3116-P y HK-3162. al igual que la captura de numerosas personas.

2. Que el Fiscal de primera instancia sustentó la apelación aduciendo que la presencia de los aprehendidos en el lugar de los acontecimientos constituía indicio grave, no empece la justificación que adujeron de ser comerciantes en oro, puesto que no se acreditó que en el momento de tal operativo se dedicaran a tal actividad, fuera de que esa área no era la propicia para esa clase de negocios.

De igual manera se consideraba indicio grave la presencia de las avionetas en cercanía del sitio donde se ocultaba la cocaína incautada, de

las cuales afirma que fueron utilizadas por los capturados Robert Cuéllar Bravo, Carlos Antonio Núñez Vela y Walter Ruiz Pereira (fl. 181 C.O.), en el tráfico de estupefacientes.

Se cita también el concepto del Agente del Ministerio Público, para quien no existe discusión en torno a la propiedad y procedencia lícitas de la aeronave HK-3116-P, pero en cambio dejaba mucho que desear en cuanto a su destinación o explotación, a juzgar por el hallazgo de los 236.000 dólares “camuflados en la misma sin justificación alguna...” (fl. 182).

Se advertía además que como Rojas Soto aparecía inscrito en el Departamento de Aeronáutica Civil como propietario inscrito de la avioneta HK-3116-P, reclamaba la devolución de la avioneta para su comprador Serafín Cuéllar Cedeño, quien por tener la calidad de sindicado en el proceso no ameritaba el tratamiento de tercero incidental y por lo mismo no debía haberse tramitado el incidente y menos ordenar la entrega del aparato (fl. 192).

Con estos antecedentes de presunto vínculo con el narcotráfico de la avioneta y de los dólares cuya devolución se pretendía por vía de tutela, el imputado bien pudo enervar la acción acudiendo a los dictados generales del artículo 339 del C. de P. Penal (caso especial de comiso), según los cuales “Los... aviones, avionetas,..., así como los... dineros, divisas, ...vinculados a los procesos por los delitos cuyo conocimiento se atribuye a los jueces regionales, o que provengan de su ejecución, quedarán fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación hasta que quede *ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva*” (negrilla fuera del texto).

Tampoco paró mientes al artículo 47 de la Ley 30 de 1986 que respecto de “los vehículos y demás medios de transporte”, utilizados para la comisión de delitos de narcotráfico, su *devolución excepcional* estaba sólo autorizada “a terceras personas”, si se probaba plenamente dentro del proceso que no participaron en el destino ilícito dado a tales bienes.

Bien sabía el ex-funcionario acusado, que uno de los accionantes en tutela (Serafín Cuéllar Cedeño) no era *un tercero*, por cuanto había sido

legalmente vinculado al proceso 0303 que el Juzgado 74 de Orden Público adelantaba por violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

A lo anterior debe agregarse, como imposibilidad jurídico-procesal para la devolución de los dólares su anormal tenencia (camuflados en la avioneta) que en los términos del Decreto 2578 de 1991, no bastaba la simple declaración de Cuéllar Cedeño para considerarlo de origen lícito.

Y como si fuera poco, esa devolución excepcional estaba además condicionada a que se surtiera la consulta de la providencia que así la había dispuesto, vale decir “una vez confirmada por el superior”.

Como bien lo anota el Tribunal Superior con eco en la Fiscalía Delegada ante esa Corporación, el acusado pasó de soslayo abundar en comentarios acerca de las previsiones del Decreto 2591 de 1991, del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 47 de la Ley 30 de 1986, porque tenía conciencia de que su alusión resultaba engorrosa para los fines que perseguía: desobedecer el claro tenor de la ley, para lo cual no tuvo reato en reproducir de manera incompleta y, como lo anota el *a quo*, de manera malintencionada, la jurisprudencia que cita de la Sala de Casación Civil (fls. 75-92, Cdno. ppal.).

Resultaba entonces más expedito al imputado acatar el claro mandato de la ley, que ocuparse, como lo hizo, en rebuscados argumentos para acceder a la pretensión de la tutela.

Sabía como el que más, que la acción de tutela no procedía cuando el interesado tenía a su disposición otros medios de defensa judicial o que habiendo aprovechado alguno, el mismo estaba pendiente de definición, tal como aquí sucedía con la petición de devolución formulada dos meses atrás.

Por otra parte, en el caso *subexamen*, lo que en el fondo se pretendía con la tutela era poner fin a la *mora* en la decisión acerca de la petición de devolución de los bienes, por lo que la utilización de la tutela, aún como mecanismo transitorio, resultaba a todas luces improcedente, por existir, como se ha dicho, otros medios judiciales (reiteración de la solicitud, recusación, etc.) para hacer cesar la pretendida irregularidad.

Por manera que no se vislumbra en lo más recóndito posibilidad de que el actuar del sentenciado hubiera estado precedido de un error de hermenéutica, porque cuando el sentido o tenor de la ley es claro, como aquí sucede, le está vedado al intérprete apartarse de él con rebuscados argumentos interpretativos. El error, como antagonismo que es del pensamiento con la realidad, mal puede predicarse por quien conocía como el que más la existencia de la ley y con todo prefirió ignorarla, porque de lo contrario no hubiera podido obrar como lo pregona el proceso.

A lo anterior hay que agregar el inusitado interés y acuciosidad que exteriorizó el sentenciado para el cumplimiento de su orden de entrega de los bienes reclamados, que, como es apenas obvio, son propios de quien actúa dolosamente, y este perfil de la intención prevaricadora se observa con más transparencia en la actividad subsiguiente que desplegó por iniciativa propia para que la entrega de los bienes no resultara nugatoria, ante la resistencia inicial que produjo su orden en los distintos estamentos oficiales comprometidos con la política contra el narcotráfico y el bloqueo final de tal medida por parte del Juzgado 74 de Orden Público que tenía a su cargo el proceso.

Así las cosas, el delito de prevaricato por acción (artículo 149 C.P.) que formalmente se le imputa al procesado y por el cual se la ha sentenciado, encuentra cabal demostración en todas sus esferas materiales y subjetivas, por lo que claramente se viabiliza el juicio de reproche por su comportamiento típicamente antijurídico y culpable..

Comparte la Sala el proceso dosimétrico de la pena: No se partió del mínimo previsto por el tipo penal de Prevaricato por Acción (12 meses de prisión), en acatamiento de los límites punitivos señalados en el artículo 67 del C.P., según los cuales sólo puede imponerse el mínimo de punición, cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación –lo que aquí no ocurre–, y en cambio sí concurre una circunstancia de agravación punitiva, la del artículo 66.11 *ibídem*, en virtud de la cual legalmente se autoriza el incremento penológico realizado por el *a quo*, pues además está a tono con las previsiones del artículo 61 del mismo Estatuto...

Con relación a la negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, la Sala considera que debe confirmarse bajo estas premisas:

1. La elevada posición social del procesado, como administrador de justicia, le reclamaba la mayor ponderación y cautela en la toma de decisiones que como la que ha sido objeto del reproche, tienen tan inusitada resonancia porque afectan los más sensibles intereses de la colectividad.

2. Sin embargo, el doctor AMAYA se mostró ligero en sus razonamientos y apriorísticamente condescendientes frente a las infudadas pretensiones del accionante, avizorándose en tal modo de proceder un evidente propósito de favorecer sus intereses, a tal punto que, sin el menor empacho, desconoció los serios indicios que obraban en el expediente, demostrativos de que los bienes reclamados estaban vinculados en algún grado con las actividades del narcotráfico, y llegando inclusive a desconocer las apreciaciones que en tal sentido había hecho el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Nacional) en la providencia mediante la cual debió revocar la devolución de los mismos bienes dispuesta por el Juez 2o. de Orden Público de Villavicencio.

Semejante laxitud y desacierto no se compadece con el deber de máximo cuidado que le era exigible en su fallo, máxime cuando éste ponía fin a un procedimiento por excelencia abreviado a través del cual se pretendía desconocer una tramitación ordinaria que negaba lo que ahora en su fallo se concedía a pesar de que en aquél se contaba con los mayores elementos de juicio.

Un comportamiento de esta clase, sumado al grave impacto social que causa la naturaleza de la conducta y su modalidad, de marcada persistencia en lograr la efectivización de su torcida decisión, no permiten el pronóstico favorable que exige el segundo presupuesto del artículo 68 del C. Penal. De lo cual se sigue que “al condenado debe hacer efectiva la sanción.

Por lo considerado, 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 en todas sus partes la sentencia de fecha naturaleza y procedencia indicadas, en cuanto condena al doctor CESAR AMAYA MORENO, ex-Juez 103 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, a purgar la pena principal privativa de la libertad de 18 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable del delito de Prevaricato por Acción, sin derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., salvamento parcial de voto.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE GRAVACION PUNITIVA

(*SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO*)

Dos aspectos fundamentales me separan del fallo de condena: el primero tiene que ver con la exégesis ya tradicional en la Corte de aplicar las circunstancias de agravación punitiva dentro del cuerpo de la sentencia y al segundo de apreciar al mismo tiempo para efectos de punibilidad un elemento del tipo y una circunstancia genérica de agravación.

Con relación al primer asunto he dicho en otras ocasiones que ya son muchedumbre:

“Insiste la SALA mayoritaria en considerar que en la sentencia pueden deducirse las circunstancias genéricas de agravación punitiva (artículo 66 del C.P.) sin que tal proceder vulnere el derecho de defensa del imputado cuando lo correcto es su aplicación en el pliego de cargos, o como ahora se dice, con alabada técnica, resolución de acusación. Si es que acaso las cosas no han cambiado de nombre con tantas mudanzas de legislación y trastueques técnicos que de seguro, todo lo embrollan y todo lo complican. Y aunque crea yo que el concepto de la SALA no es de recibo sé que por mucho que diga siempre lo contrario, mi criterio, muy a pesar mío, no va a producir ningún efecto pues aquel se basta y el mío me basta. Dejemos las cosas así. Conforta saber que nada se concluye y todo se continúa”.

Y respecto al segundo punto he insistido en la siguiente idea:

“He entendido y sigo entendiendo que: ‘la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del *non bis in idem*. Cuando un elemento que caracteriza la acción punible se aprecia coetáneamente como agravante en la

sentencia, debe descartarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición'. Uno de los presupuestos típicos del delito de prevaricato por acción es que el sujeto activo sea calificado. Mal puede, entonces, jugar esta misma característica como presupuesto de una circunstancia genérica de agravación. Como la sentencia de segunda instancia –con la cual me identifico en lo demás– insinúa dicho criterio cumplo con mi deber de manifestar mi disenso en esta materia”.

¿Qué más puedo decir? Que sigo en lo mío sin descanso ni desaliento observando absoluto apego a los criterios que se acompañan a la naturaleza de las cosas. Algo quedará de todo esto.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

FALSO JUICIO DE CONVICCION / SANA CRITICA / PENA
ACCESORIA / INTERDICCION DE DERECHOS Y
FUNCIONES PUBLICAS

El llamado falso juicio de convicción en materia de casación hace relación al desconocimiento del Juez por exceso o por defecto, de la tarifa asignada por la ley a determinado medio probatorio; y que no existiendo hoy en materia penal pruebas sujetas a ese régimen, resulta equivocado conceptualizar de esa manera la falta de coincidencia entre el criterio del demandante naturalmente interesado y al del Tribunal, en torno a la prueba contemplada en la sentencia y determinante de la misma.

2. Conforme al artículo 52 del C.P., la única sanción accesoria de forzosa aplicación, siempre y cuando la principal sea la de prisión, es la de interdicción de derechos y funciones públicas; las demás, son discrecionales, es decir sujetas al criterio del funcionario formado con apego a las exigencias del artículo 61 del C.P. y expuesto clara, expresa y fundadamente, en guarda de las garantías consagradas para todos los sujetos procesales en la Carta Política.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 94.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 20 de abril de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en la que, con modificación de la de primera instancia, se condena a RAMIRO ALFONSO DE AVILA GARCIA a la pena principal de diez años de prisión y a las accesorias de interdicción

de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por idéntico término, como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jaime Antonio Ruiz.

Hechos y actuación procesal:

En el municipio de Carmen de Bolívar, el 19 de enero de 1992, RAMIRO ALFONSO DE AVILA GARCIA (alias "Manito"), golpeó en la cabeza con un madero a Jaime Antonio Ruiz, quien falleció luego de permanecer inconsciente durante algunas horas.

Mediante indagatoria el sindicado fue vinculado al proceso, cuya iniciación estuvo a cargo del Juzgado 9o. I.C. del mismo municipio, Despacho éste que así mismo calificó el mérito sumarial con resolución acusatoria en la que le imputó el delito de homicidio simple; esta decisión, apelada por la defensa, fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito.

Cumplida la etapa del juicio, el Juzgado Penal del Circuito de Carmen de Bolívar emitió sentencia de condena de conformidad con el cargo que le fuera formulado imponiéndole como pena principal la mínima prevista en el artículo 323 del C.P. incrementada en ocho meses por razón de una de las agravantes genéricas del artículo 66 del C.P. y como accesorias, las arriba mencionadas.

Aunque el Tribunal Superior al desatar la apelación incoada por la defensa, no sólo revocó la obligación indemnizatoria deducida, sino que modificó la pena principal en el sentido de suprimir el incremento por el agravante, mantuvo las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y de suspensión de la patria potestad en su fallo, que ha sido objeto del recurso extraordinario de que se ocupa la Corte (fls. 3, 5, 27, 95, 152-166, 204, 269-290 cd. ppl. 1; cd. 1 Tr., 29-39 cd. pp. 2, cd. 2 Tr.

La demanda:

Considerando que la sentencia de segunda instancia es violatoria de "una norma de derecho sustancial", por errónea apreciación de la prueba testimonial demostrativa de la circunstancia justificante contemplada en

el numeral 4o. del artículo 29 del C.P., el señor defensor la acusa, deprecando su casación, para que reconocido el principio de la duda en favor de su poderdante, sea absuelto.

El yerro valorativo radica en el desconocimiento, por parte del Tribunal, de los principios rectores de la prueba contenidos en los artículos 254 y 294 del C.P.P., pues, dice, no comparó “individualmente cada testimonio” con “la universalidad probatoria, sino que desechó lo que favorecía al reo, alegando inexistentes contradicciones, para acoger en su integridad las imputaciones”.

De haberse analizado la prueba conforme lo imponía la crítica racional, el Tribunal habría llegado a un estado de insalvable duda, más como no confrontó el acervo probatorio pese a haber anunciado que lo haría, le atribuyó al implicado la responsabilidad en el delito. Habla el Tribunal, afirma el actor, de la existencia de “dos versiones contrapuestas”, pero “en ese estado queda suspendido el juicio de evaluación”.

Encuentra inexplicable que el Tribunal hable en su fallo de contradicción entre las explicaciones defensivas rendidas por el sindicado en su indagatoria y los testimonios que respaldaban su dicho, es decir, los de Alfredo De Avila, Carmen Tapia, Wilberto Muñoz, Vicente Tapia, José Leal, todos los cuales considera concordantes con el dicho de aquel en el sentido de que existió “agresión primaria del occiso y rechazo del ataque”. Habiendo sido recaudadas estas declaraciones con el lleno de las “formalidades legales” y proviniendo de “personas idóneas” respecto de las cuales “no existe circunstancia alguna que desvalore el criterio de apreciación”, dice el actor no entender cómo es que fueron “rechazadas” para ser preferidas las declaraciones de cargo.

Concluye que la falta de certeza probatoria, imponía la declaratoria de la duda y la consiguiente absolución, por la cual propugna en este recurso.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal encuentra inatendible el cargo contenido en la demanda, pues en su sentir aparecen evidentes la indeterminación de los fundamentos de la transgresión de la

norma de derecho sustancial que alega el recurrente y la omisión en el señalamiento de los errores de evaluación que pudo haber cometido el fallador; e interpretando, de acuerdo con la mención que hace de los artículos 254 y 294 del C. de P.P., que la discrepancia se arraiga en un supuesto error de derecho por falso juicio de convicción, observa, no sólo que el estudio de la prueba por el Juez obedece al principio de la crítica racional, sino que, en el caso demandado, justamente en atención a esos preceptos el Tribunal analizó el caudal probatorio y concluyó, sin duda atendible, el juicio de responsabilidad conocido.

Asumiendo en conjunto la prueba el Tribunal halló “sospechoso” que el acusado hubiera guardado silencio en su primer relato de indagatoria de los episodios que luego en ampliación refirió como constitutivos de la justificante de legítima defensa, e inverosímiles los relatos testificales que en su nueva versión, lo acompañaron.

En relación con la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, advierte el funcionario que no obstante carecer de motivación en el fallo de la primera instancia, el Tribunal la confirmó, vulnerando así el principio de legalidad de la pena, razón por la cual, con apoyo en reiterada jurisprudencia de la Sala sugiere la casación parcial para que se enmiende el yerro procedimental.

Consideraciones de la Corte:

El reparo que hace la defensa a la sentencia se hace consistir en que el Tribunal afirmó la existencia de dos versiones contrapuestas sin adelantar un completo estudio de la prueba testimonial, faltando así el mandato de la crítica racional –arts. 254 y 294 del C.P.P.– y llegando por este recortado medio a desconocer el evidente estado de duda probatoria suficiente para absolver a su patrocinado; es decir, que “alegando inexistentes contradicciones”; desechó “lo que favorecía al reo” y acogió “en su integridad las incriminaciones” para formularle juicio de responsabilidad. Incurrió, según lo considera, en un falso juicio de convicción por error en la apreciación de los testimonios.

Sea lo primero aclarar al demandante, que el llamado falso juicio de convicción en materia de casación hace relación al desconocimiento del Juez

por exceso o por defecto, de la tarifa asignada por la ley a determinado medio probatorio; y que no existiendo hoy en materia penal pruebas sujetas a ese régimen, resulta equivocado conceptualizar de esa manera la falta de coincidencia entre su criterio naturalmente interesado y el del Tribunal, en torno a la prueba contemplada en la sentencia y determinante de la misma.

De otra parte, la inobservancia por el sentenciador del mandato de la crítica racional de la prueba, al cual se refieren los artículos 254 y 294 del C.P.P., siendo esta última norma específica para el testimonio, citados por el censor, impone al demandante el deber de demostrar de qué manera erró el fallador al asumir la prueba. No basta afirmar que no adelantó un examen conjunto de la prueba y por ello confirió credibilidad a la que inculpa al procesado —y conviene aclarar que en este caso se estaría ante el error de hecho conocido como falso juicio de existencia, pues que se habría omitido la evaluación de pruebas eventualmente aptas para trocar total o parcialmente el sentido del fallo—, sino que se hace menester indicar cuál es ese medio probatorio de favor que se dejó de tener en cuenta y de haberlo tenido de qué manera habría incidido en la parte resolutive del fallo que se acusa.

En el caso presente y acudiendo a cita jurisprudencial que estima pertinente, el actor asevera que el Tribunal no realizó la comparación de cada testimonio “con la universalidad probatoria, sino que desechó lo que le favorecía al reo...”, pero tampoco él adelanta ese indispensable cotejo para acreditar la solidez y veracidad de su dicho, dejándolo sin fundamentar, como en lógica correspondía, y, de contera, lanzando una afirmación reñida con la realidad como es la de que el Tribunal adujo “inexistentes contradicciones para acoger en su integridad las imputaciones”.

En efecto, respecto de la forma en que sucedieron los hechos, de la cual el defensor extrae la duda respecto de la ocurrencia de la justificante mencionada, el Tribunal advirtió la existencia de dos versiones respaldadas por dos bloques de testigos, uno de ellos encabezado por el propio acusado. Seguidamente estudió las explicaciones de éste, no sin advertir que cuando compareció por primera vez a la injurada negó su participación en los hechos y luego, en ampliación, escenificó lo que aducía como legítima defensa, nueva versión en que lo acompañaron los testigos que cita la defensa en su demanda.

Después de analizar en detalle el relato del acusado, aplicando en su examen los supuestos de un estudio objetivo y lógico, es decir de la crítica racional prevista en la ley –y que además, no obstante coincidir tal relato con el del deponente en la audiencia pública José Leal, encontró contradictorio con los demás que se consideraban de respaldo, vale decir, los reseñados por el demandante en casación, ya que mientras éstos afirmaron haber sido el implicado atacado primeramente por el occiso, el propio acusado atribuyó ese ataque a la esposa de éste– el fallador consignó la razón por la cual confería credibilidad a los testimonios de cargo, definiendo así su criterio por la imputación de responsabilidad al procesado. Reza la sentencia:

“En síntesis el procesado Ramiro de Avila García y el testigo José Francisco Leal Buelvas proporcionan una versión diferente a la que dan los declarantes Alfredo de Avila Morales, Carmen Tapia Tejada, Wilberto Muñoz De Avila y Vicente Tapia García, sobre un episodio sumamente notorio de la acción y muy difícil de apreciar de dos maneras diferentes, como aquí ocurre.

“De otra parte, el contenido mismo de esta versión constituye motivo de crítica, ya que resulta inverosímil, por contrariar la forma ordinaria como suceden las cosas en el mundo fenomenológico. En efecto, es imposible que un hombre con una sola mano (la otra la tenía inutilizada según consta en autos), pudiera quitar rápidamente, aún a una mujer, un garrote de algún volumen y peso como el que se insinúa en este asunto y pudiera maniobrar fácilmente para realizar los movimientos necesarios para detener la agresión (también con un palo) del occiso Jaime Ruiz. También es inverosímil eso de que detuvo o bloqueó el golpe que éste le lanzara sosteniendo su garrote con una sola mano. Y es inexplicable a la luz de la física, que si estaba en la actitud pasiva de bloquear los lances de su contendor, al partirse el garrote de éste por el choque con el suyo, éste último pudiera golpear la cabeza de Ruiz Romero.

“En las anteriores circunstancias, la versión del procesado apoyada por los testimonios en mención, resulta indigna de credibilidad, lo cual no sucede con la proporcionada por los testigos Dairo Yeyes (*sic*) Robles, Edith Yepes Robles y Rafael Fernández Alvis, los que valorados conjuntamente llevan a

establecer que la noche anterior a los hechos, los señores Dairo Yepes y Rafael Ruiz, en estado de embriaguez tumbaron el cercado de la casa de Ramiro Alfonso de Avila y ello motió que al día siguiente, por la noche, en una caseta de baile situada en el barrio 'Los Mangos', un miembro de la familia De Avila provocara a Dairo Yepes y surgiera un enfrentamiento entre las dos familias y en un determinado momento fueran a buscar a Ramiro De Avila García, quien llegó armado de un palo al lugar de los hechos e indujo a uno de los hijos suyos a que peleara con Jaime Ruiz Romero y cuando intercambiaban golpes, el señor De Avila golpeó a Ruiz en la cabeza con el palo que tenía consigo y lo dejó inconsciente" (fls. 23-27 cd. 2 Tr.).

Ningún factor siquiera insinuante de la duda respecto del acontecer delictivo asoma del estudio probatorio del *ad quem*; sus conclusiones emergieron del concienzudo estudio conjunto de los testimonios de cargo y de descargo; y estos elementos de juicio no daban pie al asomo de la justificante, a la que ninguna mención hizo el acusado cuando compareció por primera vez a indagatoria, dejando con su actitud abierta la posibilidad a una falta de veracidad que luego se tradujo en inverosimilitud en el fallo, como ha quedado visto.

El caro no puede prosperar, en consecuencia.

La casación oficiosa:

Sin embargo, y ofreciéndose como realidad insoslayable la aplicación en la sentencia recurrida, de la pena accesoria de la suspensión de la patria potestad al acusado sin explicación de los motivos para ello, en franca transgresión del deber de fundamentar la pena, como lo exige la Constitución y la ley, se impone su revocación mediante la casación parcial y oficiosa que por la vía de los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., es de recibo hacerlo porque, además, no existe nexo consecuencial de dicha sanción con el delito juzgado que permita inferir peligro alguno a la familia respecto de la cual ejerce la patria potestad al sentenciado.

Olvidó el fallador de la primera instancia que conforme al artículo 52 del C.P., la única sanción accesoria de forzosa aplicación, siempre y

cuando la principal sea la de prisión –la impuesta en este caso– es la de interdicción de derechos y funciones públicas; las demás, son discrecionales, es decir sujetas al criterio del funcionario formado con apego a las exigencias del artículo 61 del C.P. y expuesto clara, expresa y fundadamente, en guarda de las garantías consagradas para todos los sujetos procesales en la Carta Política. Y pasó por alto al Tribunal revisar este aspecto punitivo, no obstante rebajar con acierto el incremento a la mínima principal que con fundamento en una causal genérica de agravación el Juzgado había deducido.

Se resolverá pues, de conformidad.

Por lo expuesto, 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:

1. *Desestimar* la demanda presentada.
2. *Casar parcialmente*, en forma oficiosa, la sentencia recurrida, en el sentido de *revocar* la pena accesoria de suspensión de la patria potestad que en ella se le impone a RAMIRO ALFONSO DE AVILA GARCIA como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jaime Antonio Ruiz Romero. En lo restante, queda sin modificación el fallo recurrido.

En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal Superior de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL / PRUEBA / AUDIENCIA / IMPEDIMENTO

El delito de prevaricato por asesoramiento ilegal de conformidad con el artículo 151 del Código Penal es la comisión de un abuso de poder por parte del empleado oficial, que entrando a desconocer la imparcialidad y el equilibrio debidos en la tramitación y definición de los asuntos que le han sido asignados por la administración, ilícitamente asesora, patrocina o da consejo a persona que gestiona asunto en su despacho.

A diferencia del artículo 169 de la anterior legislación penal que bajo la misma denominación describía esta figura, no exige ahora el legislador la causación de un perjuicio a terceros, como tampoco que el motor que impulsa la acción se la animadversión o simpatía que aniden en la conciencia del actor, constituyendo sí, en todo caso la conducta, una agresión o riesgo para el bien jurídico de la administración pública que con actos de ésta laya se desordena y desprestigia, desnaturalizando los principios de transparencia, publicidad e igualdad que deben caracterizar todo el actuar de todos los servidores públicos.

De añadido ha de recordarse que la infracción en comentario sólo podría darse por cumplida frente a un comportamiento doloso (artículo 39 del Código Penal), lo que equivale a demandar una actuación consciente, maliciosa y voluntaria del agente que conociendo la ilicitud de su comportamiento, quiere su realización.

2. De la ordenada secuencia que establecen los artículos 448 a 451 del Código de Procedimiento Penal resulta un inalterable orden y una ocasión precisa para el recibo de pruebas en la audiencia, pues si bien es cierto que allí se autoriza practicar aquellas decretadas con antelación y aún las que sugieren

“necesarias para el esclarecimiento de los hechos”, la oportunidad para pedir las y decretarlas tenía que anteceder a la intervención oral de las partes (artículo 449 y 451), pues a ésta se procede “concluida la práctica de pruebas”, siendo ese el orden legal y lógico que impera y no otro, si es que en realidad se quiere respetar el derecho constitucional que asiste para la controversia de los medios.

3. “La sola omisión en la manifestación oportuna de un impedimento por parte del funcionario en quien concurre una causal legal apenas constituye una infracción disciplinaria, pues esa conclusión asoma del literal v, artículo 8o. del Decreto 1888 de 1989, y en igual sentido lo ha reconocido la doctrina de la Corte, previniendo, eso sí, que tal conclusión es acertada sólo cuando la actividad del impedido no sobrepasa la simple omisión oportuna de su declaración, y en ello queda”.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresne.*

Aprobado Acta número 93.

Vistos:

El defensor del procesado doctor ALFREDO GOMEZ BARRERA ha interpuesto el recurso de apelación en contra de la sentencia de condena proferida en primera instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué el 14 de abril de 1994, mediante la cual se impuso al acusado la pena principal de un (1) año de prisión, multa de quinientos pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, al considerarlo autor del delito de prevaricato por asesoramiento ilegal.

Antecedentes:

1. Bajo dos cargos adversos al doctor ALFREDO GOMEZ BARRERA se iniciaron las presentes diligencias, ambos relacionados

con su desempeño como Juez Promiscuo Municipal de San Antonio, en el Departamento del Tolima.

En el primero, por el cual se reabrió la investigación, la queja formulada por Zoila Rosa Olaya Másmela hizo saber que el ex-funcionario le había brindado un indebido asesoramiento a raíz de una consulta de la reclamante sobre ocho letras de cambio impagadas por una suma superior a un millón de pesos, pues el doctor GOMEZ las tomó, estampilló y llevó a su Juzgado, donde la inconforme hallaría más tarde cuatro de ellas endosadas sin su consentimiento a un abogado de apellido Manrique. Con la oferta de esta colaboración que sumó a otras atenciones, el ex-juez se ganó la confianza de la anciana señora Olaya obteniendo cuantiosos préstamos que no llegó a cancelarle.

En el segundo cargo, al cual se concreta esta causa, las referencias apuntan al trámite que el ex-funcionario le dio al proceso de sucesión de su abuelo Ceferino Barrera, iniciado ante su Despacho el 25 de septiembre de 1987, e impulsado desde entonces hasta el 19 de octubre de 1989, fecha en que resolvió declararse impedido, no sin antes haber reconocido a su abuela Verónica Criollo viuda de Barrera como cónyuge supérstite del causante (septiembre 25 de 1987), y a su progenitora Esther Barrera de Gómez como legitimaria (auto de junio 24 de 1988), disponiendo el secuestro del bien sucesoral y llevando el trámite hasta la facción de inventarios y avalúos.

2. El Tribunal *a-quo* tuvo conocimiento de los hechos con base en información trasladada de la Procuraduría en adelantamiento de acción disciplinaria seguida en contra del exfuncionario, disponiendo el 23 de enero de 1992 la apertura de la correspondiente investigación y la practica de pruebas, dentro de las cuales cabe resaltar la adjunción de copia parcial del proceso de sucesión del causante Ceferino Barrera, la partida de bautismo de la señora María Esther Barrera hija del anterior y de Verónica Criollo, y el registro de nacimiento de ALFREDO GOMEZ BARRERA hijo de Alfredo Gómez Mora y Esther Barrera.

Parejamente se allegaron copias de los acuerdos de designación del procesado como Juez Promiscuo Municipal de San Antonio en febrero 20 y abril 17 de 1986, y junio 3 de 1988, así como las respectivas actas

de posesión, y una fotocopia del vale provisional de caja de octubre 31 de 1987 por valor de \$2.800.00 expedido en las oficinas del periódico El Siglo, Editora Nuevo Día de Ibagué, a nombre del acusado, con el cual se cancelara la publicación del edicto ordenado dentro de la sucesión de Ceferino Barrera, divulgación cumplida el 7 de noviembre de ese año según consta en ejemplar del diario respectivo aportado al proceso civil.

Testimonialmente se recibieron las versiones de Norman Robledo Jaramillo secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de San Antonio, del Doctor Orlando Manrique Ortigoza quien fuera apoderado en la sucesión y los de los tíos del acusado Ceferino y Jesús Emilio Barrera Criollo, complementando el acerbo demostrativo la indagatoria del ex-Juez.

Con las pruebas anteriores se ratificó la existencia del proceso sucesorio y la intervención en él como juez del conocimiento del funcionario procesado, actuación que se inició como queda dicho el día 25 de septiembre de 1987 mediante auto que declaró abierta y radicada la sucesión de Ceferino Barrera y reconoció a la viuda Verónica Criollo como cónyuge supérstite muy a pesar de que el memorial poder otorgado al abogado José Orlando Manrique Ortigoza solamente lo presentó personalmente la interesada, al día siguiente de su reconocimiento (septiembre 26) –folio 172 cuaderno primero–.

Esther Barrera de Gómez –madre del procesado según registro de nacimiento adjunto a los autos–, aparece otorgándole poder al mismo abogado Manrique Ortigoza para que en su condición de hija legítima del causante llevara su representación en el sucesorio, mereciendo su reconocimiento como legitimaria mediante auto del 24 de junio de 1988 suscrito por su hijo como juez de San Antonio.

Con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal –Decreto 2700 de 1991–, las diligencias pasaron a la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal, que en noviembre 4 de 1992 profirió en contra del indagado resolución de acusación por el delito de prevaricato por asesoramiento ilegal relativo al trámite de la sucesión de su ascendiente, al tiempo que decretó medida de aseguramiento de caución prendaria, y la prosecución de la averiguación con relación a los hechos denunciados

por la señora Zoila Rosa Olaya Masmela. En auto adicional del 9 de noviembre se aclaró que el grado de participación en el prevaricato era a título de autor material.

En contra de la anterior determinación el acusado y su defensor interpusieron el recurso de apelación, pero por no haberlo sustentado, la Unidad de Fiscalía ante la Corte lo declaró desierto mediante auto del 4 de mayo de 1993. Las diligencias regresaron para el trámite de la causa al Tribunal de Ibagué, y allí con auto del 11 de junio siguiente se dispuso el traslado para la preparación de la audiencia de acuerdo a las previsiones del artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Dentro de esta etapa la Fiscalía solicitó que en la diligencia de audiencia se escuchara al acusado en ampliación de indagatoria lo que así en efecto se cumplió, y oídas las intervenciones del Fiscal y del Procurador propuso la defensa y el Tribunal accedió a la práctica de otras pruebas a verificar en Ibagué y San Antonio, suspendiendo la vista y comisionando a los juzgados de estas dos localidades.

Así el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Ibagué practicó inspección judicial a las oficinas del Nuevo Siglo y entrevistó a su representante señor Henry Guzmán Díaz, mientras que por su parte el Juzgado Promiscuo Municipal de San Antonio practicó inspección a los libros diarios de actuación de ese despacho, hallando el correspondiente a la minuta civil, mas no así la minuta penal correspondiente al año de 1987. También recepcionó el testimonio de Guillermo Antonio Cárdenas Olaya.

Evacuado lo anterior, la audiencia continuó para concluirse el 14 de enero de 1994, produciéndose y el 14 de abril siguiente el fallo de resultados conocidos. En esta providencia, el *a-quo* tuvo en cuenta la actuación del doctor ALFREDO GOMEZ como juez en asunto de directo interés de su familia, eludiendo su declaración de impedimento para iniciar y adelantar el trámite sucesoral y reconocer los derechos de su abuela todavía sin formal representación y luego de su progenitora, gravar el bien del causante y agenciar actos propios del interés de las partes como en concreto ocurrió con el pago de publicación para el edicto según recibo de octubre 31 de 1987, aspecto éste al cual se le brindó particular relieve incriminatorio.

El Tribunal resaltó que la declaratoria de impedimento sólo se vino a producir el 19 de octubre de 1989 y como consecuencia de una visita que al Despacho efectuó la Procuraduría General de la Nación; y concluyó, que el ex-Juez de San Antonio había incurrido en el delito previsto en el artículo 151 del Código Penal por haber asesorado y patrocinado a sus ascendientes en menesteres que sólo a éstos competía.

Motivos del apelante:

El defensor del acusado transcribió para criticarlos los siguientes apartes consignados en la providencia impugnada, aislando como tema de reparo el análisis referente a la conducta del ex-Juez en cuanto:

“...fue más allá al realizar actos propios de las partes interesadas en el proceso como fue el cancelar él mismo el valor de la publicación del edicto emplazatorio para aquellos que se creyeran con derecho a intervenir en el proceso, con lo que se demuestra haber asesorado o patrocinado a sus ascendientes legítimos en menesteres que eran propias (*sic*) de éstos”.

“...la Sala encuentra que están plenamente establecidos los elementos estructurales del delito de PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL, por tener comprobada... la actividad que igualmente desplegó pagando directamente o por conducto de otro la publicación del edicto tocante al proceso sucesorio, que lo muestra gestionando o patrocinando ilícitamente asuntos tramitados en su propio despacho...”.

“Al cancelar el propio funcionario, la publicación en la Editora ‘NUEVO DIA’ del periódico ‘EL SIGLO’, del Edicto emplazatorio... hecho que en verdad tuvo ocurrencia, pues ni el abogado de la sucesión, doctor ORLANDO MANRIQUE ORTIGOZA, ni su colaborador lo hicieron...”. “Si el abogado demandante no se acuerda de sus poderdantes, no reclamó el edicto para su publicación, no la ordenó, no pagó su importe, es claro que sólo una persona interesada en ello lo hiciera, y es quien figura en el correspondiente recibo”.

“Y respecto al tantas veces mentado recibo de pago de la publicación del edicto emplazatorio... debemos estudiarlo desde el punto de vista de su contenido, o sea en el sentido y la sinceridad de lo escrito en él. Como no proviene del inculpado, ni de una parte del proceso, su valor probatorio se toma como un testimonio de tercero, a título de indicio del cual se pueden inferir presunciones... el empleado de la Editorial consiguió un hecho material, o sea el relativo al pago del valor de la publicación por parte del doctor GOMEZ BARRERA, de conformidad con su interpretación literal. Y debemos admitir que lo declarado allí resulta verdadero, porque quien suscribió el documento no podía mentir o simular una mentira, por error o inexactitud, porque se limitó a manifestar el nombre de la persona que hizo el pago, como era su deber”.

En manifiesta oposición a estas afirmaciones, el apelante atribuye a la sentencia la comisión de protuberantes errores en la apreciación probatoria al asegurar que el doctor GOMEZ BARRERA fue a la vez quien directamente y por conducto de otro realizó el pago para la publicación del edicto, ya que esas dos situaciones que se pretenden simultáneas resultan excluyentes.

El hecho de que en el recibo aparezca el nombre del procesado no constituye prueba suficiente para determinar que efectivamente haya sido quien efectuó el pago, como tampoco constituye indicio necesario bajo el argumento de inferir su actuación atribuyéndole la condición de único interesado en la realización de aquella gestión por otro.

Lo único que el recibo permite deducir, es que en él aparece el nombre del Doctor GOMEZ BARRERA, sin que con ello se demuestre que directamente, o por intermedio de otra persona hubiese sido quien efectuó el pago, y en esas condiciones mal podría sobre esa anotación edificarse indicio alguno.

Rechaza que el interés del procesado hubiese sido el único en el pago de la publicación, oponiéndose a que se tome su contenido como testimonio de tercero, ya que no se estableció la identidad de quien lo expidió, en cuyo evento hubiera sido necesario escucharlo en versión

jurada a fin de que explicara la causa, motivo o razón por la cual se incluyó el nombre del ex-Juez.

En suma, el recibo no puede tener mérito probatorio, y la eficacia que le otorga el Tribunal constituye un desconocimiento al principio de contradicción de la prueba.

Siendo ello así, el delito de prevaricato por asesoramiento ilegal no se configuró. Tan sólo se presentó una infracción disciplinaria sin implicaciones penales, la que aparece sancionada y por lo mismo impone la absolución del enjuiciado.

El escrito sustentatorio remata reclamando por la lentitud y lenidad con que el Tribunal de Ibagué, en contraste con el caso presente, ha tratado otros muchos más graves respecto del juez de Chaparral Jorge Sánchez, reclamo que a pesar de sus términos descomedidos se trasladará a la Procuraduría para lo de su competencia, en cuanto nada tiene que ver con el tema que entra a definirse.

Consideraciones de la Sala:

1. El delito de prevaricato por asesoramiento ilegal por el cual responde el procesado ALFREDO GOMEZ BARRERA presupone, de conformidad con el artículo 151 del Código Penal la comisión de un abuso de poder por parte del empleado oficial, que entrando a desconocer la imparcialidad y el equilibrio debidos en la tramitación y definición de los asuntos que le han sido asignados por la administración, ilícitamente asesora, patrocina o da consejo a persona que gestiona asunto en su despacho.

A diferencia del artículo 169 de la anterior legislación Penal que bajo la misma denominación describía esta figura, no exige ahora el legislador la causación de un perjuicio a terceros, como tampoco que el motor que impulsa la acción sea la animadversión o simpatía que aniden en la conciencia del actor, constituyendo sí, en todo caso la conducta, una agresión o riesgo para el bien jurídico de la administración pública que con actos de esta laya se desordena y desprestigia, desnaturalizando los principios de transparencia, publicidad e igualdad que deben caracterizar todo el actuar de los servidores públicos.

De añadido ha de recordarse que la infracción en comentario sólo podría darse por cumplida frente a un comportamiento doloso (artículo 39 del Código Penal), lo que equivale a demandar una actuación consciente, maliciosa y voluntaria del agente que conociendo la ilicitud de su comportamiento, quiere su realización.

2. Para el caso que resulta motivo de análisis, no se discuten por el recurrente ni las calidades del acusado quien al suceder los hechos desempeñaba el cargo de Juez Promiscuo Municipal de San Antonio, ni la tramitación por parte suya del proceso sucesorio de Ceferino Barrera. Tampoco los nexos de parentesco que ligaban al doctor GOMEZ con el de cujus y sus sucesoras en ese trámite reconocidas, ni mucho menos se desconoce la tardía declaración de impedimento, ocurrida cuando ya la Procuraduría había iniciado las averiguaciones por el proceder irregular del funcionario, pues, como queda visto, todo el debate queda centrado y restringido en el ámbito de las pruebas a la connotación que en la sentencia del *a-quo* se brinda al recibo expedido por una empresa editorial para la publicación del edicto dispuesto dentro de la mortuoria donde apareció el nombre del acusado como depositante.

Aquellos hechos sobre los cuales el apelante no discrepa constituyen sin embargo la esencia y base de la imputación surgida en contra del funcionario a quien se acusa, al punto, como irá a mostrarse, de dar apenas al recibo una condición de prueba importante aunque complementaria solamente.

Así se tiene que luego de allegados en copia los actos de designación y posesión del procesado como Juez Promiscuo Municipal de San Antonio, funciones que el mismo indagado admite haber desempeñado desde 1986 hasta 1990, ninguna duda cabe con relación a su titularidad en el cargo durante el tiempo de la comisión de los hechos que se juzgan, como tampoco, por consiguiente, sobre su condición de sujeto activo frente al tipo penal que se le imputa (folios 153 a 155, 176 y 177 del primer cuaderno).

Parejamente, las copias allegadas del proceso sucesorio de Ceferino Barrera informan y ratifican que el ex-funcionario tuvo en ellas decidida y prolongada intervención, comenzando por el hecho relevante y decisivo

de asumir su conocimiento, declarar abierto el juicio y reconocer a su abuela la viuda de Barrera como acto de propia iniciativa, pues a la fecha de su pronunciamiento doña Verónica ni siquiera había hecho presentación personal del mandato a su abogado.

Este hecho se enlaza con la intervención del abogado Manrique Ortigoza como apoderado de la sucesión, pues lejos de mostrarse circunstancial y menos fruto de una verdadera selección por las sucesoras del causante (el profesional, quien apenas se limitó a presentar los poderes, dijo que ni siquiera recordaba a quién llegó a representar en ese asunto), pues no se olvida que en el reclamo formulado por la señora Zoila Olaya —también pariente del acusado según dijo—, y que dio lugar a proseguir esa instrucción por separado, esta ofendida dijo que la agencia oficiosa del doctor GOMEZ BARRERA había llegado hasta endosar cuatro de sus ocho letras de cambio a un abogado sin que en su escogencia ella interviniera, endoso que al favorecer precisamente al doctor Manrique Ortigoza puso en evidencia el entendimiento existente entre funcionario y litigante, cuya conducta no podrá por el tiempo transcurrido ser investigada disciplinariamente, así suscite en los dos casos serio cuestionamiento por esa irregular tolerancia con el funcionario a quien así se patrocinó el doble ejercicio de los oficios de juez y parte interesada.

Tal es entonces, la del doctor GOMEZ BARRERA, la conducta que el legislador reprocha y sanciona en el precepto del artículo 151 del Código Penal y que atinadamente calificó la Fiscalía en el caso que se estudia, cuando a todas luces viene a constituir asesoramiento indebido e ilegal la asunción por parte del funcionario del interés de favorecer con actos oficiales y privados a su propia familia constituida en parte, con la inequívoca voluntad de sacar adelante las pretensiones adelantando pronunciamientos de favor e impulso procesal sin esperar siquiera a que su pariente solicitante presentara formalmente mandato para su representación, hasta llegar al extremo de gestionar actos reservados a la iniciativa de las partes, como ocurrió al asumir el trámite y las costas de publicación del edicto —folio 116—, gasto certificado el 31 de octubre de 1987 a su nombre.

Como la alegación de la defensa centra particularmente los motivos de diferencia en este aspecto al rechazar como medio probatorio el recibo

expedido a nombre del doctor GOMEZ que apareció agregado al proceso sucesorio sobre gastos de publicación del edicto, claro queda para contestar primeramente que no radica con exclusividad la incriminación en ese acto, porque el comportamiento reprochado ya se había iniciado meses antes con el irregular reconocimiento de la señora Verónica Criollo donde se hizo manifiesta la voluntad de adelantar todo el proceso bajo el amparo, asesoría y patrocinio del inescrupuloso funcionario.

Además y a distancia de cuanto increpa el recurrente, la coincidencia de la Sala está del lado de los análisis del Tribunal en cuanto hizo radicar en el recibo un indicio más de la parcialidad del acusado dentro del trámite del sucesorio de su abuelo, porque la aparición de esa constancia en el expediente civil no resultaba meramente accidental teniendo en cuenta que su agregación obedecía en parte a demostrar el cumplimiento de una carga procesal, pero ante todo, porque llevando fecha del mes de octubre de 1987, dejó pasar el ex-funcionario un tiempo relevante desde su anexión hasta la iniciación de éste trámite penal, sin que llegase a consignar constancia alguna aclaratoria o de repudio para la anotación que allí aparecía, constituyendo ese consentimiento o tolerancia el mejor respaldo de la anuencia que le daba a su actuación pregonada en el escrito.

Trátase, pues, de un medio que conocido con la debida anticipación por el acusado autorizó que hiciera parte dentro de la sucesión de su ascendiente, y del cual mal puede pretenderse ahora ajeno, sólo a la vista de las consecuencias penales que de esa actuación derivan.

Sobre este medio debe aclarar la Sala que dos irregularidades protagonizó el *a-quo* en su manejo, si bien irrelevantes a la postre como a continuación se explica:

El primer error se ubica dentro de la diligencia de audiencia, cuando después de concluidas las alegaciones de la Fiscalía y el Procurador se dio cabida a la práctica de pruebas, pues so pretexto de darle garantías al procesado se desconocieron las de otros sujetos procesales que por haber agotado su turno en el debate oral carecerían de la posibilidad de controvertir los nuevos medios, como en efecto se les privó ese derecho.

Se olvidó con ello el Tribunal que de la ordenada secuencia que establecen los artículos 448 a 451 del Código de Procedimiento Penal resulta un inalterable orden y una ocasión precisa para el recibo de pruebas en la audiencia, pues si bien es cierto que allí se autoriza practicar aquellas decretadas con antelación y aún las que surgieren “necesarias para el esclarecimiento de los hechos”, *la oportunidad para pedir las y decretar las tenía que anteceder a la intervención oral de las partes (artículos 449 y 451), pues a ésta se procede “concluida la práctica de pruebas”, siendo ese el orden legal y lógico que impera y no otro, si es que en realidad se quiere respetar el derecho constitucional que asiste para la controversia de los medios.*

En el caso que se examina, se resalta, tanto las diligencias de inspección en la Oficina del Nuevo Siglo de Ibagué y en el Juzgado de San Antonio (folios 98 y 111 del segundo cuaderno), como el testimonio de Guillermo Antonio Cárdenas (folio 125 v *ibídem*) vinieron a verificarse luego de que Fiscal y Procurador habían agotado su turno en el debate, y ello lleva indefectiblemente a tener tales medios como violatorios del debido proceso, y por lo mismo inexistentes según sanción expresa del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, quedando en claro que *la solicitud del procesado sólo condicionaba su admisibilidad de haberla formulado en oportunidad, valga insistirlo, antes de dar inicio a la alegación oral.*

El segundo yerro que sobre el mismo aspecto protagoniza esa instancia radica en delegarle la práctica de pruebas dentro de la misma sede a un juzgado penal municipal, porque con ello se transgredió el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal para entonces vigente que en guarda del principio de inmediación sólo autorizaba la delegación para el recaudo de medios “fuera de la sede”.

Con todo, y como queda dicho, este segundo defecto también se torna a la postre irrelevante, si por el previo desconocimiento del debido proceso, las pruebas decretadas luego de agotadas las oraciones de dos de los intervinientes procesales, tenían que derivar inexistentes.

Nada, pues, se opone a la consideración del recibo allegado al expediente civil atribuyendo una acción de parte al doctor ALFREDO GOMEZ, como

hecho indicador de su participación parcializada ejecutando actividades que por ministerio de la ley estaban reservadas a las partes.

Ahora bien: Sin que se haya colocado a duda la ilegitimidad de la actividad cumplida por el doctor GOMEZ BARRERA dentro del juicio sucesorio de Ceferino Barrera, en cuanto con ella desatendió los principios de imparcialidad, igualdad y transparencia que inspiran la administración pública, generando en ella desequilibrio, desorden y desconfianza, cabe volver de nuevo a los argumentos de la defensa en cuanto con ellos también se busca algún enervamiento para el dolo, no sin dejar en claro que en nada afecta la antijuridicidad de la conducta perseguida la versión de los tíos del acusado cuando afirmaron que la única interesada en la sucesión sería la señora Esther de Gómez, pues la referencia a los principios transgredidos no se restringe a las solas vicisitudes del proceso donde ocurren, siendo extensivas, e igualmente reprochable el daño ocasionado con la desigualdad de trato, frente a los demás administrados.

Para su excusa dijo el procesado que la sucesión de Ceferino Barrera la había iniciado desconociendo que el causante era su abuelo, pues por haber contraído matrimonio su progenitora a disgusto de aquél, jamás había mediado trato que le hubiese llevado a conocer a su ascendiente.

Con tal proposición pretende inútilmente confundir el indagado lo que es el conocimiento de una persona con el conocimiento del vínculo que con ella se tiene. Así, pues, que aún admitiendo la existencia de aquel distanciamiento afectivo, lo que el doctor ALFREDO GOMEZ no podía ignorar era que el de cujus en el proceso sucesorio era su pariente, pues oportunamente se aportó a los autos la partida de bautismo de su progenitora que le hubiese bastado consultar para saber que era hija de Ceferino Barrera y Verónica Criollo, pero en su propio registro de nacimiento (folio 172) que nunca ha dicho ignoraba, también con toda claridad se lee que su abuelo materno respondía al nombre del causante.

Tan impropia asomó la excusa, como claro el propósito de conservar contra la ley el conocimiento del asunto, que así no hubiese sido por el nombre del causante, al presentarse su abuela, y luego su progenitora como herederas, tuvo el acusado doble ocasión de excusar su conocimiento del asunto, persistiendo a cambio en una rebeldía que justifica por la

equivocación de sus parientes al pedirle, que no la suya al responderles, como si en el abstracto análisis de un pedimento de parte no tuviera que considerar que el proceso debía consultar principios como los de competencia por la naturaleza del proceso, imparcialidad frente a las partes e inclusive domicilio del causante que necesariamente ponían en su conocimiento el cumplimiento de los mandatos legales que le impedían conjugar en sus poderes los del juez y de la parte.

Es más: la réplica que con esta fragilidad el procesado intenta, lejos de orientar a algún motivo de justificación o inculpabilidad, cuanto permite es precisamente confirmar definitivamente que contó con la oportunidad de conocer del caso en razón de sus funciones, que no ignoraba su obligación de excusarse como que así hubiese sido tardíamente en tal sentido obró luego de alcanzar a su Despacho la vigilancia de la Procuraduría, y que pese a ello intervino activamente y por propia iniciativa en favor de su familia, favoreciéndola con decisiones que se anticiparon a la formalidad de su representación, impulsando las etapas del proceso por más de dos años, e inclusive asumiendo agencias reservadas a las partes como la de emplazamiento de interesados mediante el pago de las publicaciones del edicto.

Obró, pues, el doctor GOMEZ BARRERA con conocimiento sobre la ilicitud de su comportamiento y libre determinación de su voluntad orientada a la obtención del resultado punible, sin que le pueda relevar de responsabilidad aquella explicación que apunta a una intención ajena a la de causarle daño a terceros, porque tal y como viene de advertirse, ya la descripción del artículo 151 del Código penal, a diferencia de la legislación que le antecedió, excluyó ese resultado como elemento del tipo.

Y si tampoco es aceptable la excusa con la que se pretende tachar como prueba adversa la presencia del recibo a su nombre en el expediente de la sucesión, por inexistir constancia sobre el retiro del edicto por persona diferente y haber en cambio consentido el recibo pese a su conocimiento oportuno dentro de ese rito, tendrá que concluirse en la confirmación íntegra de la sentencia motivo de instancia, en cuanto a suficiencia se reúnen las exigencias que para esa determinación reclama el artículo 247 del Código Penal.

La sanción impuesta en la primera instancia fue la correspondiente al mínimo legal, motivo por el cual no podrá entrar la Sala a intentar su

modificación por expreso mandato superior (artículo 31 Constitución Política), restando apenas por aclarar que no obstante la época de ocurrencia de los hechos (a partir de junio de 1987), la acción penal cobra entera vigencia, pues la resolución de acusación alcanzó ejecutoria antes de los seis (6) años, ocho (8) meses que fijan para esta clase de infracciones los artículos 80 y 82 del Código Penal.

Según viene de advertirse, los cargos, para la Fiscalía quedaron reducidos al prevaricato por asesoramiento ilegal, sin concretar reproche de índole penal respecto de la omisión en que incurrió el ex-juez GOMEZ BARRERA en el deber que legalmente le imponía declararse impedido para conocer del proceso en que se involucraban sus parientes. La defensa, por su parte, al aludir a éste aspecto, lo hizo insinuando que tal vez sería ese el único comportamiento reprochable al acusado, sólo que su connotación era exclusivamente en el ámbito disciplinario, sin alcanzar contornos de represión penal.

Para la Sala es claro que en la actividad cumplida por el doctor GOMEZ BARRERA dentro del conocimiento que asumió del proceso sucesorio de su abuelo se conjugaron independiente y autónomamente dos infracciones de prevaricato, la una por omisión, al incumplir con el deber leal de separarse del trámite de la sucesión de un consanguíneo en segundo grado (artículo 150 del Código Penal), con la cual se violentó el interés de la administración pública en una justicia confiable e imparcial, desentendida de cualquier interés directo o indirecto en la solución del caso por parte del funcionario encargado de fallarlo. Y otra definitivamente distinta y de acción (artículo 151 del Código Penal) al asumir además tareas de patrocinio y de asesoría indebidas respecto de personas que – independientemente de sus lazos familiares– concurrieron a su Despacho demandando un pronunciamiento, frente a las cuales, por ese solo hecho, estaba legalmente imposibilitado el funcionario para brindarles auspicio o dirección comprometido como juez a garantizar con su neutralidad el principio de igualdad que rige entre partes.

Resuelta como queda con el presente fallo la situación del procesado frente al delito por el cual fuera acusado, con relación a la omisión o tardanza en expresar su impedimento es conveniente iniciar por advertir que a esa declaración se hallaba impuesto por múltiples motivos, si se

parte del texto del artículo 142-1 del Código de Procedimiento Civil que contemplaba para entonces como causal de recusación la de:

“Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso”.

Frente a la sucesión de su abuelo, no cabe duda de que ya para el entonces juez surgían motivos indirectos de interés pecuniario pues como descendiente podía cuando menos ver el acrecimiento patrimonial de su señora madre, hecho que desde el instante de la presentación de la demanda se le hacía evidente para cumplir con el deber de expresarlo y agilizar la declaración de impedimento, porque el artículo 141 del C. de P.C. le obligaba a formalizar la excusa desde el momento mismo en que la advirtiera.

Cierto es, como lo indica la defensa que la sola omisión en la manifestación oportuna de un impedimento por parte del funcionario en quien concurre una causal legal apenas constituye una infracción disciplinaria, pues esa conclusión asoma del literal V, artículo 8o. del Decreto 1888 de 1989, y en igual sentido lo ha reconocido la doctrina de la Corte, previniendo, eso sí, que tal conclusión es acertada sólo cuando la actividad del impedido no sobrepasa la simple omisión oportuna de su declaración, y en ello queda (cfr. sentencia de diciembre 1o. de 1987, Magistrado Ponente Dr.: Jorge Carreño Luengas).

No es ese, sin embargo, el caso que se examina, pues más allá de una inadvertencia o caso intrascendente, en la conducta del doctor ALFREDO GOMEZ BARRERA se exterioriza una verdadera rebeldía al cumplimiento del precepto del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil que se evoca, contando no solamente con el conocimiento de que el proceso sucesorio a tramitar era el de su abuelo, sino con el convencimiento incuestionable de que era su ascendiente Verónica Criollo de Barrera quien le pedía la reconociera como cónyuge supérstite, y un año después su propia madre, conjugándose por lo menos tres motivos de bulto que le imponían al funcionario separarse del conocimiento del asunto y de contera, ubicaban materialmente su comportamiento de frente a la descripción que trae el artículo 150 del Código Penal, con mayor razón si su rebeldía a cumplir ese deber se prolongó más de dos años.

Pese al tiempo transcurrido, la prolongación del acto omitido hasta el mes de octubre de 1989 indica que la respectiva acción penal aún pervive, motivo suficiente para que de oficio se expida copia de lo pertinente con destino a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, para su conocimiento.

Como en la parte pertinente ya se ha dicho, al terminar su escrito impugnatorio, el recurrente incrimina al Tribunal desigualdad para tratar el caso del doctor GOMEZ frente al de un señor Jorge Sánchez, quien como Juez de Chaparral habría cometido graves infracciones. Pese a que esa información no incide en la responsabilidad de quien aquí se juzga y no obstante la inelegancia de los términos en que viene redactada, para los fines a que haya lugar se expedirá también copia de lo pertinente con destino a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

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: Confirmar íntegramente la sentencia de condena proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en contra del acusado ALFREDO GOMEZ BARRERA por el delito de prevaricato por asesoramiento ilegal por el cual fuera llamado a responder en esta causa, y

Segundo: Expedir con destino a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué y la Procuraduría General de la Nación copia de lo pertinente para los fines indicados en la parte considerativa.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ERROR DE HECHO / CONTRAVENCION / LESIONES PERSONALES

El ERROR DE HECHO, se presenta cuando el fallador ignora la prueba que obra en el proceso, finge o supone prueba inexistente o le concede a ésta un contenido o alcance que no tiene.

2. A partir del 21 de marzo de 1991, fecha en que entró a regir la Ley 23, se degradaron algunas conductas delictuales en contravencionales, siendo una de ellas las lesiones personales culposas con incapacidad menor de treinta días, la Corte officiosamente procederá de conformidad con los artículos 228 y 229.2 del C. de P.P. a casar parcialmente la sentencia impugnada, declarando la nulidad parcial del fallo, en lo concerniente con la conducta referida.

La razón jurídica para ese rompimiento de la unidad procesal, está en que actualmente no se da la COMPETENCIA del Juez para conocer por CONEXIDAD de delitos y CONTRAVENCIONES.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 88 de 10 de agosto de 1994.

Vistos:

Se define el recurso extraordinario de CASACION, interpuesto contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y tres, mediante el cual se revocó la sentencia absolutoria emitida el veinticinco

(25) de noviembre de mil novecientos noventa y dos por el Juzgado Décimo Penal del Circuito en favor de PEDRO JESUS ESCOBAR PANQUEVA, para en su lugar condenarlo por el delito de HOMICIDIO en la persona de Salomón Castillo Espinosa y de LESIONES PERSONALES en Edna Magaly Vargas Toro, EN ACCIDENTE DE TRANSITO, a la pena principal de veinticinco (25) meses de prisión y multa en cuantía de mil pesos (\$1.000.00), a las accesorias de ley y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción que se tasaron en el equivalente en moneda nacional a “mil gramos oro, en favor de Amanda Lucía Ruiz Fajardo y Karen Melisa Castillo Ruiz, por los perjuicios materiales ocasionados con la muerte de su esposo y padre, respectivamente, y al equivalente a 100 gramos oro en favor de Edna Magaly Vargas Toro, como indemnización por las lesiones sufridas, para lo cual se fijara el término de noventa (90) días, contados a partir de la ejecutoria de este fallo”.

Es del caso señalar que, el recurso de casación fue ‘concedido’ por determinación de mayo 4 de 1993, y, la correspondiente demanda, se declaró ‘AJUSTADA’ a los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del C. de P. Penal el veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y tres.

Hechos y antecedentes procesales:

Los primeros, con acierto, así fueron consignados por el Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia:

“Los hechos a que se contrae este proceso ocurrieron a eso de las 10:50 de la noche del 26 de mayo de 1990, cuando el campero Aro Carpati rojo, particular, de placas FC-2703, que conducido por su dueño PEDRO JESUS ESCOBAR PANQUEVA venía hacia esta ciudad procedente de la localidad de Cajamarca, pocos metros del ‘Restaurante Boquerón’ arrolló la motocicleta Kawasaki de placas ABU-L6, arrastrándola en un trayecto de 188.40 metros, ocasionándole la muerte a su conductor Salomón Castillo Espinosa, cuyo cuerpo quedó debajo del automotor, mientras que su acompañante y parrillera Edna Magaly Vargas Toro, quien fue despedida del vehículo en el momento del impacto, sufrió lesiones personales con 30 días de incapacidad”.

Y, sobre la ACTUACION PROCESAL, se tiene que fue el Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Ibagué el que realizó el levantamiento del cadáver y escuchó la versión de Edna Magaly Vargas Toro sobre los hechos, y el Juzgado 39 de la misma categoría, el que, con base en aquellas diligencias y en los informes del accidente de tránsito elaborados por el INTRA del Departamento del Tolima, decretó la apertura formal de la investigación penal, escuchando, entonces, entre otros, los testimonios de Jaime Pineda, Hugo Ramírez Alemán y Marco Herbert Nieto Díaz y recepcionando la injurada de PEDRO JESUS ESCOBAR PANQUEVA, a quien lo resolvió la situación jurídica el 4 de junio de 1990, con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Recepcionadas las declaraciones de Marco Fidel Duque Urrego, José Edie González Sánchez y Edna Magaly Vargas Toro, se cerró la investigación, calificándose el mérito del sumario el 16 de julio de 1991, con resolución de acusación en contra de ESCOBAR PANQUEVA, por los delitos de HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES CULPOSAS y sobre las personas ya señaladas.

En la etapa del juicio se practicaron algunas que, de oficio, se habían decretado. En este período procesal se trajo a los autos la certificación de medicina legal en la que se determina una INCAPACIDAD PROVISIONAL DE TREINTA (30) DIAS para Edna Magaly Vargas Toro. Y, celebrada la audiencia pública se profirió, como quedó visto, la sentencia de primera instancia por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Ibagué el 25 de noviembre de 1992, ABSOLVIENDO a ESCOBAR PANQUEVA PEDRO JESUS de los cargos que se le habían formulado; decisión ésta que fue apelada por el señor representante de la parte civil, con los resultados ya indicados de fallo absolutorio en marzo 25/93.

De la demanda:

“Invoco la primera causal de casación, prevista por el artículo 220 del C. de P. Penal, consistente en VIOLACION INDIRECTA de los artículos 2, 5, 37, 329 y 340 del Código Penal, a causa de una apreciación errónea de las pruebas, por ERROR EVIDENTE DE HECHO, en el cual incurrió el Tribunal al dar por establecido, sin estarlo, un hecho que no

ocurrió y al ignorar la existencia de otros hechos que sí ocurrieron, error que incidió fundamentalmente en la sentencia.

“...PRIMER CARGO. Acuso la sentencia por INFRACCION INDIRECTA, debido a falta de aplicación de los artículos 2, 5 y 37 del Código Penal y por indebida aplicación de los artículos 329 y 340 del mismo Código, A CAUSA DE UNA ERRONEA APRECIACION DE LAS PRUEBAS por haber dado por demostrado, sin estarlo, un hecho que no aconteció”. El Tribunal incurrió en este error al considerar incontrovertible que PEDRO JESUS ESCOBAR PANQUEVA conducía su vehículo por la margen de la carretera que no le correspondía, esto es, en CONTRAVIA, lo que, ciertamente, no se ha demostrado, se precisa en el libelo.

Procede, entonces, el recurrente a analizar las pruebas que, en su sentir, fueron el fundamento de la sentencia, una a una, presentando sobre ellas su particular criterio evaluativo. Así, el croquis levantado por los agentes de tránsito, para él “no es fidedigno respecto al sitio de la colisión”, afirmando además que no pudo haberse presentado un arrastre de la moto y de su conductor por 180 metros como allí se asegura, pues, de ser así, “el motociclista habría debido quedar triturado” y la motocicleta “totalmente destruida”, cosa que no sucedió.

El demandante, de otra parte asevera que, los agentes del tránsito levantaron el croquis “a ciegas”, pues llegaron al sitio de los acontecimientos 50 minutos después del accidente. “Respecto de los puntos marcados en el croquis, dice el agente (Marco Duque Urrego) que señalaron como el de colisión, por unas huellas que consideraron de arrastre de la moto, las que encontraron en la margen izquierda, pero ‘ya en la margen derecha aparecían una huellas o esquirlas de tierra, vidrio y pedazos de pasta así como de stop’, por lo que el conductor del campero insistía que el accidente se produjo en ese segundo lugar, o sea más adelante y en el centro del carril derecho (fl. 81 vto.)”. De lo señalado concluye el censor que “el croquis se fundamentó más en apreciaciones personales que en la realidad de los hechos”.

A su muy personal estimativa somete también el testimonio de Marco Herbert Nieto, del que señala que presenta “contradicciones y extrañas coincidencias, que le restan toda credibilidad”. Entra entonces en un

particularísimo análisis de esta declaración ordenado a aseverar que “cuando ocurrieron los hechos no se encontraba presente, como pretende hacerlo creer”. En ese hilo de su discurso sostiene, entre otras cosas, que “el nombre de este testigo no aparece ni en el croquis, ni en el informe del accidente”, que habiéndosele citado para una fecha posterior se presentó al Juzgado a declarar antes; que si anotó como hora del accidente la de las 10:30 fue porque esa es la misma que aparece en la ‘minuta de guardia del hospital’, la que debió ser conocida por los familiares de la víctima “y, por consiguiente, del testigo”; que su declaración “es muy dudosa respecto de la posición de su vehículo con la motocicleta accidentada”, pues de ser como la precisa ha debido también estrellarse, ‘o por lo menos salirse de la carretera’; y, finalmente, que “la mayor discrepancia del testigo con la realidad se observa respecto del lugar del accidente, teniendo en cuenta que los vehículos, después de la colisión quedaron frente a los transmisores de ‘Radio Cacique’, es decir, ‘por lo menos a dos cuadras más abajo del Restaurante Boquerón’ (declaración del agente Duque Urrego). Sin embargo, afirma Nieto (antes de conocer el croquis): ‘...a pocos metros del Restaurante Boquerón, un carro Carpati Rojo, con la luz del lado izquierdo prendida y la del derecho fundida, venía por el lado izquierdo en contravía, a pocos metros delante de mí venía una moto cuando escuché el impacto...’; y más adelante agrega: ‘el accidente se produjo a 25 metros más abajo del Restaurante Boquerón de esta ciudad’. Pues bien, si Radio Cacique, frente al cual quedaron los vehículos accidentados, queda unas dos cuadras más abajo del Boquerón, el señor Nieto que dijo que iba detrás de la moto y en su misma dirección, esto es, subiendo, no pudo encontrar el campero a pocos metros del Restaurante Boquerón, que se encontraba mucho más arriba del lugar del accidente...”.

Y, “en cuanto a las fotografías de los vehículos colisionados, éstas de ninguna manera indican ‘claramente que el campero bajaba por su carril izquierdo’, como se dice en la sentencia, porque, *contrario sensu*, bien podía ser la moto la que iba en contravía, estrellándose contra la parte delantera derecha del Carpati”.

“SEGUNDO CARGO. Acuso la sentencia por INFRACCION INDIRECTA debido a falta de aplicación de los artículos 2, 5 y 37 del Código Penal y por indebida aplicación de los artículos 329 y 340 del mismo Código, a causa de falta de apreciación de unas pruebas dando

por inexistentes unos hechos que sí ocurrieron y cuyas pruebas obran en el expediente”. Para el censor, el Tribunal omitió ‘en forma por demás proclive’ el análisis de la conducta del conductor de la moto, empero existir numerosas pruebas que daban cuenta de ella. Remembra entonces sobre este particular que el hoy occiso había abandonado su puesto de trabajo, como de ello refiere el informativo disciplinario allegado al proceso; que había ingerido bebidas embriagantes, según los testimonios de Edna Vargas y Anita Bermúdez y esa fue la razón para que se ordenara el examen clínico pertinente; que la motocicleta no se encontraba en óptimas condiciones de mantenimiento y, además, transportaba dos personas contraviniendo así las normas de tránsito.

Para el recurrente la señalada omisión del Tribunal contribuyó para arribar a las conclusiones de la sentencia de segunda instancia, “puesto que no tomó en cuenta en ningún momento la posibilidad, por cierto muy probable, de que el causante del accidente fuera la misma víctima”. Así las cosas, la imprudencia como generadora de ‘culpa’ y en tanto que el procesado conducía en contravía, no tiene ningún respaldo probatorio y lo demostrado está en que el accidente se debió a la propia víctima por manejar en estado de embriaguez.

TERCER CARGO.- De manera subsidiaria se formula este cargo, también por violación INDIRECTA de “los artículos 2, 5 y 37 del Código Penal y por indebida aplicación de los artículos 329 y 340 del mismo Código, a causa de error en la apreciación de las pruebas, al no dar por demostrado, estándolo, que el conductor ESCOBAR PANQUEVA, en el momento del accidente, se encontraba bajo los efectos de INSUPERABLE COACCIONAJENA”. El proceso demuestra que, al momento del choque, el procesado venía acompañado de dos personas que en forma violenta le habían obligado a transportarlos, esgrimiendo armas de fuego y pese haberles dicho que no contaba con gasolina. En el expediente obra la constancia que el procesado dejara al respecto y al momento de realizar el croquis del accidente; también los testimonios de José González y Marco Nieto.

Para la censora, no obstante reconocer que no existen “hechos tangibles sobre la coacción”, ella es deducible de la prueba indiciaria que informa de cómo el inculpado intentó frenar su vehículo, pero las

amenazas de sus acompañantes le forzaron a seguir la marcha, tal y como lo precisó PEDRO JESUS PANQUEVA ESCOBAR en su declaración injurada. “La falta de apreciación de esas pruebas por parte del Tribunal lo llevó a ignorar la existencia de la causal de inculpabilidad señalada en el artículo 40-2 del Código Penal... Por lo expuesto, ruego a los Honorables Magistrados proceder conforme al alcance de la impugnación”.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1. Razón le asiste al Ministerio Público cuando asegura que, fruto del estudio general de la demanda, se evidencian ostensibles y graves yerros de técnica. Así, en el primer y segundo cargo, la recurrente se contenta con afirmar que el Tribunal incurrió en infracción indirecta, debido a la falta de aplicación de los artículos 2, 5 y 37 del Código Penal y en indebida aplicación de los artículos 329 y 340 del mismo estatuto. Esto, increíblemente, es desconocer que el *ad-quem* de manera que no admite discusión condenó por los delitos de homicidio y lesiones personales y que, en orden a tal decisión, aplicó las normas que la censura echa de menos, esto es, el artículo 2 (hecho punible), el 5 (culpabilidad) y el 37 (culpa).

De otra parte, sabido es que el ERROR DE HECHO, se presenta cuando el fallador ignora la prueba que obra en el proceso, finge o supone prueba inexistente o le concede a ésta un contenido o alcance que no tiene. Pues bien, como la demandante asegura que existen varios ERRORES DE HECHO, atina la Delegada cuando sostiene que, entonces, “estaba en la obligación de fijar con absoluta claridad, de qué manera el juzgador en punto del análisis probatorio, produjo el quebranto de la ley; es decir, si incurrió en FALSO JUICIO DE EXISTENCIA en razón de haber omitido la consideración de pruebas obrantes en el proceso o tuvo en cuenta las materialmente inexistentes, o, en un FALSO JUICIO DE IDENTIDAD, en tanto que el juzgador hubiera tergiversado el contenido objetivo de la prueba. Esta concisa y necesaria determinación no se observa en el desarrollo del reparo propuesto por la actora, la cual suple indebidamente por la imprecisa y genérica afirmación según la cual el sentenciador habría incurrido en una “errónea apreciación de las pruebas por haber dado por demostrado, sin estarlo, un hecho que no aconteció”.

No puede desconocerse, y en ésto también acierta la Delegada, que, en el fondo, la recurrente reduce lo suyo a presentar su particularísima visión sobre hechos y pruebas, terminando la cosa por reducirse a una CONTRAPOSICION DE CRITERIOS, con lo evaluado por el Tribunal, pues que termina sosteniendo todo lo contrario, así, quien iba en contravía era la víctima; el testigo presencial de los acontecimientos Marco Eberth Nieto Díaz no estuvo en el lugar de los hechos; el croquis fue levantado por los agentes del tránsito sin sujeción a la realidad; etc. etc.

Así las cosas, lo acertado es asegurar que cuanto en verdad se trató de demostrar fue UN FALSO JUICIO DE CONVICCION en la valoración de las pruebas, que, desde luego, sí fueron justipreciadas, pero con un valor y sentido diversos al que le dio la recurrente. Y, recuérdese, que una alegación de tal tenor comporta una alusión al ERROR DE DERECHO, el que nuestro ordenamiento procedimental actual vincula a vicios de aducción. También debe decirse que, el Tribunal, no contravino las reglas de la SANA CRITICA, pues no se advierte un apartamiento de las relas de la lógica, ni de las normas de experiencia común, ni de alguna ciencia en particular o de manera general.

En verdad que es curiosa la forma como la censora busca destruir el fundamento del fallo de segunda instancia. Que los agentes del tránsito debieron apartarse de la realidad de lo acontecido habida cuenta de que llegaron al lugar escena de los hechos, 50 minutos después de los mismos y, así, fatalmente, no pudieron captar, cuando confeccionaron el croquis, las cosas como ciertamente sucedieron. Esto no significa cosa distinta a negarle, de manera definitiva, eficacia probatoria a tales documentos, pues se requeriría, dentro de la lógica de la recurrente, que estuvieran siempre presentes al momento de sucederse cualquier accidente.

Que la circunstancia de que el testigo Marco Eberth Nieto se hubiera presentado al Juzgado antes de la fecha para la que había sido citado, es indicativo de que tenía interés en las resultas del proceso y, por lo mismo, se le debe restar mérito a sus atestaciones. Extraño pensamiento, por decir lo menos, pues lo que este testigo demostró siempre fue un ánimo admirable de colaboración con la justicia y de servicio al prójimo sufriente. Que el nombre de este testigo, no aparece ni en el croquis, ni en el informe del accidente, es aserto que consulta la verdad; pero de allí no se sigue

que fuera porque no estuvo presente para cuando el suceso de marras, pues lo irrefutable es que si no se tomó nota de su presencia fue porque cumplía con el cristiano deber de llevar al herido al hospital.

Otras cosas que afirma la censora para arribar a su deleznable conclusión son sólo el producto, como lo dice la Delegada, de “hipotéticos supuestos interpretativos y evaluativos”. Así, por ejemplo, que de ser cierto que iba a 20 metros del motociclista que resultó muerto, ha debido también estrellarse, lo que no sucedió. Ese hecho, puede tener mil y más explicaciones, y jamás sólo la que sirve a los intereses de la impugnante. De otra parte, se admira de que el testigo afirme que vio el carro Carpati de autos a pocos metros del Restaurante Boquerón, lo cual no puede ser cierto porque los vehículos colisionados quedaron al frente de Radio Cacique “que queda dos cuadras más abajo del Boquerón”. No entiende la CORTE la extrañeza de la censora, pues no es dable olvidar que la prueba conduce a afirmar que el automotor arrastró a la motocicleta y a su conductor por 180 metros.

Definitivamente, el cargo no prospera.

2. Con acierto indudable el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, responde al SEGUNDO CARGO, así:

“Ahora bien, en el segundo cargo, el ERROR DE HECHO atribuido al Tribunal radica en que éste ignoró algunas pruebas que obraban en el expediente y que permitían conocer la conducta del hoy occiso que, en sentir de la casacionista, habrían tenido directa incidencia en las conclusiones de la Corporación *ad-quem*.

“A espacio la censora muestra cómo el conductor de la moto era un policía en servicio activo, no obstante lo cual había abandonado su lugar de trabajo para dedicarse a consumir bebidas alcohólicas a considerable distancia del sitio que le fuera asignado para el control de las elecciones venideras, transportando en tal estado y con violación de normas de tránsito, a varias personas en un vehículo con notables dificultades de mantenimiento. Siendo esto todo el fundamento y desarrollo argumental de la censura, la misma se ha dejado a mitad de camino, pues la recurrente ningún esfuerzo hace por indicar y demostrar en qué medida el hecho de

que Salomón Castillo Espinosa hubiera estado bajo los efectos de la ingestión alcohólica, habría sido la causa de la producción del accidente, es decir, cuál la fundada razón para que esta circunstancia fuera determinante de la colisión. Por descontado que la censura así confeccionada impide a la CORTE una respuesta de fondo, en razón a que no puede completarse el pensamiento de la actora abandonado en sus premisas iniciales, ni suplir por este aspecto la inexistente fundamentación del cargo, sin quebranto de los PRINCIPIOS DE LIMITACION y NEUTRALIDAD que rigen el recurso extraordinario.

“No está por demás advertir que, la recurrente, se conforma con deducir de esta incipiente presentación del reproche, que la omisión de las pruebas que corroboran su aserto, hizo que el fallador no tomara en cuenta la ‘posibilidad, por cierto muy probable, de que el causante del accidente fuera la misma víctima’, hipótesis que pretende se acepte como consecuencia de reconocer que el occiso manejaba su motocicleta en estado de embriaguez, sin considerar que dicho antecedente resulta intrascendente de frente a la verdad histórica deducida fundamentalmente a partir del croquis levantado en el lugar de los hechos, los testimonios de los guardas del tránsito Marco Fidel Duque Urrego y José Eddie González Sánchez y del taxista Marco Eberth Nieto Díaz que observó directamente el episodio fáctico, todo lo cual es claramente indicativo de que ESCOBAR PANQUEVA descendía por la carretera en CONTRAVIA, prueba incriminatoria que sirvió de sustento al fallo condenatorio impugnado y que al omitir la censura cualquier referencia, mantiene incólume la decisión atacada”.

Quiere la CORTE simplemente agregar al tinoso concepto de la Delegada que el estado de EMBRIAGUEZ del hoy interfecto no es un hecho cabalmente demostrado en el proceso; se habla sí de que se había tomado (así lo declaró Hugo Ramírez Alemán), con éste, “doce cervezas y media de aguardiente”, lo que no comporta ineludiblemente avanzado estado de alicoramamiento. Otra cosa, la circunstancia de que se hubiera ordenado “examen clínico y muestras de sangre para establecer niveles de alcohol”, no indica como lo sostiene la actora que “era evidente la embriaguez y que sólo faltaba determinar el grado”, pues esa es una medida a ordenarse corrientemente dentro de una investigación de esta naturaleza. Reitérese, también, que por parte alguna se demostró el nexo

causal entre el no comprobado avanzado estado de embriaguez y la infortunada colisión. No puede, pues, asegurarse en manera alguna, como lo hace la demandante, que “el procesado no obró imprudentemente, ni podía prever la acción esa sí temeraria del motociclista, no cabe duda que el accidente ocurrió por un hecho culposo de la víctima que no puede imputarse al procesado, sino a sí mismo”.

El cargo no prospera.

3. TERCER CARGO. Ha debido la sentencia reconocer que el procesado obró, dentro de la causal de inculpabilidad plasmada en el artículo 40-2 del Código Penal (insuperable coacción ajena). Se sostiene por el impugnante que el juzgador no apreció las pruebas que conducían a aquel reconocimiento. Así, ignoró lo que el procesado mencionó ante los agentes del tránsito, sobre los dos individuos que lo amenazaron con revólver para que los condujera a Ibagué. En el indicado documento sí se menciona que eso fue lo que dijo el procesado, pero –obvio– no que fuera verdad lo por él manifestado. Igual sucede con el testimonio de José Eddie González Sánchez, pues éste no indica que le conste nada, sino que simplemente ESCOBAR PANQUEVA les comentó que “dos tipos lo habían encañonado desde Cajamarca, pero cuando el tipo lo cogieron después del accidente estaba solo”.

Marco Eberth Nieto, efectivamente declara que vio a dos personas más en el carro conducido por el condenado, pero solamente le consta eso, como él mismo lo precisa.

Es del caso también anotar que la sentencia no niega la presencia de los aludidos individuos en el automotor, sino que, como también lo reconoce la censora, “no existen hechos tangibles sobre la COACCION a la cual fue sometido (ESCOBAR PANQUEVA) durante el viaje”. Y, de otra parte, no es cierto, como ella lo asegura que se dé prueba indiciaria sería que conduzca a predicar la realidad de la existencia de la citada causal de inculpabilidad. Todo hace pensar que fue una mera patraña de defensa del condenado y de ahí que la CORTE no aprecie disparate alguno en el Tribunal cuando negó la ocurrencia de la COACCION y expuso que ella “más bien aparece como un recurso habilidoso del protagonista para sacar avante su conducta frente al accidente ocasionado”.

Finalmente, en rigor no existe ningún NEXO DE CAUSALIDAD entre la supuesta coacción y el accidente mismo, ya que si bien el campero en determinado momento frenó, para luego continuar su marcha, ello pudo obedecer a las más variadas razones, tales por ejemplo el hecho mismo de haber sido contenida por la motocicleta y conductor que quedaron debajo de ella; o, porque el chofer del Carpati en principio, voluntaria o involuntariamente –mas no por la coacción de los susodichos individuos– hubiera frenado, por el susto, o porque entendió que era la conducta correcta, para posteriormente decidir continuar su camino.

Este cargo tampoco prospera.

4. El Ministerio Público, finaliza su concepto así:

“CASACION OFICIOSA. Siendo evidente que el Tribunal Superior de Ibagué condenó a PEDRO JESUS ESCOBAR PANQUEVA por el concurso entre homicidio culposo y lesiones personales culposas (con incapacidad no superior a treinta (30) días, según constancia obrante al folio 276 C.O.), forzoso es advertir que a partir del 21 de marzo de 1991, fecha en que entró a regir la Ley 23, se degradaron algunas conductas delictuales en contravencionales, siendo una de ellas las *lesiones personales culposas con incapacidad menor de treinta días*, por lo que impera en criterio de la Delegada, que la Corte Suprema oficiosamente proceda, de conformidad con los artículos 228 y 229.2 del C. de P.P. a CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, declarando la NULIDAD PARCIAL del fallo, en lo concerniente con la conducta referida y consecuencialmente enmiende lo relacionado con el quantum punitivo”.

Dígase, no lo hizo así la Delegada, que la razón jurídica para ese rompimiento de la unidad procesal, está en que actualmente no se da la COMPETENCIA del Juez para conocer por CONEXIDAD de delitos y CONTRAVENCIONES.

Afirmese, también, que, en un evento como el *sub-júdice*, lo primero a examinarse es si el Tribunal, para cuando emitió el fallo, era o no delito. Pues bien, la sentencia fue dictada el 25 de marzo de 1993, esto es, ya el susodicho comportamiento era CONTRAVENCION, pues la Ley 23 que

les dio tal carácter entró a regir el 21 de marzo de 1991. En consecuencia, resulta obvio que, por incompetencia sobreviniente (D. 800/91, art. 18) se debe decretar la NULIDAD PARCIAL de lo actuado y referido a lo juzgado sobre las lesiones personales. No es del caso compulsar las copias de rigor, por razón de estar prescrita la acción penal relacionada con esta infracción. Bien sabido es que, a este respecto y para contravenciones, la ley determina un máximo período de dos años (art. 10 Dto. 23/91).

Pero, como quedó visto, dada la incompetencia del Tribunal, se decretará la NULIDAD PARCIAL, y ello comporta una nueva dosificación punitiva referida sólo al delito de HOMICIDIO EN ACCIDENTE DE TRANSITO, suprimiéndose de la condena lo relativo a las “lesiones personales culposas”. De ahí que la pena privativa de la libertad quede en veinticuatro (24) meses de prisión; la multa en mil pesos (\$1.000.00) y los perjuicios materiales en cuantía de mil (1.000) gramos oro y los morales en cien (100) gramos del mismo metal puro y al valor que éste tenga al momento de verificarse el pago, todos a favor de Ana Lucía Fajardo y la menor Karen Melisa Castillo Ruiz. Respecto de la condena de ejecución condicional, no puede la CORTE introducir variaciones (artículo 31 de la Constitución Política y 17 del C. de P. Penal), de ahí que quede en la forma dispuesta por el Tribunal.

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. *Casar parcialmente la sentencia impugnada.*
2. *Declarar la nulidad parcial de la sentencia recurrida, en cuanto a la fijación de la pena correspondiente al delito de “lesiones personales” culposas en Edna Magaly Vargas Toro.*
3. *Condénase a PEDRO JESUS ESCOBAR PANQUEVA, por el delito de homicidio culposo en Salomón Castillo Espinosa, a purgar la pena de veinticuatro (24) meses de prisión y al pago de multa en cuantía de mil pesos (\$1.000.00). También a la cancelación de los perjuicios*

ocasionados con la infracción, así: el equivalente en moneda nacional a 1.000 gramos oro, los materiales, y 100 gramos del mismo precioso metal, los morales, en favor de Amanda Lucía Ruiz Fajardo y Karen Meliza Castillo Ruiz, esposa e hija del hoy occiso. En lo demás rige el fallo de segunda instancia ya ameritado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

APELACION / FISCALIA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Constitución Política del año 1991, acogió el sistema acusatorio para cuya implantación creó la Fiscalía General de la Nación a la que otorgó la facultad de investigar los delitos, calificar los procesos y acusar, de ser necesario a los autores de ellos ante los Jueces de la República.

Dentro de este nuevo esquema de procedimiento, la regla general indica que los procesos penales llegan al conocimiento de los respectivos jueces del conocimiento tras la ejecutoria de la respectiva resolución de acusación, salvo las excepciones legales (asuntos de única instancia que son de competencia privativa de los jueces o en los eventos de sentencias anticipadas, por vía de ejemplo). En los demás casos, los asuntos se ventilan ante los Fiscales Delegados, que de no llegar a acusación permanecen bajo su dirección.

En cuanto a los recursos y en particular respecto del de apelación, prevé el artículo 122 del Código de Procedimiento Penal, que dentro de la Fiscalía, habrá funcionarios encargados de tramitar dicho recurso, y es así como a partir del artículo 123 y hasta el 127 relaciona las competencias de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, de los Fiscales Delegados ante el Tribunal Nacional, de los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores del Distrito, de los Fiscales Delegados ante los jueces regionales y de los Fiscales Delegados ante los jueces del Circuito, Municipales y Promiscuos. A los Fiscales Delegados ante la Corte, se les asigna competencia para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones interlocutorias proferidas en primera instancia por los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores, sin que exista previsión normativa alguna que abra la posibilidad de que las resoluciones interlocutorias dictadas por esa Unidad de Fiscalía, sean susceptibles de impugnación, cuestión que consulta la más

elemental lógica si se atiende la circunstancia de que también la Fiscalía General de la Nación responde en su estructura orgánica al criterio de Jerarquización que rige la Administración de Justicia, pirámide orgánica en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General con sus Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, sin que pueda tampoco afirmarse que por encima de estos últimos y para los fines procesales de que se trata, se encuentra el Fiscal General. Las resoluciones interlocutorias proferidas por los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia en los asuntos sometidos a su competencia para efectos de la instrucción, calificación y acusación ante la Corte, no son susceptibles de impugnación.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*, Presidente.

Aprobado Acta número 95.

Vistos:

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de hecho interpuesto por el apoderado de MARIO DAVID MONTERO FONTALVO, en contra de la resolución de abril 19 de 1994, por medio de la cual la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, denegó por improcedente el recurso de apelación interpuesto por el mismo apoderado en contra de la resolución de diciembre 29 de 1993, originada en la misma Unidad de Fiscalía, por medio de la cual se abstuvo de iniciar investigación en contra de los denunciados, doctores ARTURO VARGAS RIPOLL, HUMBERTO RANGEL RANGEL y ALBA DEL SOCORRO DE LA HOZ DE PACHECO, en su calidad de Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Realidad procesal:

1. Por eventual delito contra la administración pública, denunció el ciudadano Mario David Montero Fontalvo a los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores ARTURO

VARGAS RIPOLL, HUMBERTO RANGEL RANGEL y ALBA DE LA HOZ DE PACHECO.

En razón de su competencia funcional, asumió el trámite de dicha denuncia la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, que mediante resolución de diciembre 29 de 1993 *se inhibió de abrir investigación penal* con base en la misma, disponiendo en su lugar el archivo de las diligencias, decisión que recurrió en alzada el apoderado judicial del denunciante, contestando adversamente el Fiscal Instructor mediante resolución de abril 19 de 1994 sobre la base de que el recurso interpuesto era improcedente por tratarse de asunto de única instancia cuya competencia para la instrucción, calificación y acusación es privativa de esa Unidad de Fiscalía.

De esa última decisión, recurrió en reposición y elevó petición de subsidiarias copias (de lo pertinente) para proceder en caso tal a recurrir de hecho ante la Sala Penal de la Corte el apoderado judicial del denunciante Mario David Montero Fontalvo y negado que fue el recurso horizontal se dispusieron las copias con base en las cuales se acude por vía de hecho, aspirando el recurrente a que la Sala Penal de la Corte revoque el auto inhibitorio y disponga en su lugar la apertura sumarial, sugiriendo que la competencia para decidir sobre la inhibición del trámite instructivo es privativa de la Corporación y no de la Unidad de Fiscalía, porque los denunciados gozan de fuero y su juzgamiento está asignado a la Corte y no a la Fiscalía General.

Consideraciones de la Corte:

1. La Constitución Política del año 1991, acogió el sistema acusatorio para cuya implantación creó la Fiscalía General de la Nación a la que otorgó la facultad de “investigar los delitos, calificar los procesos y acusar, de ser necesario a los autores de ellos ante los Jueces de la República.

Dentro de ese nuevo esquema de procedimiento, la regla general indica que los procesos penales llegan al conocimiento de los respectivos jueces del conocimiento tras la ejecutoria de la respectiva resolución de acusación, salvo las excepciones legales (asuntos de única instancia que

son de competencia privativa de los jueces o en los eventos de sentencias anticipadas, por vía de ejemplo). En los demás casos, los asuntos se ventilan ante los Fiscales Delegados, que de no llegar a acusación permanecen bajo su dirección.

En cuanto a los recursos y en particular respecto del de apelación, prevé el artículo 122 del Código de Procedimiento Penal, que dentro de la Fiscalía, habrá funcionarios encargados de tramitar dicho recurso, y es así como a partir del artículo 123 y hasta el 127 relaciona las competencias de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, de los Fiscales Delegados ante el Tribunal Nacional, de los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito, de los Fiscales Delegados ante los jueces regionales y de los Fiscales Delegados ante los Jueces del Circuito, municipales y promiscuos. A los Fiscales Delegados ante la Corte, se les asigna competencia para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones interlocutorias proferidas en primera instancia por los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores, sin que exista previsión normativa alguna que abra la posibilidad de que las resoluciones interlocutorias dictadas por esa Unidad de Fiscalía, sean susceptibles de impugnación, cuestión que consulta la más elemental lógica si se atiende la circunstancia de que también la Fiscalía General de la Nación responde en su estructura orgánica al criterio de Jerarquización que rige la Administración de Justicia, pirámide orgánica en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General con sus Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, sin que pueda tampoco afirmarse que por encima de estos últimos y para los fines procesales de que se trata, se encuentra el Fiscal General, porque según tuvo ocasión la Sala de precisarlo, la función que cumplen los Fiscales Delegados ante la Corte son las propias que le asigna la Constitución Política al Fiscal General (art. 251), sólo que las desarrollan en su nombre y por delegación (Interlocutorio de diciembre 14/92, rad. 4083 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Siendo lo anterior así, conclúyese que las resoluciones interlocutorias proferidas por los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia en los asuntos sometidos a su competencia para efectos de la instrucción, calificación y acusación ante la Corte, no son susceptibles de impugnación, razón por la cual se abstendrá la Sala de proveer en relación con el recurso

de hecho interpuesto por el apoderado judicial del denunciante Mario David Montero Fontalvo y dispondrá en su lugar que vuelva el expediente a la oficina de origen para los fines pertinentes.

Apúntase al margen y como nota adicional, que carece de razón el impugnante cuando afirma que quien debió decidir la apertura o inhibición del trámite sumarial dentro de este asunto, fue la Sala Penal de la Corte y no la Unidad de Fiscalía de que proviene el asunto, porque la competencia que la Constitución Nacional otorga a la Corte en relación con los Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito, es exclusiva para su juzgamiento (art. 235-4), al paso que la investigación y acusación de las conductas punibles cometidas por éstos es privativa de la Fiscalía General de la Nación (art. 251).

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

Resuelve:

Abstenerse por falta de competencia, de conocer del recurso de hecho interpuesto por el apoderado judicial del ciudadano Mario David Montero Fontalvo, en contra de la resolución de fecha abril 19 de 1994, que negó el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución inhibitoria de diciembre 29 de 1993.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

POLICIA JUDICIAL / COMPETENCIA / PRINCIPIO DE
CONTRADICCION / PERDIDA DEL EMPLEO PUBLICO U
OFICIAL / INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES
PUBLICAS

El artículo 312 del C. de P.P. (Decreto 050 de 1987) daba el carácter de auxiliares de los funcionarios de instrucción no sólo al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, sino a quienes transitoriamente ejercieran esas funciones y el 322, literal e) *ibídem*, atribuía esa función a los miembros de la Policía Nacional que no estuvieran incorporados al Cuerpo Técnico, en casos de urgencia o cuando por cualquier circunstancia no interviniera inmediatamente el funcionario de instrucción o el Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

2. “El hecho de que la prueba no se hubiera podido evacuar no puede afectar el principio de contradicción ni la validez de la actuación, en la medida en que la actividad de los funcionarios fue diligente en procura de recibir efectivamente el testimonio pedido y la ausencia del citado, por causas desconocidas, no puede esgrimirse como una actividad ilegal del juzgador teniendo a la limitación del derecho a la defensa del procesado o a la afectación de su derecho a contradecir, por una de las vías posibles, la prueba ya recaudada”.

3. La pérdida del empleo público u oficial como sanción accesoria, quedó al prudente arbitrio del juez, de acuerdo con los criterios que orientan la individualización de la pena (artículo 61 del C.P.).

La única pena accesoria de forzosa aplicación a la pena principal de prisión es la de interdicción de derechos y funciones públicas (artículo 52 *ibídem*).

Pero la discrecionalidad en la imposición de la sanción accesoria en comento no le permite al juzgador prescindir de la obligación

de fundar en razones atendibles su adopción pues la carencia de ellas torna arbitraria la medida imponiendo conocer los motivos que pudieron influir en la sanción, coartando el derecho de defensa del procesado por no poderse controvertir lo que se ignora o desconoce.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 95.

Vistos:

El 9 de julio de 1993 el Tribunal Superior de Valledupar impartió confirmación a la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de dicha ciudad, que condenó al procesado EDUARDO ELIAS MARTINEZ MARIN a la pena principal de diez años de prisión, al pago en concreto de los perjuicios causados y a las sanciones accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y la pérdida del empleo público u oficial que desempeñaba, por hallarlo responsable del delito de homicidio; decisión recurrida en casación por su defensor.

Hechos y actuación procesal:

La tarde del 16 de noviembre de 1991 Eduardo Elías Martínez Marín y Sadoc Navarro Rojas se dedicaban a jugar billar en el establecimiento público conocido como "Palo Negro" de la ciudad de Valledupar surgiendo entre ellos agria disputa que estuvo a punto de degenerar en una contienda.

Terminado el juego salió Navarro Rojas a la calle siendo alcanzado cuerdas más adelante por Martínez Marín reiniciándose la discusión en desarrollo de la cual, su compañero Mario Iván Rangel González le entregó un revólver, arma con la que le propinó a Navarro Rojas varios disparos que le produjeron la muerte momentos después.

Con base en el acta de levantamiento del cadáver y las diligencias adelantadas por la Sijin de Valledupar, el Juzgado Trece de Instrucción Criminal radicado en esa ciudad inició la investigación oyendo en indagatoria al sindicado Mario Iván Rangel González quien afirmó haberle entregado el arma de fuego a Martínez Marín, escuchó en declaración bajo juramento a varias personas vinculando al proceso en calidad de persona ausente al mencionado Eduardo Elías Martínez Marín alias “Juqui” “Juqui”.

El 18 de junio de 1992 el Juzgado de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Martínez Marín por el delito de homicidio imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva y ordenó cesar procedimiento en favor de Rangel González; enjuiciamiento apelado por la defensa y confirmado por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar con la modificación de revocar la cesación de procedimiento decretada para disponer en su lugar la prosecución de la investigación.

Capturado Martínez Marín fue oído durante la audiencia pública, oportunidad en la que manifestó ser ajeno a los hechos investigados explicando que a consecuencia de un intercambio de empujones con Sadoc Navarro en razón de las desaveniencias surgidas con ocasión del juego de billar, ambos cayeron al suelo, momento en el que escuchó varios disparos huyendo del lugar para enterarse después que había resultado herido su compañero de juego conocido como el “tintero”.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar finiquitó la instancia condenando al acusado a la pena principal de diez años de prisión, a las sanciones accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y a la pérdida del empleo que desempeñaba por ser de carácter oficial, lo mismo que al pago en concreto de los perjuicios causados con el delito; fallo apelado por la defensa y confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Valledupar, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Con apoyo en la causal primera de casación se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial y se formulan varios cargos, a saber:

Primero: Error de hecho por falso juicio de identidad “causado por apreciación errónea de las pruebas practicadas por la Policía Nacional” porque el agente investigador de la Sijín del Departamento de Policía Cesar que recibió las primeras exposiciones de los testigos no contaba con la bendición del Director Seccional de Instrucción Criminal ni la autorización del Juez que adelantaba la correspondiente investigación como lo ordenaban claras normas del Código de Procedimiento Penal entonces vigente (Decreto 050 de 1987).

Afirma el censor que a las pruebas irregularmente practicadas por los agentes de la Policía Nacional se les dio un valor que no tienen incurriéndose en “falso juicio de convicción” por quebranto del artículo 252 de la anterior codificación procedimental penal conforme al cual “ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida”.

Segundo: Error de derecho por desconocimiento del principio de contradicción de la prueba contenido en los artículos 1o. y 7o. del C. de P.P. y 29 de la Constitución Nacional al “dejar en el ostracismo” las reiteradas solicitudes de la defensa para que se hiciera comparecer algunos testigos y el atribuir a la negligencia del defensor su no participación en las diligencias investigativas, cuando la realidad demuestra que para entonces carecía de personería para actuar.

Tercero: Error de derecho por falso juicio de legalidad consistente, al parecer, en haberse valorado como indicios de culpabilidad en contra del procesado los de oportunidad para delinquir, falsa deposición y fuga no obstante que la tenencia del arma de fuego en su poder se da por establecida con la versión del coprocesado Mario Iván Rangel González; se derrumba la presunción de inocencia al calificarse de mentirosa la negativa del acusado de ser el autor del hecho punible y se da mayor credibilidad al dicho de dos auxiliares de la justicia que a un documento público expedido con las formalidades legales.

Cuarto: Falso juicio de legalidad de la prueba al apreciarse y tenerse como fundamento de la sentencia de condena las declaraciones rendidas por familiares del occiso durante la investigación previa y la etapa instructiva, sin habersele brindado a la defensa la oportunidad de conocerlas para poderlas controvertir.

Quinto: Error de derecho por falso juicio de legalidad de la versión suministrada en indagatoria por el sindicado Mario Iván Rangel González en el sentido de haber afirmado la tenencia del arma de fuego en poder del condenado, conclusión inaceptable “si no se tuvo la precaución procesal de investigar al Comando del Ejército “Batallón La Popa” o demás guarnición militar del orden nacional (*sic*), para que reportara el porte legal del arma, porque de lo contrario se debía procesar y no se hizo, por porte ilegal de arma que es otro delito”.

Concepto del Ministerio Público:

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal examina, uno a uno, los cargos formulados a la sentencia para concluir que ninguno está llamado a prosperar por las fallas de orden técnico y lógico de que adolecen.

Termina solicitando que a pesar de ello se proceda a la “oficiosa y parcial ruptura del fallo, en atención a que éste viola el principio de legalidad de las penas” puesto que el “juez de primera instancia, sin motivación alguna, sin haber establecido siquiera los criterios que pudieran fundamentar el ejercicio de su discrecionalidad para imponer la pena accesoria de pérdida del empleo oficial que desempeñaba, para la época de los hechos, el acusado, y sin establecer –como no puede hacerse de acuerdo a la realidad– la relación entre el delito juzgado y la pena accesoria comentada, la impuso como consecuencia de un delito que no tiene relación alguna con la función oficial que desempeñaba MARTINEZ MARIN, deviniendo, por ello, arbitraria en cuanto se aparta de todos los criterios legales al respecto”.

Consideraciones de la Corte:

Examinada en conjunto la demanda se advierte *prima facie* que el demandante en su afán por abundar en reproches a la sentencia impugnada desatendió su presentación y fundamentación limitándose en algunos casos a enunciar el reparo (cargos tercero y cuarto) sin ensayar una demostración al respecto y en otros (cargo primero) a desarrollar la censura entremezclando conceptos inconciliables como los de falso juicio de convicción respecto a las mismas pruebas.

Como la mayor crítica apunta al valor asignado por los juzgadores a las declaraciones rendidas ante la Policía Nacional por familiares y parientes del occiso, las que ni siquiera precisa, pero que debe entenderse que se trata de las vertidas por Modesto Delgado Navarro, sobrino, Magalys del Carmen Delgado, esposa, y Argemiro Navarro Rojas, hermano, pruebas que en opinión del recurrente fueron ilegalmente aducidas y no fueron conocidas por la defensa para poder ser controvertidas, debe entenderse que el cargo cuarto es complemento del primero.

La Procuraduría Delegada con gran acierto descarta la ilegalidad endilgada a dichos medios de convicción por un supuesto vicio en su producción toda vez que el artículo 312 del C. de P.P. entonces vigente (Decreto 050 de 1987) daba el carácter de auxiliares de los funcionarios de instrucción no sólo al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, sino a quienes transitoriamente ejercieran esas funciones y el 322, literal e) *ibídem*, atribuía esa función a los miembros de la Policía Nacional que no estuvieran incorporados al Cuerpo Técnico, en casos de urgencia o cuando por cualquier circunstancia no interviniera inmediatamente el funcionario de instrucción o el Cuerpo Técnico de Policía Judicial.

Agrega que “como el conocimiento de los hechos llegó a la autoridad judicial a través de una llamada de la central de Policía, y se ordenaron por parte del funcionario instructor las diligencias investigativas necesarias para el esclarecimiento de ellos, forzoso es concluir que las autoridades encargadas de las funciones del Cuerpo Técnico de Policía Judicial no podían hacer caso omiso ni del hecho delictivo acaecido ni de las órdenes que había impartido el Juez de Instrucción Criminal Permanente y, por ello, ante la no intervención de funcionarios adscritos al Cuerpo Técnico, recibieron las declaraciones de los señores Modesto Delgado Navarro, Magalys del Carmen Delgado Beleño y Argemiro Navarro Rojas, quienes tenían conocimiento de los hechos, diligencias que fueron remitidas dentro de los términos de la ley al funcionario competente, tal como se acredita con la revisión del expediente. La actuación, entonces, no se adelantó arbitrariamente, sino ceñida a las previsiones legales por entonces vigentes”.

La legalidad de dichas probanzas no admite reparo porque fueron decretadas y posteriormente admitidas como tales por los funcionarios

de instrucción que conocieron de las diligencias como puede verse de los autos por ellos emitidos el 16 y el 20 de noviembre de 1991, respectivamente.

Ahora bien, si la defensa técnica del procesado encomendada al mismo profesional del derecho recurrente en casación, tuvo el expediente a la vista cerciorándose de la real existencia de las mencionadas declaraciones las que no escaparon a sus críticas por supuestas irregularidades en su recepción, resulta por lo menos injusto afirmar que respecto a ellas se desconocieron los principios cardinales de publicidad y contradicción de la prueba.

También es infundada y debe desestimarse la aseveración en el sentido de haber sido desatendidas reiteradas solicitudes de la defensa para el recaudo de varios testimonios puesto que los juzgadores siempre estuvieron atentos a resolverlas oportunamente como fluye del contenido de los autos de trámite proferidos el 21 de enero y el 18 de febrero de 1992 y 26 de enero de 1993, aunque no con la efectividad deseada porque algunos de los testigos citados no comparecieron a declarar pero “El hecho de que la prueba no se hubiera podido evacuar no puede afectar el principio de contradicción ni la validez de la actuación, en la medida en que la actividad de los funcionarios fue diligente en procura de recibir efectivamente el testimonio pedido y la ausencia del citado, por causas desconocidas, no puede esgrimirse como una actividad ilegal del juzgador tendiente a la limitación del derecho a la defensa del procesado o a la afectación de su derecho a contradecir, por una de las vías posibles, la prueba ya recaudada” como opina el Procurador Delegado.

Ello significa que el segundo cargo formulado a la sentencia tampoco puede prosperar.

El tercer cargo enrostrado al Tribunal Superior por falso juicio de legalidad en la apreciación de varios indicios es francamente indescifrable desconociéndose el sentido y alcance del error denunciado aunque los deshilvanados razonamientos sobre el particular hacen pensar que se trata de un error por falso juicio de convicción, el que resulta improcedente tratándose de prueba sujeta a la libre apreciación del juzgador.

Similar consideración cabría hacer en cuanto al último cargo formulado a la sentencia (el quinto) que aparece desconectado de la realidad procesal porque el hecho de la tenencia del arma de fuego en poder del victimario no es afirmación aislada o mentirosa del coosindicado Rangel González, sino circunstancia robustecida y corroborada con la declaración del testigo presencial Manuel Navarro Rojas, tomada por el sentenciador como veraz y creíble y respecto a la cual guardó absoluto silencio el impugnante.

Una vez más éste confunde los conceptos sobre falsos juicios en la apreciación de las pruebas y repite, aunque con menos fortuna y solvencia, los mismos argumentos expuestos ante los jueces de instancia sobre los mismos tópicos convirtiendo de tal modo la demanda en un insustancial escrito.

Las falencias, vacíos e incoherencias de que adolece el escrito impugnatorio hacen que ninguno de los cargos formulados al amparo de la causal primera de casación pueda prosperar.

Casación oficiosa:

La Corte basada en la facultad que le asiste para casar oficiosamente la sentencia impugnada cuando aparezca de modo ostensible que atenta contra las garantías fundamentales o legales, o afecta gravemente el proceso (artículo 228 del C. de P.P.) procederá a corregir el agravio inferido al procesado Eduardo Elías Martínez Marín por haber sido condenado a la pena accesoria de pérdida del empleo público u oficial que ocupaba al momento de los hechos (celador de la empresa de servicios de Valledupar “Emdupar”) toda vez que el hecho punible no guarda ninguna relación con el oficio desempeñado, como lo sugiere el señor Procurador Delegado.

La pérdida del empleo público u oficial como sanción accesoria, quedó al prudente arbitrio del juez, de acuerdo con los criterios que orientan la individualización de la pena (artículo 61 del C.P.).

La única pena accesoria de forzosa aplicación a la pena principal de prisión es la de interdicción de derechos y funciones públicas (artículo 52 *ibídem*).

Pero la discrecionalidad en la imposición de la sanción accesoria en comento no le permite al juzgador prescindir de la obligación de fundar en razones atendibles su adopción pues la carencia de ellas, como en el caso de autos, torna arbitraria la medida impidiendo conocer los motivos que pudieron influir en la sanción, coartando el derecho de defensa del procesado por no poderse controvertir lo que se ignora o desconoce.

A más de no tenerse conocimiento de los motivos que pudo tener el fallador para sancionar al procesado recurrente con la pérdida del empleo público u oficial, es patente que las modalidades y características del delito por el que fue condenado (homocidio) y las circunstancias en que se perpetró, no aconsejan la imposición de dicha medida pues la muerte violenta de la víctima a manos del victimario nada tiene que ver con el desempeño de un cargo oficial, correspondencia o estrecha relación que sí resulta notoria cuando se condena a un empleado oficial por delito cometido por razón de sus funciones o en ejercicio del cargo (peculado, concusión, prevaricato, falsedad en documentos, etc.).

De manera que la pérdida del empleo, impuesta como sanción accesoria es medida contraria al principio de legalidad de las penas consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y desarrollado en los códigos sustantivo y procedimental penales.

Se enmendará el error cometido infirmando parcialmente la sentencia impugnada en cuanto tiene que ver únicamente con la revocación de la sanción accesoria de pérdida del empleo oficial, quedando incólumes las demás determinaciones.

Decisión:

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:

Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de revocar la imposición de la pena accesoria de pérdida del empleo público u oficial

que desempeñaba el procesado recurrente al momento de sucedidos los hechos. En lo demás, la sentencia impugnada no sufre ninguna modificación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandía, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL

La preceptiva del artículo 151 del estatuto punitivo, hipótesis penal que trata sobre el prevaricato por asesoramiento ilegal, tipo que exige para su comisión, la presencia de un sujeto activo cualificado (empleado oficial) quien parcializando la función pública judicial se presta a asesorar o a apoyar el trámite de una actuación gestionada en su Despacho, al logro de obtener un resultado favorable a los intereses de su patrocinado. Todo con abuso malicioso de su oficio.

En el específico caso de los jueces, tales valores se ven menoscabados cuando dolosamente sobrepasan los lindes de la actividad judicial propiamente dicha, convirtiendo la judicatura en mecanismo para el logro de fines particulares, aparejando inseguridad para los ciudadanos y descrédito para la propia administración.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., treinta de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 95.

Vistos:

Decide la CORTE sobre la apelación interpuesta por el defensor de la procesada MARIA TERESA BERNAL DE LOZANO contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual le impuso como penas principales la de veintidós (22) meses de prisión, multa de novecientos veinticinco (\$925.00) pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, negándole

el subrogado de la condena de ejecución condicional, como autora del delito de prevaricato por asesoramiento ilegal en concurso homogéneo.

Hechos:

A raíz de la investigación iniciada contra la por entonces titular del Juzgado Civil Municipal de Viotá, María Teresa Bernal de Lozano, por un delito contra la administración pública, se conocieron otras anomalías que determinaron una nueva investigación. Según empleados de su Despacho, la funcionaria permitió que su esposo, el abogado Néstor Raúl Lozano, litigara ante su despacho por intermedio de sus compañeros de oficina, Hernando Duque Bohórquez y José Abdías León Guarín, llegando incluso a redactar ella misma los memoriales respectivos o firmar por los letrados, conducta ésta última que ameritó la compulsación de copias para una nueva investigación. Este indebido asesoramiento ameritó la iniciación del presente proceso.

Actuación procesal:

Decretada en comienzo una indagación preliminar por el Tribunal Superior de Bogotá, se recepcionaron los testimonios de Héctor Julio García Campos y César Augusto Jiménez Alfonso, empleados del Juzgado Civil Municipal de Viotá (Cundinamarca) para la época en que la procesada ejerció sus funciones como Juez en esa municipalidad.

Con fundamento en estas declaraciones se dio inicio a la investigación penal, acreditándose su condición de Juez de la República. Oídas las versiones de quienes de una u otra forma conocieron los hechos, practicadas diversas diligencias de inspección judicial y vinculada mediante declaratoria de persona ausente, se cerró la investigación.

Calificado el mérito probatorio de las diligencias sumarias, el Tribunal Superior de Cundinamarca formuló resolución de acusación en contra de la contumaz como presunta autora de un concurso homogéneo de prevaricato por asesoramiento ilegal; concretamente en el juicio de sucesión de José Vicente Rodríguez Cantor y en el ejecutivo de Reinel Hermógenes Espinel contra Jesús Hernández Niño.

Exactas resultaron para esta determinación las declaraciones de García Campos y Jiménez Alfonso. Advirtieron que la titular del Juzgado, aparte de encomendarles labores ajenas a sus cargos, permitió que el abogado Néstor Raúl Lozano, su esposo, acutara en algunos procesos por intermedio de los letrados Hernando Duque Bohórquez y José Abdías León Guarín con quienes compartía oficina. Al extremo que en algunas ocasiones, al decir de Jiménez Alfonso, él y la funcionaria no sólo traían los memoriales, sino que también redactaban otros, fingiendo ella la firma de uno de los abogados.

En el mismo proveído, decretó la reapertura de la investigación ante la necesidad de esclarecer si con el patrocinio de la ex-juez, el abogado *Néstor Raúl Lozano* tuvo algún interés particular en la tramitación de otros procesos adelantados en el Juzgado Civil Municipal de Viotá en donde sus compañeros de oficina figuraban como apoderados judiciales.

Ante la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal –Decreto 2700 de 1991– la providencia calificatoria cumplió ejecutoria en la Fiscalía. Regresada la actuación al Tribunal, se trajeron a los autos copias de los procesos que motivaron la resolución de acusación. Luego de la audiencia pública se profirió la sentencia correspondiente, condenando a la procesada por los cargos que motivaron su convocatoria a juicio.

El desacuerdo del defensor oficioso de la doctora BERNAL DE LOZANO con la decisión tomada, lo llevó a recurrir en apelación ante esta Corporación.

La sentencia de primera instancia:

Rechaza la alegación de prescripción de la acción penal pues conforme a las últimas actuaciones de la Juez inculpada en los procesos de que da cuenta la resolución acusatoria –mayo y septiembre de 1986–, los seis años y ocho meses requeridos se cumplieron en 1993, es decir, cuando ya estaba ejecutoriado el auto enjuiciatorio (noviembre de 1992).

Luego contrarresta las críticas testimoniales vertidas por el defensor en la audiencia pública pues si bien “no puede desconocerse que los cargos formulados por César Augusto Jiménez Alfonso contra la doctora MARIA TERESA BERNAL DE LOZANO fueran el producto del resentimiento por haberlo destituido de su cargo de Citador del Juez Civil Municipal de Viotá; es decir, ese enfado o rencor pudo ser la causa por atreverse a poner en conocimiento de la autoridad los hechos irregulares realizados por su ex-jefe”, en manera alguna significa que las imputaciones carezcan de veracidad pues, contrario a lo sostenido por la defensa, “...los excompañeros de trabajo del testigo y de la señora ex-juez investigada, señores *Luz Marina Sánchez Ovalle, Claudia Esperanza Rodríguez y Héctor Julio García Campos*, en vez de contraponer sus dichos a la versión de *Jiménez Alfonso* lo que hacen es corroborarlo”.

Para enfatizar sobre la clara intervención e interés del abogado *Néstor Raúl Lozano* en diversos procesos adelantados en el despacho judicial de su esposa y en los cuales figuraban como apoderados *León Guarín y Duque Bohórquez*, transcribe la exegésis de las afirmaciones de los mencionados declarantes.

Hace notar que no sólo con las atestaciones de los empleados del Juzgado existe coincidencia cuanto a señalar al esposo de la ex-juez interviniendo en los procesos adelantados en el Juzgado. Las declaraciones de *José Antonio Avila, Alberto Camargo Salamanca y Reinel Hermógenes Espinel*, entre otras, robustecen las incriminaciones.

Así, por ejemplo, dice el Tribunal, *José Antonio Avila* refiere haber contratado “directamente los servicios del abogado Raúl Lozano”, quien le manifestó no poder actuar personalmente, consiguiéndole, sin embargo, otro letrado, pero en todo caso cancelándole los honorarios profesionales a aquél.

Tales son las razones que invoca para proferir sentencia condenatoria en contra de la ex-juez BERNAL DE LOZANO por concurso delictual atribuido en el auto calificadorio, sin que sea procedente el reconocimiento de la condena de ejecución condicional, pues no obstante el cumplimiento del requisito objetivo (22 meses de prisión), lo subjetivo no apareció con igual claridad.

La sustentación del recurso:

En sentir del recurrente, las afirmaciones testimoniales de *Jiménez Alfonso* y *García Campo* sobre las cuales se fundamentan los cargos atribuidos a la doctor BERNAL DE LOZANO, tienen que ver con aconteceres “generales”, desarrollados por la acriminada aduciendo que jamás su actividad de indebido patrocinio o favorecimiento al litigio de su cónyuge se centró en los procesos civiles de que da cuenta la acusación y la sentencia.

Admite, pues, que los referidos testigos “hablan sobre órdenes recibidas por parte de la titular del Juzgado Civil Municipal de Viotá para llevar memoriales de un lugar a otro”. Pero aclara, que por parte alguna particularizan a qué procesos se referían esos memoriales, esto es, si al ejecutivo de *Reinel Hermógenes Espinel* o la sucesión acumulada de *José Vicente Cantor*, máxime cuando también informan que el litigante “en las frecuentes visitas que realizaban al Juzgado..., inspeccionaba diversos negocios en los cuales demostraba tener interés”.

De otra parte, recuerda la crítica esgrimida en contra de la versión de *César Augusto Jiménez Alfonso*, declarado insubsistente por la Juez. En su sentir, la mendacidad de este testigo persiste. Las declaraciones de los otros empleados, a las que acude el Tribunal para tener por cierta la imputación, se recepcionaron en la Procuraduría, sin juramento, por un funcionario sin la categoría de Juez y sin oportunidad procesal de controversia; a más de notarse que no son coherentes, las testificaciones rendidas por *Luz Marina Sánchez* y *Claudia Esperanza Rodríguez* ante la Procuraduría y ante el por entonces, Juzgado 93 de Instrucción Criminal Ambulante.

Además, ninguno de los testimonios permite definir que las órdenes impartidas por la Juez a sus subalternos sobre los memoriales a trasladar desde Santafé de Bogotá al Juzgado Civil Municipal de Viotá, hayan sido las que correspondían a los escritos que debían anexarse a los procesos de sucesión y ejecutivo precitados.

Justifica las visitas del abogado *Lozano Bernal* al Juzgado, primero en su calidad de abogado externo del Banco Cafetero, “con muchos

despachos comisorios pendientes de tramitar en el Juzgado de su cónyuge” quien a pesar de declararse impedida para tramitarlos, por decisión legal de su superior continuó dándoles curso; segundo, porque la reserva procesal no es de recibo en los procesos civiles. Y por último, porque aquel “perfectamente” pudo estar revisando negocios de sus colegas o los que tenían “que ver con las comisiones mencionadas”.

Adicionalmente, estima imposible que con prueba indiciaria pueda afirmarse un estado de responsabilidad penal en contra de su defendida. Los elementos indicadores, sostiene, no aparecen plenamente probados.

Concluye mostrando su inconformidad con las consideraciones que negaron la condena de ejecución condicional. El *a quo* habría adicionado un requisito ajeno a las exigencias legales para su procedencia: la contumacia de la procesada.

La Corte:

1. Se imputó a la ex-juez Civil Municipal de Viotá (Cundinamarca) MARIA TERESA BERNAL DE LOZANO, el haber patrocinado y permitido la indebida y subrepticia participación del abogado *Néstor Raúl Lozano*, su esposo, en el Juzgado a su cargo quien valiéndose de sus colegas *Hernando Duque Bohórquez* y *José Abdías León Guarín*, intervino en el trámite del juicio sucesorio de *José Vicente Rodríguez Cantor* y en el proceso ejecutivo de *Reinel Hermógenes Espinel* contra *Jesús Hernández*. Llegando incluso al extremo de disponer que un empleado suyo se trasladara a Bogotá a recoger los memoriales respectivos en la oficina de los referidos abogados, al tiempo que ella misma elaboraba algunos escritos de los litigantes los cuales agregaba a los expedientes respectivos, apoyando las causas sometidas a su decisión con un ánimo de favorecimiento que veda la ley.

2. Estos comportamientos se adecúan a la preceptiva del artículo 151 del estatuto punitivo, hipótesis penal que trata sobre el prevaricato por asesoramiento ilegal, tipo que exige para su comisión, la presencia de un sujeto activo cualificado (empleado oficial) quien parcializando la función pública judicial se presta a asesorar o apoyar el trámite de una actuación gestionada en su Despacho, al logro de obtener un resultado

favorable a los intereses de su patrocinado. Todo con abuso malicioso de su oficio.

Y bien:

2.1. Cuanto a lo primero, con las copias de las actas de nombramiento, posesión y constancia sobre el ejercicio de sus funciones, se acreditó la calidad de empleada oficial de MARIA TERESA BERNAL DE LOZANO, quien desempeñaba para la época de los hechos, el cargo de Juez Civil Municipal de Viotá (Cundinamarca).

2.2. Respecto al segundo presupuesto, es de ver que el hecho investigado se acomoda al disvalor de la figura delictiva enunciada, toda vez que la acusada, obrando como juez, desbordó el ámbito de sus quehaceres al trasladar su actividad de administradora de justicia a la consecución de fines prohibidos dentro de dos procesos donde su cónyuge veladamente participaba.

2.3. De la conducta comportamental reprochada cabe pregonar igualmente su antijuridicidad material al lesionarse el interés jurídico que el legislador tutela en el Capítulo VII, del Título III, Libro Segundo del Código Penal bajo la denominación de prevaricato por asesoramiento ilegal, esto es, la administración pública. En el específico caso de los jueces, tales valores se ven menoscabados cuando dolosamente sobrepasan los lindes de la actividad judicial propiamente dicha, convirtiendo la judicatura en mecanismo para el logro de fines particulares, aparejando inseguridad para los ciudadanos y descrédito para la propia administración. Por cierto que no aparecen en favor de la imputada causales permisivas –legales o supraleales– que excluyan la antijuridicidad de su comportamiento.

2.4. Tampoco se observan razones que afecten el juicio de desaprobación que se atribuye a la doctora Bernal por existir conocimiento y voluntad de la realización del hecho. Las conductas le son atribuibles porque pudiendo circunscribir su actuación al plano de la legalidad como era de esperarse dada la amplia experiencia que poseía en la rama judicial (recuérdese que estaba vinculada al Juzgado Civil Municipal de Viotá desde abril de 1982), apadrinó con concretas prerrogativas y decisiones

propicias, las aspiraciones del gestor en los expedientes en que éste participaba por medio de interpuestos colegas.

2.5. Y aunque no fue posible escuchar las explicaciones de la doctora BERNAL DE LOZANO sobre los hechos imputados, no existe incertidumbre alguna acerca de que ella no sea la autora del injusto por el cual se le condena dada la realización directa y personal de los elementos estructurales de la infracción en comento.

3. Conocida la naturaleza del punible debe la *Sala* entrar a puntualizar y examinar las probanzas que comprometen su responsabilidad penal.

Los empleados del Juzgado, el citador *César Augusto Jiménez Alfonso*, el escribiente *Héctor García* y la secretaria *Luz Marina Sánchez*, informaron sobre las plurales ocasiones en que el esposo de la titular del despacho consultó y revisó los negocios en que figuraban como apoderados *Duque* y *León*, letrados que muy rara vez concurrirían a apersonarse de esos procesos. Amén de que al unísono dan cuenta de la firma que en alguna oportunidad estampó la doctora *Bernal* a un memorial fingiendo la firma de uno de los mencionados abogados.

Por su parte, *José Antonio Avila*, interesado en las resultas del juicio de sucesión de autos –había adquirido derechos sobre ella– y *Reinel Hermógenes Espinel* pendiente del ejecutivo, contestes fueron en manifestar que por intermedio del citador del Juzgado se entrevistaron con el abogado, esposo de la Juez, siendo a éste y a nadie más a quien cancelaron honorarios profesionales.

No estará demás anotar que los doctores *Roberto Quiroga Rodríguez*, *Luis Antonio Cañizarès*, *Fernando Sánchez Quintero* y *Alberto Camargo Salamanca* advirtieron sobre la parcialidad y el favorecimiento del Juzgado cuando se trataba de procesos donde actuaban como apoderados los compañeros de oficina del esposo de la Juez. Afirmó el doctor *Alberto Camargo Salamanca*, por ejemplo, que si bien en su ejercicio profesional no ha tenido como contraparte a *Néstor Raúl Lozano Bernal*, si lo ha sido a través de los “testaferros”, *Hernando Duque Bohórquez* y *José Abdías León Guarín*. Tal aseveración encuentra apoyo en el juicio

de sucesión de *José Vicente Rodríguez Cantor* y otra, en el que unos herederos se hicieron representar por el abogado *Duque Bohórquez*, favoreciéndolo la Juez con sus decisiones (admitir cesionarios y herederos con documentos precarios u otorgándoles términos indefinidos para el aporte de la documentación de rigor).

Sus otros colegas unánimemente afirmaron la intervención de Lozano con la aquiescencia de su esposa, en otros asuntos –distintos de los conocidos– que se tramitaban en el Juzgado. Comoquiera que aparecían comprometidos, aparte de Lozano, los referidos *Duque* y *León*, el Tribunal ordenó la compulsación de copias con destino a la jurisdicción disciplinaria, con el fin de averiguar esta realidad.

4. Con claridad, emerge, pues, el indebido patrocinio de la doctora *Bernal de Lozano* en favor de los procesos en que figuraban como apoderados los compañeros de su esposo. La explicación está dada: *Lozano Bernal* tenía directo interés en los resultados de los negocios y en la consolidación de las pretensiones que se reclamaban por haber sido él quien pactó y recibió honorarios contando con la colaboración de su esposa quien traía –o mandaba traer– memoriales, y quien además se atrevió a redactar algunos escritos con un tinte marcadamente profesional.

5. Ahora bien: la defensa criticando intensamente la prueba testimonial, pretendió demostrar su inconsistencia o la mendacidad de la declaración de *César Augusto Jiménez*, o la “generalidad” en los relatos suministrados por los deponentes respecto a la actuación de *Lozano Bernal* en el Juzgado Civil Municipal, al no haberse concretado que el mencionado profesional hubiese actuado en los procesos mencionados en autos. También pretende explicar las constantes visitas del abogado con ocasión de despachos comisorios remitidos por los juzgados civiles de los circuitos de Girardot y Bogotá para embargos y secuestros de bienes en proceso fundamentalmente del Banco Cafetero.

6. A estos argumentos se le oponen con vigor y energía las afirmaciones de *César Augusto Jiménez Alfonso*. El *a quo*, con razonamientos que comparte la Sala y a ellos se remite, respondió la crítica que intentaba cuestionar la credibilidad del testigo, admitiendo que si bien es cierto pudo haber influido en su ánimo de denunciar los

hechos el haber sido declarado insubsistente de su cargo de citador del Juzgado, también lo es, que sus palabras encontraron respaldo en los dichos de los excompañeros de trabajo y en los propios abogados litigantes, quienes todos a uno coinciden en el indebido favorecimiento e intromisión de la funcionaria en las actividades profesionales de su esposo en el despacho a su cargo.

Además, tampoco son de valía las réplicas en cuanto a la ilegalidad en la producción y aducción en las declaraciones de *Luz Marina Sánchez* y *Claudia Esperanza Rodríguez*, acuñadas junto con otras en el fallo revisado para fortalecer las atestaciones de aquél. Independientemente de esto, tenga o no razón, debe tenerse en cuenta que las mencionadas empleadas testificaron con posterioridad en este expediente bajo la gravedad del juramento guardando en términos generales coherencia sobre el punto central del debate, es decir, con la inocultable intromisión del doctor *Lozano Bernal*, en los procesos donde sus colegas *Duque Bohórquez* y *León Guarín* figuraban como apoderados, conforme también sin dubitación alguna, lo advirtieron *Héctor García Campos* y *César Augusto Jiménez Alfonso*, igualmente subalternos de la Juez.

7. Con relación a la idea de que ninguno de los declarantes refiere en concreto la velada actuación profesional del doctor *Lozano*, en los específicos procesos civiles de que da cuenta la acusación y la sentencia, tampoco es cierta la apreciación del recurrente. Conviene recordar el siguiente análisis probatorio del fallo de primera instancia que conserva plena vigencia. Escúchense aquellas reflexiones:

“Pero no son únicamente los compañeros de trabajo de Jiménez Alfonso quienes coinciden con éste en señalar al esposo de la Juez como persona especialmente interesada en la tramitación de algunos procesos civiles, sino también y de manera concreta José Antonio Avila (fl. 97), Alberto Camargo Salamanca (fl. 185) y Reinel Hermógenes Espinel (fls. 118 y 122) lo muestran bien como defendido sus intereses, ora como contraparte.

En efecto, el primero, quien tenía interés en la sucesión acumulada de José Vicente Rodríguez Cantor y Lucrecia

Guzmán, es claro y conciso en afirmar que contrató directamente los servicios del abogado Raúl Lozano para que defendiera sus intereses en ese proceso, lo que hizo por insinuación del mencionado César Augusto Jiménez, a quien el declarante conocía con el remoque de 'El Pescado', que el abogado le dijo no poder actuar personalmente por ser el esposo de la Juez, pero le consiguió otro profesional del derecho para hacerse cargo del negocio, siendo con el primero, el doctor Néstor Raúl Lozano, con quien pactó los correspondientes honorarios y a quien efectivamente se los canceló.

Por su parte el doctor Camargo Salamanca, contraparte en el mencionado proceso de sucesión, indicó haber iniciado éste, en el cual los herederos de José Vicente Rodríguez Cantor y Dioselina Rodríguez de Rodríguez se hicieron representar por el abogado Hernando Bohórquez, notando el declarante una manifiesta parcialidad de la Juez María Teresa Bernal de Lozano en favor de tales herederos, al punto de haber reconocido como cesionarios a personas que únicamente ostentaban como título de su pretensión una promesa de compra-venta, siendo que para poder reconocer a un cesionario es indispensable escritura pública, y si bien tal decisión fue objeto de reposición esto lo hizo otro juez que estuvo reemplazando a la sindicada durante una licencia; igualmente se quejó el testimoniante de haber reconocido la juez acuada como herederos en la dicha sucesión a personas que sólo aportaron la partida eclesiástica no obstante haber nacido con posterioridad al 15 de junio de 1938 y por tanto el documento valedero era el registro de nacimiento, y al pedirle el actor la invalidez de ese reconocimiento, lo que hizo la juez fue darle a los interesados un plazo indefinido para aportar los documentos exigidos por la ley; agrega el abogado Camargo Salamanca que el interés del esposo de la juez en el mentado proceso de sucesión se puso de manifiesto cuando llegado el día del secuestro de los bienes relictos, el apoderado de los herederos reconocidos, doctor Hernando Duque, llegó a Viotá en el mismo carro con el doctor Néstor Raúl Lozano, esposo de la juez investigada y a pesar de estar señalada la diligencia para las nueve de la mañana sólo hasta las once

salieron para ella por cuanto dos horas demoraron los dos citados abogados junto con la juez y los tres empleados del juzgado en desayunar; puso de presente también un incidente ocurrido con posterioridad a la diligencia, consistente en haberse devuelto a recoger una vara que había olvidado, motivo por el cual la Juez lo trató en forma soez, demostrando así el interés que dicha funcionaria tenía en no ser vista en compañía de los otros abogados.

Finalmente Reinel Hermógenes Espinel, luego de informar sobre su conocimiento del doctor Néstor Raúl Lozano y saber se trataba del esposo de la señora Juez Civil Municipal de Viotá, indicó haber tenido necesidad de adelantar un proceso ejecutivo contra Jesús Hernández respaldado en una letra de cambio, “en el cual mi abogado era el doctor Néstor Raúl Lozano”, dijo textualmente, a quien directa y personalmente canceló los honorarios pactados; al ponerle de presente, durante inspección judicial, una letra de cambio que hacía parte de expediente en mención –ejecutivo de Reinel Hermógenes Espinel contra Jesús Hernández–, endosada a favor de Hernando Duque Bohórquez, quien dijo ser suya la firma del endosante y a continuación explicó: ‘Yo firmé esa letra y esa firma es la mía, yo le entregué esa letra al doctor Raúl Lozano para su cobro judicial, en cuanto a la leyenda del endoso no recuerdo si estaba o no. Lo que sí tengo que manifestar es que el doctor Lozano cuando el embargo a Jesús Hernández vino con otro doctor y me lo presentó, no sé si era el doctor Hernando Duque u otro. Lo único cierto es que yo le pagué los honorarios al doctor Lozano y el arreglo lo hice directamente con él’.

Los párrafos transcritos no requieren comentario alguno pues ellos son elocuentes y demuestran por sí solos la evidente participación, intervención e interés del abogado Néstor Raúl Lozano, esposo de la entonces Juez Civil Municipal de Viotá, en los procesos en que cada uno de los exponentes fueron partes, esto es, en el ejecutivo de Reinel Hermógenes Espinel y en la sucesión acumulada de José Vicente Cantor y otra.

Ello, independientemente de que otras personas, como los abogados Roberto Quiroga Rodríguez (fl. 82), Luis Antonio

Cañizales (fl. 111), Jaime Camargo Salamanca (fl. 125), Fernando Sánchez Quintero (fl. 194) y los señores José Leonidas Avila (fl. 100) y Benilda Martínez León (fl. 108) indiquen de manera muy general la manifiesta intromisión del abogado Lozano Bernal en diferentes procesos civiles tramitados en el Despacho Judicial tantas veces mencionado, hechos que si bien son objeto de otra investigación no dejan de tener relevancia en este proceso”.

8. Ante esta contundencia probatoria, ¿acaso será necesario apuntalar por vía inidiciaria algo más? Seguro que no. La sinrazón de la alzada es evidente, pues como ha quedado visto, tanto la materialidad del concurso delictual homogéneo y sucesivo atribuido a la doctora MARIA TERESA BERNAL DE LOZANO como la responsabilidad penal que le compete por las conductas investigadas, se satisfacen a cabalidad y de ahí la corrección del fallo condenatorio proferido en su contra.

9. Cuanto a la privación de la libertad que se dosificó en veintidós (22) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y multa de novecientos veinticinco pesos (\$925.00) como penas principales, la Sala no encuentra ninguna objeción. Ningún reparo cabe tampoco respecto a la negativa a conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional. Es de ver que, conforme a la preceptiva del artículo 68 del Código Penal, podrá suspenderse la ejecución de la condena cuando se trate de prisión, si ésta no excede de tres años y además cuando “...su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario...”.

Lo anterior indica que la ley concede al juzgador amplia facultad para examinar las circunstancias del injusto y la personalidad del imputado a efectos de determinar si es procedente el instituto penal mencionado, el que puede conceder cuando llegue a la conclusión razonada y fundada de su otorgamiento en atención a la gravedad y modalidades de los hechos y a la personalidad que revele el inculpatado con base en las constancias procesales.

Si para el caso de la especie, el fallador consideró improcedente el subrogado penal por no encontrarse satisfecho los requisitos pertinentes,

la amplitud de apreciación que tiene en estas materias hace difícil desconocer ese juicio íntimo o subjetivo, máxime cuando su decisión la sostienen argumentos convincentes y asaz razonables.

Sus palabras no dejan la menor duda sobre el particular:

“...la procesada María Teresa Bernal de Lozano no es acreedora a ella puesto que son múltiples los factores demostrativos de una personalidad que le hacen merecedora a tratamiento penitenciario, tales como su deslealtad e infidelidad con las funciones propias de su cargo, así como las modalidades del hecho que no sólo lesionaron la administración pública sino que también afectaron el buen nombre de la justicia, escarncida y menguada en su grandeza con el acto ilícito, aparte de la contumacia, demostrativa de su rebeldía en presentarse a dar explicaciones de su comportamiento, todo cual, se reitera, demuestra que la sentencia requiere de tratamiento penitenciario”.

Bien se ve, que no solamente fue la contumacia de la acriminada el fundamento de la negativa. Esta circunstancia se hace constar para resaltar su torcida personalidad frente a la administración de justicia de la que ella formó parte con la misión específica de impartirla. Y es apenas obvio, que esa investidura –Juez de la República–, como ninguna otra, le imponía responsabilidad, decoro e imparcialidad en los asuntos sometidos a su examen y consideración.

Así las cosas, la sentencia impugnada amerita íntegra confirmación.

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:

Confirmar la sentencia condenatoria proferida en contra de María Teresa Bernal de Lozano, por delito de prevaricato por asesoramiento ilegal, cometido en concurso, por las razones expuestas en la motiva de

éste proveído. En consecuencia, reiterar las órdenes captura impartidas en su contra.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandía, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., salvamento parcial de voto.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION
PUNITIVA
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Nuevamente tengo que enfrentarme al criterio de la mayoría que no advierte problema ninguno cuando las circunstancias genéricas de agravación punitiva son deducidas en la sentencia de condena y cuando un mismo elemento del tipo se tiene como ingrediente axiológico del punible y coetáneamente juega como una de las circunstancias enlistadas en el artículo 66 del C.P.

Sobre ambos asuntos me he esforzado en plasmar las siguientes ideas.

Cuanto al primero:

“Insiste la SALA mayoritaria en considerar que en la sentencia pueden deducirse las circunstancias genéricas de agravación punitiva (artículo 66 del C.P.) sin que tal proceder vulnere el derecho de defensa del imputado cuando lo correcto es su aplicación en el pliego de cargos, o como ahora se dice, con alabada técnica, resolución de acusación. Si es que acaso las cosas no han cambiado de nombre con tantas mudanzas de legislación y trastueques técnicos que de seguro, todo lo embrollan y todo lo complican. Y aunque crea yo que el concepto de la SALA no es de recibo sé que por mucho que diga siempre lo contrario, mi criterio, muy a pesar mío, no va a producir ningún efecto pues aquel se basta y el mío me basta. Dejemos las cosas así. Conforta saber que nada se concluye y todo se continúa”.

Cuanto al segundo:

“He entendido y sigo entendiendo que: ‘la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del *non bis in idem*. Cuando un elemento que caracteriza la acción

punible se aprecia coetáneamente como agravante en la sentencia, debe descartarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición”. Uno de los presupuestos típicos del delito de prevaricato por acción es que el sujeto activo sea calificado. Mal puede, entonces, jugar esta misma característica como presupuesto de una circunstancia genérica de agravación. Como la sentencia de segunda instancia –con la cual me identifico en lo demás– insinúa dicho criterio cumplo con mi deber de manifestar mi disentimiento en esta materia”.

No es necesario decir más.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M., Magistrado.

**COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL /
JUEZ DE CIRCUITO / PORTE DE ARMAS
DE DEFENSA PERSONAL**

El artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), sanciona con pena de prisión (1 a 4 años) a: “El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos...”

Por su parte el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal relacionado con la competencia de los jueces regionales, dispone que estos funcionarios conocerán en primera instancia entre otros delitos de aquellos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal”, norma suficientemente precisa en su cobertura como en la excepción.

No cabe la menor duda que el Fiscal pasa por alto que las conductas “vender” y “portar” son autónomas, equivocadamente las mezcla en el pliego de cargos, sin tener en cuenta que los dos verbos rectores están incluidos dentro de la misma norma –art. 1o. del Decreto 3664/86, la competencia para conocer del primero radica en el Juez Regional y la segunda en el Juez del Circuito.

Los argumentos de los jueces colisionados respecto a la punibilidad de la conducta y a su tipicidad, así como lo que surja en relación con la incorrección de la acusación, son aspectos que deben ser analizados en su oportunidad por el funcionario competente para tomar la decisión que corresponda, pero no son de recibo para descartar los hechos imputados y como consecuencia negar la competencia para conocer del proceso.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 95.

Vistos:

Decide la Sala sobre la colisión de competencias negativa surgida entre un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá, en el proceso seguido contra JAIRO LARROTA BERMUDEZ, por infracción al artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986.

Antecedentes:

1. El 14 de junio de 1989 fue retenido JAIRO LARROTA BERMUDEZ por parte del Cuarto Distrito de Policía –Estación Facatativá–. Se tuvo conocimiento que él entregó a Rufino Parrado un revólver que aquél tenía para la venta, el cual fue incautado en poder de este último, tratándose de un revólver marca In Italy, calibre 22, sin número, hechizo, con seis cartuchos.

2. JAIRO LARROTA en su indagatoria acepta que recibió de su abuelo Isaías Larrota el revólver y que luego de fallecido éste, debido a su situación económica decidió venderlo, para lo cual se lo ofreció a varias personas y por último se lo entregó a su amigo Rufino Parrado para que se lo ayudara a vender, hechos que corrobora el antes citado.

3. El Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Facatativá resolvió la situación jurídica del indagado con medida de aseguramiento, consistente en caución preñdaria por el punible contemplado en el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986 “denominado como PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL”.

4. Mediante providencia de 25 de junio de 1993 (fls. 53 a 56), la Unidad Seccional de Fiscalía de Facatativá calificó el mérito del sumario

con resolución de acusación contra JAIRO LARROTA BERMUDEZ por violación al artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, atribuyéndole la conducta de “querer vender un arma, lo cual está demostrado”. No obstante lo anterior, concluye que el procesado es “autor responsable del delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS”.

Adelantó la etapa de la causa el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá. Luego de surtirse el trámite pertinente y estar el proceso para dictar la sentencia de rigor, el funcionario se declaró incompetente para hacerlo, ordenando el envío de las diligencias a reparto de los jueces regionales por tratarse de un delito de “venta de armas”.

El Juzgado Regional, al que le correspondió el asunto, por medio de auto de junio 29 del corriente año (fls. 134 a 138) se declaró incompetente para conocer del mismo, ordenando devolver las diligencias al Juzgado de origen, y proponiendo la respectiva colisión de competencias.

El Juzgado Penal del Circuito de Facatativá por medio de auto de 8 de junio del mismo año, no aceptó las razones de su colega, enviando la actuación a esta Corporación, a fin de que se dirima el asunto.

La controversia:

El Juzgado Regional comienza por advertir, que el Fiscal Delegado de la Unidad Seccional adecuó la conducta a “querer vender un arma”, puntualizando que en estos términos la acusación no resulta correcta, “toda vez que son punibles los actos ejecutivos en los delitos que los admiten; no siéndolo de los delitos de peligro como lo son los previstos en el Decreto 3664 de 1986, que atentan contra el bien jurídico protegido de la SEGURIDAD PUBLICA”.

Aduce que conforme a la conducta imputada al procesado, ésta no sería punible, si se tiene en cuenta que el derecho penal es de acto, en el que se sanciona al implicado por la conducta real, libre y conscientemente ejecutada y no se trata de un derecho penal de autor, no pudiéndose punir sus deseos, pensamientos o propósitos. “Además, el querer vender un arma, tal como lo dice el acusador, no estructura la conducta expresada en el art. 1o. del Decreto 3664 de 1986, del que ‘venta’, ya que en el

plenario no aparece prueba que evidencie que ésta era la actividad u oficio realizados por el procesado”.

Plantea que “si a JAIRO LARROTA se le procesa porque tenía en su poder un arma de defensa personal sin el correspondiente salvoconducto, otra debe ser la conducta típica atribuible, en consecuencia, por no darse la acción típica punible de vender armas de fuego de defensa personal, este despacho no es competente para conocer del presente proceso”.

2o. Por su parte, el Juzgado Segundo Penal del Circuito rechaza los argumentos, precisando que el tipo penal consagrado en el art. 1o. del Decreto 3664 de 1986 trae varios verbos rectores, lo que quiere decir que se trata de conductas alternativas y el acomodamiento de la actividad del sujeto activo a cualquiera de ellas, significa la vulneración de la norma en mención.

Aduce que en el presente caso el mismo procesado en su injurada, acepta que el arma –revólver calibre 22– la ofreció en venta a varias personas y por último se la dio a su amigo Rufino para que la ayudara a vender. Estima que “con indiferencia de las teorías causalistas o finalistas lo que permite distinguir un delito de otro, o si es o no delictiva la conducta, es la finalidad propuesta por el agente y para que ésta sea punible debe estar dirigida a poner en peligro determinado bien jurídico”.

Agrega que “bajo el imperio de la normatividad vigente antes citada y con prescindencia de la adecuación o terminología empleada por el acusador (querer vender) que el Juez Regional ha considerado equivocada y carente de punibilidad, argumentos que no comparte”, teniendo en cuenta el numeral 4o. del art. 71 del C. de P.P., de su contenido se infiere que el Juzgado del Circuito sólo es competente para conocer del porte de armas de fuego de defensa personal, correspondiéndole a los Juzgados Regionales las demás conductas que trata el Decreto 3664/86, “pues no se puede desconocer que el juez colisionante al dar una interpretación forzada y huérfana de respaldo probatorio y jurídico, despenaliza los hechos probados en el expediente”.

Consideraciones de la Sala:

El artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), sanciona con pena de prisión (1 a 4 años) a: “El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, destituya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos...”

Por su parte el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal relacionado con la competencia de los jueces regionales, dispone que estos funcionarios conocerán en primera instancia entre otros delitos de aquellos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal”, norma suficientemente precisa tanto en su cobertura como en la excepción.

Así, frente al caso que ocupa la atención de la Sala no hay alternativa, la resolución acusatoria, pieza fundamental de la acusación que una vez ejecutoriada se convierte en ley para el juzgador y los sujetos procesales, señala que JAIRO LARROTA BERMUDEZ, debe responder del delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS” de defensa personal, circunstancia que al amparo de la ley vigente coloca el asunto en la órbita de competencia del Juez del Circuito, independientemente de la terminología que usa el acusador y de lo confusa y contradictoria que resulta ser la acusación.

En efecto, si se revisa con atención la providencia calificatoria, se constata que el acusador incurrió en una evidente contradicción, pues afirma que “la conducta es querer vender un arma, lo cual está demostrado”, y no obstante ello concluye que “con base en las anteriores lucubraciones se determina que JAIRO LARROTA BERMUDEZ, el autor responsable del delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS”, precisando finalmente que “por ello en su contra se dictará RESOLUCION DE ACUSACION”.

Además, no cabe la menor duda que el Fiscal pasa por alto que las conductas “vender” y “portar” son autónomas, equivocadamente las mezcla en el pliego de cargos, sin tener en cuenta que pese a que los dos verbos rectores están incluidos dentro de la misma norma –art. 1o. del

Decreto 3664/86, la competencia para conocer del primero radica en el Juez Regional y la segunda en el Juez del Circuito.

No obstante lo anterior, lo cierto es que al procesado se le ha llamado a responder por el "PORTE ILEGAL DE ARMAS" de defensa personal, puesto que además de que ésta fue la conclusión, no puede pasarse inadvertido que el Fiscal hace remisión al auto que resolvió la situación jurídica del procesado para decir que "no ha variado" y en dicho proveído el instructor impuso medida de aseguramiento al procesado en consideración a que "este hecho, se halla erigido en punible en el Decreto 3664 de 1986, art. 1o. inc. 1o., denominado como PORTE DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL", centrando la acusación en el "porte" y no en la "venta" de tales armas.

Así las cosas, mal haría el Juzgado Regional al asumir la competencia, pues al margen de toda previsión estaría usurpando la competencia para hacer pronunciamientos sobre la legalidad del enjuiciamiento que en definitiva lo fue por un delito que lo priva del conocimiento del proceso.

Los argumentos de los jueces colisionados respecto a la punibilidad de la conducta y a su tipicidad, así como lo que surja en relación con la incorrección de la acusación, son aspectos que deben ser analizados en su oportunidad por el funcionario competente para tomar la decisión que corresponda, pero no son recibo para descartar los hechos imputados y como consecuencia negar la competencia para conocer del proceso, que en este caso concreto radica en el Circuito.

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

Resuelve:

Primero: Declarar que la competencia para conocer del presente proceso en la etapa del juzgamiento está radicada en el Juez del Circuito de Facatativá, a quién debe remitirse el expediente en forma inmediata.

Segundo: Dése noticia de esta decisión al Juez Regional de Santafé de Bogotá.

Cúmplase,

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruíz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA / FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO

Enseña el artículo 213 de la Constitución Nacional que en “ningún caso los civiles podrán ser investigaciones o juzgados por la justicia penal militar”. Esta norma superior para nada afectó lo que ya el legislador había elevado a la categoría de principio en el artículo 14 del vigente Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), al definir el ámbito de aplicación de esa jurisdicción a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la policía nacional”.

De acogerse el pensamiento ensayado por el apelante, esto es, que la prohibición tiene única y exclusiva operancia para los denominados estados de excepción, tal criterio implicaría reformar el texto constitucional, abriendo tremenda brecha para que al través de una ley ordinaria se crearan procedimientos y cortes marciales vinculantes para los civiles.

La prohibición, es lo cierto, y no admite distinta interpretación, es que, en ningún caso, podrá la jurisdicción penal militar, investigar o juzgar a la población civil o particular.

Es ésta, la intención sabia del constituyente. Si la plasmó en el Título VII, Capítulo 6, correspondiente a la organización y funcionamiento de la Rama Ejecutiva del poder público, fue precisamente para cerrar cualquier posibilidad de soslayar esos límites.

Las fuerzas militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio

nacional y del orden constitucional. Para hacer expedita su misión se les permite el uso de armas de todo tipo y el empleo de la fuerza dentro de los límites que les imponga la Carta y las leyes.

Ello implica para lograr la debida eficiencia y la mayor responsabilidad, una rígida jerarquización en su interior, en la que cada acto de sus miembros responda a una directriz determinada dada por sus superiores. Por ello, resulta explicable que las acciones que se aparten de este orden estricto tengan sus propios jueces y sus particulares sanciones ya que sólo dentro de la órbita militar es que resultan explicables, pues, de acuerdo con sus normas hallan una cabal calificación tales conductas.

Ahora bien, es claro que aparte de su función militar propiamente dicha, el estamento castrense requiere de colaboración aledañas que no puede o no está en capacidad de realizar. Labores administrativas, científicas, técnicas o jurídicas deben cumplir los particulares si bien es cierto que adquieren un compromiso laboral esta condición no implica su incorporación a las tareas típicamente militares. Un médico, por ejemplo, tendrá la obligación de cuidar a los pacientes que se le encomienden. Pero ello no quiere decir que esté obligado a servir como centinela o dar órdenes de mando a cualquier uniformado.

Lo propio sucede con los jueces penales militares. Su misión es la de administrar justicia dentro de las fuerzas armadas. Su quehacer, por consiguiente, es eminentemente jurídico y sus actos deben ser calificados dentro de un ámbito netamente particular pues su relación con las fuerzas castrenses es por completo ajena a los fines que la constitución y las leyes les ha fijado.

2. La falsedad ideológica en documento público a que alude el artículo 219 del Código Penal, es comportamiento que se estructura no solamente por consignar una falsedad en el documento que ha de servir de prueba, sino además, por callar total o parcialmente la verdad, conductas omisivas que ciertamente lesionan la fe pública.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 87 de agosto 9 de 1994.

Vistos:

Decide la CORTE el recurso de apelación interpuesto por el defensor de MIGUEL LEOPOLDO CERVANTES GIL, contra la sentencia condenatoria proferida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), que impuso al acusado la pena corporal de treinta y nueve (39) meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, denegándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, como autor penalmente responsable de los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción, por hechos ocurridos en la ciudad de Bucaramanga para los meses de marzo y abril de mil novecientos noventa (1990), cuando el acusado se desempeñaba como Juez 100 de Instrucción Penal Militar.

Hechos:

El veintinueve (29) de marzo de mil novecientos noventa (1990), en la Avenida Quebrada Seca con carrera 15 de la ciudad de Bucaramanga, fueron muertos violentamente *Jesús Orejarena Parra, William Raimundo Correa Méndez y Rubén Darío Carmona* por acción desplegada por integrantes del Grupo CIAES de la Quinta Brigada del Ejército. Se dijo por parte de quienes participaron en el operativo militar que los sujetos antes mencionados eran subversivos y que atacaron la patrulla comandada por un oficial viéndose obligados a repeler la agresión con los resultados que aquí se conocen.

A la práctica del levantamiento de los cadáveres hallados en el interior de la camioneta Luv, de color negro, placas ID 4029 y en la que los abaleados se transportaban, acudió el doctor MIGUEL LEOPOLDO CERVANTES GIL, y en su condición de Juez de Instrucción Penal Militar

inició y finalizó la diligencia, pese a que en el decurso de la misma se enteró de la presencia de otros funcionarios competentes y disponibles para el cumplimiento de dicho acto.

Posteriormente, por auto del treinta (30) de abril de mil novecientos noventa (1990), el doctor CERVANTES GIL, luego de oír en indagatoria a los militares que intervinieron en el operativo, les resolvió su situación jurídica, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento por considerar que en favor de éstos era dable el reconocimiento del instituto de la legítima defensa.

El abogado *Vicente Orejarena Parra*, hermano de uno de los interfactos –presente en la práctica del levantamiento de los cadáveres– advirtió una serie de irregularidades no sólo al interior del desarrollo del operativo militar sino en la práctica misma de esta primera pesquisa judicial, procediendo, en consecuencia, a poner los hechos en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación.

Actuación procesal:

Con fundamento en las resultas de la indagación preliminar adelantada por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, dispuso esta entidad en relación con el aludido funcionario de Instrucción Penal Militar, doctor MIGUEL LEOPOLDO CERVANTES GIL, compulsar copias con destino tanto a la Procuraduría para la Vigilancia Judicial como al Tribunal Superior Militar a fin de que se adelantaran las acciones, disciplinarias y penales de rigor.

Para la Procuraduría, es claro –se apunta en la resolución– que el doctor CERVANTES GIL “en el acta de levantamiento de los cadáveres y en la Inspección Judicial al vehículo de Jesús Orejarena Parra, incurrió en irregularidades tendentes a todas luces a colaborar con las Fuerzas Militares, ocultando la verdad de lo ocurrido y permitiendo un montaje, además de haber sido negligente en la tramitación del proceso cuando no se preocupó por allegar la prueba suficiente para poder tomar una decisión como la del auto del treinta (30) de abril de mil novecientos noventa (1990) donde se abstiene de decretar medida de aseguramiento, ubicando la conducta de los inculpados en una de las cauales de justificación del hecho,

basándose en las pruebas donde él acutó en forma negligente y en las versiones de los mismos militares, quienes como ya se dijo desde un comienzo tergiversaron la realidad de los hechos”.

Manifiesta, además, la Procuraduría que el citado funcionario CERVANTES GIL, dejó “de relacionar en el acta de los levantamientos de los cadáveres, hechos que fueron percibidos por otras personas, como los vidrios laterales rotos, aire acondicionado prendido, radio prendido, no haber practicado en el mismo lugar de los hechos la inspección minuciosa al automotor, permitiendo que éste fuera llevado a los patios del CIAES, organismo al que pertenecen los posibles inculpados; cambiar de nombre a los cadáveres, permitiendo confusión; hacer constar en el acta que la granada que se encontraba en la mano de uno de los occisos se encontraba desasegurada, cuando no era cierto de acuerdo a las fotografías que obran en el proceso, ya que dicha granada se encontraba con el pin de seguridad en su lugar, hecho que no permite que se produzca la explosión”.

Llegadas las copias al Tribunal Superior Militar, se abstuvo la Colegiatura de conocer de las conductas endilgadas al doctor CERVANTES GIL, por considerar que la competencia para investigar y juzgar a este funcionario judicial radicaba en la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, a donde remitió las diligencias, de conformidad con el artículo 69.2 del Código de Procedimiento Penal.

Admitida la competencia para conocer del asunto por parte de la justicia ordinaria, se dio inicio formal a la investigación de carácter penal. Empero, el juez acusado impetró mediante memorial del quince (15) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), la remisión del expediente al Tribunal Militar por competencia, solicitud que le fuera denegada pues en opinión del Tribunal Superior de Bucaramanga, el peticionario no ostentaba la calidad de militar en servicio activo. Continuó, por ende, el proceso el curso normal de la instrucción ante esta jurisdicción.

Acreditada la calidad de Juez Penal Militar del acusado CERVANTES GIL, y oído en indagatoria, se le definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, como presunto autor

responsable en los delitos de prevaricato por acción y por omisión y falsedad ideológica en documento público. Las declaraciones hasta ahora recepcionadas, junto con la copiosa prueba de diversa índole aquí trasladada –militante en los procesos adelantados en la jurisdicción castrense y la de orden público por la muerte de los tres civiles– sustentó la determinación adoptada mediante providencia del quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Conocida la decisión, insistió el procesado sobre la incompetencia de la justicia penal ordinaria para adelantar la investigación y fallo del expediente. Elevó, sin éxito para sus aspiraciones, un memorial fechado el diez (10) de junio del mismo año ante el Tribunal Superior Militar, y esa Corporación, aparte de reiterar las consideraciones vertidas cuando hubo de pronunciarse a igual solicitud, advirtió que conforme a la nueva Carta Política, estaba cerrada la posibilidad de que los militares pudieran investigar o juzgar a personal civil.

Perfeccionada la indagación, y ya en vigencia el nuevo ordenamiento procesal penal –Decreto 2700 de 1991–, la actuación fue remitida a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga. Calificado el mérito sumarial mediante providencia del diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), se profirió resolución acusatoria contra el doctor CERVANTES GIL por los delitos –tipos– de falsedad ideológica en documento público, prevaricato por acción y prevaricato por omisión.

Apelada esta determinación por el defensor del procesado, la Fiscalía Delegada ante la CORTE, impartió parcial confirmación al revocar la acusación tocante con el prevaricato omisivo.

Devuelta la actuación al Tribunal de origen para los fines de la causa, en el período probatorio de ésta, ampliaron sus declaraciones, la periodista *Sonia Díaz Padilla* y el fotógrafo *César Mauricio Olaya Corzo*, quienes, por trabajar con el diario *Vanguardia Liberal* de la ciudad de Bucaramanga, reportaron los hechos del veintinueve (29) de marzo de mil novecientos noventa (1990). Allegadas, además, otras probanzas y, una vez celebrada la audiencia pública, concluyó el trámite de la primera instancia con la sentencia condenatoria, según quedó atrás explicado.

La sentencia impugnada:

Reafirmó la Corporación de primer grado, –como igualmente lo había hecho la Unidad de Fiscalía Delegada ante la CORTE cuando desató la alzada a la resolución acusatoria– la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de este asunto, despachando en forma adversa los pedimentos de nulidad argüidos por la defensa.

Y, al fondo de la cuestión, fundado el Tribunal en la prueba completa de los elementos compositivos de las infracciones de que dio cuenta el pliego de cargos, como en la desestimación de la excusas del imputado y las argumentaciones de su defensor, tras el examen de los diferentes medios de convicción allegados al proceso –y de los cuales se ocupará la SALA al responder la impugnación– dedujo responsabilidad penal para el doctor CERVANTES GIL, según se conoce.

La impugnación:

De entrada, el recurrente impetra de la CORTE la absolución plena de su patrocinado. Los delitos atribuidos en las instancias, a CERVANTES GIL, no los ha cometido, es la afirmación de la defensa.

No obstante, y tras rememorar las consideraciones finales de la sentencia apelada donde quedarán sintetizadas las imputaciones por las cuales se condenó a su poderdante, enlista el letrado un primer reproche: la nulidad del juzgamiento. Y aunque, asevera, que el tema ya fue debatido en la primera instancia, cuando se alegó incompetencia de la justicia ordinaria para conocer del asunto, de todas maneras, sigue sosteniendo que “la competencia radica exclusivamente en el H. Tribunal Superior Militar, aun cuando dicho Juez Colegiado al momento de iniciarse la investigación” no haya avocado su conocimiento.

Con la exégesis de los artículos 213, 214, 216, 217, 221, 250 constitucionales y 320.1 del Código Penal Militar expone su tesis.

Encuentra el defensor que la prohibición constitucional del juzgamiento de civiles por militares, opera únicamente para las hipótesis de los “estados de excepción”, enfatizando en el entendimiento de la

expresión “MIEMBRO” de la Fuerza Pública, para afirmar que en tal calidad debe ser considerado el procesado. Que en esas condiciones, no podía la Fiscalía calificar el mérito sumarial, ni el Tribunal Superior de Bucaramanga, fallar el proceso.

Un argumento propicio para fortalecer su planteamiento, añada, lo constituye una decisión de esta SALA en el caso de un Juez de Instrucción Penal Militar procesado, donde la Corte, al conocer de la cesación de procedimiento proferida por el Tribunal Superior Militar, resolvió el asunto sin cuestionar para nada la competencia de esa Colegiatura. Y, es que, “si hubiera habido razones de incompetencia la H. Corte se habría ocupado de ello no sólo porque la nulidad se puede decretar en cualquier estado del proceso sino por la misión de la H. Corte al esclarecer el sentido de la ley para unificar la jurisprudencia”.

Impetra, de consiguiente, se decrete la nulidad de la actuación surtida a partir, inclusive, del auto de cierre de investigación.

Cuanto a las imputaciones delictivas fijadas en el fallo de condena, muestra el recurrente su inconformidad con el análisis probatorio plasmado por el Tribunal.

Así, en relación con la granada y la pistola halladas en el interior del vehículo, recuerda las declaraciones del fotógrafo y la periodista del diario Vanguardia Liberal que arribaron al sitio de los hechos aún antes de la llegada del Juez inculpado. Encuentra coincidentes las declaraciones en punto de la existencia de las dos armas en el interior del vehículo, y que las ventanillas laterales de éste no sufrieron ruptura al no detectar presencia de vidrios regados por el piso.

Y concluye párrafos adelante:

“Como quiera que el fotógrafo de la SIJIN intervino en la diligencia se lo llamó a declarar. Es el señor ROMERO AGUIRRE quien dice haber tomado fotografías de conjunto y que por orden de un capitán tomó otra en la que aparece un revólver y la granada como se muestra en el expediente pero tal vez olvidando que ya había tomado otra en donde tales artefactos no se mostraban”.

Siendo esto así –continúa el impugnante– es claro que de este testimonio, parte el cargo por falsedad. Pero, es de ver, que “dicho fotógrafo entra en abierta contradicción con lo expuesto por los periodistas de Vanguardia Liberal, contradicción que no fue estudiada por el *a-quo* que prefirió dar credibilidad a este fotógrafo de la SIJIN amigo de un abogado pariente de una de las víctimas (de OREJARENA el occiso y de OREJARENA el abogado y parte civil en este asunto). Ni siquiera el beneficio de la duda merece el Juez procesado”.

Evidente también es para el abogado defensor que si su representado no registró en el acta cuestionada la existencia de vidrios rotos en el escenario donde se desarrolló el suceso, “es porque tal hecho no ocurrió” conforme lo niega el acusado y relatan los periodistas, máxime si se tienen en cuenta las lógicas explicaciones del fotógrafo César Mauricio Olaya Corso, quien narra “que de haber vidrios en el suelo estos hubieran salido en las fotografías por pequeños que fueran porque con el empleo del flash la luz habría sido reflectada por las partículas de vidrio”, afirmaciones que a la luz de la sana crítica ameritan credibilidad.

Refuerza su aserto con el peritazgo que como prueba traslada se incorporó en la etapa probatoria del juicio, medio de convicción, dice, desechado por el *a-quo* sin razones atendibles, cuando con él se demostró que necesariamente a la ocurrencia de disparos sobre un vehículo en similares circunstancias a aquel en el cual viajaban los occisos, es decir, con los vidrios subidos, quedan fragmentos de este material regados por el piso y algunos prendidos a los parales de la ventanilla.

Ahora, que haya habido equivocación en la identificación de los cadáveres, por la particularización de las heridas que ellos presentaban, para el recurrente, esa “inexactitud”, objetivamente constitutiva de falsedad ideológica, no es atribuible a su defendido. Debe, dice, imputársela al médico legista a quien infortunadamente no pudo oírse en declaración. Además, la falencia reprochada, bien la subsanó CERVANTES GIL en el curso del proceso oyendo la declaración de la madre del occiso quien identificó el cuerpo correctamente.

Pero además, continua, “se demostró ‘igualmente mediante prueba técnica, que la granada podía estar con pin salido y medio asegurada como

afirma el Juez penal procesado y sin embargo no estallar como en efecto no estalló' y que es posible volver a asegurarla del todo aunque la maniobra sea intrínsecamente peligrosa y no recomendada. Pero en verdad, cuando se iban a mover los cuerpos, el Juez observó en ese estado la granada y por eso pidió ayuda a un militar de los que se encontraba allí y tal persona, no identificada en la investigación, aseguró la granada para colocarla luego en su lugar y poder continuar la diligencia sin peligro para los asistentes.

“De este hecho de elemental prudencia es que se vale el H. Tribunal para predicar que se permitió colocar la granada en posición de ser empleada, que fue un perito quien intervino en la diligencia y que fue omitido ese hecho. Es todo lo contrario. El Juez no juzgó en esa oportunidad practicar prueba pericial en el sitio de los acontecimientos sino tomar una elemental medida de seguridad la que ahora se dice con relación al militar que aseguró la granada que jugaba con la misma”.

En lo que tiene que ver con el prevaricato por acción que se le reprocha al acusado, esto es, de proferir una decisión contraria a ley, al momento de definir la situación jurídica de los militares, excusa el defensor la acción de su cliente argumentando el mezquino proceder del abogado familiar de una de las víctimas del lamentable episodio, quien ocultó pruebas, entorpeciendo la investigación penal militar recién iniciada.

Finalmente, controvierte las consideraciones de la sentencia que critica la actitud de CERVANTES GIL por haber inspeccionado la camioneta Luv, no en el sitio de los acontecimientos, sino en la misma sede militar donde actuaban los presuntos comprometidos. Igualmente muestra su inconformidad con el hecho de que por haberse conminado al Comandante del CIAES por decisión del Tribunal Superior Militar (autor del delito de favorecimiento), signifique eso que el imputado, para prevaricar haya tenido que falsificar.

Es que, concluye, “si hubo maniobras encubridoras, el Juez Militar como consecuencia de las mismas fue engañado, como lo fue también por la parte civil en este asunto”.

La duda probatoria favorable al acusado en orden a su absolución, es la réplica final que esboza tanto en la sustentación oral del recurso, como en la alegación escrita.

La Corte:

I. Con el decreto de nombramiento como Juez 100 de Instrucción Penal Militar del doctor MIGUEL LEOPOLDO CERVANTES GIL (folio 48, cuaderno 3), con la copia del acta de su posesión como tal (folio 28) y con la constancia sobre el ejercicio de sus funciones oficiales para el día veintinueve (29) de marzo de mil novecientos noventa (1990), se acredita su condición de Juez de la República. Trátese, así, de un sujeto activo jurídicamente cualificado.

II. De la nulidad:

1. Se referirá en primer término la SALA a este específico asunto pues de asistir razón al impugnante, resultaría inane acometer el estudio de fondo de la cuestión planteada ante la necesidad de reponer la actuación en la parte comprometida por el vicio que pone en relieve.

2. Alega el letrado actuante falta de competencia del Tribunal Superior de Bucaramangá que finalizó el trámite de la primera instancia, frente a lo cual, el proceso se encuentra afectado por una irregularidad sustancial que amerita la nulidad a partir, inclusive, del auto de cierre investigativo. La jurisdicción competente –dice– radica en el Tribunal Superior Militar, dada la condición de “miembro” de la Fuerza Pública que ostenta el procesado y porque la prohibición constitucional de juzgamiento de civiles por militares opera únicamente para los eventos de los estados de excepción.

3. En esto tenemos:

A. El artículo 170 de la anterior Carta Política, vigente para la época de los hechos (marzo de 1990) disponía que: “De los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”.

De la clara y diáfana redacción de esa norma superior y del espíritu que la animó, se infiere con toda claridad, que el ámbito de validez de esta jurisdicción especial, es la de juzgar los hechos punibles cometidos

por los miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, pero, además, cuando el delito ha sido cometido en relación con el mismo servicio, sin que pueda extraerse de esa preceptiva constitucional alguna excepción. Ningún civil o particular, sea cual fuere su vinculación a las Fuerzas Armadas, podía ser juzgado por la jurisdicción penal militar.

Tal interpretación la ha venido sosteniendo la Corte de tiempo atrás. En sentencia de agosto 10 de 1948 se subrayó:

“La ley de justicia militar no puede sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de delitos comunes cometidos por personas que no se hallan revestidas de título castrense porque a ellos se opone el principio consagrado en el artículo 170 de la Carta, *según el cual el régimen efectivo sólo es aplicable a los delitos cometidos por los militares en servicio*. (Subraya la Corte). De aceptar la tesis contraria se llegaría al absurdo jurídico de que el Código Penal Militar absorbe la legislación penal ordinaria o común y destruye los principios fundamentales que informan el Código Penal, en relación con los delitos previstos y sancionados en los títulos I y II de la parte especial de esta última obra. (G.J. T. 65, p. 21 a 27) sentencia de octubre 4 de 1971, M.P. doctor Eustorgio Sarriá”.

Siendo fiel a su pensamiento, en sentencia de octubre 4 de 1971, la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable los ordinales 2, 5 y 6 del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar que permitían tal juzgamiento. Lo propio se hizo en sentencia de abril 9 de 1980 respecto del artículo 351 del Código de Justicia Penal Militar, los Decretos 250 y 284 de 1958 y el artículo 1o. de la Ley 141 de 1961 que cobijaban dentro del fuero castrense a los civiles del Gabinete del Ministro de Guerra y del Cuartel General del Comando de las Fuerzas Armadas.

Finalmente, en sentencia de noviembre 1o. de 1984 se declaró inexecutable el ordinal 1o. del artículo 324 del Código de Justicia Penal Militar “...en cuanto se refiere al juzgamiento de Jueces de Instrucción Penal Militar o de auditores de guerra que sean *civiles y no militares...*” por parte de la jurisdicción castrense. Luego el tema comenzó a reiterarlo invariablemente la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, una vez

conocido el pronunciamiento mayoritario que la Corte plasmó mediante sentencias del 5 de marzo y 20 de agosto de 1987, en las que definitivamente liberó a la justicia castrense de la tarea de juzgar personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas, independientemente de toda consideración.

En el primero de los mencionados fallos, aclaró:

“El juzgamiento de civiles por Tribunales Militares no obedece, como se ha dicho con deplorable ligereza, a un simple traslado de competencia entre unos órganos judiciales previstos por la propia Constitución. Ya se dijo atrás que el artículo 170 de ésta contempla los Tribunales Militares exclusivamente para conocer de las faltas cometidas por militares en servicio y dentro del mismo, en razón de un fuero especialísimo que se explica por la naturaleza de institución armada. Asignarles el conocimiento de delitos cometidos por sujetos civiles implica algo más de fondo: una alteración sustancial del equilibrio de los poderes públicos y un cambio radical de la concepción de la administración de justicia.

Las urgencias del momento, por apremiantes que lleguen a ser, no son móvil plausible para disponer y tolerar un desbordamiento de las órbitas que la Constitución les asigna a cada una de las ramas del poder público. La anormalidad en los hechos no puede combatirse creando anormalidad en las estructuras jurídicas de la República, pues en todo tiempo deben prevalecer los mandatos constitucionales sobre las normas de inferior categoría”.

Luego, el 20 de agosto de 1987, la Corte reiteró su pensamiento al declarar inconstitucional la competencia de la justicia penal militar para juzgar al personal civil al servicio de las Fuerzas Armadas, otorgada en el artículo 1o. del Decreto Legislativo 1196 del 30 de junio de ese mismo año.

B. Siendo éste el criterio jurisprudencial que siempre ha imperado desde entonces, ninguna razón se encuentra ahora para variarlo ante todo

si se tiene en cuenta la claridad y rotundez de la nueva preceptiva constitucional que enseña el artículo 213 conforme al cual en “ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”. Esta norma superior para nada afectó lo que ya el legislador había elevado a la categoría de principio en el artículo 14 del vigente Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), al definir el ámbito de aplicación de esa jurisdicción a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional”.

C. De acogerse el pensamiento ensayado por el apelante, esto es, que la prohibición tiene única y exclusiva operancia para los denominados estados de excepción, tal criterio implicaría reformar el texto constitucional, abriendo tremenda brecha para que al través de una ley ordinaria se crearan procedimientos y cortes marciales vinculantes para los civiles.

La prohibición, es lo cierto, y no admite distinta interpretación, es que, en *ningún caso*, podrá la jurisdicción penal militar, investigar o juzgar a la población civil o particular.

Es ésta, la intención sabia del constituyente. Si la plasmó en el Título VII, Capítulo 6 correspondiente a la organización y funcionamiento de la Rama Ejecutiva del poder público, fue precisamente para cerrar cualquier posibilidad de soslayar esos límites.

4. Ahora bien: que la calidad de Juez Penal Militar del doctor CERVANTES GIL, le otorga la condición de “miembro” de la Fuerza Pública, pudiendo asimilarse su *status*, en consecuencia, a los lineamientos que sobre este aspecto contiene el nuevo ordenamiento constitucional para los militares en servicio activo y, por ende, caer dentro del ámbito de aplicabilidad de la ley penal militar, prevista en el artículo 14 del Código Penal Militar, es interpretación que no resiste ningún examen.

El pretendido alcance es de no muy fácil comprensión. Extender la calidad de militar en servicio activo, o miembro de las Fuerzas Militares

a todos los civiles vinculados al servicio de ellas –en el fondo ésta es la aspiración del recurrente–, es desnaturalizar el concepto claro que del contenido de las prescripciones constitucionales sobre la materia se posee. Obsérvese.

Las fuerzas militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Para hacer expedita su misión se les permite el uso de armas de todo tipo y el empleo de la fuerza dentro de los límites que les imponga la Carta y las leyes.

Ello implica para lograr la debida eficiencia y la mayor responsabilidad, una rígida jerarquización en su interior, en la que cada acto de sus miembros responda a una directriz determinada dada por sus superiores. Por ello, resulta explicable que las acciones que se aparten de este orden estricto tengan sus propios jueces y sus particulares sanciones ya que sólo dentro de la órbita militar es que resultan explicables, pues, de acuerdo con sus normas hallan una cabal calificación tales conductas.

Ahora bien, es claro que aparte de su función militar propiamente dicha, el estamento castrense requiere de colaboraciones aledañas que no puede o no está en capacidad de realizar. Labores administrativas, científicas, técnicas o jurídicas deben cumplir los particulares si bien es cierto que adquieren un compromiso laboral esta condición no implica su incorporación a las tareas típicamente militares. Un médico, por ejemplo, tendrá la obligación de cuidar a los pacientes que se le encomienden. Pero ello no quiere decir que esté obligado a servir como centinela o a dar órdenes de mando a cualquier uniformado.

Lo propio sucede con los jueces penales militares. Su misión es la de administrar justicia dentro de las fuerzas armadas. Su quehacer, por consiguiente, es eminentemente jurídico y sus actos deben ser calificados dentro de un ámbito netamente particular pues su relación con las fuerzas castrenses es por completo ajena a los fines que la Constitución y las leyes les han fijado, como ya se explicó atrás.

En este sentido, correctos fueron los razonamientos expuestos en el Tribunal Superior Militar, al negar las súplicas del procesado para que avocara el conocimiento de este asunto pues ello implicaría “predicar que la Justicia Penal Militar tiene competencia para conocer de los ilícitos perpetrados por conductores, mecánicos, aseadoras, rancheros, secretarias, médicos, ingenieros, economistas, etc, y que aún podría darse aplicación a todas aquellas normas que tipifiquen reatos especiales con sujeto activo indeterminado, verbigracia, la desobediencia, atribuible al médico, conductor o estafeta, civiles, que, por ejemplo, se abstengan de dar cumplimiento a una orden del comandante respectivo”.

La norma constitucional no tiene discusión. Es la condición de civil la que excluye su juzgamiento por los militares, es decir, su ajenidad a las funciones militares propiamente dichas, las que con sus grados, jerarquías, obligaciones y órdenes explican el porqué a sus miembros debe cobijarlos el fuero.

5. Fluye, entonces de lo anterior, que al no ostentar el doctor CERVANTES GIL, en su calidad de Juez de Instrucción Penal Militar, la condición de miembro activo del Ejército Nacional, ni de otro de los cuerpos que integran la Fuerza Pública, tratase de un civil cuya situación no está amparada por el fuero militar establecido por la Constitución Nacional, ni ayer en la inteligencia del artículo 170, ni hoy, en el entendimiento del 221, criterio ratificado por el inciso final del 213, *ibídem*. Jurídica, entonces, la investigación y juzgamiento de su conducta por parte del Tribunal Superior de Bucaramanga.

6. No estará demás anotar que en la providencia de esta SALA a la que alude el impugnante para fortalecer su tesis (auto de septiembre 24 de 1992), ningún reparo se hizo en relación con la competencia. De todas maneras, sea éste el momento para despejar el equívoco creado con el silencio o la inadvertencia, reafirmando la incompetencia de la jurisdicción penal militar para juzgar civiles.

De la responsabilidad.

1. Hácense consistir las imputaciones penales atribuidas al doctor MIGUEL LEOPOLDO CERVANTES GIL:

a) Con relación a la falsedad ideológica, por haber faltado a la verdad sobre lo realmente ocurrido al no consignar en el acta de levantamiento de los cadáveres, lo directamente percibido por él y por haber omitido detallar aspectos importantes y circunstancias significativas para la investigación de los hechos.

Respeto a un revólver hallado en el interior de la camioneta, según lo dice el acusado en indagatoria, apunta el *a quo* que el arma “se encontraba sobre el cojín del vehículo, entre las piernas de Orejarena que estaba al volante y del segundo cadáver, habiendo cambiado de posición al ser movido éste, mientras que en el acta de levantamiento consignó que el revólver lo tenía el cadáver en la otra mano”. Cuanto a otras evidencias dejó de relacionar detalles tales como la explicación de que la fotografía 4164 del folio 114 del cuaderno 3 muestra la original posición de los cadáveres, y que la nro. 4171 del folio 115 del mismo cuaderno (donde aparece el arma en la mano del occiso), había sido tomada a manera de referencia, como lo aceptó el procesado. Además, omitió detallar la forma en que “presuntamente estaba asida la granada” por el cadáver de Correa Méndez; y tampoco constató en el sitio de los hechos “si en verdad el vehículo contenía explosivos ni el estado de los vidrios del automotor”.

b) Con relación al prevaricato por acción, haber definido la situación jurídica de los coprocesados, sin más pruebas que las injuradas de los mismos y algunos testimonios de los militares participantes en el operativo, a quienes otorgó entera credibilidad, sin crítica alguna, cuando del informativo y de las pruebas legalmente incorporadas, bien podía colegirse cosa distinta, o por lo menos, se prestaban a discusión esas primeras manifestaciones exculpativas.

2. Pues bien:

Respecto al primer delito, fácil es advertir, que no admite ninguna duda que en el interior del vehículo donde yacían los cuerpos sin vida de Orejarena Parra, Correa Méndez y Carmona, fueron detectadas dos armas. Una granada y un revólver. Importa determinar, cómo referenció tales evidencias el Juez inculpado.

Probado está con los testimonios de los periodistas Sonia Díaz Mantilla y César Mauricio Olaya Corso y del fotógrafo de la SIJIN, Alberto Romero Aguirre, que el revólver en cuestión, jamás estuvo asido por la mano de ninguno de los cadáveres. Apenas se advirtió su presencia, en el piso del automotor. Nada más. Sin embargo, obsérvense las aseveraciones plasmadas por el Juez 100 de Instrucción Penal Militar en el acta de levantamiento de los cadáveres:

“CUERPO No. DOS: Como se dejó expresado anteriormente, en su mano derecha tenía asida la granada de que hemos tratado. Al examinar la otra mano tenía un revólver SMITH & WESSON, calibre 32 largo, con número bórroso... con bastante desgaste y las cachas rotas SEIS CARTUCHOS en el interior o alvéolos del tambor. Al parecer se encuentra en buen estado de funcionamiento...”.

Afirmación que frente a lo percibido por los testigos, no se compadece con la realidad procesal máxime cuando el registro fotográfico del funcionario de la SIJIN, Romero Aguirre, indica que, en efecto, ninguno de los cadáveres empuñaba revólver alguno.

Las explicaciones que en indagatoria y sobre este específico punto ofrece el imputado no tienen asidero probatorio. Por el contrario, termina reconociendo que lo plasmado en el acta no es exacto a lo percibido por él. Escúchesele:

“luego de bajar el primer cadáver solicité que me ayudaran con mucho cuidado a bajar el segundo y, aprecié que el revólver se encontraba sobre el cojín hacia su parte delantera no se pudo precisar bien la posición del revólver porque al mover el cadáver éste se movió, y el revólver también se movió al perder la presión que tenía con el otro cadáver, estaba entre las dos piernas de Orejarena y de él...”.

Pero además y enfrentado a la inconsistencia de las fotografías 4164 y 4171, tomadas por el funcionario de la SIJIN, como que la última ilustra la presencia del revólver en la mano de uno de los occisos –cosa que no evidencia la primera– señala que las fotografías ordenadas por él,

fueron en secuencia, a medida que se iban bajando los cadáveres. Y es que debido a la posición en “que quedaron originalmente no era factible tomar ninguna foto que hiciera relación a que ese cuerpo era el que tenía el revólver porque cuando yo abrí la puerta del vehículo lo único que pude apreciar como arma era la granada..., la original posición es la de la foto número 4164 del folio 111, y la foto del folio 115 considero que fue a manera de referencia que la policía tomó y que debieron hacer una aclaración de que esa placa no la tomaron en la posición original como reposaban los cadáveres”.

En todo caso, se cae de su peso, que si éstas fueron la percepciones registradas por el doctor CERVANTES GIL, no hay ninguna razón para que en el documento público de marras se hubiera afirmado que el cadáver número dos sostenía una granada en la mano derecha y un revólver en la mano izquierda.

No asiste, pues, razón al impugnante cuando pretende desvertebrar el cargo que por este aspecto afecta a su patrocinado, descalificando las afirmaciones de Romero Aguirre, quien, según su parecer, incurrió en una serie de contradicciones pasadas por alto en la sentencia del *a-quo*. Por el contrario, el testigo explicó, en forma clara y atendible, sin lugar a hesitaciones ni equívocos, el orden en que fueron tomadas las fotografías. Así, menciona inicialmente la número 4164, luego la 4170 y por último la 4171. Y, advertido acerca de que en las dos primeras se revelaba el brazo izquierdo del cadáver de William Correa oculto por la pierna izquierda, sin que por parte alguna se apreciara arma de fuego mientras que en la última, aparecía el brazo izquierdo del occiso descansando sobre sus piernas y empuñando un revólver, Romero Aguirre expone que las primeras fotografías correspondientes a las de conjunto y semiconjunto las había tomado por cuenta propia. Afirma, asimismo, que de querer tomar otras de mayor espectro, ya era necesaria la presencia y la autorización del Juez, pero que, requerido por un Oficial del ejército, tomó algunas de detalle sobre unas armas –granada y revólver– ubicadas en las manos de los cadáveres, *sin saber ese oficial* que previamente ya se había tomado la número 4164, o sea, la que ilustra la posición inicial del cadáver de Correa Méndez.

La diferencia, bien se ve, nace de la ilegales atribuciones desplegadas por ese militar, que ignoraba –para infortunio del Juez implicado– que

con anterioridad a sus órdenes, otras muy distintas habían sido las evidencias registradas por el fotógrafo oficial Romero Aguirre.

3. Pero ahí no queda la conducta falsaria, objeto de reproche. CERVANTES GIL, como pasa en seguida a verse, al pretermitir anotar en el cuestionado documento importantes puntos que no tenía por qué dejar de referenciar. Y, por supuesto –valga la apostilla– la falsedad ideológica en documento público a que alude el artículo 219 del Código Penal, es comportamiento que se estructura no solamente por consignar una falsedad en el documento que habrá de servir de prueba, sino además, por callar total o parcialmente la verdad, conductas omisivas que ciertamente lesionan la fe pública.

Y bien:

a) No obstante describir la presencia de la granada sujeta al tiempo por las manos de dos cadáveres, “constatándose” que se encontraba “desasegurada pero con el pin en su lugar”, llama la atención que no haya consignado en el expediente la posición exacta del artefacto, y de qué manera se encontraban los dedos sobre ella puestos.

Estas precisiones se tornaban ineludibles así al primer pronto se diga exagerada la pesquisa a constatar. CERVANTES GIL, como él mismo lo adviera, estaba enterado aún antes de llegar al sitio del suceso, que la diligencia a cumplir tenía que ver con un operativo cumplido por el grupo CIAES de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, que provocó la muerte de unos presuntos subversivos que habían intentado atracarlos. Este detalle era importante pues sembraría la duda sobre el ataque de que fueron víctimas por parte de los interfectos. Recuérdese que la granada se encontraba “invertida”, posición que como afirmó el perito José Jairo Osorio Escobar, “sería muy difícil accionarla porque se enreda la persona” (fl. 253.C No. 8). Sin embargo, el silencio sobre estos detalles, era obvio que favorecía en grado sumo a los acusados pues ocultaba el montaje hecho para soslayar la realidad del acaecer.

b) ¿Y qué decir respecto de la inspección al vehículo?. Aunque el acusado reconoce haberlo “visualizado”, sin detectar en su interior nada extraño, su obligación era dejar constancia de ello en el acta que recogió

los pormenores de la diligencia y que como probanza fundamental de la indagación luego se arrimaría al proceso bajo su control instructivo.

Es aquí justamente donde las cosas distan mucho de ser limpias y claras y valga la reflexión siguiente para comprender por adelantado la razón de ser del auto del treinta (30) de abril de mil novecientos noventa (1990), que profirió el Juez en contravía de la ley. Se necesitaba dejar despejado el camino probatorio para adoptar una decisión favorable a los intereses de los militares que iban a ser indagados, y para ello nada más oportuno y conveniente –en orden a facilitar las cosas– que inspeccionar la camioneta, no en el sitio de los hechos, sino en las instalaciones de la Quinta Brigada del Ejército, por mandato del mismo Juez CERVANTES GIL quien, como lo alcanzó a advertir la Procuraduría, se prestó para armar todo un montaje en favor e los militares implicados. De ahí la importancia de las precisiones echadas de menos:

Supremamente comprometedora aparece, pues, la permisión de que hizo gala el funcionario en el traslado del rodante precisamente a la base de quienes serían investigados, donde ya, al siguiente día se habla –con la más aviesa intención– de la existencia camuflada de una caja en el interior de la camioneta conteniendo material explosivo.

Resulta obligado transcribir con relación a este sospechoso y revelador proceder del acusado, las siguientes glosas del Tribunal:

“Por qué, se pregunta la Sala, si no observó nada extraño, ordenó el traslado del automotor?; y por qué, si creyó conveniente un estudio más a fondo, ¿por qué no lo hizo en el lugar de los hechos? Así, por una parte, habría cumplido con sus funciones en una diligencia de levantamiento de cadáveres: inspeccionar personalmente la escena del crimen y de todo aquello que pueda conducir a establecer la verdad de lo ocurrido; y por otra, la imparcialidad habría brillado evitando toda sombra de sospecha sobre la producción de la prueba que luego tendría de valorar. No son suposiciones las que aquí se hacen: ‘Si el Juez observó la camioneta en lo que visualmente podía apreciar, por qué no encontró la caja de kleenex que al día siguiente se halló centeniendo estopines? Recuérdese que el doctor CERVANTES

GIL sabía, tenía conocimiento, de que estaba iniciando investigación contra los militares, entonces sus manifestaciones de que no había seguridad en ese lugar, de que era un sitio público, de que para examinar la camioneta se requería un lugar reservado y tiempo, son apenas defensivas y no justifican su actitud al prácticamente entregar este elemento del hecho criminoso en manos de los imputados, presentándose para que la realidad pudiera ser modificada lesionando la confianza comunitaria en los medios de prueba de cuya seguridad era garante el funcionario, y todo con la disculpa del tiempo, de lo avanzado de la hora, tiempo que en tratándose de hechos extraordinarios no se toma en cuenta, todos los días y horas son hábiles, y en cuanto a seguridad y ayudas humanas y técnicas, cuando, pudiera decirse, de manera excepcional para el común de los instructores, de manera extraordinaria, también contaba con los medios necesarios para el cumplimiento de la diligencia: personal calificado, seguridad, elementos y equipo técnico”.

c) Se explica ahora, sin dificultad, porqué también se abstuvo de registrar el señor Juez 100 de Instrucción Penal Militar en el documento oficial correspondiente, la existencia de vidrios destrozados en el lugar de los hechos.

Se tenía que dar la impresión de que los atacantes realizaron la acción que denuncian los integrantes de la patrulla militar de manera abierta, sin obstáculos inmediatos, es decir, con los vidrios abajo y por eso no se constató la existencia de este material en el lugar del suceso. Ello, facilitaría la decisión favorable de quien iba a asumir el control de la investigación contra los miembros de la fuerza pública que pudiera resultar comprometidos, para reconocerles –por fuerza de las circunstancias– un estado de legítima defensa.

Pero, hartó difícil resulta descartar los testimonios de la Juez de Instrucción Criminal, doctora *Olga Tarazona Guarín* y del fotógrafo Alberto Romero Aguirre, quienes de consuno afirmaron la existencia de “bastantes” vidrios destrozados en el piso, resultando esas aseveraciones coincidentes con las conclusiones de una importante prueba técnica.

Además, el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, practicó prueba fotográfica con el fin de determinar si realmente en el sitio de los hechos se encontraban partículas de ese material. Ampliadas las fotografías pertinentes quedó establecida la existencia de puntos blancos, pequeños y brillantes, no sólo en el marco inferior de la puerta izquierda formando hilera, sino además, en el piso de la camioneta, la calle e incluso las vestimentas de dos de los occisos.

Con toda razón apuntó el Tribunal las siguientes reflexiones que ameritan su transcripción:

“Cabe hacer notar que el peritazgo (el primero) ofrece seguridad, por lo tanto merece credibilidad; el perito analizó y estudió las fotografías tomadas en la diligencia de levantamiento, fundamentalmente las señaladas con los números 4156, 4157, 4158, 4163 y 4164 amplió la No. 4157 en donde aparecen cuatro numeradores y es cierto, ni siquiera con la ayuda de aparatos ópticos pudo apreciar la presencia de elemento semejantes a fragmentos de vidrio, sin embargo, los puntos brillantes blancos y claros, reitera la Sala, son compatibles con los vidrios que presentan esa tonalidad por el efecto de la luz en las cámaras sobre ellos; no puede perderse de vista el tamaño de los fragmentos de vidrios; resaltando que si los numeradores 3 y 4 de las vainillas se hicieron casi imperceptibles a las cámaras, con mayor razón los vidrios, y esto, sin tomar en cuenta la distancia que según el fotógrafo Romero Aguirre podía ser de 6 ó 7 metros en la fotografía 4157, la cual le fue puesta de presente cuando declaró, razón ésta fundamental para desechar el peritazgo de balística realizado por el Cuerpo Técnico de la Fiscalía (fls. 89 a 99 Cdo. Fiscalía) en donde el lente fotográfico captó los vidrios destrozados y sus huellas en el piso”.

Es claro, por consiguiente, que luego de hacer un estudio detallado optó por darle credibilidad a este dictamen, desechando al segundo por entrar en franca contradicción con el que analizó y valoró atendiendo su experiencia y buen juicio.

4. Visto así el panorama probatorio, tiénese que concluir que el doctor CERVANTES GIL, al momento de diligenciar el acta que daba

cuenta de la muerte de tres personas y en la inspección del vehículo en que ellas se movilizaban, flagrantemente faltó a la verdad. Contrarió de esta manera el ordenamiento jurídico, lesionando efectivamente y sin justificación ninguna, el bien-interés de la fe pública, actuando dentro de un proceso anímico abarcador del conocimiento de los elementos esenciales del tipo penal en comento, y de la definida y firme voluntad de realización del injusto típico.

5. Con relación al restante delito la Sala avanza las siguientes consideraciones que en lo esencial recogen el entendimiento del Tribunal en este asunto. Ya se adelantó en buena medida los oscuros propósitos que se tramaban para favorecer a toda costa a los militares involucrados en los hechos. Y aunque es cierto que CERVANTES GIL llegó al sitio del acaecer con posterioridad al arribo de los periodistas del diario Vanguardia Libertal y del fotógrafo de la SIJIN, llama la atención de todas formas, su afán y su especial celo por adelantar las primeras pesquisas, sin dar espera a la llegada del Juez de Instrucción Criminal Permanente de entonces, funcionario que de conformidad con lo que establecía el artículo 318 del Decreto 050 de 1987, era en quien radicaba la especial función de llevar a cabo esa inicial diligencia de investigación.

Para la SALA es evidente que esas primeras manifestaciones auspiciadas por el Juez acusado, estaban apuntando a un único cometido: sacar sin dificultad y bien librados a los militares comprometidos inicialmente en ese trágico “operativo” de inteligencia.

El prevaricato, en efecto, se dio a plenitud. Obsérvese su proceder cuando resuelve la situación jurídica de los indagados, el treinta (30) de abril de mil novecientos noventa (1990), con una decisión marcadamente favorable para sus intereses al abstenerse de proferir en su contra una medida de aseguramiento. Una defensa legítima contra un ataque injusto dirigido a miembros del ejército fueron las consideraciones del proveído.

Empero, una mirada detenida a esas diligencias sumarias, no ameritaban, jurídicamente, el proveimiento adoptado por el Juez. A “pie juntillas”, como afirma el Tribunal, admitió CERVANTES GIL las exculpaciones de los indagados y las declaraciones de algunos militares. Por cierto que ninguna crítica le merecieron las versiones injuradas de

los comprometidos a la luz de las circunstancias por aquellos planteada. Y así, naturalmente, la decisión adoptada fue favorable a los coacusados en contravía con otras probanzas con que se contaba para ese estadio procesal. Tenía a su disposición las necropsias y fotografías, probanzas que de haber sido analizadas con objetividad, hubieran cambiado la motivación del auto cuestionado. Una de las necropsias, por ejemplo, señaló la presencia de “tatuaje” en el occiso. Esa evidencia, desde luego, ponía en tela de juicio las afirmaciones exculpativas, pues no era posible que las lesiones se hubieran producido mientras los militares, según sus dichos, retrocedían de sus presuntos agresores, salvo que se encontraran a menos de un metro de distancia.

Por eso, no pueden atenderse las argumentaciones del apelante, quien pretende justificar la decisión que se le reprocha a su asistido, achacando las falencias probatorias a la no muy ética actitud del abogado representante de la parte civil, quien le ocultó las pruebas, con ánimo de “entorpecerle la investigación”. La responsabilidad que se le atribuye –lo tiene claro la SALA– es por no haber valorado, *strictu sensu*, las pruebas que tenía a disposición al momento de resolver la situación jurídica de los militares indagados. Es de ver, entonces, que el imputado, al momento de decidir sobre la situación procesal de los aquellos, dictó una providencia contraria a la ley pues a pesar de las voces procesales que los comprometían seriamente optó por favorecerlos de manera indebida.

Palmar resulta su intención manifiesta de hacerlo, desoyendo las pruebas, prohijando el montaje, permitiendo el desafuero sin que en ningún momento su voluntad hubiera sido perturbada. Actuó libre y consciente con el fin de proteger los intereses de quienes habían violado la ley. Su atropello al bien jurídico de la administración pública es indudable y por ello merece el consiguiente juicio de reproche y la sanción de rigor.

6. En este orden de ideas, el juicio penal de desaprobación concretado en la sentencia condenatoria impugnada, por los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción, era apenas lo justo, en presencia de los elementos de juicio antes examinados. Nada hay en el proceso que permita colegir justificación de las ilícitas

conductas perpetradas por el doctor CERVANTES GIL, menos que haya actuado movido por fuerzas contrarias a su voluntad, una insuperable coacción ajena, por ejemplo, pues siempre se reiteró que no fue objeto de ninguna clase de presión por parte de personas extrañas.

7. Nada hay que decir en punto de las penas, principal de treinta y nueve (39) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, impuestas en la primera instancia. Merecen su aprobación por la SALA, como también la negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional por sobrepasar el monto de la pena impuesta el límite establecido en la ley.

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:

Primero: Negar la nulidad impetrada por el defensor.

Segundo: Confirmar íntegramente la sentencia de fecha diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, condenó a MIGUEL LEOPOLDO CERVANTES GIL, por las razones consignadas en precedencia.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR / FUERO

SALVAMENTO DE VOTO

No es un misterio y sí un lugar común el acervo de críticas que suele suscitar la justicia penal militar. Tal vez se deba ello, principalmente, a que no se dan factores que propicien su independencia, estabilidad y capacitación. Con decir que está ausente la carrera que debe regirla (lo cual no deja de formar cierto contraste con el celo que el estamento militar ofrece a este respecto cuando se trata de su ordenamiento interno), el origen de los magistrados de su máximo tribunal y la representatividad que tiene, en las primeras instancias de juzgamiento, la oficialidad en servicio activo. Si algo se impone, hoy día, es tratar de salvar estas serias y atendibles objeciones, máxime cuando nadie duda de la permanente vigencia y necesidad de contar con esta clase de vital administración de justicia, determinada por la Constitución.

Pues bien, la Corte ha desaprovechado una feliz ocasión para aportar paulatino remedio a estas carencias o para acelerar el surgimiento de sus pertinentes y legales soluciones. Estoy plenamente identificado con la decisión tomada, en particular con la adscripción del juzgamiento de los delitos cometidos por los jueces de instrucción y auditores, así se trate del ejercicio de sus específicas funciones como tales. Pero me separo de la renuencia expresada por la mayoría de la Sala en cuanto a desechar igual criterio para los jueces de primera instancia que simultáneamente están en servicio activo. La coherencia del discurso indicaba, al menos para el suscrito, que debió asumirse para estos militares con desempeño de funciones de justicia, idéntica valoración. No lo ha entendido así la Corte y ese suceso, o mejor insuceso, es lo que tomo como circunstancia desaprovechada para introducir en el sistema actual de justicia penal militar un valioso correctivo que indudablemente repercutía en un mejoramiento institucional y en un motivo importante de confianza tanto en la comunidad como en el vasto núcleo de personas sometidas a esta jurisdicción.

Fuera de las razones expuestas, lo que define mi opinión en este punto es que de la función propiamente militar, que concede el fuero para ser juzgados dentro del propio estamento y por superiores, debe separarse lo atinente a la administración de justicia en este específico campo, porque si así no fuera se tendría que admitir que un auditor o un juez de instrucción, con grado militar y que está en servicio, debería ser juzgado por el estamento militar, contrariándose lo que, acertadamente, ha decidido la Corte en este aspecto. De otro lado, así como no se afecta para nada la institución militar porque uno de sus miembros cometa un delito ajeno a sus funciones, debiendo intervenir la justicia ordinaria, asimismo el delito cometido por un juez de primera instancia, así ostente grado de oficial, debe pasar a conocimiento de la justicia común y alejarse del marco de la pena militar. Si algo trata de preservarse con el sometimiento de los militares en servicio activo, en cuanto sean reos de juzgamiento por su propia justicia, es lo inherente a la subordinación y poder de mando, que no permite deliberación, etc.. Y, entonces, se podrá imponer esta visualización para quien como juez de primera instancia debe actuar y actúa en un determinado proceso?. En esta función tiene que obrar en forma independiente, ajeno a órdenes, supeditaciones, espíritu de cuerpo, etc..., lo cual está indicando que debe distinguirse perfectamente lo que importa al servicio propio de la milicia y la función de justicia. Por eso soy partidario, y esta la razón del disentimiento parcial, que los jueces de primera instancia que ostentan además un servicio activo en la milicia, están sometidos a los Tribunales ordinarios, por acciones relacionadas con el desempeño de sus atributos de jueces. Pero ojalá llegue un cambio de sistema que garantice la autonomía y estabilidad de todo el aparato de justicia penal militar, caso en el cual también, por esa separación y resguardada idoneidad, se podría atribuir el cuestionado juzgamiento a esa estructura especial de justicia, con una primera instancia ante su respectivo tribunal, y, una segunda ante la Corte.

Por ahora basten estas breves consideraciones.

Gustavo Gómez Velásquez.

COMPETENCIA / PERSONERO / MINISTERIO PUBLICO / FUERO

No es la calidad de Personero Municipal en sí, ni las actuaciones que en condición de tal desempeña este funcionario en un municipio, lo determinante a efectos de fijar la competencia para ser juzgados en primera instancia por un Tribunal de Distrito, sino sólo y exclusivamente cuando su actividad la desarrolla como agente del Ministerio Público dentro de un específico proceso ante las autoridades jurisdiccionales, es decir, cuando actúa como sujeto procesal.

Dispone el artículo 118 de la Carta Política: “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la nación, por el defensor del pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por lo demás funcionarios que determine la ley...”.

Y en desarrollo de esa preceptiva, la Ley 81 de 1993 en su artículo 21, adicionó el texto del artículo 131 del C. de P.P. –Dto. 2700 de 1991–, disponiendo que los personeros municipales “cumplirán las funciones de Ministerio Público en los asuntos de competencia de los juzgados penales y promiscuos, sin perjuicio de que las mismas sean asumidas directamente por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación”.

De fácil comprensión resulta entonces, que cuando el precitado artículo 70 del compendio procesal asigna en los Tribunales Superiores la competencia en primera instancia para conocer los procesos seguidos contra agentes del Ministerio Público, por delitos cometidos en “razón de sus funciones”, los comporta-

mientos ajenos con esa actividad quedan excluidos del fuero en estudio.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 92 de 18 de agosto de 1994.

Vistos:

Decide la Sala lo pertinente en relación con el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha mayo dos (2) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, condenó a los procesados MANUEL MARIA OROZCO ISEDA y ALEXANDER MARTIN MENDOZA ARZUAGA, como autores de un delito de privación ilegal de la libertad cuando se desempeñaban como Inspector de Policía y Personero Municipal de San Diego (Cesar) respectivamente.

Antecedentes:

1. El señor *José Alberto Villero Páez*, habitante del municipio de San Diego (Cesar) venía afrontando, problemas de adicción a los estupefacientes, situación incómoda para su familia y la vecindad. Frente a esto, aduciendo “razones de seguridad”, por orden escrita el Inspector de Policía OROZCO ISEDA, y “visto bueno” del Personero Municipal MENDOZA ARZUAGA (familiar del adicto), el enfermo fue conducido a la cárcel de ese municipio sin que en su contra existiera investigación contravencional o penal que ameritara la medida. Allí permaneció recluido desde el 5 de febrero de 1992 hasta el 4 de mayo del mismo año luego de que un ocasional visitante, abogado de la Procuraduría, advirtiera la irregularidad.

2. Las primeras averiguaciones disciplinarias contra el Inspector de Policía y el Personero Municipal, fundamentaron la apertura de la investigación penal, correspondiendo adelantarla a la Fiscalía Primera

Delegada ante el Tribunal de Valledupar dada la condición de Agente del Ministerio Público que ostentaba ALEXANDER MARTIN MENDOZA ARZUAGA.

3. Calificado el mérito probatorio con resolución acusatoria por el delito de privación ilegal de la libertad previsto en el artículo 272 del Código Penal, pasaron las diligencias al Tribunal mencionado. Celebrada la audiencia pública concluyó el trámite de la primera instancia con sentencia condenatoria. Las consideraciones del pliego acusatorio en punto a que el Personero Municipal actuó como agente determinador del Inspector de Policía en la comisión del delito *sub examen*, se reafirmaron en el fallo condenatorio, ahora apelado por los defensores.

La Corte:

1. El artículo 70 del Código de Procedimiento Penal establece que las Salas Penales de Decisión de los Tribunales conocen en primera instancia de los procesos que se sigan "...a los Agentes del Ministerio Público por delitos que cometan en razón de sus funciones".

Significa lo anterior que no es la calidad de Personero Municipal en sí, ni las actuaciones que en condición de tal desempeña este funcionario en un municipio, lo determinante a efectos de fijar la competencia para ser juzgados en primera instancia por un Tribunal de Distrito, sino sólo y exclusivamente cuando su actividad la desarrolla como Agente del Ministerio Público dentro de un específico proceso ante las autoridades jurisdiccionales, es decir, cuando actúa como sujeto procesal.

3. Este ha sido el entendimiento que sobre el fuero de investigación y juzgamiento, en tratándose de los Personeros Municipales, ha reiterado la jurisprudencia de la Sala. Al tema conviene recordar la decisión del 4 de diciembre de 1975, que con ponencia del H. Magistrado *Gustavo Gómez Velásquez*, reiterada a los pocos días –11 de diciembre–, luego, el 12 de julio de 1983 y más tarde, en enero 27 de 1988 se dijo:

“En efecto, la Corte ha señalado que “como el inciso 1o. del artículo 142 de la Constitución dice que ‘el Ministerio

Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás Fiscales que designe la ley', es decir, que dejó al legislador la facultad de señalar personas distintas a las mencionadas en esta norma, y el artículo 1o. de la Ley 25 de 1974, designó como tales a los personeros municipales, la competencia de los Tribunales para conocer de las conductas presuntamente delictuosas que se les atribuyen, es incuestionable (proceso contra Silvio Torres Pineda, Personero Municipal de Supía, auto de 10 de julio de 1975, M. ponente, José María Velasco Guerrero), máxime cuando el citado cánón constitucional les asigna 'la misma categoría... privilegios... que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo..., ...', aspecto éste que tuvo en cuenta la Corte en auto de 23 de enero de 1953 (M. ponente Luis Gutiérrez Jiménez, G.J., números 2124 y 2125, tomo LXXXIV).

Pero la cuestión no se circunscribe a saber si un Personero Municipal, por razón del fuero que le ampara, debe ser juzgado por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. El asunto de mayor importancia radica en precisar hasta qué punto llega el mismo, en consideración a las infracciones en que incurran. El mencionado artículo 33, ordinal 2o. del C. de P.P., alude a los "...delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas". Bastaría, aparentemente, que se tratase de delito de responsabilidad, esto es, el cometido como funcionario público (Personero Municipal), para deducir la eficacia de la situación foral comentada. Pero no es esto lo que ha querido el legislador y menos el constituyente.

Nótese que el artículo 142 de la Carta, pertenece al Título XIV, denominado, "Del Ministerio Público" y como su encabezamiento alude al Ministerio Público, llegando a tanto en esta importante singularización que, en el inciso final, la extensión de categorías, remuneraciones, privilegios y prestaciones del Ministerio Público lo hace depender de la calidad y condiciones de los Magistrados y Jueces ante quienes se ejerce esta específica función.

Esto quiere decir, que la razón de ser de este fuero, así como su alcance, no es consecuencia propia del carácter de Personero Municipal (con atribuciones tan disímiles como que antes de la Ley 28 de 1974, artículo 3o., le constituía en representante del mismo municipio) sino de la de su actividad como Ministerio Público, que surge, precisamente, cuando interviene ante los Juzgados Municipales y de Circuito.

Este fuero, conviene señalarlo, decae cada vez más en virtud de la creciente organización del Ministerio Público en los Juzgados de Circuito, artículos 106 del C. de P.P. y D. 550 de 1970, Ley 25 de 1974.

Entonces, las infracciones que se contemplan en este fuero, corresponden a delitos de responsabilidad como Ministerio Público y no como Personeros Municipales, interesando a este respecto esa calidad constitucional y no este nivel administrativo. Lo cual indica que esta especial competencia de juzgamiento debe interpretarse restrictivamente, con apego a su finalidad y a sus presupuestos condicionantes, tesis que la doctrina y la jurisprudencia mantienen en una severa línea de aplicación. De no ser así, resultaría absurdo considerar a los Personeros Municipales con más amplio fuero que los Jueces Municipales o de Circuito, quienes, conforme al texto de la Carta constituyen el límite de esta situación procesal. Para los primeros la tutela de la función alcanzaría aspectos administrativos y jurisdiccionales, restringiéndose, para los segundos, a esta última actividad. Además, la exclusión de funcionarios de igual rango (Alcaldes Municipales), que ejercen atributos administrativos de índole similar, señala a las claras que la razón del fuero no estriba en la calidad única de Personero Municipal, que si en la de Ministerio Público ante los Jueces Municipales y de Circuito”.

4. El criterio jurisprudencial reseñado encuentra igual apego con el ordenamiento constitucional y legal vigentes. En efecto, dispone el artículo 118 de la Carta Política: “El Ministerio Público será ejercido por el procurador general de la nación, por el defensor del pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades *jurisdiccionales*, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley...”.

Y en desarrollo de esa preceptiva, la Ley 81 de 1993 en su artículo 21, adicionó el texto del artículo 131 del C. de P.P. –Dtó. 2700 de 1991–, disponiendo que los Personeros Municipales “cumplirán las funciones de ministerio público en los asuntos de competencia de los juzgados penales y promiscuos municipales y de los fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales y promiscuos, sin perjuicio de que las mismas sean asumidas directamente por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación”.

5. De fácil comprensión resulta entonces, que cuando el precitado artículo 70 del compendio procesal asigna en los Tribunales Superiores la competencia en primera instancia para conocer los procesos seguidos contra agentes del Ministerio Público, por delitos cometidos en “razón de sus funciones”, los comportamientos ajenos con esa actividad quedan excluidas del fuero en estudio.

6. Para el caso de la especie, se observa que el delito atribuido se originó en conducta ajena al adelantamiento de un proceso jurisdiccional, ni siquiera al nivel contraveñicional, pues bien dicen los autos que ni en la Inspección Central de Policía ni en el Juzgado Promiscuo Municipal se llevaba expediente que hubiera dispuesto la conducción y reclusión del señor *José Alberto Villero*.

7. La incompetencia del Tribunal para conocer el asunto es evidente. Se declarará, por tanto, la nulidad de lo actuado a partir de la resolución del veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993) (f. 250) por medio de la cual se dispuso clausurar la investigación. Se remitirán las diligencias por conducto del Tribunal Superior de Valledupar a la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de la misma ciudad, competentes para tramitar la primera instancia en este asunto conforme a lo previsto en el artículo 127 del C. de P.P.

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

Resuelve:

Primero: Abstenerse, de revisar la sentencia apelada ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Segundo: Declarar la nulidad de lo actuado en este proceso a partir de la resolución de fecha 24 de junio de 1993, inclusive, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; Gustavo Gómez Velásquez, no firmó; Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO / TERMINO

La ley determina que contra las providencias proferidas dentro del proceso penal, proceden los recursos de reposición, apelación y de hecho, que se interpondrán por escrito, salvo disposición en contrario (artículo 195 del Decreto 2700 de 1991); de otra parte, excepto en los casos en que la impugnación deba hacer en estrados, los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación (artículo 196 ejusdem); y el recurso de reposición cuando se formula por escrito y como único, vencido el término para impugnar la decisión se mantendrá en secretaría por dos días en traslado a los sujetos procesales (artículo 28 de la Ley 81 de 1993).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 096.

Vistos:

La procesada MARIA ELVIRA PABON OBANDO interpuso el recurso de reposición contra el auto del 27 de julio del año en curso, por medio del cual se le negó la libertad provisional.

Consideraciones de la Corte:

El recurso de reposición fue interpuesto extemporáneamente por la inculpada y ello por lo siguiente:

El 9 de agosto de 1994 a través de la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de la Plata, Huila, se notificó personalmente a la implicada el auto del 27 de julio del presente año, por medio del cual se le negó la excarcelación, haciéndole saber que contra esa determinación procedía el recurso de reposición (artículo 194 del Código de Procedimiento Penal) el que debía interponer dentro de los tres (3) días siguientes y si bien en el acta de enteramiento escribió “apelo” el establecimiento carcelario informó que tal persona manifestó que recurría la providencia a través del recurso de reposición, lo que en efecto hizo mediante el escrito presentado el día 18 de agosto.

Ahora bien. La ley determina que contra las providencias proferidas dentro del proceso penal, proceden los recursos de reposición, apelación y de hecho, que se interpondrán por escrito, salvo disposición en contrario (artículo 195 del Decreto 2700 de 1991); de otra parte, excepto en los casos en que la impugnación deba hacer en estrados, los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación (artículo 196 *ejusdem*); y el recurso de reposición cuando se formula por escrito y como único, vencido el término para impugnar la decisión se mantendrá en secretaría por dos días en traslado a los sujetos procesales (artículo 28 de la Ley 81 de 1993).

De acuerdo con las disposiciones aducidas es claro que a partir del 9 de agosto del corriente año, la acusada contaba con el término de tres (3) días hábiles para interponer el recurso de reposición por escrito, esto es, que la oportunidad para ejercer este medio de impugnación vencía el 12 de agosto a las 6 de la tarde, pues con ella se realizó la última notificación al haberse producido la concerniente al Ministerio Público el 5 de agosto. Por lo tanto, al haber interpuesto y sustentado su inconformidad con la providencia que le negó la libertad provisional tan sólo el 18 de agosto (folio 60 y siguientes del cuaderno de la Corte), es decir, tres (3) días después de la oportunidad prevista por la ley para ello, se declarará extemporánea la impugnación.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declara* extemporáneo el recurso de reposición

interpuesto por la inculpada MARIA ELVIRA PABON OBANDO contra el auto del 27 de julio de 1994 que le negó la libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídima Páez Velandia, no firmó; Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COMPETENCIA / FISCAL

No puede perderse de vista, considerando el asunto en esta específica esfera (competencia del Fiscal), que nada impide la actuación de un fiscal así éste no sea el que habitualmente debe atender esa gestión y que, por razones mismas del servicio judicial, se disponga transitoria u ocasionalmente ese desplazamiento.

“Es bien sabido que la posibilidad que le confiere la ley a la Fiscalía General de la Nación de dividirse en Unidades Administrativas, obedece a una especialización en el conocimiento de delitos, para con ello efectivizar las labores de investigación, mas sin embargo, ello en sí no es presupuesto de la competencia, ya que ella, en la fase sumarial, radica en cabeza del Fiscal General de la Nación quien delega la función instructiva y acusadora para cada caso en particular, al tenor de los artículos 250 de la C.N., 118 y ss. del C. de P.P.

Y es tan clara la facultad delegataria de investigación, que la misma ley de permitirle al Fiscal General de la Nación la posibilidad de remover a cualquiera de sus delegados, para lo cual sólo exige que anteceda una decisión motivada, siempre y cuando sea funcionario de la misma jerarquía (artículo 119 del C. de P.P.)”.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.*

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 96 de 31 de agosto de 1994.

Vistos:

Se recurre en casación la sentencia de 17 de septiembre del año de mil novecientos noventa y tres, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, por un delito de homicidio (complicidad) se impuso a DAGOBERTO AZCARATE GUTIERREZ, como pena privativa de la libertad, ocho (8) años, seis (6) meses de prisión.

En auto de diecisiete de febrero del año en curso, se admitió la demanda impugnatoria.

Hechos:

Del Restaurante Internacional (Calle 5a. No. 26-47) a eso de las dos y media de la madrugada, salieron DAGOBERTO AZCARATE GUTIERREZ (conductor) y un desconocido, en una motocicleta "Honda", portando ambos sendas armas de fuego. Llegados cerca de la Iglesia de San Fernando Rey, el parrillero se apeó y tras recorrer un breve trecho, se escucharon algunos disparos, sucedido lo cual regresó aquél a la moto y ambos se alejaron del lugar, el mismo en el cual se encontró el cadáver de Brancy de Jesús Flórez Gil, con cuatro perforaciones ocasionadas con revólver 38 largo. Afortunadamente por las inmediaciones cruzó un vehículo de la policía, personal que avisado de lo ocurrido logró la captura de AZCARATE y el decomiso de un arma de fuego.

La demanda:

Para ser extremadamente sintéticos, la causal de nulidad que se invoca se hace consistir en que la situación jurídica del procesado fue resuelta por un Fiscal adscrito a la Unidad de Patrimonio Económico, cuando, según las informaciones suministradas al respecto, correspondía a uno perteneciente a la Unidad de Vida y Pudor Sexual.

Y el otro cargo, que se funda en la causal segunda del 220 del C. de P.P. se hace consistir en la discrepancia advertible entre el cargo formulado en la Resolución Acusatoria (homicidio agravado, autoría material), y lo considerado en la sentencia de condena (complicidad).

Respuesta de la Sala y concepto de la Delegada Segunda en lo Penal:

La ninguna importancia de las aludidas censuras, en orden a destruir mediante el recurso de casación un fallo de condena, permite abreviar la respuesta que al recurso extraordinario debe darse ahora, siguiendo para ello el acertado lineamiento de la Delegada.

En primer lugar, la censurada definición de la situación jurídica se cumplió por fiscal delegado ante los jueces de circuito, que es el aspecto importante de la cuestión, lo cual ya determina la legitimidad de la atribución ejercida. Que lo fuera por funcionario destinado más frecuentemente a atender los procesos relacionados con delitos contra el patrimonio económico y no contra la vida y el pudor sexual, es aspecto secundario que puede simplemente repercutir en la esfera disciplinaria por desconocimiento, si acaso lo hubo, de fenómenos propios de reparto o de una distribución interna de trabajo de las unidades de fiscalía. De otro lado no puede perderse de vista, considerando el asunto en esta específica esfera, que nada impide la actuación de un fiscal así éste no sea el que habitualmente debe atender esa gestión y que, por razones mismas del servicio judicial, se disponga transitoria u ocasionalmente ese desplazamiento. Pero, además, esa decisión procesal, que pudo recurrirse, cumplió sus efectos y fue superada por otras determinaciones de mayor trascendencia –Resolución Acusatoria–, que el censor no ha objetado. Entonces, resulta imposible que se combata ahora la idoneidad de una tramitación por factor que no resulta tener la importancia que se le quiere dar ni puede entenderse la ocurrencia, así tomase visos de pertinente, como que el trámite posterior no fuera susceptible de cumplirse y éste, por motivo tan único, representase la negación de los principios básicos y fundamentales de un debido proceso.

También conviene recordar la siguiente atinada glosa de la Delegada:

“...es bien sabido que la posibilidad que le confiere la ley a la Fiscalía General de la Nación de dividirse en diferentes Unidades Administrativas, obedece a una especialización en el conocimiento de delitos, para con ello efectivizar las labores de investigación, mas sin embargo, ello en sí no es presupuesto de la competencia, ya que ella, en la fase sumarial, radica en cabeza del Fiscal General de la Nación quien delega la función

instructiva y acusadora para cada caso en particular, al tenor de los artículos 250 de la CN., 118 y ss. del C. de P.P.

“Y es tan clara la facultad delegataria de investigación, que la misma ley de permitirle al Fiscal General de la Nación la posibilidad de remover a cualquiera de sus delegados, para lo cual sólo exige que anteceda una decisión motivada, siempre y cuando sea funcionario de la misma jerarquía (artículo 119 del C. de P.P.), tal como aconteció en el presente asunto”.

Y la segunda objeción resulta todavía más improcedente, porque el recurrente parte del supuesto, para exigir la correspondencia echada de menos entre el cargo y la condena, de la inmutabilidad de la resolución acusatoria, cuando la situación es bien diferente, ya que un reexamen de aquella puede llevar, no a agravar la situación, sino a atemperar el rigor de la acusación, conclusión que también aparece a expensas de los rumbos probatorios surgidos en la etapa de la causa.

En el caso *sub-exámine*, la condenación no a título de autor, como fue la convocación a juicio, que sí como cómplice, representa un tratamiento punitivo favorable, permitido y auspiciado por la ley de procedimiento. De ahí, entonces, que esta postura no marca un desacuerdo ni menos el atropello de la normatividad atendible en la definición del caso. La apreciación es distinta, o sea, que la corrección de la actuación judicial es notoria e incontrovertible. Además, como lo comenta la Procuraduría Segunda Delegada, la pretensión se aparta de la legitimidad que debe inspirar el recurso, puesto que no es permitido buscar la agravación del tratamiento dispensado en la instancia censurada, aspecto tanto más sobresaliente cuanto que al pedirse el pronunciamiento de un fallo de sustitución, éste tendría que serlo a título de autor, más severo y drástico, para estar conforme de manera integral y absoluta con la acusación y con la inopinada e improcedente solicitud del memorialista.

Los dos cargos se desechan.

En consecuencia, 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, ya indicado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, no firmó; Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

**VIOLACION DIRECTA DE LA LEY /
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY /
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL**

En la violación directa el debate gira en torno a la norma misma por falta de aplicación, exclusión evidente o interpretación errónea, es necesario admitir los hechos tal como los entendió el juzgador con base en el análisis y valoración de las pruebas, por lo que le está vedado al actor cualquier polémica sobre ellos. Si alguna inconformidad tiene sobre el particular debe acudir a la senda de la violación indirecta donde el error de hecho o de derecho le brindan múltiples alternativas para presentar su tacha. Por ello resulta un contrasentido invocar al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto los dos motivos en comento, presentación y desarrollo que provoca el rechazo consiguiente.

2. Es conveniente resaltar que bien estuvo la determinación de negar en una y otra instancia el subrogado penal en cuestión (condena de ejecución condicional). Para ello estaba facultado el juzgador. La jurisprudencia de la Sala tiene definido que así la personalidad del agente en todas sus manifestaciones permita en principio el otorgamiento del subrogado, la negativa es viable, si la conducta no sólo es grave sino “gravísima”.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 96.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de ANDRES ELIAS DURANGO GAVIRIA contra la sentencia proferida

por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), confirmatoria en lo fundamental de la dictada por el Juzgado 30 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable de un delito de hurto calificado y agravado. Redujo la Colegiatura la pena principal fijándola en veinte (20) meses y veinticinco (25) días de prisión, en razón de la rebaja a que tenía derecho por haber hecho anticipadamente indemnización de perjuicios –la que debía tasarse teniendo en cuenta el total de la pena y no el parcial de (33 meses) como lo hizo el *a-quo*– imponiendo igual término por la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. En razón de no cumplir los requisitos de ley mantuvo la negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

El *a-quo* los sintetizó con propiedad en los siguientes términos:

“Al promediar el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno, cuando se disponía la dama *Luz Mery Osorio Mazo* a transportar unos niños del Colegio Lourdes, ubicado en la calle 82 entre carreras 50B y 50C de esta ciudad, en el vehículo Renault 9, modelo 88, de placa Nr. KF 9821, fue asaltada por dos personajes desconocidos, que a la voz de ‘bájese’ ‘bájese’ e intimidación con armas de fuego (revólveres) y bajo amenazas de muerte, si no lo hacía, la despojaron del automotor en mención, no sin antes verse precisada a bajar del interior del carro dos niños que allí viajaban”.

Actuación procesal:

La Delegada hizo el compendio del devenir procesal con estas palabras:

“Con fundamento en la denuncia formulada por la ofendida ante la Policía Judicial, así como la recepción de la versión libre y espontánea del sindicado *Andrés Elías Durango Gaviria*, el Juzgado 111 de Instrucción Criminal de Medellín abrió la correspondiente investigación y en el decurso de la misma se

vinculó mediante indagatoria al implicado, quien en un principio negó la participación en la comisión del ilícito, pero terminó aceptando su responsabilidad en el hurto del Renault 9, junto con su amigo (a) 'papero', sujeto que le ofreció la suma de \$50.000.00 por la conducción del vehículo al parqueadero en donde fue capturado. Sobre sus condiciones civiles y personales y que son de interés para este caso, manifestó que vivía en la ciudad de Medellín en casa de su tía Carmen Rosa Gaviria. Que sus padres residían en Amalfi - Antioquia, en donde su progenitor se dedica a la agricultura y la mamá es ama de casa y estudia, que es el mayor de cuatro hermanos, un varón de 21 años y dos mujeres de 18 y 11 años. Que entre sus obligaciones estaban las de colaborarle a la tía y a sus padres. Al preguntársele por el Juez instructor la razón por la cual requería de más dinero, siendo que según sus afirmaciones laboraba en un taller donde derivaba su sustento, respondió que: 'tenía unas deudas, una grabadora empeñada en una prendería y que le debía a una señora la suma de cinco mil pesos (\$5.000.00).

Mediante interlocutorio del 12 de agosto de 1991, el Juzgado instructor resolvió la situación jurídica del indagado con detención preventiva por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fol. 31 -Cdo. No. 1 Or.).

En la etapa instructiva, igualmente se allegó diversidad de prueba de orden testimonial y documental, que le sirvió de fundamento a la Fiscal Tercera de la Unidad Quinta Especializada de Patrimonio de Medellín, despacho a quien le correspondió por competencia calificar el mérito del sumario, para proferir resolución de acusación en contra de *Andrés Elías Durango Gaviria*, por los delitos de hurto simple y agravado concurrente con el porte ilegal de armas de defensa personal. (Noviembre 17/92 fol. 77 Cdo. No. 1).

Adelantada la etapa de la causa a cargo del Juzgado 30 Penal del Circuito y llevada a cabo la diligencia de audiencia pública, el juzgado del conocimiento profirió sentencia condenatoria en

contra de *Andrés Elías Durango Gaviria*, a quien impuso 25 meses y cinco días de prisión, como pena principal y condena por las sanciones accesorias correspondientes en su calidad de autor responsable de hurto calificado y agravado. Igualmente, se absolvió al acusado por el delito de porte ilegal de armas de uso personal. Así mismo negó la concepción (*sic*) del derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional, al considerar que dadas las modalidades y naturaleza del hecho punible, no se hacía aconsejable la aplicación del art. 68 del C.P. en favor del implicado. Esta decisión, al ser apelada por el apoderado del acusado, resultó modificada en los términos y condiciones que se han dejado expuestas en precedencia, en el fallo que es ahora objeto de casación”.

La demanda:

Con fundamento en la causal primera, segmento final del artículo 220 del C. de P.P., el recurrente, en un único cargo, acusa al fallador de haber cometido un error de hecho al ignorar la prueba testimonial obrante en el proceso, “lo que conllevó a efectuar una interpretación errónea” del artículo 68 del Código Penal. La negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional es el sustrato de su crítica. Señala, además, como infringido parcialmente el artículo 12 *ibídem*, y los artículos 254 y 294 del C. de P.P.

Entrando al tema, el casacionista extrae algunos apartes de las afirmaciones que hicieron varios declarantes, quienes al unísono refieren que DURANGO GAVIRIA es oriundo del municipio de Amalfi (Antioquia), residente transitorio en la ciudad de Medellín, e integrante productivo de una familia de escasos recursos económicos. Más adelante señala:

“De lo anteriormente referido, en los fallos de ambas instancias se dejó de apreciar en su valor legal la prueba testimonial en mención, para acreditarse de esa forma ‘La personalidad del justiciable’. Denotándose, incluso, una marcada tendencia a retrotraer todo el análisis para la no concesión del subrogado en cuestión, a las circunstancias modales del delito

por parte del *a quo y/o* a manifestarse únicamente por parte del *ad quem* que ‘El procesado no registra antecedentes penales o de policía, según *constancias procesales*. Sin embargo, la conducta delictiva por él cumplida es grave sobre todo por las circunstancias que rodearon su actuar criminal”.

A continuación advierte que así como es un hecho cierto la “gravísima” conducta de su patrocinado por la manera como se produjo el asalto de igual manera deben destacarse los aspectos de la personalidad del agente, ignorados por el fallador. Recuerda, que se trata de un inmigrante del campo sin ocupación definida pues unas veces trabaja como pintor o latonero, otras como lavador de carros o celador, etc. siendo en estos casos, donde deben cumplirse los fines de la pena, limitándola a los contornos de su necesidad y eficacia.

Posteriormente habla sobre las funciones que deben cumplir tanto la ley como la pena, los que resume como el restablecimiento del derecho, la indemnización de la víctima y su rehabilitación. Pues si bien el derecho penal es instrumento de control social también lo es que su aplicación penológica debe limitarse a su necesidad y eficacia, las que sin embargo, en este proceso se convirtieron en meros enunciados teóricos.

Luego de recordar una sentencia de la Corte sobre lo que debe entenderse por “personalidad del procesado” observa que el análisis del juzgador dista mucho de esta preceptiva pues apenas la considera como la de ser una persona sin antecedentes, dejando de lado pruebas que en verdad indican que el justiciable realizó una acción aislada de su verdadera personalidad.

Por consiguiente, le resulta un contrasentido lógico, racional y jurídico el tratar de resocializar a quien ya lo está, rechazando el que se pretenda que la expiación de las culpas se haga por medio de la reclusión, hecho que no se compadece con la política carcelaria de estos momentos. Tal óptica indica –a su juicio– que el Tribunal se quedó con la gravedad de los hechos olvidando la gravedad de la pena.

Finalmente, pone de presente que hacer efectivas la sanción privativa de la libertad generaría un perjuicio mayor del ya ocasionado con la acción

delictual, llamando la atención sobre los padecimientos que deberá sufrir su familia dado que el reo es el único miembro económicamente activo, y por énde, capaz de proveer a sus necesidades esenciales.

Impetra, por consiguiente, se case parcialmente la sentencia y en su lugar se profiera la que deba reemplazarla.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

De entrada advierte que no es cierta ni veraz la afirmación de la cual parte el censor para fundamentar su reproche. El fallo de primera instancia, dice el Procurador Delegado, se ocupó de los testimonios notados de menos por el casacionista. Y al efecto, transcribe los apartes de la susomentada sentencia que respaldan sus palabras en lo atinente a la personalidad, comportamiento y antecedentes del procesado, destacándose su condición económica precaria, su escaso nivel cultural y su buena conducta anterior.

Lo que ocurre, en sentir de la Procuraduría, es que el actor tiene un criterio de valoración probatoria opuesto al sentenciador frente a la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional; y, eso como es bien sabido, no es de recibo en casación.

Después de recordar algunas decisiones jurisprudenciales tocantes con el tema, concluye su concepto, solicitando no casar la sentencia impugnada.

La Corte:

1. Se ataca la sentencia de segunda instancia por violar indirectamente preceptos de derecho sustancial, al haber ignorado el fallador los testimonios de *Lucelly Gaviria Varela, Ana María Sánchez Velásquez, Iván Tula Ramírez, Rodrigo Madrigal Galeano, Durley Ramírez Agudelo, Guillermina Cañas de Castaño y Jaime de Jesús Monsalve Moreno*. Esa falencia probatoria, en sentir del recurrente, condujo a que se efectuara una “interpretación errónea” de los artículos 12 y 68 del Código Penal y con ello, a que se negara el subrogado de la condena de ejecución condicional.

2. Así planteada la censura, es de ver el desacierto técnico en que incurre el impugnante al acusar, simultáneamente, dentro de un mismo cargo, la violación directa e indirecta de la ley sustancial, motivos disímiles y excluyentes como que cada cual tiene su esencia, y por ende, un especial ámbito para su invocación.

Añosa y pacífica ha sido la jurisprudencia sobre el particular. Dado que en la violación directa el debate gira en torno a la norma misma por falta de aplicación, exclusión evidente o interpretación errónea, es necesario admitir los hechos tal como los entendió el juzgador con base en el análisis y valoración de las pruebas, por lo que le está vedado al actor cualquier polémica sobre ellos. Si alguna inconformidad tiene sobre el particular debe acudir a la senda de la violación indirecta donde el error de hecho o de derecho le brindan múltiples alternativas para presentar su tacha. Por ello resulta un contrasentido invocar al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto los dos motivos en comento, presentación y desarrollo que provoca el rechazo consiguiente.

La diología es ostensible al trascender la impugnación los lindes de la formulación inicial, que en principio dijo enmarcarse dentro del campo de la transgresión indirecta, pero pronto, cuando ni siquiera había comenzado su desarrollo, de lleno entra el actor en los ámbitos propios de la violación directa.

Si su intención era demostrar el equivocado entendimiento que del contenido y alcance tiene el fallador de los artículos 68 y 12 del Código Penal, respecto a los presupuestos exigidos para el otorgamiento del subrogado en cuestión y la función de la pena, el cargo ha debido formularlo por la vía del quebrantamiento directo de la ley sustancial, centrando sus críticas en el plano estrictamente jurídico, admitiendo los fundamentos fácticos y el valor otorgado a las diferentes probanzas allegadas al proceso.

3. De todas maneras, prescindiendo de esta falencia técnica, deberá anotar la SALA que el cargo es igualmente infundado. Examinado el fallo de primer grado integrado al de segunda instancia en todo lo que el superior no haya descalificado, no puede menos que estar de acuerdo con la Procuraduría en que evidentemente se tuvieron en cuenta los testimonios referidos.

Obsérvese:

El Juzgado, en el recuento probatorio, sintetizó la presencia “en el expediente de otras pruebas de índole testimonial, que en particular se referieren a señalar la personalidad, comportamiento y antecedentes del procesado *Andrés Elías*, sin que ellas incidan en la demostración de los punibles averiguados”. Los deponentes, en términos generales, aluden a que *Andrés Elías Durango* es una persona pobre, trabajadora, honrada y juiciosa. Así lo predicen *Lucelly Gaviria Varela* (fls. 22-24), *Ana María Sánchez Velásquez*, (fls. 24 a 26), *Rodrigo Madrigal Galeano*, *Durley Ramírez Agudelo*, *Guillermina Cañas de Castaño* y *Jaime de Jesús Monsalve Moreno*, (folios 42 a 43, 45 a 48 vot.), antecedentes que le sirven al fallador para considerar:

“No obstante que el procesado ha observado buena conducta anterior y según las constancias procesales, es la primera vez que irrumpe en el campo delictivo, la gravedad del hecho por el cual se le condena, no hace viable favorecerlo con el subrogado de la Condena de Ejecución Condicional previsto en el art. 68 del C. Penal, porque si bien es cierto el monto de la pena permite considerar ese otorgamiento, las circunstanciales modales del delito no lo hacen aconsejable. En primer término se trata de una conducta atentatoria de apoderamiento de vehículo, forma delictiva de auge impresionante en nuestro medio y de otro lado, las condiciones mismas en que se ejecutó la desposesión, pone en evidencia la capacidad delictiva de los autores, que no tuvieron ninguna consideración en la situación en que se hallaba la víctima, acompañada de niños de corta edad, a quienes tuvo que bajar del automotor por amenazas que le inferían y para evitar una desgracia mayor. Así mismo debe mirarse que no se trata de un hecho aislado que realizara el procesado, pues el número de intervinientes y la manera en que se planeó la ejecución del apoderamiento, con la elección del tipo de automotor, el seguimiento que se venía haciendo del recorrido habitual, hace pensar en una bien conformada banda dedicada a este tipo de actos, lo que hace más gravoso el tratamiento punitivo del delito”.

4. Como bien se observa, los testimonios en comento fueron atendidos, analizados y valorados en su justa dimensión. Fue por ello que se le reconoció su buena conducta anterior y su calidad de delincuente primario. No obstante, otros factores igualmente importantes y determinantes incidieron para que se le negara el subrogado, como lo fueron, las circunstancias mismas en que se cometió el delito, reveladoras de la capacidad delincüencial de los infractores. La providencia es clara en este aspecto, por lo que la tacha, en últimas, se reduce a la inconformidad del censor frente a la decisión, quien no admite que tales circunstancias tengan la gravedad que pretende endilgarle el Tribunal. Así las cosas, cuando acude a razonamientos criminológicos para sustentar sus apreciaciones, traslada su impugnación a un plano eminentemente especulativo, ajeno al recurso extraordinario. Académicamente, sus puntos de vista son respetables, lo mismo que sus conclusiones. No obstante, no tienen vocación de prosperidad en esta sede pues se enfrentarían con notoria debilidad a una sentencia que arriba para su estudio amparada por las presunciones de acierto y legalidad. Polémicas como ésta, por tal razón no son atendibles pues es de la esencia del Instituto estudiar si el fallo recurrido se ajusta a la ley, esto es, si encuentra respaldo en la realidad procesal y en la normatividad que la rige. Si ello es así, independientemente de si existen otros puntos de vista razonablemente atendibles, su confirmación es imperativa.

Es de ver, entonces, que cuando el censor pretende reabrir el debate en torno a propias hipótesis o conclusiones, buscando convencer a la Sala de que la razón se encuentra de su lado, sus palabras quedan reducidas a una simple constancia de su inconformidad, ajenas por consiguiente al rigor conceptual del recurso impetrado.

5. Finalmente, es conveniente resaltar que bien estuvo la determinación de negar en una y otra instancia el subrogado penal en cuestión. Para ello estaba facultado el juzgador, pues como lo recuerda la Procuraduría, la jurisprudencia de la SALA tiene definido que así la personalidad del agente en todas sus manifestaciones permita en principio el otorgamiento del subrogado, la negativa es viable, si como en el caso de la especie, en términos del propio defensor, la conducta no sólo es grave sino “gravísima”, y esa circunstancia fue justamente la que jugó papel determinante para negarle a *Durango Gaviria* el subrogado de la condena de ejecución condicional.

La demanda no prospera.

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.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, no firmó; Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / CIERRE DE INVESTIGACION
/ DERECHO DE DEFENSA / RESOLUCION DE
ACUSACION / CONFESION / REBAJA DE PENA

No basta alegar, en sede de casación, la falta de defensa sino que es necesario señalar qué hubiera podido hacerse y no se hizo, es decir, mostrara que una asesoría jurídica hubiera podido lograr la declaración de inocencia del acusado o por lo menos una condenación más benigna.

2. Armonizando el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal que prohíbe cerrar la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del imputado, con el 385 de la misma codificación, que no permite resolverle la situación jurídica si previamente no se le ha recibido indagatoria, o declarado persona ausente, se concluye que pese a la falta de técnica del legislador para diferenciar los conceptos de “imputado” y “sindicado” debe entenderse en sana hermenéutica que el cierre de la investigación para efectos de la calificación del mérito del sumario sólo es procedente cuando se ha resuelto la situación jurídica de las personas vinculadas al proceso en calidad de sindicados o personas ausentes.

3. Es conveniente pero no imprescindible precisar, por su nomenclatura, dentro de las motivaciones de la resolución de acusación el tipo penal específico vulnerado con la conducta del procesado, ya que la denominación jurídica de la infracción debe hacerse *in genere* bastando la cita del título y el capítulo del Código Penal al cual corresponde el delito.

4. Si bien es cierto que el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 2700 de 1991) no condiciona la rebaja de pena por confesión al hecho de que ésta haya sido tenida como fundamento de la sentencia de condena, como sí lo hacía el

artículo 301 del anterior estatuto procedimental penal (Decreto 050 de 1987); la Corte ha venido sosteniendo con reiteración que habiendo sido establecida tan significativa disminuyente punitiva como premio o estímulo por colaboración con la justicia, es obvio que la confesión debe servir de pilar o sustento de la condena, pues de lo contrario se estaría favoreciendo a quien no ha contribuido al esclarecimiento de los hechos investigados comprometiendo su propia responsabilidad”.

Pero a más de los requisitos exigidos para su validez por el artículo 296 *ibídem*, la confesión debe ser verídica, esto es, corresponder a la verdad que surge del proceso.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 96.

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por el procesado DIEGO SOLARTE CAMACHO la sentencia de 26 de marzo de 1993 mediante la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad que lo condenó junto con ARLES VALENCIA BENITEZ a la pena principal de 17 años, 10 meses de prisión, cada uno, a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y al pago en concreto de los perjuicios causados, como coautores del delito de homicidio agravado en concurso con el de hurto calificado y agravado.

Hechos:

De ellos dijo el *ad-quem*:

“El primero (1o.) de noviembre de 1991, cuando a la altura de la calle 73 con carrera 1a. de esta ciudad, LUIS ALBERTO

HERNANDEZ y su amigo EDGAR TORRES PULIDO se desplazaban hacia sus casas, después de que éste retirara algunos valores de su cuenta en la corporación de ahorro y crédito 'AHORRAMAS', sucursal de la cacharrería 'La 14' del barrio Calima, fueron interceptados por varios individuos que procedieron a atracarlos y despojarlos de lo que consideraron era el dinero retirado por HERNANDEZ, quien emprendió la fuga tratando de protegerse pero dos disparos hechos por la espalda le hicieron rodar por tierra. Al ser auxiliado por su compañero –después de que uno de los delincuentes le arrebatara lo que consideró el botín, huyendo luego– HERNANDEZ fue conducido al Hospital 'Joaquín Paz Borrero', donde los esfuerzos quirúrgicos para conservarle la vida resultaron inútiles”.

Actuación procesal:

Gracias a los datos suministrados por la compañera del occiso de nombre Rosalba Cuevas Pastrana, su hijo Jhon Jairo Hernández Cuevas y el testigo y víctima de los hechos señor Edgar Torres Pulido, a través de sus intervenciones en el proceso, se pudo establecer que los autores respondían a los nombres de Diego Solarte Camacho alias “Quijada” y Arles Valencia Benítez alias “Garbanzo”; aquél señalado como el “negro” que encañonó a Edgar Torres Pulido y le arrebató la chuspa que portaba y el segundo distinguido como el “blanco” que disparó por la espalda contra Luis Alberto Hernández en momentos en que huía del lugar de los sucesos.

Los dos inculcados fueron localizados prestando servicio militar en el Batallón “Fusileros” de Tumaco y el Batallón No. 3 de la Policía Militar de Cali, respectivamente.

Sometido a indagatoria Diego Solarte Camacho negó en principio su participación en el crimen para terminar aceptando que sólo sirvió de “campanero” o tuvo como misión la de “cantar la zona”, pero sin el propósito de matar o hurtar, tarea que cumplieron dos policías uno de apellido Cuartas y otro cuyo nombre desconoce.

A su turno, Arles Valencia Benítez afirma que se negó a participar en los hechos pese a haber sido invitado por Diego Solarte Camacho y los

agentes de la Policía Cuartas y Gómez, a quienes señala como autores materiales de los sucesos.

Clausurada la etapa investigativa, la Unidad de Delitos contra la Vida y el Pudor Sexual de la Fiscalía General de la Nación calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los procesados Solarte Camacho y Valencia Benítez (fugitivo) por los delitos de homicidio agravado en concurso con el de hurto calificado y agravado disponiendo continuar la investigación respecto a los agentes de la Policía Nacional OBED VALENCIA DIAZ y GIOVANNY CUARTAS RODRIGUEZ por dichos hechos y además, por el delito de porte ilegal de armas (fls. 207 a 219 del expediente).

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali puso fin a la instancia condenando a los acusados a 17 años, 10 meses de prisión, cada uno, a la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y al pago en concreto y en forma solidaria de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Cali mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Bajo el ámbito de las tres causales de casación se formulan sendos cargos a la sentencia impugnada, en el siguiente orden:

Causal segunda: No encontrarse la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación porque no se precisó en la providencia enjuiciatoria la circunstancia de agravación punitiva del delito de homicidio imputado al procesado recurrente ni se señaló como infringido el artículo 324 del Código Penal, lo que lleva a pensar al demandante que la acusación se formalizó por un homicidio simple y no por uno agravado.

Afirma que tales vacíos no pueden ser llenados en las sentencias de primera y segunda instancias, haciendo creer que la circunstancia de agravación punitiva es la prevista en el numeral 2o. del artículo

324. pues ninguna de las dos hipótesis allí contempladas se dio en el caso de autos.

Solicita en consecuencia casar el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo.

Causal primera: Ser la sentencia violatoria de una norma sustancial; el artículo 299 del C. de P.P., que establece la reducción de pena por confesión, por falta de aplicación.

Argumenta el censor que no obstante haber confesado su representado durante la primera diligencia de inquirir “su presencia en los hechos; no los ocultó e indicó el nombre y rango de las personas que concurrieron con él al llamado cruce, que era, en síntesis, lo que se iba a realizar, y, señaló con su propio apellido a quien hizo los disparos mortales”, los juzgadores de instancia hicieron “mutis por el foro” y no le reconocieron la rebaja de la tercera parte de la pena a que se hacía acreedor por el hecho de haber confesado el delito.

Agrega que la nitidez del caso lo lleva a pedir la infirmación parcial de la sentencia.

Causal tercera: Haberse proferido la sentencia en juicio viciado de nulidad por violación del derecho a la defensa del procesado y al debido proceso.

Respecto al primer reproche y previa advertencia de no obrar como defensor del procesado Arles Valencia Benítez, afirma el censor que la nulidad alegada, de ser declarada, redundaría en beneficio de todos los indagados.

Funda el cargo formulado en la indefensión de que fue objeto el procesado Valencia Benítez por parte de su defensora, quien no recibió notificación de la medida de aseguramiento, la resolución de acusación ni la sentencia de primera instancia no pudiendo impugnar dichas determinaciones y porque no abogó en su favor solicitando la práctica de pruebas que le fueran favorables allanándose durante la audiencia pública “a las consideraciones de su colega de defensa, cuando ataca la imputación

a título de coautoría en el HOMICIDIO puesto que las exigencias no se reúnen”.

En cuanto al segundo reparo expresa que se desconocieron las formas del debido proceso, suprema garantía del juzgamiento, porque nada se hizo por parte de los funcionarios de instrucción para indagar sobre la verdadera identidad y grado de participación en los hechos del sujeto Edwar Salazar o Diego N., señalado por su tocayo Diego Solarte Camacho durante su intervención en audiencia pública como el quinto integrante del grupo de delincuentes.

Por eso, resultó imposible vincular al proceso a todas las personas comprometidas en los “hechos pesquisados” con lo que se violó “la norma procedimental según la cual “en ningún caso podrá cerrarse la investigación sino (*sic*) se ha resuelto la situación jurídica del imputado” (art. 438 del C. de P.P.).

“Era obligación –agrega– investigar sobre EDWAR SALAZAR O DIEGO (pues según el señor SOLARTE CAMACHO así se llamaba) y si no era menor someterlo a indagatoria haciéndolo comparecer al Despacho o emplazándolo, como condiciones previas para poder decretar el cierre de la instrucción”.

Solicita casar la sentencia indicando en qué estado queda el proceso.

Alegaciones de los sujetos no recurrentes:

El Ministerio Público representado ante el Tribunal Superior por el señor Procurador Sesenta y Dos en lo Judicial y ante la Corte por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, emitieron su opinión sobre los cargos contenidos en la demanda, de la siguiente manera:

En cuanto al primero, esto es, por no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, coinciden en solicitar que sea desestimado porque a juicio del Procurador en lo Judicial es el propio impugnador quien se encarga de anotar que en la parte motiva de dicha providencia “se hace expresa mención a varios de los elementos constitutivos del tipo especial de “homicidio agravado”. concretamente

los aglutinados en el numeral 2o. del art. 324 del Código Penal, varios de los cuales resultan predicables al homicidio investigado, dado que la prueba aportada al proceso permite sostener sin ninguna clase de equívoco, que las heridas inferidas a Luis Alberto Hernández y que le ocasionaron la muerte, no tenían otra finalidad, propósito o motivo, que las de facilitar o consumir el desapoderamiento de una pretendida gruesa suma de dinero retirada por la víctima en una Corporación de Ahorro... como lo indicaban las labores de inteligencia desplegadas por las personas comprometidas en la empresa criminal; quienes para no ver frustrados sus propósitos, optaron por impedir la fuga intentada por Luis Alberto Hernández hiriéndolo letalmente, en circunstancia que igualmente posibilitan predicar la concurrencia del factor de agravación punitiva inherente a la comisión del delito, aprovechándose de la indefensión o inferioridad de la víctima (numeral 7o. del art. 324 C.P.), pues no otra cosa cabe predicar del hecho de herir a otro por la espalda, cuando se ha dado a la fuga para escapar ante la contingencia cierta de no poder repeler con éxito un asalto donde se exhiben armas de fuego por número plural de personas coaligadas en esa empresa criminal”.

Y porque en criterio del Procurador Delegado no se requiere identificar o precisar el cargo con el señalamiento de la norma sustancial que describe el homicidio agravado (artículo 324 del C.P.) sino “que basta la descripción y explicación conceptual de la agravación, como cuando se dijo: “también en circunstancias de agravación punitiva pues se esgrimieron armas y se colocaron (*sic*) a las víctimas en condiciones de indefensión actuando en tan criticable forma para *consumar y asegurar el producto del ilícito*” concluyendo que el cargo formulado carece de respaldo procesal no advirtiéndose desarmonía o desacuerdo entre la sentencia y la acusación.

También se identifican respecto a la improsperidad del reproche por nulidad de la actuación por violación del derecho a la defensa y al debido proceso pues el impugnante carece de interés jurídico para reclamar por una situación personal de un procesado que no es su asistido y que en nada favorecería a su cliente, lo que equivaldría a desconocer el mecanismo de la nulidad parcial a que alude el artículo 90-3 del C. de P.P. y porque la no vinculación al proceso de los demás comprometidos en la empresa criminal se subsanó con la expedición de copias para investigarse por separado su conducta.

El supuesto quebranto del artículo 438 *ibídem*, en cuanto dispone que en ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del imputado, proviene del equívoco del censor al equiparar los conceptos de imputado y sindicado, siendo entendido que la norma en cuestión alude al último de ellos “y en esas circunstancias al no haber adquirido la calidad de procesados tres de los cinco sujetos comprometidos en la aventura criminal, en modo alguno existía impedimento para cerrar y calificar investigación a la cual estaban vinculados mediante diligencia de indagatoria los aquí condenados”.

Discrepan sí, en cuanto al segundo cargo formulado a la sentencia por exclusión evidente del artículo 299 del C. de P.P. vigente, pues mientras el Procurador en lo Judicial ante el Tribunal coadyuva al pretensión del demandante por considerar que el procesado recurrente Diego Solarte Camacho se hace acreedor a la rebaja de la tercera parte de la pena por ser evidente que confesó su participación en el hecho en calidad de “campanero”, sin que sea necesario, para el reconocimiento de dicha aminorante, “que la confesión sea calificada o simple, ni que la misma sea fundamento de la sentencia de condena”; el Procurador Delegado ante la Corte se opone a ello porque la versión del sindicado sólo puede tenerse como “un principio de confesión” insuficiente para la deducción punitiva y además, porque según Edgar Torres Pulido, testigo y víctima de los ladrones, el negro Solarte Camacho no se limitó a ser “campanero” sino fue “quien lo despojó de la bolsa que creyeron erradamente contenía el dinero que momentos antes había retirado con el hoy occiso, de la Corporación Ahorramas”.

Consideraciones de la Corte:

En orden lógico examinará la Sala los cargos formulados a la sentencia acusada comenzando por el concerniente a la nulidad del proceso, puesto que su prosperidad haría inoficioso ocuparse de los demás.

Causal tercera:

Dos reproches contiene la impugnación enmarcada bajo el rótulo de esta causal: de una parte, la violación del derecho a la defensa del procesado no recurrente y ausente, Arles Valencia Benítez y de la otra, la

existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso; ninguno de los cuales está llamado a prosperar.

En efecto, con sobrada razón advierten los representantes del Ministerio Público ante el Tribunal y la Corte, que la nulidad por quebranto del derecho a la defensa del procesado no recurrente Valencia Benítez es inaceptable porque el sujeto procesal que la alega, esto es, el defensor de Diego Solarte Camacho carece de interés jurídico para hacerlo por no haber sufrido su representado agravio o perjuicio con la indefensión de que pudo ser objeto su compañero de andanzas Arles Valencia Benítez.

Esta falta de interés para recurrir, que aparece ostensible, sería suficiente para no adentrarse en el examen de la censura por tratarse de una situación procesal muy personal, que en el evento de ser acogida, no podría cobijar con sus efectos invalidantes la situación jurídica de quien nada tuvo que ver con ella.

Sin embargo, y por fuerza de la oficiosidad del recurso de casación en tema relacionado con la nulidad, es suficiente puntualizar que el derecho a la defensa no resulta conculcado porque el defensor del procesado no hubiese impugnado las decisiones judiciales desfavorables a su patrocinado ni solicitado la práctica de pruebas porque como ha tenido oportunidad de expresarlo esta Corporación “cada defensor planea su propia estrategia de defensa, acordándola con los hechos del proceso y llevándola a sus fines según su particular criterio, razón por la cual no pueden fijarse pautas ni por el juez ni por otros abogados” (casación de 15 de septiembre de 1982, entre otras).

No basta alegar, en sede de casación, la falta de defensa sino que es necesario señalar qué hubiera podido hacerse y no se hizo, es decir, mostrar que una asesoría jurídica hubiera podido lograr la declaración de inocencia del acusado o por lo menos una condenación más benigna.

Por lo demás, la fuga del procesado Valencia Benítez del cuartel en que se encontraba detenido a órdenes del juez y su renuencia a comparecer ante la justicia para responder por su conducta, han contribuido a dificultar su propia defensa y el expediente no abunda en posibilidades probatorias tendientes a demostrar su inocencia, las que hubieran sido desaprove-

chadas por incuria o abulia de la abogada encargada de su defensa; quien durante la audiencia pública abogó por la exoneración de responsabilidad de su asistido en el homicidio y la condenación por el delito de hurto reconociéndole la rebaja de pena por confesión.

Las principales decisiones tomadas en autos, contrariamente a lo dicho por el impugnante, sí fueron legalmente notificadas a los sujetos intervinientes.

Ahora bien, armonizando el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal que prohíbe cerrar la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del imputado, con el 385 de la misma codificación, que no permite resolverle la situación jurídica si previamente no se le ha recibido indagatoria, o declarado persona ausente, se concluye que pese a la falta de técnica del legislador para diferenciar los conceptos de “imputado” y “sindicaúo” debe entenderse en sana hermenéutica que el cierre de la investigación para efectos de la calificación del mérito del sumario sólo es procedente cuando se ha resuelto la situación jurídica de las personas vinculadas al proceso en calidad de sindicados o personas ausentes.

De manera que si los dos agentes de la policía nacional incriminados y el quinto participante en los hechos no fueron vinculados al proceso en la forma indicada y respecto a ellos, se dispuso la expedición de copias para investigar por separado su conducta, no se ve cómo dicho proceder constituya irregularidad sustancial desestabilizadora del debido proceso.

No prospera la impugnación.

Causal segunda:

En reciente oportunidad dijo la Sala que “El desacuerdo de la sentencia con la resolución de acusación se predica para efectos de la causal 2a. de casación de la identidad de la conducta imputada y no de las circunstancias o de las modalidades que la especifican, salvo que agraven la situación jurídica del procesado” (casación de José Miguel Arias Gómez, 4 de noviembre de 1993).

De modo pues que no existe incongruencia entre la acusación por coautoría en los delitos de homicidio agravado por las circunstancias descritas en el pliego de cargos en concurso con el de hurto calificado y agravado y la sentencia que condenó al acusado Solarte Camacho por dichos cargos, sino la más completa armonía y correspondencia entre estas dos piezas fundamentales de juzgamiento.

La censura apunta a una supuesta nulidad por imprecisión en la formulación de los cargos, la que tampoco se da si se tiene en cuenta que la Fiscalía calificadora después de abundar en consideraciones de orden fáctico atinentes a la forma como se desarrollaron los acontecimientos delictuosos y a la participación que en los mismos tuvieron los procesados, concretó la acusación en los siguientes términos:

“Nos encontramos entonces ante un delito contra el PATRIMONIO ECONOMICO a que hace referencia el art. 350 del C. Penal en su numeral 1o. pues se ejerció violencia para obtener un provecho ilícito, con circunstancias de agravación punitiva pues éste fue cometido en horas de la noche por personas que acordaron previamente cometer el hecho. (art 351 numerales 9 y 10), Título XIV, Capítulo I –Delitos contra el Patrimonio Económico– y se cometió un delito contra la VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL que hace referencia al Título XIII Capítulo I, art. 323 también con circunstancias (*sic*) de agravación punitiva pues se esgrimieron armas y se colocaron (*sic*) a la víctima en condiciones de indefensión actuando en tan criticable forma para consumir y asegurar el producto del ilícito”.

A partir de dicho enjuiciamiento consentido por la defensa, tanto funcionarios judiciales y del Ministerio Público, como defensores y representantes de la parte civil, entendieron sin ningún asomo de duda que los acusados debían responder por un concurso de hechos punibles de homicidio agravado de que trata el artículo 324 del Código Penal y hurto calificado y agravado, circunscribiéndose el ataque y la defensa a dichos parámetros, como fluye de lo acontecido durante el plenario, sin que pueda afirmarse que la defensora del recurrente fue sorprendida con alternativas sobre las cuales no tuvo oportunidad de controvertir.

En ese orden de ideas resulta impropio afirmar que la impugnación plasmada en la resolución de acusación lo fue por un homicidio simple, pues de lo expuesto por el único testigo de los sucesos, el acompañante del occiso, señor Edgar Torres Pulido, el homicidio de Luis Alberto Hernández puede encasillarse dentro de las circunstancias de agravación punitiva contempladas en los ordinales 2o. y 7o. del artículo 324 del Código Penal por haber sido perpetrado para facilitar o consumir el hurto de lo que se consideraba una gruesa suma de dinero retirada de una corporación de ahorros y con aprovechamiento de la indefensión en que se encontraba la víctima al huir dando la espalda a sus injustos agresores.

Es conveniente pero no imprescindible precisar, por su nomenclatura, dentro de las motivaciones de la resolución de acusación el tipo penal específico vulnerado con la conducta del procesado, ya que la denominación jurídica de la infracción debe hacerse *in genere* bastando la cita del título y el capítulo del Código Penal al cual corresponde el delito.

No prospera el cargo formulado.

Causal primera:

Si bien es cierto que el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 2700 de 1991) no condiciona la rebaja de pena por confesión al hecho de que ésta haya sido tenida como fundamento de la sentencia de condena, como sí lo hacía el artículo 301 del anterior estatuto procedimental penal (Decreto 050 de 1987); la Corte ha venido sosteniendo con reiteración que habiendo sido establecida tan significativa disminuyente punitiva como premio o estímulo por colaboración con la justicia, es obvio que la confesión debe servir de pilar o sustento de la condena, pues de lo contrario se estaría favoreciendo a quien no ha contribuido al esclarecimiento de los hechos investigados comprometiendo su propia responsabilidad. (Casaciones de 20 de mayo y 25 de 4 junio de 1993 entre otras).

Pero a más de los requisitos exigidos para su validez por el artículo 296 *ibídem*, la confesión debe ser verídica, esto es, corresponder a la verdad que emerge del proceso.

En el presente caso, resulta incuestionable que, para el momento procesal en que el sindicato Diego Solarte Camacho rindió indagatoria ante el funcionario de instrucción, obraba prueba atendible en autos (declaraciones de la compañera del occiso Rosalba Cuevas, su hijo Jhon Jairo Hernández, el testigo Edgar Torres Pulido y las explicaciones del cosindicato Arles Valencia Benítez que lo identificaban por su nombre, apellidos y rasgos físicos y lo señalaban expresamente como uno de los autores de los hechos punibles y no como simple cómplice a título de “campanero”, por haber sido la persona que encañonó con arma de fuego a Torres Pulido y le arrebató la chuspa que llevaba en la creencia en que contenía el dinero retirado de la Corporación.

Ello significa que la versión suministrada por el procesado récurrente, a más de que no era trascendente, aparece desvirtuada por prueba en contrario que la hace inveraz o poco creíble, razón por la que no fue tomada como fundamento de la sentencia de condena, sino como punto de referencia confrontado y valorado en conjunto con los demás elementos de juicio.

En tales condiciones, mal se haría en rebajarle la tercera parte de la pena a quien no fue sincero en sus explicaciones ni contribuyó al esclarecimiento de los hechos investigados.

No prospera el cargo formulado.

Casación oficiosa.

Asiste razón al señor Procurador Delegado en lo Penal que sugiere la infirmación parcial del fallo impugnado en lo que respecta a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a los procesados Diego Solarte Camacho y Arles Valencia Benítez “por un período igual al de la pena principal” porque siendo palmar que cada uno de ellos fue condenado a la pena principal de diecisiete años, diez meses de prisión, la sanción accesoria no podía rebasar el tope de 10 años señalado en el artículo 44 del Código Penal.

Lo contrario equivaldría a vulnerar la garantía de legalidad de la pena como expresión del debido proceso; agravio susceptible de ser enmendado

por la Corte mediante el mecanismo de la casación oficiosa atemperando el rigor de la pena accesoria.

Entonces, se casará parcialmente la sentencia impugnada en lo que respecta únicamente con la sanción accesoria, reformándola en el sentido de condenar a cada uno de los acusados a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez (10) años; entendiéndose que no sufren ninguna modificación las demás determinaciones adoptadas en el fallo.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, oídas las alegaciones de los sujetos procesales no recurrentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Diego Solarte Camacho, reformándola en el sentido de imponerle a éste y al procesado Arles Valencia Benítez, como pena accesoria a la de prisión, la de interdicción de derecho y funciones públicas por un período de diez años, cada uno; quedando incólumes las demás decisiones contenidas en ella.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, no firmó; Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Atacar en casación las intervenciones que tanto el Fiscal como el agente del Ministerio Público tuvieron dentro de la diligencia de audiencia, es incurrir en desacierto, porque el motivo del recurso extraordinario está en la demostración de errores in procedendo o in judicando respecto del fallo que se ataca y se pide sea infirmado, mas no en la controversia de las intervenciones de las partes así hayan repercutido o no en la sentencia.

Si la duda que plantea la demanda no tuvo arraigo ante los juzgadores de instancia, era deber exclusivo del actor entrar a demostrarla en su demanda con toda claridad y contundencia, acreditando que su incidencia en la sentencia era tal, que de haberse reconocido hubiera determinado un fallo opuesto.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de casación penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 96.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado RAMON ANTONIO HIDALGO AGUILERA a quien por sentencia del Juzgado 3o. Penal del Circuito de Gachetá se condenó a la pena principal de 10 años de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la anterior, decisión que confirmó en lo sustancial el Tribunal Superior de Cundinamarca mediante la suya de marzo 18 de 1993 sometida ahora a impugnación extraordinaria.

Hechos y actuación procesal:

1. En la noche del 29 de diciembre de 1990, dentro del establecimiento de cantina de Alfonso Martín Sorza Peña ubicado en la Carrera 3a. No. 5-27 del municipio de Gachetá, fue ultimado Jorge Arquímedes Beltrán Romero mediante disparo de arma de fuego, hecho cuya autoría atribuyeron varios vecinos a RAMON ANTONIO HIDALGO AGUILERA, quien momentos antes del disparo fuera visto en compañía de la víctima, e instantes luego huyendo del lugar con un arma en la mano.

2. Con base en la diligencia de levantamiento del cadáver, el Juzgado 37 de Instrucción Criminal radicado en Gachetá abrió la investigación, vinculando mediante declaratoria de ausente al imputado HIDALGO AGUILERA, quien siendo más tarde capturado y puesto a disposición del aludido despacho, fue oído en injuriada, definiéndose su situación provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva, y a la clausurada de la instrucción con resolución de acusación por el delito de homicidio.

3. El trámite de la causa estuvo a cargo del Juzgado 3o. Penal del Circuito de Gachetá (antes Juzgado 1o. Superior), emitiéndose el 15 de mayo de 1992 el respectivo fallo de condena con los resultados conocidos. Los perjuicios materiales fueron fijados para su resarcimiento en la suma de \$20.400.000.00 y los morales en el equivalente en moneda nacional a 100 gramos oro en favor de los hijos de la víctima, en tanto que para averiguación del delito de porte ilegal de armas se ordenó expedir copia de lo pertinente.

Inconforme con esta decisión el defensor del acusado interpuso el recurso de alzada, pero en su pronunciamiento de rigor el Tribunal confirmó la decisión modificando apenas el monto de la indemnización, que señaló definitivamente en el equivalente en moneda nacional a 200 y 100 gramos oro por los perjuicios materiales y morales respectivamente. Tal es el fallo sometido ahora por iniciativa de la defensa al recurso extraordinario de casación.

La demanda:

Invoca el censor "los motivos previstos en el numeral primero del Artículo 220 del Código de Procedimiento penal, porque la sentencia

está en desacuerdo a la norma a aplicar”, resaltándola como violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 247 y 445 ibídem, debido a error en la apreciación de las pruebas.

La condena se fundamentó en toda una serie de declaraciones contradictorias, y así el acusado acepte que el día de los hechos acompañó al occiso, de esa sola afirmación no surge que sea el autor del homicidio. Remitiéndose enseguida a algunos de los testimonios recibidos, extracta de ellos lo siguiente:

a. Martín Sorza, se encontraba en la puerta de su establecimiento y no presencié discusión alguna. En su ampliación cambió para mostrarse vacilante, pero apenas añadió que en el lugar se encontraban aproximadamente unas 15 personas.

b. Omar Alirio Aguilera Jiménez dijo que el acusado no fue el autor del homicidio y en la diligencia de audiencia describió a una persona de características diferentes a las del acusado.

c. A María Alcira Beltrán Urrego nada le consta de lo sucedido; sus declaraciones se basan en las expresiones que dice haber oído de quien conoce bajo el apodo de ‘pollera’.

d. Pastora González Vargas dijo que nada sobre los hechos le constaba, y que tampoco persona alguna de las que allí se encontraban tenía armas. La testigo no escuchó discusiones, sino apenas un “totazo” muy duro.

e. Julio Cesar Guzmán coincide con la anterior. Nada vio. Nada le consta. No le vio armas al muchacho que salió corriendo, ni recuerda qué personas se encontraban en la tienda al momento de la ocurrencia de los hechos.

f. Humberto de Jesús Urrego, hijo del occiso, formuló denuncia ateniéndose a las manifestaciones de testigos de oídas, sin tener conocimiento directo de lo sucedido.

Superada esta relación, el casacionista alude a las manifestaciones del procesado donde afirma que al escuchar un disparo al lado del oído

se hallaba abrazando al ofendido, así que de inmediato lo soltó y se hizo a un lado. Mientras esto ocurría, pudo observar a un muchacho de poncho y de sombrero blanco que corría llevando un revólver en la mano, y que a este se le unió otra persona que esperaba en la puerta. Temiendo que a él también le dispararan, desenfundó su arma, un revólver calibre 32.

A continuación y de manera desordenada enuncia la demanda las siguientes situaciones: Si el proyectil que produjo la muerte a Beltrán Romero era calibre 38, mal podía el acusado ser autor del hecho; si HIDALGO no concurrió a presentarse a las autoridades fue porque se enteró que la familia de la víctima le atribuía la muerte y lo consideraba sospechoso único de ella. En su versión, el acusado hizo referencia a la presencia de dos automotores que esperaban al homicida y a su cómplice, y sin embargo, el Juzgado no tuvo la precaución de solicitarle aclaración sobre este punto.

Más adelante continúa: la sentencia analizó indicios leves, no necesarios, que apenas constituyen una sospecha. En el lugar se encontraban aproximadamente 15 personas y en consecuencia mal podía hablarse de indicio de oportunidad para delinquir. No existe en contra del acusado la demostración del móvil para cometer el homicidio. La hipótesis de los motivos que trabajó el juzgador referente al interés en la muchacha Celina Moreno no aparece demostrada en el proceso. El informe de la Inspección de Policía de Ubalá de noviembre 10 de 1990 nunca fue ampliado.

RAMON HIDALGO y el occiso eran amigos y entre ellos nunca medió discusión el día de los hechos. Tampoco aparece demostrado el indicio de capacidad para delinquir, y de subsistir alguna sospecha por existir otro proceso, éste terminó con cesación de procedimiento. Por ello discrepa de los razonamientos del Tribunal cuando sostiene que el proceso contravencional sigue vigente.

No aparecieron las huellas materiales del delito –continúa–, y como ningún testigo afirmó haber visto al autor del disparo, se carece de la prueba que identifique a éste con el acusado. No comparte la apreciación que los falladores hicieran respecto del indicio de ocultamiento personal, pues si HIDALGO no se presentó ante la justicia fue para evitarse el

enojoso y criticado procedimiento. Muchos casos se han presentado añade, en los que las personas concurren ante los funcionarios y después de algunos años de permanecer privados de la libertad, simplemente se les dice que son inocentes.

Capitulando a continuación sobre otras circunstancias del caso, el libelista sostiene que su cliente colaboró con la justicia al referir la manera como habían ocurrido los hechos; que si en principio hizo referencia a un vehículo, fue porque al otro apenas lo divisó al llegar a la esquina. Insiste en que entre acusado y víctima no existía disgusto, pareciéndole improbable que de existir enemistad hubieran permanecido juntos a sabiendas de que estaba armado.

No existe la prueba directa, nadie vio que el acusado disparara, tampoco se le encontró en su poder el revólver ni pudo éste por consiguiente ser cotejado para ofrecer identidad con el proyectil encontrado en el cuerpo de la víctima. Tampoco existen objetos o rastros en contra de RAMON HIDALGO, pues el proceso apenas arroja pruebas circunstanciales (sospechas) que no alcanzan a cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Insiste en sostener que en el proceso aparece una gran cantidad de contradicciones entre declarantes, pero solo resalta la de la esposa de Martín Sorza cuando sostiene que al momento del disparo se encontraba hablando con Omar, en tanto este afirma que ya iba en la puerta del establecimiento. Repite que a ninguno de los deponentes le consta que el acusado fuera el autor del disparo, pese a que dentro del establecimiento se encontraban aproximadamente 15 personas, insistiendo en que HIDALGO corrió por el pánico que experimentó ante el autor del homicidio.

Otros motivos de inconformidad expone pero en contra de las apreciaciones del Fiscal y del Ministerio Público, recordando que el día de la audiencia pública se hizo comparecer a Julio Cesar Guzmán y a Omar Alirio Aguilera quienes afirmaron que el enjuiciado no fue quien hizo el disparo; y que si en principio se le señaló como el responsable, fue porque se oyó decir que había sido un tal Hidalgo el causante de la muerte de Arquímedes Beltrán.

No admite que por el hecho de haber estado abrazado a la víctima en el momento del disparo, pueda tenerse al acusado como autor de la agresión; pues de haber sido así lo hubiera callado en la injurada. Persiste en la justificación de los motivos de RAMON ANTONIO para salir corriendo, y agrega que si bien existe una denuncia por las lesiones que con anterioridad había sufrido la víctima de manos del acusado, tal investigación culminó con cesación de procedimiento, hecho que lo favorece. Hace nueva alusión a Celina Moreno, así como a la trayectoria del disparo para rebatir que por haber impactado en la región temporal derecha dejando tatuaje con salida por la región temporal izquierda, se diga que necesariamente el autor tuvo que ser el enjuiciado, concluyendo con la siguiente manifestación:

“El Tribunal basó su alegato teniendo en cuenta aspectos no comprobados dentro del sumario, únicamente haciendo deducciones y juicios muy respetables pero que la defensa a través de esta demanda se ha permitido desvirtuar y mal pudiera decirse que el procesado quiso la muerte de su semejante”.

De prosperar la causal solicita que se dicte fallo absolutorio de acuerdo a lo estipulado en los Artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, acogiendo las dudas que se ofrecen en el proceso, y habida cuenta que nadie observó al autor del disparo causante de la muerte de Jorge Arquímedes Beltrán Romero.

Concepto del Ministerio Público:

Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal la demanda acusa innumerables fallas técnicas que conducen a su irremediable fracaso. Es así como el censor enuncia la violación de la ley sustancial, pero sin señalar si su queja corresponde a la vía directa o a la indirecta, y aun cuando desarrolla el cargo por la segunda forma, tampoco determina si se atenía al error de hecho o de derecho. Luego invoca simplemente los artículos 247 del Código de Procedimiento Penal atinente a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad para condenar, y 445 ibídem, pretendiendo el reconocimiento de la duda respecto de la responsabilidad del acusado.

Las declaraciones de los testigos citados por el recurrente para intentar edificar un error de hecho por falso juicio de identidad al haber sido desfigurados por el sentenciador, para la Delegada es una invocación que no se ajusta a la realidad. El juzgador de segunda instancia apreció con fidelidad lo narrado por los deponentes, y fue el actor quien pretendió hacerle decir a la prueba aquello que le convenía; enfrentando su criterio personal a las apreciaciones que tuvo el Tribunal al momento de la valoración probatoria. En tales casos como se ha reiterado, dada la presunción de acierto que se le atribuye al juzgador, es su criterio el que prima sobre el del censor.

El Tribunal de Cundinamarca añade, tomó los testimonios recepcionados como hechos indicadores y construyó el indicio grave del móvil. Del comportamiento del sindicado –abandono del lugar del crimen sin preocuparse del auxilio de su amigo–, pudo deducir el indicio grave de la fuga; y con base en la diligencia de necropsia que describe el tatuaje dejado por el disparo llegó a la conclusión de que era el acusado la única persona causante de la muerte, en el momento en que abrazaba a la víctima.

Si bien es cierto como lo afirma el recurrente que ningún testigo vio quien ejecutó el disparo, el juez con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso pudo inferir que ese autor había sido el procesado. Está demostrado objetivamente que el acusado huyó del sitio de los acontecimientos, y en lo que tiene que ver con la inseguridad demostrada por la Sorza en su declaración, fue un hecho que para el fallador no incidía en lo fundamental de la investigación. La existencia del móvil, la ausencia de la discusión, como de declaración de quien hubiera visto al autor del disparo y aún la desestimación de las exculpaciones del acusado, fueron apreciaciones propia de la órbita del Juzgador dentro de la convicción lógica que la ley le otorga, sin que por ello se de el error acusado por el accionante.

El fallador tampoco llegó a considerar la existencia de la duda, pues la certeza sobre la responsabilidad del procesado la dedujo de los indicios graves obrantes en el expediente.

Con apoyo en pronunciamientos de esta Corporación, la Delegada concluye que no se presentó “error de hecho alguno que sea grave,

ostensible y manifiesto como para que se quebrante la sentencia que sería la única manera de eliminar la doble presunción de legalidad y acierto que ampara la sentencia". Como consecuencia se permite sugerirle a la Corte no casar el fallo impugnado por el defensor de RAMON HIDALGO AGUILERA.

Consideraciones de la Corte:

Resulta evidente, según lo ha puesto de resalto la Procuraduría Delegada, que el censor en su escrito de demanda desatiende la naturaleza y fines del recurso extraordinario intentado, pues mientras que él constituye una impugnación a la sentencia por vicios de procedimiento o de juicio taxativamente indicados en la ley, encaminando los reproches a la identificación de un agravio que se demanda reparar, de forma libre el casacionista se distancia tanto de los fines como de las formas que atañen con el recurso extraordinario para enderezar una serie de reparos subjetivos y genéricos al contenido y la interpretación de los medios probatorios allegados, a fin de proponer con base en ellos la presencia de la duda.

Dentro de esa metodología extraña a este recurso extraordinario, y limitándose a invocar tan solo la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, ni siquiera apunta el censor a señalar si la vía de sus reparos es la de la violación directa o la indirecta de la ley sustancial.

Cierto es que al ocuparse luego con exclusividad de dirigir reparos al contenido y credibilidad de las pruebas, de hecho opta por seleccionar la violación indirecta de la ley. Mas, de allí en adelante vuelve a omitir toda precisión sobre los errores que acusa, si son de hecho o de derecho, y en cada caso, si el planteamiento se encamina a acreditar falsos juicios de existencia o de identidad, óra de legalidad o convicción, caracterizando el libelo por falta de claridad y precisión, y desatendiendo la diferencia que existe entre los medios de gravamen por los cuales se lleva a una revisión amplia y general de instancia, con los de impugnación y en particular la casación, estrictamente orientada a conseguir la anulación de la sentencia por los vicios que logre acreditar el recurrente, con propia iniciativa dentro del debate, pero ceñido a las taxativas causales y motivos que autoriza la ley.

Para el caso que se controvierte, no se queda sin embargo el censor en el solo desconocimiento de los requisitos técnicos que se enuncian. También su examen de las pruebas desatiende los razonamientos sobre los cuales construyó el Tribunal *ad-quem* las premisas del fallo de condena, y al hacerlo deja incólumes los fundamentos sobre los cuales descansa la decisión adversa.

En cuanto hace al dicho de los declarantes Martín Sorza, Omar Alirio Aguilera Jiménez, Pastora González Vargas, Julio Cesar Guzmán, que parecen acusarse de desatendidos, la referencia analítica de su contenido aparece en el fallo de primer grado con apego a lo expuesto por cada uno de ellos (fs. 289 y 290 del informativo). El Tribunal, por su parte, los cita como aparece a folios 18 y 19, y si bien es cierto que nada dice respecto de las manifestaciones vertidas por María Alcira Beltrán Urrego y Humberto de Jesús Urrego, también lo es, como lo apunta el casacionista, que se trataba de personas sin una percepción directa de lo ocurrido, y por lo mismo sin incidencia en la determinación que se acusa. Las declaraciones, entonces, no fueron arbitrariamente dejadas de apreciar, tampoco llegaron a distorsionarse, y asumidas como aparecen dentro de parámetros lógicos, menos se acreditan objeto de error alguno con incidencia en lo resuelto.

Tampoco asiste razón al recurrente en los reparos que hace sobre las manifestaciones exculpativas del implicado y su falta de connotación en la sentencia. A partir del folio 15 de la providencia del *ad-quem* con amplitud la excusa se analiza y desestima cotejándola frente a las demás probanzas allegadas al informativo:

a) RAMON HIDALGO dijo que abrazaba a Beltrán cuando escuchó el disparo y vio a una persona de poncho y de sombrero blanco que corría, a la cual se le unió otra que esperaba en la puerta, momento en el cual solamente se encontraban dentro de la cantina Beltrán, HIDALGO, Julio Cesar Guzmán y Omar Alirio Aguilera. La huida se realizó en dos automotores y pudo ser apreciada por unas quince personas que se encontraban en el sitio.

Oídos, sin embargo, Julio Guzmán y Alirio Aguilera durante la diligencia de audiencia, fueron enfáticos en afirmar que no les consta la presencia de

los dos sujetos a quienes se refiere el procesado –uno de sombrero y poncho blanco–, ni observaron vehículos estacionados al frente de la tienda o en la esquina del parque, ni antes ni después del homicidio (fols. 267 y 268, respectivamente). Además, Omar Alirio ratifica lo que había dicho en su versión primera, valga decir, que el individuo que abrazaba al que luego resultara muerto fue el mismo que salió corriendo hacia el parque (fol. 270), actitud que identifica la conducta confesa de Ramón Hidalgo. Los citados deponentes igualmente coinciden en que en el establecimiento no había otras personas, y en ello los confirman Pastora González Vargas y Julio Cesar Guzmán, complementación testimonial que acaba por desvirtuar la afirmación del acusado en el sentido de que muy cerca se encontraban unas 15 personas, eslabón primero de su cadena de contradicciones.

b) Que el revólver del acusado era calibre 32, en tanto el proyectil que causó la muerte a Beltrán era de calibre 38.

Fue reconocimiento expreso de RAMON HIDALGO que cuando del local huyó lo hizo llevando en sus manos un revólver. Es cierto que al referirse al arma dijo que se trataba de un calibre 32, pero para poder corroborar o descartar esa excusa, jamás facilitó el acusado ese instrumento impidiendo con ello los cotejos que hubiesen permitido relevarle del indicio de medios edificado en su contra. Por ello el Tribunal da por “evidente la despreocupación de HIDALGO para tratar de que el arma que portaba la noche de los hechos y que, según él correspondía a un revólver calibre 32, fuese puesto a disposición de la justicia, para los cotejos científicos de rigor con el proyectil que obra en autos”. Luego lo que se pretendió como excusa se restringió a la aceptación de un hecho incriminante y solo a ello, al impedir por propia voluntad las pruebas de descarte, obligando la estimación de ese hecho indicativo (acreditado además por el testimonio de terceros) a través de otros medios probatorios.

c) Que no se demostró el móvil, porque el proceso por lesiones seguido contra HIDALGO por una agresión anterior en contra de Jorge Arquímedes Beltrán terminó a su favor.

Lejos de mostrarse ajeno o errático el juzgador en el análisis de este aspecto, su sentencia analiza el móvil evocando esas desavenencias existentes entre acusado y víctima, admitiendo que Beltrán Romero fue lesionado el 10

de noviembre de 1990 e incapacitado por diez días, hecho por el cual se denunció a RAMON ANTONIO HIDALGO. De esas diligencias conoció el Juzgado Promiscuo Municipal de Ubalá, profiriendo en contra de HIDALGO medida de aseguramiento, antes de pasar la actuación por competencia (Ley 23 de 1991) a la Inspección, sin que obre constancia sobre la cesación de ese procedimiento como el libelista lo propone.

Así no pueda otorgarse al caso valor de antecedente por falta de sentencia adversa. El hecho en sí tenía que aceptarse revelador al menos de antagonismo entre el lesionado y la persona a quien denunciaba según certeramente lo analizó el *ad-quem* en su sentencia, sin que la sola opinión del impugnante carente de respaldo, logre entrar a desvirtuar la solidez de hechos indicadores tan dicientes.

d) Que nadie vio la acción del disparo, e) tampoco el día de los hechos medió disgusto entre la víctima y el procesado y f) en contra de HIDALGO sólo se tienen sospechas y hechos meramente circunstanciales, diferentes de la prueba que exige el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para condenar.

Así se admita que nadie vio la ejecución del hecho ni identificó quien hizo el disparo, la ausencia de la prueba directa se suplió con la presencia de HIDALGO AGUILERA limitando en un abrazo al ofendido mientras se le hacía víctima de un disparo, a tan corta distancia, que le produjo un tatuaje sobre la región temporal derecha. Ocasionada la agresión se suma contra la explicación del acusado el indicio de huida, cuando era de esperarse que entre amigos se mostrase interés por la atención inmediata del herido, fuga que de añadido se escenifica llevando a la mano un arma del mismo género de la empleada en el ataque.

Esta conducta demostrada solo completa la secuencia indiciaria acogida en la sentencia de condena, donde se concatenan la oportunidad, los medios, el motivo y la voluntad de eludir la acción de la justicia, hechos que predicables exclusivamente en el enjuiciado, no consigue el censor entrar a desvirtuar con la sola presentación crítica incompleta y parcializada de unas pruebas que fragmentariamente avalan la explicación del encausado.

g) Añadir como argumento impugnatorio que el dicho de la esposa de Martín Sorza, el dueño del local donde sucede la tragedia, se halla

matizado de contradicciones, nada en realidad afecta en su validez el fallo de condena, pues bien se ve que este testimonio no fue el único considerado por los Juzgadores para erigir el fallo de condena, así que las discrepancias internas en sus afirmaciones, o su contradicción con la versión de otros declarantes en nada afecta la decisión controvertida, edificada sobre otros sólidos soportes que la demanda deja erguidos.

h) Por último tiene que decirse que atacar en casación las intervenciones que tanto el Fiscal como el agente del Ministerio Público tuvieron dentro de la diligencia de audiencia, es incurrir de nuevo en desacierto, porque el motivo del recurso extraordinario está en la demostración de errores in procedendo o in iudicando respecto del fallo que se ataca y se pide sea infirmado, más no en la controversia de las intervenciones de las partes así hayan repercutido o no en la sentencia.

Del mismo modo, censurar que no se tuvo en cuenta de esa diligencia el dicho coincidente de Julio Cesar Guzmán y Omar Alirio Aguilera cuando adujeron que RAMON HIDALGO no fue quien realizó el disparo, es tema que sin apuntar certeramente a un error de hecho o de derecho se define a la postre por la confianza que merecieron estos declarantes frente a la fuerza de la prueba indiciaria, aspecto que mereció en su momento al juzgador de primer grado el análisis que sigue:

“...las versiones rendidas por los testigos en la diligencia de audiencia pública, en vez de exculpar a Hidalgo Aguilera de la muerte de Beltrán Romero, como lo afirma su defensor, más bien lo que hacen es comprometer la responsabilidad del procesado y más aún cuando desvirtúan la coartada que hace el enjuiciado en su indagatoria al tratar de inmiscuir en forma imaginaria a terceras personas que supuestamente intervinieron en los hechos para así sacar su responsabilidad y como lo dijimos anteriormente estos testimonios desmienten la presencia de los imaginarios personajes en el momento de los hechos, al igual que la de los supuestos vehículos, que según el procesado, los estaban esperando...”

En suma: si la duda que plantea la demanda no tuvo arraigo ante los juzgadores de instancia, era deber exclusivo del actor entrar a demostrarla en su demanda con toda claridad y contundencia, acreditando que su

incidencia en la sentencia era tal, que de haberse reconocido hubiera determinado un fallo opuesto.

Obligación semejante no se suple en casación recurriendo a las simples conjeturas, a apreciaciones personales sin seriedad ni contundencia, menos con formulaciones imprecisas y desentendidas de su sometimiento exacto a las causales taxativas del recurso extraordinario como a su inexcusable claridad, informalidad que en el caso de la crítica a la prueba de indicios imposibilitó saber en este caso el alcance mismo del ataque, indefinido dentro de la amplia perspectiva que va desde el cuestionamiento de esa evidencia como medio probatorio, hasta el enervamiento de los hechos indicantes, cuando no a la proposición del error dentro del raciocinio lógico que encierra las conclusiones indicadas, lo que en cada caso demandaba unas exigencias técnicas específicas y diferentes, en este caso incumplidas.

No se aplicó el censor a identificar dentro de la causal la clase de errores advertidos, tampoco a demostrarlos, y menos a señalar su incidencia en el sentido del fallo que ataca, motivos suficientes para que el cargo planteado no prospere.

Por 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 el fallo que impugna el defensor del acusado RAMON ANTONIO HIDALGO AGUILERA, de fecha, origen y contenido analizados en esta decisión.

Cópiese; devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreno Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Paéz Velandia, no firmó; Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Godrillo Lombana, Secretario.

IMPEDIMENTO / INTERES EN EL PROCESO

Se viene diciendo por la jurisprudencia y la doctrina que los impedimentos son limitaciones a la capacidad subjetiva de los administradores de justicia en procura de garantizar la rectitud de esa delicada función, siendo su fin último el de excluir al funcionario del conocimiento de determinados asuntos a él asignados por la concurrencia de ciertas circunstancias que pueden influir, concientemente o no, en sus determinaciones, en pro o en contra del procesado, pretendiendo con ello guardar la independencia, severidad y rectitud que deben tener los funcionarios judiciales.

Cuando la ley señala que una vez advertida la existencia de una causal de impedimento debe el funcionario hacer la correspondiente declaración, está significando que si bien no es necesaria prolija motivación por quien la hace, si al menos debe circunstanciarla para que quien está llamado a conocer del impedimento pueda tener suficientes elementos de juicio para establecer si se tipifica legalmente la causal alegada y proceder de conformidad.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., septiembre primero de mil novecientos noventa y cuatro*

Magistrado Ponente: Doctor Dídimo Páez Velandía.

Aprobado Acta número 095 de agosto 30 de 1994.

Vistos:

De plano decide la Corte el impedimento conjunto propuesto por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán doctores JAIME VALENCIA LOPEZ y ALIRIO ZUÑIGA

GUZMAN y no aceptado por la Sala integrada por los Magistrados doctores GUILLERMO LEON BRAVO C., JESUS ALBERTO GOMEZ y JUAN MANUEL IGUARAN MENDOZA.

Antecedentes inmediatos:

De las informaciones del proceso resulta que la Unidad Trece de Fiscalía Especializada de la Fiscalía General de la Nación con sede en Popayán adelantó investigación contra JOSE IVAN MEJIA QUINTERO, por infracción a la Ley 30 de 1986, dentro de la cual a petición del imputado se llevó a cabo la audiencia especial prevista en el artículo 37 del C. de P.P. para posibilitar la terminación anticipada del proceso, diligencia que arrojó como resultado que hubiera acuerdo entre Fiscal y acusado sobre hecho y sanción, acuerdo condicionado al otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

El Juez 4o. Penal del Circuito de esa localidad, aceptó parcialmente el acuerdo, pues en tanto condenó a la pena convenida, inadmitió la concesión del subrogado penal, lo cual fue objeto de apelación por parte de la defensa, siéndole el recurso denegado. Se acudió entonces al recurso de hecho, en procura de que el *ad-quem* concediera la apelación, correspondiendo desatarlo a la Sala compuesta por los Magistrados JAIME VALENCIA LOPEZ (Ponente) ALIRIO ZUÑIGA GUZMAN y GUILLERMO LEON BRAVO C., la cual lo declaró improcedente, con salvamento de voto de éste último.

Encontrando la defensa que al acusado se le estaban conculcando los derechos constitucionales fundamentales con el proceder del Juzgado y del Tribunal, invocó la acción de tutela en busca de su restablecimiento ante la misma Corporación, logrando su objetivo, toda vez que la Sala integrada por los Magistrados JUAN MANUEL IGUARAN MENDOZA (Ponente), DIEGO MUÑOZ BARRAGAN y JESUS EDUARDO NAVIA LAME, en fallo de fecha 9 de agosto del año pasado (fl. 29 anexo fotocopias) resolvió: "...PRIMERO.- TUTELAR derechos constitucionales fundamentales del procesado JOSE IVAN MEJIA QUINTERO, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO.- ORDENAR que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir del recibo del correspondiente oficio,

el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán remita al Tribunal Superior el proceso seguido contra JOSE IVAN MEJIA QUINTERO por el delito de “VIOLACION A LA LEY 30 DE 1986” (Estatuto Nacional de Estupefacientes) a fin de dar curso al recurso ordinario de apelación ya mencionado. TERCERO.- Recibido el proceso en el Tribunal Superior se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor...” La Corte Suprema de Justicia conoció, por vía de impugnación, la anterior sentencia, confirmándola mediante la suya de fecha 3 de noviembre de 1993 (fl. 59 Cdo. anexo de fotocopias).

En cumplimiento del fallo de tutela el Tribunal Superior entró a revisar la actuación llevada a término por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito y como hallara vicios en la misma encontró obligado decretar la nulidad “...de lo actuado a partir de a providencia protestada, con el fin que el funcionario de primera instancia proceda a ejercer en legal forma el control de legalidad con respecto al acuerdo de que se trata, pero siempre como lo indica el peticionario proveyendo” en la oportunidad correspondiente, si se inclina por una aprobación del convenio, pero total de los extremos del mismo, o si se considera que hay razones para obrar en sentido contrario, improbarlo...” (Las comillas y lo subrayado, del texto original) (fl. 38 Cdo. anexo de fotocopias).

El funcionario de instancia improbó el acuerdo en cuestión en decisión que cobró ejecutoria y separados del conocimiento Fiscal y Juez que intervinieron en la comentada actuación, el proceso tuvo el trámite regular bajo la dirección del Juez Sexto Penal del Circuito hasta el pronunciamiento del fallo de condena de primer grado que fue oportunamente apelado por el defensor del procesado.

Los Magistrados JAIME VALENCIA LOPEZ y ALIRIO ZUÑIGA GUZMAN fincan su impedimento para conocer del proceso en lo normado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, numerales 10. y 12, inciso 2o.

En sustento de ello se remiten a la sentencia de tutela de la Corte, confirmatoria de la de primera instancia, cuyo aparte transcriben, en el cual se critica la providencia mayoritaria del Tribunal de declarar la improcedencia del recurso de hecho por haberse llegado a tocar puntos que precisamente no correspondían al estudio del tema de la concesión

de la apelación denegada en primera instancia, a lo cual se aspiraba por el recurrente. Agregan:

“Es decir, que hasta la presente, y así lo entiende el defensor en el alegato que antecede presentado a manera de sustentación, aún nos encontramos vinculados intelectual e interesadamente con aquellas argumentaciones jurídicas consignadas en auto mayoritario de Sala del 28 de junio de 1993 esto es, el que fue objeto de la tutela, y por tanto inhabilitados por este primer aspecto, para obrar con la independencia e imparcialidad que deben presidir las decisiones judiciales.

“De otro lado, las mismas constancias procesales relacionadas al principio de este escrito, permiten establecer que el señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Popayán, quien conocía con anterioridad del asunto, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sala en providencia de 28 de junio de 1993, resolvió IMPROBAR EL ACUERDO (mayúsculas del texto original) y por consiguiente no sólo dicho funcionario sino “el Juez de segunda instancia que intervino en la decisión”, ha quedado impedido para conocer del proceso...”

El impedimento manifestado no fue aceptado por la Sala que se integró para conocerlo, porque, de un lado, los Magistrados de la Sala que hacen la declaración de impedimento no intervinieron “...para conocer y decidir de fondo sobre la validez o invalidez jurídicas de decisión aprobatoria (sentencia) o improbatoria (auto) del acuerdo entre los sujetos procesales habilitados en la institución de la terminación anticipada del proceso...” y por ello válidamente no pueden invocar el ordinal 12, inciso 2o. del artículo 15 de la Ley 81 de 1993.

De otro lado, no encuentran razón para que se alegue interés inhabilitador, puesto que si es puramente intelectual, no está consagrado como causal de impedimento, y si es personal, los Magistrados, al carecer de vínculos con las partes intervinientes, aparecen ajenos a los resultados de la actuación.

Consideraciones de la Corte:

Se viene diciendo por la jurisprudencia y la doctrina que los impedimentos son limitaciones a la capacidad subjetiva de los

administradores de justicia en procura de garantizar la rectitud en esa delicada función, siendo su fin último el de excluir al funcionario del conocimiento de determinados asuntos a él asignados por la concurrencia de ciertas circunstancias que pueden influir, conscientemente o nó, en sus determinaciones, en pro o en contra del procesado, pretendiendo con ello guardar la independencia, severidad y rectitud que deben tener los funcionarios judiciales.

Al mecanismo del impedimento han acudido los Magistrados atrás citados, por presentarse, según ellos, las causales previstas en los numerales 1o. y 12, inciso 2o. del artículo 15 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 103 del C. de P.P., derivados de tener interés en el proceso y por haber intervenido en la decisión que improbo el acuerdo de Fiscal y acusado.

Cuando la ley señala que una vez advertida la existencia de una causal de impedimento debe el funcionario hacer la correspondiente declaración, está significando que si bien no es necesaria prolija motivación por quien la hace, sí al menos debe circunstanciarla para que quien está llamado a conocer del impedimento pueda tener suficientes elementos de juicio para establecer si se tipifica legalmente la causal alegada y proceder de conformidad.

En el caso que se examina, lejos están los Magistrados que se declararon impedidos de haber cumplido con esa obligación, pues antes que manifestar cuál era su real estado de espíritu en punto a su independencia moral de cara al proceso, se limitaron a hacer superficiales e inexactas interpretaciones sobre lo que constituyó su actuación en el proceso y lo que la ley efectivamente eleva a la categoría de causal de impedimento.

No encuentra la Corte que en la providencia del 28 de junio del año pasado, mediante la cual mayoritariamente los Magistrados cuya declaración de impedimento hacen hubieran resuelto cosa diferente a lo que constituía el recurso de hecho, declarándolo improcedente, así en su resolución se hubieran extraviado en el objeto de estudio a otras materias, (de seguro porque a tiempo de sustentar el recurso de hecho la defensa introdujo petición extraña al recurso mismo) extravió que obligó a la Corte en su momento a hacerles el correspondiente reparo por falta de concreción.

Tan no fue el propósito de la Sala mayoritaria abordar el estudio de la sentencia del Juzgado 4o. Penal del Circuito por medio de la cual aprobó parcialmente el acuerdo para terminar anticipadamente el proceso, que en su decisión se lee:

“...aquí la Sala debe decidir es acerca de la procedencia del recurso de hecho con respaldo en las argumentaciones contenidas en la providencia de primera instancia que resolvió en forma negativa al considerar su improcedencia por estricta aplicación del artículo 37 del C. de P.P., y aquellas alegadas por la defensa, pues siempre lo ha reiterado: mientras no nazca a la vida jurídica ese conducto regular (la concesión de la apelación) que garantice la protección del derecho de defensa a través del principio como el de la doble instancia, el de la reformatio in pejus, el debido proceso, entre otros, carece del poder de revisión correspondiente... (pág. 6).

En consecuencia, si no fue intención de la Sala estudiar la viabilidad jurídica de la sentencia en comentario, como en efecto no lo hizo, y si como consecuencia de ello no hubo adelantamiento de criterio sobre la validez de la misma por parte de los dos Magistrados que se manifiestan impedidos, resulta inapropiado en ese sustento remitir a la causal contemplada en el numeral 12, inciso 2o. del artículo en cita, porque al allí exigirse que la segunda instancia “haya intervenido en la decisión”, supone un pronunciamiento de fondo sobre contenido y legalidad de la misma, lo que, se reitera, aquí no aconteció.

Tampoco la Sala en cuestión hizo acometimiento intelectual en torno a la responsabilidad, aspectos punitivos y los que son ajenos, en la providencia del 22 de septiembre del mismo año, como quiera que lo allí resuelto se contrae a la declaratoria de nulidad de lo actuado, con miras a que el Juez del Circuito corrigiera el entuerto que la había generado adoptando una de las dos determinaciones que la ley consagraba frente al acuerdo para dar por terminado anticipadamente el proceso, pues ello no comportaba imposición sobre la forma última como debía resolverse, sino de atender la cumplida previsión normativa al respecto que sólo contemplaba dos alternativas.

Dentro del escrito sustentatorio del recurso de apelación interpuesto por el abogado de la defensa contra la sentencia que puso fin a la primera

instancia, no aparece expresión alguna que incite a los dos Magistrados a que se declaren impedidos para conocer del proceso por el concurso de circunstancias que los inhabilite "...para obrar con la independencia e imparcialidad que deben presidir las decisiones judiciales...", como ellos lo pretenden. Sencillamente se alude a que por virtud del mal tratamiento dado al acuerdo para terminar anticipadamente el proceso se hizo nugatorio el reconocimiento del descuento punitivo a que por ley tenía el imputado derecho y, por el contrario, se insta a la Sala a que asuma el conocimiento del proceso para que "...el TRIBUNAL, por vía doctrinal y siendo creativo podría reparar este error judicial y restituir el derecho a la parte..." (fl. 502), que es superlativamente distinto.

Finalmente, ante la falta de motivación del interés que podría asistirles, dadas sus actuaciones procesales, dedúcese que el único que podría acompañarlos sería el meramente intelectual o jurídico que, como tal, no está consagrado en la ley como causal de impedimento.

Siendo así las cosas, fluye que ninguna razón les asiste a los Magistrados que se declararon impedidos en este asunto.

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

Resuelve:

Dirimir el incidente de impedimento propuesto por los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, doctores JAIME VALENCIA LOPEZ y ALIRIO ZUÑIGA GUZMAN, en el sentido de que no les asiste la razón. Vuelva el proceso al Tribunal de origen para que se proceda de conformidad.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

**COLISION DE COMPETENCIA /
FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO /
COMPETENCIA A PREVENCION**

La falsificación en todo o en parte de un documento público, constituye delito, trátase de una alteración material o ideológica del documento. Es igualmente conducta punible el uso que se haga de un documento falso; sin embargo, cuando quien falsifica el documento público es el mismo que lo usa, la legislación penal colombiana, integra en un solo tipo penal estos comportamientos, con indudable beneficio penológico para el inculpatado.

Puede afirmarse entonces, que el hecho punible objeto de juzgamiento se consumó en diversos lugares y por ello debe conocer del proceso el funcionario judicial competente por la naturaleza y del lugar... en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción...”, según lo dispone el art 80 del C. de P.P. que regula la competencia a prevención.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., septiembre primero de mil novecientos noventa y cuatro.*

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 95 agosto 30/94

Vistos:

Corresponde a la Corte, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 68 - 5 del C. de P.P. dirimir de plano la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Cali y el Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, dentro de la causa que

por el delito de Falsedad en Documentos Públicos se adelanta contra la señora Nilsa María Morales.

Hechos y actuación procesal:

Mediante maniobra engañosa, NILSA MARIA MORALES, obtuvo en la población de Zarzal (Valle del Cauca) una cédula de ciudadanía expedida a nombre de Cristina García Tamayo. Con este documento público falso en su contenido, Nilsa María se presentó ante la Gobernación del Valle del Cauca y allí obtuvo el Pasaporte número C-621577 también a nombre de Cristina García y en posesión de dicho documento se trasladó a la ciudad de Bogotá; pero para su infortunio en el aeropuerto las autoridades descubrieron la falsedad de los documentos que la mujer empleaba para tratar de salir del país, y capturada fue puesta a órdenes de la Fiscalía.

Concluida la investigación, la Fiscalía Delegada 101, mediante providencia del 18 de noviembre de 1992, profirió resolución de acusación contra la sindicada, por los delitos de falsedad en documento público (concurso), y uso de documento público falso.

Adelantada la causa y cuando el proceso se hallaba en espera de la celebración de la audiencia pública, el señor Juez Cincuenta y Tres Penal del Circuito de la ciudad de Bogotá, argumentando que la falsedad había tenido consumación en la ciudad de Cali y que en la ciudad de Bogotá sólo se había hecho uso del documento apócrifo, circunstancia que en su concepto constituye tan sólo una circunstancia de agravación punitiva, resolvió remitir el expediente por competencia a los jueces del Circuito de Cali.

El señor Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Cali, aceptó que en realidad la falsedad por elaboración de documentos públicos había tenido ocurrencia en el Valle del Cauca. Pero, que como el pasaporte y la cédula de ciudadanía falsos se usaron en la ciudad de Bogotá en comportamiento constitutivo de delito, debía concluirse que el hecho punible se había realizado en varios sitios y que por ello, el Juez competente para conocer del proceso, lo era el de la ciudad de Bogotá, donde se usó el documento, se formuló la denuncia y se adelantó la investigación.

Se considera:

La Corte comparte el criterio del señor Juez Penal del Circuito de Cali. De acuerdo a la calificación jurídica dada al comportamiento punible en la resolución de acusación y según lo acreditado hasta ahora en el proceso, se perfila con mayor nitidez, como comportamiento punible imputable a la acusada, la realización de dos delitos de falsedad material (concurso homogéneo) en documento público, consumados en el Valle del Cauca, agravados por el uso que se hiciera de dichos documentos como medio de prueba en la ciudad de Bogotá.

Sabido es, que tanto la falsificación en todo o en parte de un documento público, constituye delito, trátase de una alteración material o ideológica del documento. Es igualmente conducta punible el uso que se haga de un documento falso; sin embargo, cuando quien falsifica el documento público es el mismo que lo usa, la Legislación Penal Colombiana, integra en un solo tipo penal estos comportamientos, con indudable beneficio penológico para el inculcado.

Puede afirmarse entonces, que el hecho punible objeto de juzgamiento se consumó en diversos lugares y por ello debe conocer del proceso el funcionario judicial competente por la naturaleza y del lugar "... en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción...", según lo dispone el art. 80 del C. de P.P. que regula la competencia a prevención.

Como en el caso que se analiza, la denuncia por el delito que ocupa la atención de la Sala se formuló en la ciudad de Bogotá y en esta misma se abrió la investigación y se profirió resolución de acusación, es el Juez del Circuito de este territorio el que debe continuar con el trámite de la causa.

Por estas razones, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, *dirime* la presente colisión, otorgando la competencia para conocer de la causa al señor Juez Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, a quien se remitirá el expediente.

Hágase conocer lo aquí resuelto al señor Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Cali.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

POLICIA JUDICIAL

Sería absurdo exigirle a las autoridades de tránsito que para elaborar un determinado plano o informe de colisiones automovilísticas, se exigiera su presencia simultánea con la producción del hecho. Su función como policía judicial, ejercitable de manera constante y natural, consiste en acudir cuanto antes al lugar para establecer y consignar en su informe todos aquellos detalles que puedan llegar a esclarecer la causa de lo acontecido, así como sus circunstancias y características propias.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., dos de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 96 de 31 de agosto de 1994.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado RAFAEL ANTONIO CLAVIJO BOHORQUEZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, fechada 13 de mayo de 1993, mediante la cual se condenó a éste a la pena principal de dos (2) años de prisión, multa de un mil pesos (\$1.000.00) y suspensión en el oficio de conducir vehículos durante un (1) año, por haber sido hallado responsable del delito de homicidio culposo.

El recurso lo concedió el mencionado Tribunal por auto de 22 de junio de 1993, en tanto que la correspondiente demanda se declaró ajustada a las formalidades legales en proveído de esta Corporación fechado 8 de octubre del mismo año.

Corrido el traslado de rigor se recibió el concepto emitido por el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros aparecen sintetizados por la Delegada así:

“El día trece de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, alrededor de las diez de la noche, a la altura del sitio denominado Alto de las Rosas de la carretera Bogotá-Silvania, kilómetro 20.80, colisionaron los vehículos marca Jeep de placas AD 4600 conducido por el señor ANTONIO CLAVIJO BOHORQUEZ y el camión Ford de servicio público de placas SN 5045 que manejaba José Francisco Prieto Cabrera.

“Como resultado de dicha colisión, falleció el señor Angel Eduardo Acosta Chávez, quien viajaba en el vehículo que conducía el procesado, quien también resultó lesionado”.

Sobre la actuación procesal la misma Delegada extracta lo siguiente:

“El Juzgado Noventa y Nueve de Instrucción Criminal de Soacha tuvo como base para ordenar la apertura de investigación, la diligencia de levantamiento de cadáver, croquis elaborado por las autoridades de tránsito y las declaraciones juradas de Blanca Leonor Martínez Fernández y Miguel Angel Bernal Camargo rendidas ante la Inspección Segunda Municipal de Policía de esa localidad.

“El mismo despacho instructor escuchó en diligencia de indagatoria a José Francisco Prieto Cabrera y RAFAEL ANTONIO CLAVIJO a quienes se les dejó en libertad mientras se les resolvía su situación jurídica.

“Luego de la práctica de varias diligencias, la investigación se declaró cerrada por auto del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y dos y el mérito del sumario se calificó en proveído del veintisiete de mayo de la misma anualidad con

resolución acusatoria en contra de RAFAEL ANTONIO CLAVIJO BOHORQUEZ, como presunto autor responsable del delito de homicidio culposo, al tiempo que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva. Al indagado José Francisco Prieto Cabrera se le favoreció con cesación de procedimiento.

“Apelada que fuera la decisión, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca cofirmó en su totalidad en proveído del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y dos.

“Las diligencias pasaron al Juzgado Penal del Circuito de Soacha el cual avocó su conocimiento en auto del veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y dos y ordenó que la audiencia se celebrara sin la intervención de jurado de derecho, el diecisiete de noviembre del mismo año.

“Celebrada en debida forma la audiencia pública, se dictó la sentencia de primera instancia que después fue confirmada por el fallador de segundo grado con algunas modificaciones en sentencia que ahora es motivo de esta impugnación extraordinaria”.

La demanda:

Un solo cargo le hace el censor a la sentencia del Tribunal y lo fundamenta en la causal primera de casación consistente en “violación de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de las pruebas que se tuvieron en cuenta para establecer la responsabilidad penal del inculpado...”

Alega el recurrente que tanto en el fallo de primera instancia como en la sentencia del Tribunal, la incriminación contra su defendido se fundamentó en dos pruebas: la primera, constituida por las versiones que dieron los conductores JOSE FRANCISCO PRIETO CABRERA (vinculado también por ir conduciendo el camión) y MIGUEL ANGEL BERNAL (conductor de otro automotor y testigo presencial del hecho);

y la segunda, consistente en el croquis levantado por la policía vial sobre el suceso automovilístico que se investiga. Y que dichas diligencias no constituyen plena prueba para condenar, “máxime cuando existen dudas razonadas dentro del plenario, como se puntualizó en el salvamento de voto”.

Afirma que el Tribunal incurrió en el grave error de otorgarle indirectamente el valor de prueba pericial al mencionado croquis, al considerarlo proferido por personal idóneo y debidamente capacitado para desempeñar sus funciones, cuando en realidad dicha diligencia no pasa de ser un simple informe rendido por funcionarios públicos (agentes de policía vial) que están lejos de ser peritos en materia de tránsito automotor pues son nombrados a dedo por recomendaciones políticas.

Agrega que dicho croquis no puede ofrecer ninguna certeza debido a que los funcionarios que lo levantaron nada presenciaron ya que llegaron dos horas más tarde y, además, lo anotado sobre posición y sitio en que quedaron los automotores resulta irrelevante para la investigación penal habida cuenta que el conductor del camión de placas SN-5045 “tuvo tiempo suficiente para acomodar su vehículo de acuerdo a sus conveniencias”.

También argumenta que su defendido no tuvo oportunidad de refutar el mencionado croquis porque sólo se le puso de presente el día de la audiencia pública y además que el mismo no fue ratificado bajo juramento por quienes lo elaboraron.

En cuanto a las señaladas versiones que califica como pruebas de cargo, expresa que el Tribunal les dio un alcance diferente al que merecían y desfiguró su sentido, por lo que estima “incurrió en violación de la ley sustancial por vía indirecta, por error de hecho en la apreciación de esas pruebas”.

Para demostrar dicho aserto expresa que no es lógico que una persona que conduce por una carretera a las diez de la noche pueda observar la velocidad a que se desplaza otro vehículo en sentido contrario, pues en su entender el sólo efecto de la luz vehicular, o fenómenos físicos como neblina, lluvia y oscuridad, le impiden observar los movimientos que

marcan su desplazamiento. Por consiguiente, dichos informantes exageraron sus apreciaciones, pese a lo cual se les dio crédito en consideración a sus buenas condiciones personales y sin que éstas se hubieran acreditado procesalmente.

Refiriéndose luego al concepto emitido por el Procurador Veintiuno en lo judicial, relievra la calificación de “antagónicas” que éste dio a las versiones obrantes en el proceso, lo que considera ajustado a la verdad ya que cada uno de los involucrados endilga la culpa de lo ocurrido al otro, para salvar su responsabilidad, razón que amerita el análisis imparcial de los elementos de juicio para buscar la certeza legal. Agrega que en este caso dicho examen no fue totalmente imparcial porque de las declaraciones rendidas por José Francisco Prieto Cabrera y Miguel Angel Bernal Camargo, sólo se extrajo lo que perjudica a su defendido mas no lo que lo favorece, puesto que de lo dicho por Bernal se desprende que los camioneros “iban apostando”, lo cual se evidencia con la abolladura que sufrió en su guardafango delantero derecho el camión conducido por Prieto Cabrera y esta circunstancia no se tuvo en cuenta por el fallador.

Finalmente anota que el accidente ocurrió cuando uno de los camiones intentaba sobrepasar al otro y por consiguiente, solicita se case la sentencia y en su lugar se absuelva a su defendido “al no existir prueba suficiente para condenar”.

Consideraciones de la Delegada y de la Corte:

Para la Procuraduría Tercera Delegada en lo penal son múltiples las fallas de técnica que acusa el escrito presentado a manera de demanda de casación, las que a su juicio impiden atender sus pretensiones. La Corte coincide con esta apreciación según pasa a explicarse:

Se endilga al Tribunal un error de hecho en la apreciación de ciertas y determinadas pruebas; sin embargo, no se dice si tal error obedece a falso juicio de existencia o de identidad, como tampoco dónde radica su efectiva configuración y cuál su trascendencia en el fallo. Y más bien se cuestiona el mérito de algunas pruebas a la manera de un alegato de instancia, como si con ello pudiera suplirse el necesario desarrollo lógico y completo del cargo planteado.

En efecto, la censura sobre el valor dado al referido croquis carece de fundamento, pues, como el mismo recurrente lo reconoce, el Tribunal en ningún momento lo consideró como prueba pericial. Cuestión bien distinta es que al valorarlo conjuntamente con los demás medios de convicción le hubiere merecido crédito como prueba documental que es, independientemente de las condiciones personales de quienes lo elaboraron, sobre las cuales conviene afirmar, de una vez, que se acercan más a una noción de aptitud que a un criterio de inidoneidad. El estar dedicados a esta labor especializada, indica de suyo habilidad, la misma que, el demandante, con arbitraria generalización repudia.

Tal como lo expresa la Delegada, el posterior contenido del ataque tampoco se desenvuelve en el plano de los errores de hecho, porque lejos de demostrar una distorsión del contenido de la prueba o equivocaciones de cualquier otro tipo en su contemplación material, el censor acude a cuestionar el grado de credibilidad que puede otorgarse al plano del lugar, valiéndose de conjeturas que ningún respaldo encuentran en el expediente, como aquella de que el conductor Prieto Cabrera tuvo la oportunidad de acomodar su vehículo, según su conveniencia, antes de que los agentes de la policía vial hicieran su arribo y elaboraron el cuestionado croquis.

De otro lado, censurar ese dibujo por la inidoneidad de quienes lo realizaron, implica la formulación de un error de derecho por falso juicio de convicción, que no guarda relación alguna con la distorsión, la falta de estimación o la suposición de la prueba (error de hecho) que debía demostrarse conforme con su cometido inicial. Además, sería absurdo exigirle a las autoridades de tránsito que para elaborar un determinado plano o informe de colisiones automovilísticas, se exigiera su presencia simultánea con la producción del hecho. Su función como policía judicial, ejercitable de manera constante y natural, consiste en acudir cuanto antes al lugar para establecer y consignar en su informe todos aquellos detalles que puedan ayudar a esclarecer la causa de lo acontecido, así como sus circunstancias y características propias.

Por otro lado, el Tribunal no dio credibilidad al croquis en cuestión por el simple hecho de haber sido elaborado por personas que fundadamente asume como idóneas en su oficio, sino por encontrarlo objetivamente concordante con la realidad que reflejan los demás medios

de prueba existentes. Además, no es serio ni admisible el argumento según el cual no se refutó el mencionado croquis durante la investigación por no haberle sido puesto de presente al procesado sino hasta la audiencia pública, pues de perogrullo resulta afirmar que tal documento, al igual que todas las demás pruebas aducidas, siempre estuvieron a disposición suya y de su defensor por ministerio de la Ley; de suerte que no hay excusa para que no se haya controvertido en las instancias el croquis que ahora tanta inconformidad le causa al impugnante.

Se concluye, entonces, que lejos de incurrir el Tribunal en error al apreciar dicho croquis, lo valoró conforme a los principios de la sana crítica, según se desprende de la argumentación que sobre este punto consignó en su fallo y frente a la cual el recurrente opone inocuamente su personal opinión.

Respecto del desarrollo dado al cargo propuesto en lo relacionado con las versiones de José Francisco Prieto Cabrera y Miguel Angel Bernal Camargo, le asiste razón a la Delegada cuando afirma que, tal como ocurrió con lo referente al croquis, no logró el recurrente demostrar la tergiversación endilgada al fallo atacado, quedándose en el campo meramente enunciativo.

Y es que no podía demostrar lo que no existió porque el Tribunal basó su decisión en lo que efectivamente declararon Prieto Cabrera y Bernal Camargo, dándole a sus versiones el alcance que objetivamente merecen, por lo que deviene en infundado el falso juicio de identidad tácitamente alegado.

Lo que hace el recurrente en su afán por convencer a la Corte acerca del yerro del Tribunal es presentar su propia versión de los hechos y valorar con igual método las pruebas allegadas, desestimando las que comprometen la responsabilidad de su representado, para lo cual el apoyo le viene dado de la conjetura y la hipótesis ajenas a la realidad que muestra el proceso, así el que los camioneros “iban apostando”, o que los deponentes en mención exageraron sus apreciaciones y no son personas dignas de credibilidad, demostrando con ello ignorancia sobre la autonomía que tiene el fallador por mandato de la ley para efectuar el análisis de los elementos de convicción, tarea esta guiada por las reglas

de la lógica y la experiencia, y que, por tanto, la interpretación que éste realice se encuentra amparada por la presunción de acierto y legalidad, situación procesal que resta eficacia a toda opinión en contrario que no ponga en evidencia el desconocimiento de tales criterios en el proferimiento de su fallo.

Finalmente, el razonamiento del Tribunal, según el cual "...no es cierto que el camión con el que chocó se hubiese salido de su carril, pues si el camión en efecto hubiera invadido totalmente el carril del jeep, el golpe habría sido diferente y los carros no hubiesen tenido la posición señalada en el croquis...", traduce un análisis pleno de lógica ceñido a las reglas de la experiencia, que indudablemente produce certeza sobre la responsabilidad del procesado RAFAEL ANTONIO CLAVIJO en los hechos investigados.

Como corolario de lo anterior se da la improcedencia del cargo formulado, debiéndose mantener incólume el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor agente del ministerio público y de acuerdo con éste,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada de fecha y naturaleza consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, no firmó; Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION

La independencia de la acción de revisión respecto del proceso presupone así mismo la independencia con relación también al proceso, de la prueba que le sirve de fundamento a los hechos aducidos en procura de revisión.

No puede por tanto, sin que ello constituya monumental desconocimiento de las bases de este especial medio impugnatorio de la cosa juzgada, aducirse como prueba de lo que se alega para buscar mediante las causales específicas previstas la remoción de un fallo ejecutoriado amparado por la presunción de acierto y legalidad, las mismas pruebas que conocieron y tuvieron oportunidad de evaluar los falladores de las instancias.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre cinco de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 95 de agosto 30 de 1994.

Al examinar la Corte, conforme lo ordena el artículo 235 C.P.P., la demanda presentada por el señor apoderado del sentenciado FRANCO GALVIS LEGARDA para instaurar la *acción de revisión* incoada contra el fallo emitido el 25 de febrero de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante el cual se le condenó como *coautor* responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jesús Gabriel Reyes Solarte, encuentra que no reúne en su totalidad las exigencias formales del artículo 234 de la misma codificación, y que por consiguiente, la acción *carece de viabilidad*, tal como pasa a verse.

Antecedentes:

1. Da cuenta la sentencia acusada, de que a tempranas horas de la noche del 6 de enero de 1991, cuando Jesús Gabriel Reyes Solarte

departía con su novia en un paraje de la vía entre las poblaciones de Guaitarilla y Ancuyá, los sujetos Roberto Florencio Melo Pantoja y FRANCO GALVIS LEGARDA, que por allí transitaban los agredieron primero de palabra y luego intentándolo de obra contra la joven, por lo que aquél les reclamó airadamente, obteniendo como respuesta de los dos extraños heridas de arma cortopunzante que se localizaron, una en la región pectoral y una en un glúteo y, que le ocasionaron la muerte en forma instantánea.

2. El acta de la necropsia reportó como causa de la muerte, según lo detalla el fallo de la primera instancia, un:

“Paro respiratorio, secundario hemo-pleuro neumotorax, producido por herida penetrante en cavidad torácica y shock hipovolémico secundario a secuestro interno en cavidad torácica y cavidad pélvica, heridas que se concluye fueron causadas por dos tipos diferentes de arma corto-punzante” (fl. 7 cd. C.).

3. Durante la investigación, según relatan los fallos de las instancias, se estableció que los dos implicados intervinieron materialmente en la brutal agresión al occiso, llegando un testigo a situar a GALVIS LEGARDA propinándole la de la región glútea, siendo este aspecto y los demás verificados, el determinante de la condenación de que ambos fueron objeto, a la pena principal de diez años de prisión.

La demanda de revisión:

Basado en la diligencia de necropsia y en algunos de los testimonios que precisa, fueron allegados al proceso, el actor invoca como fundamento legal de la acción la causal 1a. del artículo 232 C.P.P., por considerar que el delito de homicidio materia de la *sentencia* solo pudo ser cometido por una persona.

Si el paro respiratorio causante del deceso del ofendido, registrado en esa diligencia –dice– fue causado por la herida de la cavidad torácica, entonces la herida de la región glútea, que fue la que se le atribuyó a su poderdante, careció de incidencia en la pérdida de la vida por no traer “consecuencias mortales”.

Infiere entonces, que “...el ánimo de matar solamente cabe en la persona de quien hizo la primera gestión y que el ánimo (dolo, idea, etc.) del segundo, se queda *atípica* por la incidencia del primer comportamiento”. Además “en el proceso no se consagra prueba para ubicarlo como determinador, coautor o cómplice, en cambio sí la hay para determinar su presencia y actuación como circunstancial”.

En el Acápito de “PRUEBAS” el señor demandante advierte:

“Para probar lo referido en este escrito me remito a las sentencias primera y segunda instancias anexas y a las referencias probatorias que en ellas se analizan.

“Imposible resulta para este defensor adjuntar las pruebas del sumario, que son las que revisadas sustentarán la petición y, por lo tanto solicito conforme al procedimiento de la acción pedir el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (Nar.), donde se encuentra, y a partir de su estudio, tener como pruebas las declaraciones que aquí se han citado”.

Consideraciones de la Corte:

Olvidando el señor apoderado que los procedimientos establecidos en la ley para la tramitación de las diversas acciones ante la jurisdicción, son de orden público y por tanto de imperativo cumplimiento para el Juez y los sujetos procesales, propugna por su desconocimiento como única manera de justificar la formulación de su propuesta.

Es así como, consciente de la exigencia formal del numeral 4o. del artículo 234 del C.P.P. para la viabilidad de la acción, de que el interesado relacione en la demanda “las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición” sugiere a la Corte que ante la imposibilidad de parte suya de adjuntar las *pruebas del sumario*, que en su sentir serían las llamadas a demostrar esos hechos, solicite el proceso para tener como pruebas de la acción las mismas que fueron de conocimiento y dominio de los jueces de las instancias.

No atribuye el procedimiento al juez de la revisión, según la norma acabada de mencionar, la obligación de recopilar la prueba que sustenta la demanda; es al actor a quien corresponde no solo relacionar en el escrito, sino *aportar* esa prueba, independientemente de la trascendencia que en el decurso de la acción se le confiera. Si no lo hace el requisito no se cumple y la demanda deviene inaceptable.

De otra parte, *la independencia de la acción de revisión respecto del proceso* presupone así mismo la independencia con relación también al proceso, de la prueba que le sirve de fundamento a los hechos aducidos en procura de la revisión.

No puede por tanto, sin que ello constituya monumental desconocimiento de las bases de este especial medio impugnatorio de la cosa juzgada, aducirse como prueba de lo que se alega para buscar mediante las causales específicas previstas la remoción de un fallo ejecutoriado amparado por la presunción de acierto y de legalidad, las mismas pruebas que conocieron y tuvieron oportunidad de evaluar los falladores de las instancias. Al así proponerlo, el demandante lo que termina haciendo es alegando errores de hecho propios del recurso de casación para su enmienda dentro del proceso, oportunidad que ya precluyó, pues con el fallo no recurrido se produjo la terminación de éste. Como con la presente demanda lo que se quiere es revivir ese debate, lo cual no puede ser de recibo, habrá de rechazarse *in limine* el libelo por su manifiesta ineptitud a los fines señalados en él.

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

Resuelve:

1. *Reconócese y tiénese* al doctor ORLANDO HIDALGO HIDALGO, con Tarjeta Profesional número 27.140 del Ministerio de Justicia, como apoderado de FRANCO ALBERTO GALVIS para efecto de esta acción de revisión.

2. *Rechazar in limine* la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado FRANCO ALBERTO GALVIS.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CONCURSO DE DELITOS / CONEXIDAD / DEMANDA DE CASACION

Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual.

a) Que todos los delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, ya que de conformidad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente consideradas, sin que para este efecto importe que hubieran sido objeto de juzgamiento conjunto.

b) Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración.

Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:

1. Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí proceda éste en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso “se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior”.

2. Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso.

En relación con este caso concreto surge la disparidad de criterios entre la delegada y esta Sala.

La primera estima que en este último supuesto es preciso rechazar la casación por improcedente, toda vez que la misión de ésta implicaría reconocer la “autonomía” de estos delitos conexos “frente a la procedibilidad del recurso”. Además, argumenta, para estos delitos “menores” está ya prevista la casación excepcional en los términos del inciso tercero del art. 218 del C. de P.P.”.

Para la Sala, en cambio, en la hipótesis que se comenta, el recurso sí resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación.

Para demostrar lo justa y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P.P., subrogado por el ya citado artículo 35 de la ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone: “El recurso se extiende a todos los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior”.

En realidad en esta norma no se está disponiendo que la demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos aunque tenga pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

En otras palabras: la norma en comentario al extender el recurso, no lo condiciona, en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto de delito o delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de la extensión del recurso.

Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino

también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos “menores”.

Agréguese, por último, que la denominada casación excepcional no podría sustituir a cabalidad la institución en comento, pues bien conocida es su limitación legal, ya que únicamente procede cuando se considere “necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Aprobado Acta número 95 de agosto 30 de 1994.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud presentada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en el sentido de que se decrete la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto que declaró admisible el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado LUIS HERNANDO LINARES RIAÑO, por ser dicha impugnación improcedente.

Antecedentes:

Mediante sentencia de 5 de noviembre de 1992, el Juzgado Quinto Superior de Santafé de Bogotá condenó al procesado Linares Riaño a 42 meses de prisión, al declararlo responsable de los delitos de homicidio, atenuado por la circunstancia prevista en el artículo 60 del Código Penal, y porte ilegal de armas, que se le imputaron en la resolución acusatoria.

Apelado dicho fallo por la Procuradora 12 en lo Judicial Penal y el defensor del procesado, el tribunal Superior de Santafé de Bogotá le impartió confirmación con algunas modificaciones en cuanto al monto de los daños y perjuicios, mediante el suyo de 16 de diciembre de 1992, que recurrió a su vez en casación el segundo de los nombrados.

Concedido por el Tribunal dicho recurso y corridos los traslados de ley, se presentó la respectiva demanda, la cual el actor dirige de manera

exclusiva contra la condena por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal que define y sanciona el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986.

Esta Sala, por auto de 25 de junio de 1993, declaró ajustada a las prescripciones legales la demanda presentada y ordenó correr traslado al Ministerio Público para concepto, que se abstuvo de emitir el Procurador Segundo, por estimar que en el presente caso el recurso de casación no procedía, como que el delito combatido en la demanda no admite dicha impugnación por no estar sancionado con pena máxima que sea o exceda de 5 años (Decreto 2700/91).

Luégo de repasar los Códigos de Procedimiento Penal de 1971 y 1987 (Decretos 409 y 050), en los cuales se exigía dicho quantum punitivo, anota que “el 18 de noviembre de 1980, con ponencia del Magistrado Fabio Calderón Botero, dejó la Sala claro que la procedencia de la casación debía establecerse para cada delito independientemente considerado, por cuanto ‘el fenómeno jurídico de los concursos no se tiene en cuenta para este proceso de individualización del ilícito. Dos son los argumentos para excluirlos: primero, porque la ley no se refiere a la sanción impuesta en la sentencia sino al máximo imponible por el delito considerado en sí mismo; y segundo, porque los concursos no son sino mecanismos legales para graduar la pena frente a una pluralidad de infracciones, pues no son circunstancias pertenecientes a cada delito en particular como devienen las que lo modifican y las específicas de agravación o atenuación. Si por su naturaleza los concursos no pertenecen al delito en sí, no pueden ser computados para determinar la pertinencia del recurso de casación” (fls. 43 cuaderno Corte).

Se refiere luego la Delegada al nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700/91) y a la ley 81 de 1993, que extendió el recurso de casación a los delitos conexos así éstos no alcancen el quantum punitivo (6 años) y recuerda las casaciones de 25 de junio de 1993 (con ponencia del Magistrado doctor Saavedra Rojas) y 26 de abril de 1994 (Mag. Pte. doctor Torres Fresneda) y entiende que según ellas tiene que cumplir con el nombrado requisito el delito que motive la impugnación.

Señala que “no obstante” lo anterior, en auto de 10 de marzo último, reiterado el 28 de abril, esta Corte dijo: “Es cierto que el inciso segundo

de dicho precepto (art. 218 C.P.P.) permitía, y lo sigue permitiendo con la reforma (ley 81 de 1993) extender el recurso a los ‘delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior’, pero ha de entenderse tal precepto siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos (por ser este aspecto solamente conocido en la demanda)” fls. 46.

Infiere entonces la Delegada que de lo que se trata no es “de convertir el recurso extraordinario en ordinario, o, en otros términos, de posibilitar la casación para todos los delitos –aunque esta absoluta amplitud no es extraña a regímenes procedimentales, por ejemplo como sucede en el español–, sino de buscar una solución a la problemática que se venía presentando respecto a atacar los delitos menores a pesar de existir unidad de prueba o vínculos estrictamente procedimentales o sustanciales entre todos los delitos objeto de la imputación y esto sólo es posible respecto del fenómeno de conexidad, ya sea desde el punto de vista sustancial, esto es teleológica, consecencial u ocasional, o procesal”.

Hace algunas breves alusiones a la casación excepcional o discrecional y precisa: “En estas condiciones y teniendo en cuenta que la casación excepcional procedería ‘en casos distintos de los arriba mencionados’, es decir, cuando no se cumplan todos los requisitos de precedibilidad exigidos en el inciso 1o. del artículo 218 del C. de P.P., se entendió que el margen de delitos susceptibles de ser recurridos en casación se reducía considerablemente y sobre todo se evitaba que quedaran sin recurso aquellos procesos en los que se hubiere violado algún derecho fundamental o que imponían una nueva interpretación jurídica” (fls. 52).

Más adelante apuntó la Procuraduría: “En estas condiciones, la interposición del recurso se hace genéricamente contra el fallo, sin que los sujetos procesales tengan obligación alguna de especificar los puntos concretos del ataque; por tanto en este momento el Tribunal no tiene otra alternativa que la de conceder o negar el recurso con base en los requisitos objetivos de la existencia de una sentencia de segunda instancia proferida por esa clase de corporaciones, la

legitimidad de personería del impugnante y el quantum punitivo del delito o delitos objeto de fallo. No se conoce entonces en ese momento si, en tratándose de varios delitos, el casacionista va a demandar todos o sólo uno de ellos y por ende tampoco se conoce si no lo hace contra el delito por el que sí procede la casación ordinaria y sí respecto de los conexos no susceptibles de ser recurridos por esta vía” (fls. 54), y observa que “el nuevo legislador” previó “situaciones como la que ahora se presenta, ya que como es un hecho que para el momento en que se concede el recurso se desconoce el texto de la demanda, si el libelista no cumple las exigencias del artículo 218 ibidem y tratando de burlarlo, sólo demanda los delitos menores y no el principal, es al momento de decidir sobre su admisibilidad cuando procede advertirlo a la Corte, porque la procedibilidad del recurso es requisito sine qua non para la admisibilidad del libelo” (fls. 55), precisando entonces que la “extensión” a que se refiere el citado artículo 218 “está condicionada al ataque por el delito principal, lo cual da por supuesto al iniciar su redacción con las expresiones ‘el recurso se extiende a’ y no ‘el recurso procede contra’, evento en el cual sí cabría interpretación de la Corte, pues estaría tornando éstos autónomos” (fls. 56).

Advierte la Delegada que con un criterio distinto al expresado “lo que en realidad se está aceptando es que autónomamente procede la casación para los delitos cuya pena máxima privativa de la libertad sea inferior a los seis años, pues el delito conexo no atacado no puede ser objeto de análisis alguno por la Corte al momento de fallar” (fls. 57 infra y 58).

Sugiere, pues, que se decrete la nulidad de lo actuado por la Corte y se inadmita la demanda.

Consideraciones de la Corte:

Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual.

a) Que todos los delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual

ningún problema se presenta, ya que de conformidad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente considerados, sin que para este efecto importe que hubieren sido objeto de juzgamiento conjunto.

b) Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración.

Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:

1. Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí proceda éste, evento en el cual coinciden el concepto de la Delegada y la opinión de esta Sala, en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso “se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior”.

2. Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso.

En relación con este concreto caso surge la disparidad de criterios entre la Delegada y esta Sala.

La primera estima que en este último supuesto es preciso rechazar la casación por improcedente, toda vez que la admisión de ésta implicaría reconocer la “autonomía” de estos delitos conexos “frente a la procedibilidad del recurso”. Además, argumenta, para estos delitos “menores” está ya prevista “la casación excepcional en los términos del inciso tercero del art. 218 del C. de P.P.”.

Para la Sala, en cambio, en la hipótesis que se comenta, el recurso sí resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación.

Para demostrar lo justa y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P.P., subrogado por el ya citado artículo 35 de la ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone: “El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior”.

En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la *demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos* aunque tengan pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la *extensión del recurso* en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

En otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona, en parte alguna, a que en la demanda se formulan cargos respecto de delito o delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de *extensión del recurso*.

Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos “menores”.

Agréguese, por último, que la denominada casación excepcional no podría sustituir a cabalidad la institución en comento, pues bien conocida es su limitación legal, ya que únicamente procede cuando se considere “necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

No se presenta, pues, la nulidad planteada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a cuyo despacho deberá volver el proceso para que se pronuncie sobre la demanda de casación.

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

Resuelve:

No decretar la nulidad solicitada por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Por tanto, remítase de nuevo el proceso a su despacho para que emita el concepto de rigor.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, salvamento de voto; Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DELITOS CONEXOS / CONEXIDAD /
DEMANDA DE CASACION

SALVAMENTO DE VOTO

El estudio de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, tan completo, denso y ajustado a la realidad histórica, legislativa y a su apreciación más pertinente, ha terminado por convencerme. De ahí que participe de su criterio y abandone las razones expuestas por la Mayoría de la Sala.

Esto bastaría para fundar este disentimiento. Pero, dejando de lado la ajena convicción, quiero agregar algunos someros puntos:

1. Si algo es evidente en el legislador y en su intérprete, en cuanto a los delitos conexos y su eventual posibilidad de casación, es él no dispensarle un amplio trato de favorabilidad y estar siempre alejados uno y otro de llegar a identificar los delitos que normalmente carecen de casación (conocidos en segunda instancia por los juzgados de circuito o con pena inferior a los seis años cuando interviene el Tribunal) con los de contraria naturaleza.

La tesis respaldada por la Delegada mantiene este rigor, al paso que la Mayoría de la Sala amplía indebidamente la otra tendencia;

2. Los delitos conexos que autónomamente considerados se muestran ajenos a la casación, nadie ha pregonado injusticia o defecto técnico en esta sistematización, todo porque si se trata de un recurso extraordinario, más de un factor debe obrar para restringir su cobertura y porque siempre, cuando se trata de escogencias o limitaciones, es inevitable que se den mortificantes desechamientos, sobre todo cuando éstos se enlazan con conductas que están en la frontera de la separación.

No advierte el suscrito porqué los delitos conexos, por esta simple connotación, impongan indiscriminadamente su impugnabilidad, con lo

cual el miramiento procesal cambia de rumbo y le atribuye pensamiento diferente al legislador y a la jurisprudencia;

3. En un principio cada delito, conexo o no, para ser susceptible de casación, debía representar, individualmente, un cuántum de pena privativa de la libertad no inferior a cinco años (hoy seis); luego, se cobijó a los conexos porque éstos influían en la cantidad total de pena determinable (M.P. Alvaro Luna Gómez); más adelante, se indicó que solo debía estimarse la conminación punitiva para cada delito en juego pues “la ley no se refiere a la sanción impuesta en la sentencia sino al máximo imponible por el delito considerado en sí mismo... los concursos no son sino mecanismos legales para graduar la pena frente a una pluralidad de infracciones, pues no son circunstancias pertenecientes a cada delito en particular como devienen las que lo modifican y las específicas de agravación o atenuación. Si por su naturaleza los concursos no pertenecen al delito en sí, no pueden ser computados para determinar la pertinencia del recurso de casación” (M.P. Fabio Calderón Botero); y, finalmente el Decreto 2700/91 y la ley 81/93, permite la casación en cuanto a conductas delictivas conexas aunque la pena privativa para éstas sea inferior a los seis años (antes cinco).

La Mayoría de la Sala ha entendido este cambio legislativo en el sentido de querer extender, indiscriminadamente, este extraordinario recurso a los delitos conexos, cualquiera sea la pena, con lo cual consigue que pensando siempre la ley en su característica de conexo, se pierde a la postre esta especificidad (al mismo tiempo se les tiene por subordinados e independientes); que queriendo el legislador fijarse con persistencia en la pena, ésta ya no importa en nada y, por último, que habiendo buscado el legislador, conservando el sistema, atemperar un rigor y solucionar una incoherencia, se derrumba toda barrera y se extiende la casación en forma absoluta.

4. En efecto, cuando un delito con pena inferior a seis años, se involucra en la eventualidad de la casación, por su conexidad, se patentiza con su nota de accesoriidad, su nexo y dependencia con algo, vale decir, el delito que por sí, por su pena, le abre esta vía. Pero no, la conexidad así estimada y desconociendo el principio de no contradicción, parece perder este carácter y se troca en algo independiente, aislado y autónomo.

Se autoriza, entonces, desentenderse de la demanda relacionada con el delito que daba lugar a este recurso, para solo circunscribirse al delito que no la tiene.

Conviene advertir algo que ha dejado de observarse y que constituye el patrón de interpretación más válido. Nótese que antes de la citada preceptiva sobre los conexos, la demanda de casación se restringía al delito que, aisladamente, daba lugar al recurso y, así prosperara ésta, no le era lícito ni al recurrente o la Corte (salvo excepciones emparentadas con la consustancialidad) ocuparse de los conexos. Así las cosas, si el proceso era uno y una la sentencia y se procuraba quebrar éste, lo lógico era permitir que la demanda y fallo consiguiente alcanzase también al delito conexo. Este fue el remedio único que trató de solucionar el legislador para atemperar un caso que merecía ser atendido. Pero la Corte va más allá y dice que es indiferente que se ataque o no el delito principal, el que permite la operancia de la casación, con lo cual, reitero, se pierde de vista la razón de ser de la enmienda legal y se privilegia, aunque abandonando el único factor que fundaba la favorabilidad, a delitos que no tienen suficiente pena para ser llevados ante la Corte.

Para el caso de un delito conexo en el cual no se quiera, no convenga o haya reales argumentos para intentar la demanda del delito que sí permite el recurso extraordinario y al cual se une indisolublemente, queda el remedio de la modalidad de la casación excepcional (desarrollo de la jurisprudencia o garantía de los derechos fundamentales). Que ésto se dará para unos casos y no para todos, pues no es reflexión significativa porque en tal situación estará ocurriendo lo mismo que tantísimos delitos fallados en segunda instancia por los juzgados de circuito o decididos por los Tribunales Superiores de Distrito, pero con pena inferior a seis años. Así el recurso sigue manteniendo su carácter extraordinario y no avanza hacia zonas que el legislador todavía no se atreve a recorrer. Con la valoración de la Mayoría, así ésta quiera decir que la casación sigue pesando no en la sentencia sino en el máximo de la pena imponible para cada delito, se desvirtúa esta consideración porque en cierta forma se está mirando ya no la pena propia a cada infracción sino a su valor totalizante.

Como cogitación teórica debo anotar que la tendencia de la casación, para volver ésta fructífera y sacarla de la relativa esterilidad en que se

encuentra, tendrá que variar hacia la discrecionalidad, o sea, toda sentencia es susceptible de este recurso pero solo la importancia del tema, para fijar constantes y nutridos rumbos jurisprudenciales o la necesidad de hacer viva la justicia, llevará a la Corte a escoger los procesos, cuenten con buena o deficiente demanda (sistema el más óptimo); o, considerar el cuántum de la pena impuesta (todos los delitos entran en juego), aunque elevando considerablemente ese mínimo de pena, pues no debe quedar en los seis años que en la actualidad se determinan, recomendación tanto más pertinente cuando se tiene que pensar en la limitante del artículo 31 de la Constitución Política y su consanguíneo del Código de Procedimiento Penal, artículos 17 y 227.

La proliferación y descuido de estos recursos conspira contra la bondad y eficacia del instituto, máxime cuando el mérito de las demandas que se advierte hoy en día resulta tan precario y desconsolador. Cuando se abre espacio a los conexos, en la forma como lo ha enseñado la Mayoría de la Sala, se da margen a que este perjudicial factor obre con mayor incidencia. Y no se diga que al tener que demandar lo principal se estará dando paso a demandas pretextadas, para penetrar al ámbito de los conexos, porque por atajar un hipotético mal (que se denuncia de inmediato y ofrece fácil respuesta y control) se abren compuertas para que aquello se acreciente y sea más difícil su reducción. De otro lado, el abuso siempre estará pendiente en cualquier institución, más cuando la eticidad del demandante se rebaja en grado ostensible y la legislación no ha procurado medios efectivos para contrarrestarla. Quién podrá decir que la casación excepcional no puede desfigurarse y también es motivo de alegación fementida y forzada?

La muy artificiosa distinción entre extensión del recurso y extensión de la demanda, con la cual se pretende hacer superflúa otras necesarias profundizaciones, la encuentro de menguado valor. Lo que cuenta es que el recurso se admite y trata de alcanzar una determinada proyección con la demanda y la demanda obviamente debe corresponder a ese objetivo. De donde, tanto la demanda como el recurso tratan de extenderse para comprender los delitos conexos, sin que esta referencia, por sí, despeje la incógnita de no existir ninguna limitación o de imponer algunas exigencias. Aquella sigue subsistiendo y es indispensable su esclarecimiento mediante otros elementos de análisis. No hay que olvidar que la

concesión (admisibilidad) del recurso fija el ámbito de la demanda, de donde antes de poderse definir la extensión de la demanda, debe definirse la extensión del recurso y mal puede lo segundo, que depende de lo primero, establecer claridades sobre aquél. De ahí que cuando se diga que el recurso comprenderá una demanda que debe relacionar, en primer lugar, lo pertinente al delito principal, que soporta la casación, esta indicándose de paso que si así no se cumple, habrá lugar a desestimar lo que se argumenta, en forma exclusiva, sobre los delitos conexos extraños al cuántum de pena de los seis años. Y si éstos, por aquél requisito, se sustraen al recurso de casación, piénsese en consuelo que innumerados delitos, por debajo de esa punición, nunca (a no ser por la vía de la casación excepcional) alcanza esta extraordinaria impugnación. Pero ello se debe a la singularidad y especialidad de la impugnación, que no está ideado para alcanzarlo todo.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

DEMANDA DE CASACION / APODERADO

Conforme lo dispuesto en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a los procesos de la Justicia Penal Militar por disposición expresa del artículo 302 del Decreto 2550 de 1988, “el procesado no puede sustentar el recurso de casación salvo que sea abogado titulado.

No sustentar el recurso mediante la presentación oportuna de la respectiva demanda de casación o hacerlo por quien no está facultado para ello, equivale en ambos casos a la deserción del recurso.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., seis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*, Presidente.

Aprobado según Acta número 098.

Vistos:

Procedente del Tribunal Superior Militar, llega a la Corte la causa adelantada en contra del sargento primero del Ejército Nacional FERNANDO BEDOYA CASTRILLON, quien recurrió en casación la sentencia de marzo 7 de 1994 que confirmando la de primera, lo condena por los delitos de peculado por apropiación y hurto.

Realidad procesal:

1. Proferido que fue por el Tribunal Superior Militar el fallo de segundo grado, de él recurrió en casación y dentro del término legal el sentenciado BEDOYA CASTRILLON. recurso que concedió el Ponente

en mayo 3 de 1993 en el que dispuso los traslados de ley (al recurrente por 30 días y 15 comunes a los no recurrentes).

En junio 10 siguiente se recibió en la secretaría del Tribunal Superior Militar, demanda de casación que suscribió directamente el procesado LUIS FERNANDO BEDOYA CASTRILLON. Tras el vencimiento del traslado al recurrente, se surtió luego el común a los demás sujetos procesales quienes guardaron silencio, hechos estos que informó la secretaría al Despacho del Magistrado Sustanciador, que en agosto 8 siguiente dispuso la remisión del expediente a esta Corporación para los efectos de ley.

Consideraciones de la Corte:

1. Conforme lo dispuesto en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a los procesos de competencia de la Justicia Penal Militar por disposición expresa del artículo 302 del Decreto 2550 de 1988, “el procesado no puede sustentar el recurso de casación salvo que sea abogado titulado”.

Consultados los generales de ley del sentenciado FERNANDO BEDOYA CASTRILLON, que constan en el acta de indagatoria rendida ante el Juez 119 de Instrucción Penal Militar en enero 16 de 1993, se tiene que se trata de persona que en estudios académicos alcanzó el cuarto (4o.) grado de bachillerato, lo que significa que se encuentra dentro de la regla general y no la de excepción prevista en el artículo 223 en cita.

2. No sustentar el recurso mediante la presentación oportuna de la respectiva demanda de casación o hacerlo por quien no está facultado para ello, equivale en ambos casos a la deserción del recurso, que debió en éste caso declararlo el Ponente en el Tribunal Militar a cuyo despacho regresó el asunto luego de surtirse en secretaría los traslados ordenados en el artículo 224 del C.P.P. –Tal error incentivó la remisión del expediente a la Corte, que frente a él y la situación fáctica del que deriva, no le queda camino distinto a la de la invalidación del rito cumplido a partir del auto de agosto 8 de 1994, que validando la demanda que suscribió directamente el sentenciado, dispuso la remisión del expediente a ésta Corporación para el trámite en sede de casación, para preceder en su

lugar a declarar desierto el recurso y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen, donde cobró ejecutoria el fallo de condena.

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

Resuelve:

Primero: Decretar la nulidad de lo actuado dentro de la presente causa, a partir inclusive del auto fechado en agosto 8 de 1994, proferido por el Magistrado Sustanciador del Tribunal Superior Militar.

Segundo: Declarar desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado FERNANDO BEDOYA CASTRILLON en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior Militar el 7 de marzo de 1994.

Tercero: Disponer la devolución del expediente al Tribunal de origen para los fines de ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, no firmó; Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DEL CIRCUITO / EXTORSION

Aunque resulta verdad que el delito de extorsión en la cuantía aquí tratada y sus conexos, era de competencia por la época de los hechos –mes de septiembre de 1993,– de la denominada jurisdicción de orden público, por virtud de la normatividad citada por el Juzgado Penal del Circuito, no es menos exacto que esta competencia fue ulteriormente modificada por disposiciones de igual fuerza prevalente, al asignar el artículo 4o. de la Ley 81 de 1993, modificatoria del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) el conocimiento del punible de Extorsión en los jueces regionales, en primera instancia, “...sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales...”

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre seis de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 098.

Vistos:

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia surgida entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia (Caquetá) y el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá para conocer de este proceso, en el cual se acusa a MIGUEL ANGEL PEÑA NIETO de los delitos de violencia contra empleado oficial y extorsión en cuantía de diez millones de pesos.

Antecedentes:

El 8 de septiembre de 1993, el ciudadano DOSITEO GOMEZ GOMEZ recibió en su casa de habitación del barrio La Libertad de

Florencia (Caquetá) una nota contentiva de la exigencia de diez millones de pesos como contribución al movimiento guerrillero denominado FARC, cantidad que debía ser entregada el 10 de los mismos en el sitio que allí se le señalaba, exigencia a la cual aquel hizo caso omiso.

En virtud a que en fecha posterior le llegara otra misiva exigiéndole igual cantidad para entregar el día 25 del mes y año en cita, con amenaza de daño mayor contra su familia de no acceder al requerimiento, el constreñido notició a la SIJIN de tal ocurrencia y fue así que se montó operativo en el sitio y hora en que debía hacerse la entrega lo cual arrojó como resultado que la autoridad, al ser repelida por los delincuentes mediante el empleo de armas de fuego, diera de baja al individuo GONZALO DAGUA MENZO y que huyera quien ha sido señalado como MIGUEL ANGEL PEÑA NIETO.

La instrucción por los hechos en mención la inició la Fiscalía Segunda Regional de Florencia (fl. 54) y el mérito probatorio del sumario lo calificó el 13 de mayo del presente año la Fiscalía Dieciocho Unidad Antiextorsión y Secuestro (fl. 147) con resolución de acusación para el procesado PEÑA NIETO por los delitos de violencia contra empleado oficial, Concierto para Delinquir y Extorsión, decisión que fue luego confirmada, al conocer de ella por vía de apelación, por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Florencia, pero descartando la comisión del punible de Concierto para Delinquir (fl. 4 Cdno. 2a. Instancia).

Ejecutoriada la resolución de acusación, el proceso fue remitido al Juzgado Penal del Circuito que correspondiera en turno para el adelantamiento de la etapa de juzgamiento, habiéndosele adjudicado al Juzgado Tercero de esa categoría, el cual dispuso, en auto del 5 de julio del año que cursa (fl. 188) no asumir su conocimiento, por considerar que la competencia radicaba en el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, al cual provocó colisión de competencia negativa.

El argumento toral, para declararse incompetente, lo presenta así:

“...El artículo 3o. del Decreto 1676 de 1991, modificatorio de los numerales 2o. y 13 y el parágrafo del artículo 9o. del Decreto 2790 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 99 de

1991, convertido en legislación permanente por el Decreto 2277 de octubre 4/91, pero conservando su naturaleza de normas especiales, asignó la competencia a los señores Jueces Regionales en "...los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades, así como el concierto para cometerlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 7o. del Decreto 2790 de 1990, y cuando la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos o cuando cualquiera de las conductas anteriores busque facilitar actos terroristas sin importar su cuantía".

"De manera que si el delito de "Extorsión" imputado al señor MIGUEL ANGEL PEÑA NIETO tuvo ocurrencia el 25 de septiembre de 1993 y la exigencia extorsiva fue estimada en la suma de diez millones de pesos, no le cabe a este Despacho la menor duda de que es el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá D.C., el que debe continuar con la competencia para seguir conociendo de este proceso, toda vez que el hecho punible denunciado por el ofendido DOSITEO PEÑA NIETO, encaja perfectamente en lo consagrado por la norma anteriormente transcrita..."

"...Es precisamente la Ley 81 de 1993 modificatoria del Decreto 2700 de 1991, actual Código de Procedimiento Penal, cuyo artículo 9o. no sería aplicable, porque la competencia de los Jueces Regionales estaba debidamente regulada por la norma permanente y especial tantas veces citada..."

El Juzgado Regional, no estuvo de acuerdo con los anteriores planteamientos, insistiendo en que la competencia por razón de la cuantía residía en el Juzgado Penal del Circuito, apoyado en conocida determinación de la Corte sobre el particular, y en consecuencia aceptó la colisión negativa de competencia planteada, disponiendo la remisión de la actuación a esta colegiatura para que la dirimiera.

Consideraciones de la Corte:

Aunque resulta verdad que el delito de extorsión en la cuantía aquí tratada y sus conexos, era de competencia por la época de los hechos

–mes de septiembre de 1993– de la denominada jurisdicción de orden Público, por virtud de la normatividad citada por el Juzgado Penal del Circuito, no es menos exacto que esta competencia fue ulteriormente modificada por disposiciones de igual fuerza prevalente, al asignar el artículo 4o. de la Ley 81 de 1993, modificatoria del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) el conocimiento del punible de Extorsión en los jueces regionales, en primera instancia, “...sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales...”

Razonablemente así lo entendió la Corte cuando al dirimir conflicto de competencia suscitado en forma semejante, puntualizó:

“...El Artículo 9o. del Decreto 2790, modificado por el artículo 1o. del 099, ambos citados, otorgó competencia a los entonces Juzgados en Orden Público para conocer en primera instancia del delito de extorsión en todas sus modalidades y del concierto para cometerlo; a su turno, el Decreto 1676 de julio de 1991, modificó el precitado artículo 9o. del 2790 disponiendo en su artículo 3o. que tales jueces conocerían de la extorsión en todas sus modalidades y el concierto para cometerla siempre y cuando su cuantía fuera o excediera de cinco millones de pesos, y también cuando la finalidad de los ilícitos fuera terrorista –en este caso sin consideración a la cuantía–.

“A su vez el Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991, mantuvo la referida competencia sujeta a la cuantía al adoptar como legislación permanente, entre otras, algunas normas de los decretos antes mencionados, entre las cuales figura el artículo 3o. del Decreto 1676 de julio de 1991 –que a su turno había modificado al artículo 9o. numerales 2 y 13 y su parágrafo del Decreto 2790 de 1990, modificado como había sido por el Decreto 099 de 1991– Véase artículo 6o.

‘Al entrar en vigencia el nuevo C.P.P.– julio 1o. de 1992– e incorporarse a la jurisdicción ordinaria como juzgados regionales y Tribunal Nacional los antes denominados de orden Público, se le atribuyó a aquellos la competencia en primera instancia de los mismos delitos de que se viene hablando –con el nombre de

“extorsión y conexos”–, pero supeditada también a la cuantía – ahora calculada en salarios mínimos mensuales– que debía ser igual o superior a ciento cincuenta –Artículo 71–. Esta cuantía permanece hoy por mandato del artículo 9o. de la Ley 81 de 1993, modificatoria del artículo 71-4 del C.P.P., Ley esta que derogó y subrogó, entre otras, las normas contrarias adoptadas como legislación permanente en virtud del artículo 8o. transitorio de la Carta política, lo cual había sido ya advertido por esta Corporación (Rad. 9045, enero 24 de 1994).

“Significa lo anterior, en síntesis, que los juzgados Regionales actualmente tienen la competencia para conocer de los procesos por el delito de extorsión y sus conexos, solamente cuando la cuantía del atentado patrimonial sea la prevista en la Ley 81 de 1993...” (Rad. 9188, marzo 15 de 1994).

Y si, como aquí aparece, la cuantía de la extorsión se halla muy distante de acercarse a los ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales, y los hechos de que se trata se encuentran desprovistos de todo fin terrorista, factor subjetivo determinante también de la competencia de los Juzgados Regionales, síguese que el conocimiento de este proceso estriba en el Juzgado Penal del Circuito, como así se dirimirá el diferendo.

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

Resuelve:

Declarar competente para conocer de este proceso al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia (Caquetá). Por lo tanto, remítasele el informativo, y con copia de este proveído al Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, infórmesele sobre lo aquí definido.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calveté Rangel, Jorge Carreño Luengas, no firmó; Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INIMPUTABILIDAD / SANA CRITICA

La inimputabilidad no es un concepto médico sino jurídico: es al juzgador a quien le corresponde determinar si el procesado actuó en cualquiera de los motivos de dicha incapacidad de culpabilidad. Lo hará examinando antes que todo la verdad procesal y cotejándola con el peritaje que haya sido practicado. Con base en todo ello el Juez decidirá si la patología del acusado –en el evento de que ésta se haya dictaminado– tiene relación, y de qué clase, con el concreto hecho punible que juzga. De ahí que al experto no le sea dado dictaminar si la persona examinada es o no inimputable, pues esta tarea está reservada al juzgador.

El artículo 254 del Código de Procedimiento Penal señala que las pruebas –y el peritaje no es una excepción– “deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. Por su parte, el artículo 273 ibídem, refiriéndose en concreto a la prueba de que disiente aquí el casacionista, dice: Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., seis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Aprobado Acta número 98.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 12 de febrero de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a MORIS RAFAEL COBOS CIFUENTES a 16 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1. El viernes 23 de agosto de 1991, José Canosa Torrado, de 44 años de edad, invitó a su casa de habitación, ubicada en la carrera 67M No. 56A-63 Sur de esta ciudad, a Moris Rafael Cobos Cifuentes, de 20 años de edad, quien llegó acompañado del menor Rodolfo Méndez Mora (17 años).

Allí ingirieron licor y Canosa Torrado tuvo relación sexual con Cobos Cifuentes. No se sabe exactamente qué pasó luego entre estas tres personas, pero lo cierto es que en las horas de la madrugada, Cobos Cifuentes con arma cortopunzante causó múltiples heridas (cerca de 93) a Canosa Torrado, quien como consecuencia de ello falleció en el mismo lugar. La casa fue registrada como si se buscara algo en ella, se trató de lavar las manchas de sangre esparcidas por la misma y en el vientre del occiso se escribió "por marica". No aparecieron ni el dinero ni el reloj del occiso.

2. El Juzgado 67 de Instrucción Criminal Permanente levantó el cadáver e hizo inspección judicial en la casa mencionada. Luego, por pruebas practicadas y averiguaciones hechas por la policía, se capturó a Cobos Cifuentes, residente en el mismo barrio, quien manifestó a los policiales que voluntariamente había tenido relaciones sexuales con la víctima, pero que era del todo ajeno a su muerte.

El Juzgado 32 de Instrucción Criminal abrió investigación y escuchó en indagatoria a Cobos Cifuentes, quien negó enteramente los hechos, afirmando que esa noche se encontraba en otra parte y que si bien era amigo del occiso (su ahijado, dice) no tiene nada que ver con la muerte de éste (fls. 102 y ss).

Practicadas otras pruebas se dictó auto de detención contra el sindicado (fls. 126 y ss-1), y como unas declaraciones vincularan a Rodolfo Méndez Mora con los hechos, se le hizo comparecer al Juzgado, resultando ser menor de edad, por lo cual se sacaron las copias de rigor.

El sindicado Cobos Cifuentes solicitó ampliación de indagatoria, diligencia en la cual afirmó que el occiso lo accedió carnalmente cuando

él se encontraba dormido y seguramente aprovechando una droga que le echó en el trago, a más de que lo vio tratando de violar a su amigo Méndez Mora. Dice que él no se dio cuenta de nada y que sólo recuerda cuando vio el cuerpo con las aludidas heridas (fls. 170 y 202-1).

El examen médico-legal practicado al procesado Cobos Cifuentes (y que arribó el proceso cuando el mismo se encontraba para ser calificado), concluyó que “para el momento de los hechos investigados el señor Moris Rafael Cobos Cifuentes presentó trastorno mental transitorio que le impidió comprender la gravedad de sus actos y por tanto limitó su capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión” (fls. 294 y 295-1).

3. La investigación fue calificada mediante auto de 11 de marzo de 1992 (fls. 301 y ss-1) con resolución de acusación por el delito de homicidio agravado por la sevicia, expidiéndose copias con respecto a un posible hurto de algunos de los bienes del occiso. Se apartó el Juzgado del peritaje, subrayando que al parecer el mismo había sido rendido de tal manera debido a que el psiquiatra le otorgó plena credibilidad al procesado, que en sentir del Juzgado éste no merecía.

Apelada esa providencia, el Tribunal, por medio de la suya de 18 de mayo de 1992, la confirmó (fls. 30 y ss-2).

4. El Juzgado 10 Superior de Santafé de Bogotá (luego 54 Penal del Circuito), celebró audiencia pública el 4 de noviembre de 1992 (fls. 437 y ss-1), y dictó sentencia el 13 de noviembre (fls. 501 y ss-1), mediante la cual, desechando de nuevo la inimputabilidad planteada por el defensor del acusado, condenó a éste por homicidio en estado de ira (por “sentirse violado” y ver que el occiso pretendía hacer lo propio con su amigo) a la pena principal de 5 años y 4 meses de prisión, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y al pago de los perjuicios.

Ese fallo fue apelado por la Fiscal Delegada 123 y por el defensor del procesado. La primera para que se emitiera sentencia conforme con la acusación, es decir por homicidio agravado, y el segundo para que su asistido fuera considerado inimputable.

El Tribunal, por medio de fallo que recurrió en casación el referido defensor, modificó la sentencia recurrida en el sentido de condenar al procesado, en consonancia con la acusación, a 16 años de prisión.

La demanda:

El casacionista aduce “error de hecho por apreciación errónea de la prueba pericial psiquiátrica o falso juicio de identidad de esa prueba” (fls. 108-2).

Se refiere a los dos peritajes (al inicial y al que lo ratificó), a los antecedentes psiquiátricos de algunos familiares del procesado y a lo dicho por éste en ampliación de injurada, para luego precisar: “Al respecto es necesario manifestar que el psiquiatra en su experticio nunca tomó partido por la realidad planteada por Cobos Cifuentes sobre lo fáctico del asunto, previamente al desenlace fatal. Simplemente expresa en su dictamen que la personalidad obsesiva y narcicista (*sic*) de Cobos Cifuentes debió enfrentar aquella noche una realidad stressante (*sic*), afectante de su equilibrio... Ese argumento, el de la eventual falacia de la exposición que de los hechos hió Cobos Cifuentes en esa ampliación de indagatoria no explica la inexistencia del trastorno mental...” (fls. 110-2).

Critica el criterio que tuvo el sentenciador para descartar la inimputabilidad y dice: “Por el contrario, justamente la abundancia de heridas sufridas por Canosa Torrado hacen vislumbrar a cualquier desprevenido analista de la situación que el agresor –en este caso mi defendido– habría de hallarse a puertas de un profundo desequilibrio emocional, racional y volitivo” (fls. 111-2).

Habla el censor de la “salvaje arremetida” del acusado contra la víctima y del letrero que le colocó en el vientre, cosa que –en opinión del perito, dice el casacionista– “no denotaba ausencia de trastorno mental, hasta el punto que el propio escrito pudo haber sido realizado en pleno estado psicótico por el agresor” (fls. 112-2).

Alude a los hechos posteriores al homicidio (requisa de la casa, lavado de escaleras y paredes, etc.) y considera que cuando ello, el procesado ya había recuperado “sus facultades cognitivas y volitivas”, hechos

posteriores éstos que “ratifican o confirman la previa existencia de un estado psicótico” (fls. cit.).

En fin, reitera que el Tribunal apreció indebidamente el dictamen y señala: “Ahora, en relación con el artículo 273 del C. de P.P., el juzgador de instancia antepuso su capacidad especulativa en materia probatoria, lógica y ontológica a la firmeza, precisión y claridad de los fundamentos, idoneidad del científico-psiquiatra y a los demás elementos de prueba obrantes en el proceso...” (fls. 113-2), indicando como inaplicado el artículo 31 del Código Penal e indebidamente aplicado el 324 ibidem.

Pide entonces que se case parcialmente el fallo y se condene el procesado como inimputable.

Alegato de la parte civil:

En su alegato apreciatorio, la apoderada de la parte civil dice: “El procesado y su cómplice sometieron a su víctima antes de matarla a toda clase de torturas con la finalidad de que les dijera dónde guardaba sus objetos de valor, así es como le cortaron la cara, lo golpearon, lo arrastraron por toda la casa, le hicieron heridas de poca profundidad, para una vez obtenido su cometido asesinarla” (fls. 120-2), subrayando que en diferentes oportunidades procesales “diversos funcionarios judiciales y el Ministerio Público se han pronunciado sobre el dictamen al unísono y le han restado valor probatorio.

Precisa la alegante: “Canosa mal podía en cuarto grado de embriaguez atacar sexualmente a sujeto alguno y mucho menos al procesado, quien confesó a los Agentes de la policía que lo capturaron haber tenido relaciones sexuales con la víctima en las que tuvo la parte activa. Señor Magistrado, cómo puede tener validez o eficacia probatoria un dictamen pericial que desconoce o se aparta de los hechos establecidos en el proceso por un gran número de medios de prueba...” (fls. 123-2).

Así, reafirma la imputabilidad del acusado y habla de las facultades del juzgador frente al dictamen e indica: “No es de recibo que este asesino tenga capacidad volitiva e intelectual minutos antes y minutos después del ilícito, pero no por unos instantes durante éste, sin expresarse siquiera

la circunstancia que lo ocasionó, tampoco es aceptable que se tenga conciencia para borrar las huellas de su delito y para hurtarse gran cantidad de bienes de la víctima, pero no para asesinar” (fls. 125 y 126-2).

Recuerda la alegante cómo a folios 296-1 el menor Méndez Mora dijo que “Moris estaba en sano juicio hasta que me quedé dormido. El se mostraba bien” (fls. 126-2) y recalca que “los asesinos sí tuvieron motivación para cometer su crimen” (fls. 127-2), concluyendo que en este caso no está por parte alguna demostrado que el homicidio haya sido cometido en trastorno mental transitorio, como pretende el casacionista, señalando que el acusado “recuerda perfectamente el hecho realizado e inclusive su estado anímico” (fls. 130-2). Manifiesta, además, estar de acuerdo con el fallador en que el peritaje en cuestión “es claramente contradictorio” (fls. 133-1), ya que “de un momento a otro afirma este psiquiatra que Cobos Cifuentes presentó trastorno mental transitorio, sin explicar qué hecho lo ocasionó, cuándo o en qué momento surgió y mucho menos cuándo desapareció, tampoco explicó la magnitud del desequilibrio” (fls. 134-2).

Finaliza diciendo que el sentenciador se limitó a dar cumplimiento al artículo 273 del Código de Procedimiento Penal (sobre evaluación de la experticia) y pide no casar el fallo.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA Y CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice que “en tratándose de prueba pericial, ésta como las demás debe ser apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, con exposición razonada del mérito que se le asigne –art. 154 C.P.P.– y que dentro de este libre criterio de apreciación racional, que se deja librado al Juez para establecer su valor, deben tenerse en cuenta las precisas pautas que respecto del dictamen establece el artículo 273 *ibidem*. Dentro de estos parámetros es fácil advertir que el sentenciador se ajustó en estricto a los derroteros legales en materia probatoria para el análisis del dictamen psiquiátrico forense practicado al procesado, que a través de un lógico, razonado, juicioso y fiel examen del experticio en confrontación con las demás pruebas aducidas al proceso, lo condujeron a apartarse,

fundamentalmente, de las conclusiones contenidas en el mismo...” (fls. 17 cuaderno Corte).

Agrega más adelante la Delegada (fls. 20): “Frente a estos argumentos, fundados en un análisis de apreciación racional y en conjunto de las pruebas, pretende el actor, sofisticadamente imponer su criterio tendiente a que se acoja la conclusión del dictamen conforme al cual Cobos Cifuentes se encontraba en estado de inimputabilidad transitoria cuando realizó el hecho punible debido al trastorno mental a que se refiere el experticio, porque considera indiferente, para haber llegado a las conclusiones de éste, la no incidencia ante la verdad histórica y lo expuesto por el procesado, o por cuanto en la prueba pericial no se tomó partido por la realidad fáctica previamente planteada por el examinado, habiéndose omitido en la misma toda definición del hecho productor del desequilibrio”.

Señala la Procuraduría que lo que se evidencia en este caso es “una simple disparidad de criterios frente al mérito otorgado por el fallador a los diferentes medios en los cuales sustentó la decisión de condena, inadmisibles en esta sede extraordinaria, donde por juiciosos que pareciesen los argumentos esbozados por el libelista, priman los razonamientos contenidos en la sentencia, dada la doble presunción de acierto y de verdad que amparan las decisiones judiciales” (fls. 21). Agrega que “igualmente pugna contra la técnica de la impugnación extraordinaria plantear posturas polémicas controversiales como las señaladas, que por ser propias de las instancias deben quedar superadas por éstas, resultando, en consecuencia, ajenas a la casación” (fls. 22).

. Pide pues, no casar el fallo.

2. A lo dicho agrega la Sala:

Lo primero que se impone señalar es que la inimputabilidad no es concepto médico sino jurídico: es al juzgador a quien le corresponde determinar si el procesado actuó en cualquiera de los motivos de dicha incapacidad de culpabilidad. Lo hará examinando antes que todo la verdad procesal y cotejándola con el peritaje que haya sido practicado. Con base en todo ello el Juez decidirá si la patología del acusado –en el evento

de que ésta se haya dictaminado— tiene relación, y de qué clase, con el concreto hecho punible que juzga. De ahí que al experto no le sea dado dictaminar si la persona examinada es o no inimputable, pues esta tarea, como se vio, está reservada al juzgador.

Ahora bien: el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal señala que las pruebas —y el peritaje no es una excepción— “deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. Por su parte, el artículo 273 *ibidem*, refiriéndose en concreto a la prueba de que disiente aquí el casacionista, dice: “Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”.

A esas normas acudió el sentenciador para desechar la peritación del médico legista, que se fundó en la versión que de los hechos le suministró el procesado, exhibiendo una suma ingenuidad, por cierto.

Además, el error de hecho planteado por el actor existiría en el evento de que el sentenciador le hubiera hecho decir al peritaje lo que no dice, traicionando así su sentido objetivo; pero aquí nada de eso ocurrió, sino que el fallador se apartó, fundamentalmente (cosa muy distinta de tergiversar) de las conclusiones del psiquiatra examinador.

Conviene retomar en algunos apartes las consideraciones del juzgador con miras a repudiar el dictamen.

En la resolución acusatoria de primer grado (decisión ésta que se integra al fallo en lo que éste no lo contradiga expresa o implícitamente) se dijo que si bien la víctima tenía tendencias homosexuales, la prueba recogida en el proceso no permitía catalogarla como “un violador sexual” sino como “persona amable, sencilla y hermanable” (fls. 306-1). Se hizo también esta reflexión: “¿Si las cosas hubieran sucedido como lo quiere hacer ver el procesado —encontrándose él en un estado de inconsciencia— por qué una vez le pasó este estado no se presentó a las autoridades a confesar el hecho?” (fls. 307-1).

De su lado, el Tribunal al revisar esa decisión consideró: “A juicio de la Sala y de acuerdo a las pruebas hasta ahora allegadas al

encuadernamiento, la mentada conclusión siquiátrica es controvertible... Por el contrario parece ser que en el barrio era una persona indeseable, pues era reputado como ladrón, sin que por parte alguna se hablara de circunstancias de alteración mental” (fls. 34-2).

También estimó el Tribunal que la conducta del procesado luego del homicidio de Canosa Torrado (“lavar las huellas del crimen”) y la actuación del mismo en el proceso (primero negar el hecho punible y luego –ya con auto de detención– dar otra versión), lo compromete más en cuanto a su imputabilidad.

En la sentencia de primer grado se lee a este mismo respecto: “Pero otra cosa es que con un dictamen dicho en corto lapso se pueda lograr precisamente establecer el instante en que el sujeto sufre ese período de tiempo que lo trastorna mentalmente para no darse cuenta de los actos que realiza frente a un ilícito, es por ello que el Juzgado a través de las versiones que da el procesado, como también lo hace la Juez Instructora y el Tribunal de Bogotá, no puede entender que una persona que actúa dirigida única y exclusivamente hacia el logro de ocultar el delito cometido no haya sido consciente en el momento en que lo cometió” (fls. 506-1).

El Tribunal, compartiendo los anteriores criterios, y con base en que la relación sexual entre victimario y víctima fue voluntaria (como el acusado lo admitió inicialmente ante los policiales captores); en el hecho de que se perdieron dinero y el reloj de ésta; y, en que el procesado y el menor Méndez Mora coincidieron en la mayor parte del relato de los hechos, dijo que quedaba “sin soporte fáctico real lo concluido por la peritación psiquiátrica, al no haber existido la mayor parte de las escenas que el procesado narró y que el psiquiatra acepta como ciertas; (...) por ello dista de estribar la motivación del hecho de sangre en circunstancias que comprometieron la autoestima del agente. Por lo demás, el grado de ebriedad de José Canosa Torrado, quien lindaba en el cuarto grado, menguaba su aptitud física para acometer a quienes sin ninguna cortapiza en el dominio de sus movimientos, como lo demuestra el decurso investigativo, se les facilitó hasta requisar la casa” (fls. 88-2).

Luego concluyó el sentenciador:

“Por último, si se miran cada uno de los pasos dados por Moris Rafael en el considerable lapso que permaneció, junto con su amigo, en la casa de la carrera 67M No. 56A-63 Sur del Barrio Villa del Río, hasta salir y dejarla debidamente asegurada al día siguiente, no se oculta en aquellos la plenitud de conciencia y dominio sobre los acontecimientos que los integran y que gradualmente se iban cumpliendo, sin dejar margen para aseverar que algunos se desarrollaron de manera inconsciente dentro de laguna mental. Es así como la salida aproximadamente a las 10 p.m. del viernes 23 de agosto de 1991 con Canosa Torrado y Rodolfo a proveerse de cigarrillos, indica el cabal goce de las facultades mentales; en el mismo orden de ideas, la progresiva causación de heridas a Canosa Torrado y el desplazamiento de su cuerpo por los distintos lugares de la edificación, para, seguidamente, hacerlo con la gravedad de interesar órganos vitales y lograr su muerte, dejando el cuerpo, ya con escaso sangrado, en la sala de su casa, pero empapado del líquido vital, que después se lava en pisos y zona corporal escogida para colocarle la leyenda, traduce actividades con clara orientación a las finalidades propuestas por el agente, cabiendo el mismo predicado de la requisita del inmueble y mereciendo especial mención, por vertir pensamiento coherente, la redacción de la leyenda, puesto que señala el agotamiento de un propósito y censura para la aberración de la víctima y que al buscar las llaves y salir, entrada la madrugada, antes de empezar el movimiento de transeúntes, es propio de alguien que se desenvuelve mentalmente dentro de parámetros normales, máxime que la salida del procesado y su acompañante del inmueble, se hizo de manera silenciosa y asegurando la puerta, forma de comportarse que no es propia de una persona con afectación mental (*sic*) para el instante del hecho.

“Bajo tales directrices se torna consecuente que el funcionario de instancia se haya apartado del criterio de la defensa, desechando la conclusión de la prueba psiquiátrica y, en cambio, reputar al procesado Moris Rafael Cobos Cifuentes imputable para los fines penales” (fls. 89 y 90-2).

De dicho modo, se aprecia nítido que lo que hace el casacionista es realizar una evaluación diversa (y desde su explicable ángulo de defensor del procesado) de la que realizó el sentenciador con rigurosa sujeción a la ley; evaluación que, de otra parte, se presume legal y atinada, sin que, por tanto, los meros criterios diferentes y opuestos del censor logren siquiera debilitar ese comprobado criterio judicial.

Por lo expuesto surge obvio que el fallo impugnado parcialmente no sea casado, como lo sustenta profusamente la apoderada de la parte civil en su alegato apreciatorio, mediante el cual se opone a las pretensiones de la demanda de casación.

3. Casación parcial oficiosa:

El Tribunal, al modificar la sentencia de primera instancia, condenó al procesado Moris Rafael Cobos Cifuentes a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, o sea dieciseis (16) años.

Como el artículo 44 del Código Penal establece un máximo de duración para dicha pena accesoria de diez (10) años, al desconocerse por el juzgador ese tope, se atenta contra la legalidad de la misma. Por ello, la Sala, con fundamento en los artículos 228 y 229-1 del Código de Procedimiento Penal, casará oficiosamente el fallo, para fijar la referida pena en el máximo dispuesto por ley.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. *Desestimar* la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Moris Rafael Cobos Cifuentes.

2. *Casar parcialmente*, de manera oficiosa, el fallo impugnado, únicamente para fijar en diez (10) años la duración de la pena accesoria

de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado. En lo demás, la sentencia no sufre modificación alguna.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, William Monroy Victoria, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

SECUESTRO / COLISION DE COMPETENCIA / SECUESTRO EXTORSION

Arrebatarse violentamente a alguien privándole ilegalmente de su libertad y retenerle por cerca de una hora es conducta que lesiona su autonomía y en particular su libertad de acción y movimiento, y frente a la ley penal integra un delito de secuestro, así el comportamiento degenera hacia la muerte del aprehendido.

2. La norma procesal que deslinda competencias (artículo 71-5 del C. de P.P.), se remite a la ley 40 de 1993 para asignar a los jueces regionales el secuestro extorsivo y el agravado por las causales 6, 8, y 12 del artículo 3o. de la ley 40 de 1993, dejando a la justicia ordinaria el conocimiento del secuestro simple no agravado, y del agravado por causales distintas de las tres atrás individualizadas, conviene aclarar que aún siendo por más gravosa inaplicable esa ley sustantiva en cuanto atañe con la pena, en nada dificulta la asignación del conocimiento del asunto, dado que en sus términos queda recogida la estructura básica de los artículos 268 y 269 sobre los cuales se endereza esta controversia.

Que el elemento pretendido en la entrega no tuviese una representación económica importante no desdibuja en modo alguno la estructura del tipo contenido en el artículo 268 del Código Penal. Ciertamente dentro de las alternativas exigencias que se describen en el tipo se enlistan el provecho y la utilidad, pero también que al darle a esta última el calificativo de utilidad "cualquiera", la gama de posibilidades se amplía sin que le quede al intérprete la posibilidad de introducirle restricciones, menos relacionadas con el monto económico de lo perseguido. Pero es más: cuando al lado de aquellos móviles, mejor acomodados a finalidades lucrativas, todavía se incluyen las exigencias genéricas encaminadas a forzar un hacer o una omisión, el ámbito meramente patrimonial económico claramente se desborda

proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, confirmatoria en lo fundamental de la dictada por el Juez Tercero (3o.) Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó como autor penalmente responsable de un delito de homicidio agravado, cometido en la persona de Dalia Rosa Mosquera Blandón.

La Corporación modificó la pena inicialmente impuesta (17 años de prisión) rebajándola a doce (12) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de ocho años, al pago de la indemnización de perjuicios ocasionados con el injusto (setecientos (700) gramos oro por perjuicios materiales y doscientos (200) gramos oro por los morales), en favor de los herederos de la occisa, negándole el derecho a la condena de ejecución condicional.

Hechos:

El Tribunal los resume en los siguientes términos:

“Se colige de autos que el día 12 de febrero de 1992, en horas de la noche se presentó BENJAMIN MELUK MENA en la residencia ubicada en la carrera 4a con calle 2a., en donde vivía DALIA ROSA MOSQUERA BLANDON, con quien hacía vida marital y aprovechando que ROSA DOLORES era la única persona que se encontraba despierta pero en el piso de abajo, ya que al parecer la vivienda escenario de los hechos es de dos plantas, y que MELCHORA y JUAN ACISCLO que eran las otras personas que se encontraban en la residencia estaban dormidas, MELCHORA en el mismo cuarto que se encontraba DALIA ROSA y JUAN ACISCLO en otra habitación; aprovechando todas estas circunstancias, sube las escaleras y después de una discusión por la negativa de DALIA ROSA de seguir haciendo vida marital con BENJAMIM MELUK recibe de parte de éste una puñalada que le partió el corazón y le ocasionó la muerte casi que en forma instantánea”.

Actuación Procesal:

El compendio lo realizó la Delegada. Escúchense sus palabras:

“Proferida resolución acusatoria en contra de Benjamín Meluk Mena por el delito de homicidio agravado por la circunstancia específica del numeral 1o. del artículo 324 del C.P.; el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó dictó sentencia condenatoria pero agravando el delito no por la causal atribuida en el pliego de cargos sino por la consagrada en el numeral 7o. del precitado artículo 324.

Apelado este fallo, el Tribunal de Quibdó decidió anular la sentencia de primer grado por considerar que se había vulnerado el derecho de defensa al imputársele al procesado una circunstancia de agravación específica distinta a la atribuida en la resolución acusatoria.

Por este motivo el Juzgado *a-quo* volvió a dictar la correspondiente sentencia, en esta oportunidad el 8 de julio de 1993, condenando a Meluk Mena a lapena principal de 17 años de prisión, por el delito de homicidio agravado de conformidad con el numeral 1o. del artículo 324 del C.P.

Apelada esta sentencia por el mismo procesado, el Tribunal resolvió modificarla en el sentido de reducir la pena privativa de la libertad a 12 años, por cuanto la causal de agravación imputada por el Juez de conocimiento no era aplicable en este caso, habida cuenta de que entre la víctima y el inculcado no existió vínculo matrimonial alguno. Los dos años de incremento respecto de la pena mínima establecida por el artículo del artículo 323 del C.P., se debieron a la aplicación del ordinal 3o. del artículo 66 *ibídem* “puesto que su conducta hecho encuadra a las circunstancias allí indicadas como se ha probado y demostrado en autos (circunstancias genéricas de agravación punitiva)”.

La demanda:

Con fundamento en la causal segunda de casación (artículo 220 del C. de P.P.), el recurrente formula un único cargo. Advierte que en la resolución de acusación la calificación jurídica fue la de homicidio

agravado por la circunstancia prevista en el numeral 1o. del artículo 324 del C. P., por ser la occiosa, además de su prima hermana, su compañera permanente. Y si bien es cierto que el Tribunal declaró improcedente esa causal de agravación específica, en cambio, le agregó la circunstancia genérica de agravación punitiva prescrita en el numeral 3o. del artículo 66, ibídem.

“Como puede observarse en los cargos –advierte–, al procesado no se enunció (*sic*) claramente que él aprovechara la condición de indefensión de la occisa como circunstancia de agravación punitiva, porque además era imposible probar tal circunstancia la cual nunca existió”.

Luego asegura que durante la etapa del juicio no se allegó ninguna prueba que permitiera deducir la agravante, dado que el único testimonio recaudado (Rosalba Mosquera) apenas informa sobre la agresividad de la interfecta y su ebriedad el día de los hechos, prueba ésta que, además, no fue considerada por el juzgador. Por consiguiente, el recurrente entiende que el fallo viola el derecho de defensa al condenar al procesado por una circunstancia genérica de agravación de la cual no pudo defenderse.

Por tanto, al haberse violado los artículos 1o. y ss. del C.P. y 1o. del C. de P.P., solicita a la Sala casar la sentencia recurrida por ser incongruente con la resolución de acusación.

Concepto de la Procuraduría Segunda:

Antes de acometer el estudio de la causal segunda, quizás por sus tropiezos técnicos, advierte sobre la carencia de argumentos en torno a la violación del derecho de defensa lo cual implica de suyo una presentación irregular del libelo, “imposibilitando a la Corte el estudio de fondo, ya que para hacerlo habría que necesariamente complementarlo...”

Hecha la salvedad, señala que, incluso, pasando por alto esta falencia, el tema necesariamente exigiría un replanteamiento de la tesis tradicional de la Corte que permite deducir circunstancias genéricas de agravación punitiva en el fallo “...por cuanto éstas sólo inciden en la pena y no corresponden a la estructura del delito...”, argumento que en sentir de la

Delegada evade el problema de fondo "...en la medida en que la pena viene a ser consecuencia tanto del delito estructuralmente entendido como de las referidas circunstancias genéricas y si éstas últimas cuentan para el incremento punitivo no se ve la razón para que no sean atribuidas en el pliego de cargos y, por ende, objeto de defensa".

Luego se pregunta si esta posición predominante está en verdad creando una limitación al derecho penal de acto, si se está multando el principio de culpabilidad y si se está eliminando la posibilidad procesal de que el imputado pueda alegar un presunto error de tipo quedando "cuando menos la duda, sobre si estas circunstancias resultan imponiéndose con base en una típica responsabilidad objetiva".

Así las cosas, es de opinión la Delegada, que en este caso concreto no es la ocasión para decidir sobre la posible revisión o reiteración de dicho criterio, pues del análisis de la sentencia de segunda instancia se colige que ninguna motivación se expuso para justificar su aplicación, máxime cuando la norma citada (ord. 3o. del art. 66 del C.P.) contiene varias previsiones, desconociéndose por cuál de ellas se decidió el juzgador de segundo grado.

Advierte que, como tantas veces se ha reiterado en la jurisprudencia, "...la simple afirmación de la norma a aplicar nunca puede tenerse como una debida motivación, toda vez que, esto lo que constituye es la conclusión, que debe estar precedida de las razones motivantes y justificativas para que pueda ser valorada, compartiéndose o refutándose por los sujetos procesales".

Por consiguiente, solicita a la Colegiatura ejercer su facultad oficiosa en estos menesteres, casando parcialmente el fallo, procediendo a dictar el sustitutivo de rigor, por desconocimiento del debido proceso.

La Corte:

1. La petición de la Delegada

1.1. En desarrollo del principio de prioridad, se ocupará la Sala de la sugerencia del Ministerio Público para que se anule oficiosamente la

sentencia por falta de motivación de la circunstancia de agravación genérica deducida por el Tribunal pues de prosperar resultaría inútil, por sustracción de materia, entrar a analizar la demanda.

1.2. Dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que el Tribunal al deducir la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el numeral 3o. del artículo 66 del C.P. violó el debido proceso, pues ninguna motivación expuso para justificar su aplicación advirtiendo, que el solo enunciado de la norma por aplicar no puede tenerse como debida motivación por ser apenas “una conclusión, que debe estar precedida de las razones motivantes y justificativas para que pueda ser valorada, compartiéndose o refutándose por los sujetos procesales”. Pide, en consecuencia, se anule parcialmente el fallo y se proceda a dictar el sustitutivo de rigor.

1.3. No le asiste razón a la Delegada en su planteamiento, pues examinado el proceso encuentra la Sala que la susodicha circunstancia no solamente la dedujo el Tribunal, sino que lo fue inicialmente por el Juzgado *a quo* y con la motivación suficiente, lo que deja sin piso la observación hecha. En efecto:

En sentencia de marzo 16 de 1993, el Juzgado 3o. penal del Circuito del Quibdó condenó al procesado MELUK MENA a la pena principal de 17 años de prisión por hallarlo responsable del delito de homicidio agravado “conforme a las circunstancias agravantes previstas en el numeral 7 del artículo 324 del C. Penal” (folio 170 C.1), determinación que al ser revisada por el Tribunal por vía de apelación que anulada con el siguiente argumento: “Examinada la sentencia, estima la Sala que a ella concurren factores que obligan a declarar su nulidad, en virtud de la existencia de las causales 2a y 3a. del artículo 304 del C. de P.P., que informan en su orden: De la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación del derecho de defensa”.

“Pues es evidente, que existe incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia toda vez que la primera decisión elevó pliego de reproches a MELUK MENA por el punible HOMICIDIO AGRAVADO, habida consideración del ordinal 1o. del artículo 324 del C.P., en tanto

que en el fallo se le atribuye lo previsto en el ordinal 7o. del mismo precepto, que es bien distinto”. (fol. 179 C.1).

Regresado el proceso, el *a quo* analiza el modo como se desarrollaron los acontecimientos que dificultaron la defensa de la víctima y ponen de relieve la insensibilidad moral del procesado, de la siguiente manera:

“Obsérvese como BENJAMIN MELUK MENA llega a la casa de propiedad de MELCHORA BLANDON MENA y en donde en una de sus habitaciones pernoctara DALIA ROSA MOSQUERA BLANDON el día de los hechos; se presenta el procesado de marras en esta casa de habitación casi que subrecticia (*sic*), pues ninguno de los moradores del inmueble en mención pudo percatarse de la presencia de este individuo en dicho lugar, enterándose sólo cuando éste en forma estrepitosa pretendía ausentarse del lugar del crimen.

“Este proceder nos permite inferir que MELUK MENA, había ideado con suficiente frialdad y detenimiento los pasos a seguir cuales eran ultimar a la tantas veces mencionada testigo para luego avandonar (*sic*) dicho lugar sin ser visto por ningún testigo; no de otra manera podemos explicarnos su presencia en la prealudida casa de habitación en forma sigilosa, sin ser visto por los dueños y habitantes de la residencia; esta aseveración no resulta caprichosa sino antes por el contrario va tomando cuerpo y forma, con base en los indicios analizados, los cuales son autónomos, conexos y concordantes y nos llevan de manera inequívoca a la certeza del hecho investigado”. (fol. 195 C.1).

Más adelante y en claro acatamiento a lo dispuesto por el Tribunal, el Juzgado reconoce que lo prevenido en el numeral 7o. del art. 324 de¹ C.P., esto es, colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación, se ha dado en el proceso –“se hace evidente, dice–, pero sin embargo no es posible deducírsele como tal, pues ya el Tribunal así lo dijo, y sin mencionar expresamente el artículo 66 numeral 3o. –que señala como circunstancia genérica de agravación punitiva “el tiempo, el lugar... o el modo de ejecución del hecho, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido...”–, mantuvo

el incremento de un año que había deducido en la ocasión anterior, con el siguiente razonamiento: “Con su comportamiento BENJAMIN MELUK MENA violó el artículo 323 en armonía con el 324 del C. Penal, punible que recibe el nomen juris de HOMICIDIO AGRAVADO, delito para el cual se fija una sanción de dieciseis a treinta años. La pena que se le impondrá a BENJAMIN MELUK MENA por concurrir la circunstancia agravante preanotada será la de diecisiete (17) años, como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO de que hiciera víctima a DALIA ROSA MOSQUERA BLANDON (fol. 202 C.1). La negrilla fuera de texto; de donde se deduce sin mayor esfuerzo que (la “circunstancia agravante preanotada” en que se apoya para incrementar el mínimo fijado en la ley y que el propio funcionario reconoce expresamente que es de dieciseis años, es la señalada en el numeral 3o. del artículo 66 del C.P.; sin que de las circunstancias de no haber sido suficientemente claro en su redacción y el omitir señalar expresamente la norma, pueda inferirse que deba negarse la motivación que al respecto hiciera para imponerla. Sostener lo contrario es mantener el culto al formalismo, proscrito hoy por disposición expresa del artículo 228 de la Carta Política).

Ahora, sabido es que el papel de la segunda instancia al revisar un punto específico por vía de la apelación no solamente se circunscribe a revocarlo o confirmarlo, sino también a adicionarlo o complementarlo dentro de las limitaciones fijadas por la Constitución y la ley; luego, cuando el Tribunal al revisar tal sentencia citó el numeral 3o. del artículo 66 del C.P. y afirmó que la conducta del procesado “encuentra a las circunstancias allí indicadas como se ha probado y demostrado en autos (circunstancias genéricas de agravación punitiva)”, no estaba haciendo cosa diferente a prohijar el análisis probatorio que al respecto hiciera *el a quo* para deducir tal agravante aunque sin mencionar expresamente la norma que lo contiene y para completarlo, la citó en ejercicio pleno de su competencia, quedando de esta manera, por el principio de integración debidamente motivada la agravación, y legalmente deducida. Adviértese que ya desde el pliego de cargos al referir los hechos la justicia habló de la forma como penetró el homicida al cuarto donde la obitada dormía cuando fue atacada y que la causa de la muerte fue el no haber querido ésta regresar a convivir con el procesado debido a los malos tratos que éste le había inferido, lo cual encuadra perfectamente en la norma que

finalmente se le dedujo, así tampoco se hubiese mencionado expresamente en aquella oportunidad. No hay lugar, pues, a anular la actuación con base en la razón aducida por la Delegada.

2. La Demanda.

2.1. Según el casacionista, la sentencia incurrió en una incongruencia al hallar responsable al procesado de una circunstancia genérica de agravación punitiva que no le fue deducida en la resolución de acusación. En sus palabras, la calificación jurídica lo fue por el delito de homicidio, agravado por el numeral primero del artículo 324 del C.P. No obstante, al revisar el Tribunal la sentencia condenatoria, revocó la aplicación del tipo agravado, por no contemplar nuestra legislación penal como circunstancia calificante la muerte causada a la persona con la que se hace vida marital. En cambio, se le adicionó la contenida en el numeral 3o. del artículo 66 de la misma obra.

2.2. En principio podría asistirle razón al impugnante pues, en apariencia, se podría observar una discordancia entre el pliego de cargos que no contempló la agravante genérica en comento y la sentencia recurrida que sí la tuvo en cuenta. No obstante, (sobre el punto, en varias ocasiones la Sala –por mayoría ha expresado– que como quiera que esta especie de agravantes tan solo tiene que ver con la punibilidad pueden perfectamente ser incorporadas en el fallo. No así las específicas, pues ellas sirven para realizar en debida forma no solo el proceso de adecuación típica sino también la medida punitiva que corresponde al juicio personal de reproche).

Un reciente pronunciamiento, así lo aclaró:

“...la no inclusión de las circunstancias genéricas de agravación o atenuación punitiva en la providencia enjuiciatoria (auto de proceder o resolución acusatoria) no genera irregularidad sustancial que afecte el debido proceso porque ellas constituyen, no el único, sino uno de los varios criterios dosificadores de la pena conforme al artículo 61 del C.P., los cuales solo deben ser examinados por el juez en la sentencia de condena para determinar el monto de la pena, dentro de los límites mínimo y máximo establecidos en la disposición violada.

No sucede lo mismo con las circunstancias específicas de agravación, pues en relación con ellas es indispensable que el juez las consigne en la resolución de acusación porque ellas tienen la virtualidad de integrar o modificar instantáneamente el tipo penal y es por ello no sólo conveniente sino necesario que el procesado las conozca para que pueda ejecutar adecuadamente su defensa.

En cambio, como ya se anotara, las circunstancias genéricas de agravación o atenuación que pueden ser comunes a todos los tipos penales y por tanto sólo inciden en la dosimetría de la pena pertenecen a la órbita de apreciación del juzgador en el momento de dictar sentencia”. (Cas. julio 1o/92, M. P. Dr. Jorge Carreño Luengas.

No es distinto el caso de la especie. Como ya se anotó, aunque es cierto que en la resolución de acusación no se le dedujo la agravante genérica en referencia, le era permitido al fallador hacerlo en la sentencia, dado que ella sirve únicamente como uno de los criterios para establecer el monto de la pena. Por este aspecto, ninguna tacha le cabe a esta decisión y como tal el fallo conserva su vigencia.

Finalmente cabe resaltar la ninguna explicación que el actor brinda a la Sala sobre las razones que le asisten para enunciar simplemente que la deducción de la agravante en comento, afecta el derecho de defensa, carencia que deja a la Corte sin ninguna posibilidad de acometer el estudio correspondiente.

No prospera el reproche.

3. La casación oficiosa

3.1. Observa, en cambio la Sala dos irregularidades de fondo que ameritan la anulación parcial del fallo a las cuales sí no hizo referencia alguna la Delegada, a saber:

a) Cuando el fallador de primera instancia se ocupó de la pena accesoria que correspondía imponer al sentenciado, dijo: “como penas accesorias se condenará a BENJAMIN MELUK MENA, a la interdicción del ejercicio de

derechos y funciones públicas por un período de 8 años...” (fol. 202C.1); por su parte, el Tribunal guardó absoluto silencio al respecto en la parte motiva de su fallo al dejar la pena privativa de la libertad reducida a doce (12) años limitándose a decir en la parte resolutive “Déjase en firme los otros mandamientos del referido fallo” (fol. 226 C.1), con lo cual ha de entenderse que prohió los ocho años de pena accesoria impuestos por el *a quo* y con ello, que ambas instancias desconocieron abiertamente el mandato legal contenido en el artículo 52 del C.P. que dice en lo pertinente: “La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal...”, precepto que si bien implica la deducción inexorable de esta pena a la de prisión que se imponga, ha de entenderse sistemáticamente que lo es con las limitaciones referidas en el artículo 44 *ibídem* sobre el máximo de duración de las penas, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala.

Como el comportamiento de las instancias es violatorio del principio de legalidad y este no se opone a la prohibición constitucional del artículo 31, como igualmente lo ha reiterado esta Corporación, se impone el restablecimiento del imperio de la ley por disposición expresa del artículo 230 de la Carta y, en consecuencia, se debe casar parcialmente el fallo para con fundamento en los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., imponerle al procesado la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) años.

b) De la misma manera observa la Sala que cuando el *a quo* dosificó la pena principal partió del mínimo incrementándola en un año por razón de la circunstancia de agravación genérica punitiva ya mencionada y que tal determinación fue apelada por el procesado, siendo éste único recurrente.

No podía el Tribunal, por consiguiente, en los términos del artículo 31 constitucional y 217 del C. de P.P., tal como quedó con las modificaciones introducidas por el artículo 34 de la ley 81 de 1993, agravar la pena.

Por manera que cuando resolvió suprimir la causal primera del artículo 324 del C.P. y partir del mínimo indicado en el artículo 323 *ibídem*, solamente podía incrementar dicho mínimo en un año, no en dos como lo hizo con desconocimiento evidente de los artículos ya mencionados de la Constitución y del Código de Procedimiento Penal.

Se impone, por tanto, restablecer la garantía vulnerada, decretando también la casación parcial del fallo en este concreto aspecto y, con base en los referidos artículos 228 y 229-1 del C. de P.P. –por haberse presentado la irregularidad solamente en la sentencia– deja como pena principal la de once (11) años de prisión.

En todo lo demás, se mantendrá el fallo recurrido.

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

Resuelve:

1o. *Desestimar* la demanda presentada y la nulidad pedida por la Delegada.

2o. *Casar parcialmente* y en forma oficiosa la sentencia impugnada únicamente en cuanto al quantum de las penas principal y accesoria impuestas. En consecuencia,

3o. *Declarar* que la pena principal que corresponde al sentenciado BENJAMIN MELUK MENA es la de once (11) años de prisión en vez de la de doce (12) que le impusiera el Tribunal, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término de diez (10) años, en vez de los ocho (8) que le impusieron las instancias. En todo lo demás, el fallo no sufre modificación alguna.

En firme esta determinación vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., salvamento parcial de voto.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS
DE AGRAVACION PUNITIVA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Sobre la inquietud que agita la Delegada me he pronunciado de manera tan insistente como inútil, muchísimas veces. Y como mis ideas son las mismas de ayer a hoy y como no veo porque tenga que cambiarlas, fiel al asunto, las reproduzco sin quitar una tilde:

“Insiste la SALA mayoritaria en considerar que en la sentencia pueden deducirse las circunstancias genéricas de agravación punitiva (artículo 66 del C.P.) sin que tal proceder vulnere el derecho de defensa del imputado cuando lo correcto es su aplicación en el pliego de cargos, o como ahora se dice, con alabada técnica, resolución de acusación. Si es que acaso las cosas no han cambiado de nombre con tantas mudanzas de legislación y trastueques técnicos que de seguro, todo lo embrollan y todo lo complican. Y aunque crea yo que el concepto de la SALA no es de recibo sé que por mucho que diga siempre lo contrario, mi criterio, muy a pesar mío, no va a producir ningún efecto pues aquel se basta y el mío me basta. Dejemos las cosas así. Conforta saber que nada se concluye y todo se continúa”.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra

HOMICIDIO AGRAVADO / CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION

La “circunstancia agravante preanotada” (dificultar la defensa), en que se apoya para incrementar mínimo fijado en la ley que es de dieciséis años, es la señalada en el numeral 3o. del artículo 66 del C.P., sin que de las circunstancias de no haber sido suficientemente claro en su redacción y el omitir señalar expresamente la norma, pueda inferirse que deba negarse la motivación que al respecto hiciera para imponerla. Sostener lo contrario es mantener el culto al formalismo, proscrito hoy por disposición expresa del artículo 228 de la Carta Política.

Como quiera que esta clase de agravantes (genéricos) tan solo tiene que ver con la punibilidad pueden perfectamente ser incorporados en el fallo. No así las específicas, pues ellas sirven para realizar en debida forma no sólo el proceso de adecuación típica sino también la medida punitiva que corresponde al juicio personal de reproche. Es cierto que en la resolución de acusación no se le dedujo la agravante genérica en referencia, le era permitido al fallador hacerlo en la sentencia, dado que ella sirve únicamente como uno de los criterios para establecer el monto de la pena. Por este aspecto, ninguna tacha le cabe a esta decisión y como tal el fallo conserva su vigencia.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., septiembre ocho de mil novecientos noventa y cuatro.*

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 92 de agosto 18 de 1994.

Vistos:

Decide la Corte sobre la demanda de casación impetrada por el defensor del procesado Benjamín Meluk Mena contra la sentencia

concediendo a la figura típica una mayor riqueza descriptiva, ampliada todavía por las finalidades publicitaria y política que de consumo se acompañan.

Si al ofendido se le hubiese simplemente constreñido para que ejecutase, tolerase u omitiese una conducta, ya de por sí ese comportamiento traduciría en ofensa para su autonomía personal descrita y sancionada en el artículo 276 del Código Penal como constreñimiento ilegal.

Si ese mismo acto de constreñimiento tuviese como objetivo la obtención de un provecho patrimonial económico ilícito para sí o para un tercero, a los elementos todos de la figura anterior se estarían añadiendo otros que caracterizarían e individualizarían la conducta como constitutiva del delito tipo de extorsión, desnaturalizando por el principio de subsidiariedad la posibilidad del concurso en cuanto al describirse diversos grados de lesión, el comportamiento menos grave (constreñimiento) ingresa como elemento positivo del más dañoso –art. 355 C.P.–

Y si a cambio de la persecución de un provecho ilícito, la ejecución de aquellos actos arbitrarios se encaminase a un ejercicio de las propias razones como búsqueda de auto justicia, tampoco podría discutirse que por principio de especialidad, estos nuevos elementos individualizaría esta figura, tratada ahora como contravención, descontando una vez más la posibilidad de un concurso de delitos.

Pero si el mecanismo de constreñimiento lo constituye la privación de libertad de una persona, en donde su derecho de autonomía, acción y desplazamiento a voluntad se supedita a cambio de la obtención de un provecho o utilidad cualquiera, de un hacer, una omisión, o la consecución de fines publicitarios o políticos para el agente, tampoco cabe duda que por la mayor riqueza de contenido de este tipo penal, todas aquellas alternativas preindicadas ingresan como integrantes del secuestro extorsivo, impidiendo considerar la posibilidad del concurso de infracciones como calificar la privación de la libertad de simple, cuando ha

sido voluntad expresa del legislador la de otorgarle una tonalidad especial y más gravosa en este caso al doblegamiento injusto de la libertad, al absorber en esa sola descripción del artículo 268 la reprochabilidad de aquellas otras conductas que de contera explican la superioridad del tipo y de la pena.

Cierto es que en la redacción de la ley 40 de 1993 viene a calificarse como secuestro simple aquel en el cual el agente se ha movido con el propósito de contraer matrimonio o de obtener una finalidad erótico sexual, y aún requiere que en ese caso se proceda previa querrela de parte. Pero el benigno trato que se da a esta figura lejos está de autorizar que por analogía se excluyan del secuestro extorsivo otros eventos como el que viene analizado en autos, pues resulta comprensible la levedad de pena para una figura que ya en la tradición legislativa colombiana conocía bajo la denominación del "rapto" aquellos privilegios —artículo 349 del Código Penal de 1936—. Pretender la extensión del tratamiento benigno del secuestro de fines matrimonial o erótico a otras situaciones diferentes, implicaría sacrificar principios superiores como el de la legalidad del delito o el de tipicidad que informan la normatividad penal, y que tornan imposible la interpretación extensiva o analógica de las excepciones, cuando son estas claras, taxativas y expresas.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 100.

Vistos:

De plano decide la Sala el conflicto de competencia suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y el Tribunal Nacional, para conocer del recurso de apelación interpuesto por el representante de la parte civil en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta el 2 de noviembre

de 1993, en el proceso adelantado en contra de Carlos José y Roxana de Jesús Santrich Contreras.

Hechos y actuación procesal:

1.- En horas de la noche del 23 de octubre de 1992, Javier Andrés Delgado Mena se encontraba en la Villa Olímpica de Santa Marta presenciando un espectáculo de bastoneras en compañía de su novia Sugey Bolaños y otros amigos. Allí observó la joven Carol Bueno que Delgado portaba una pulsera parecida a aquella que se le había extraviado días atrás durante una fiesta, y que le había prestado Roxana Santrich Contreras, así que aproximándose a Javier Andrés le solicitó que le entregara la alhaja, solicitud que el requerido rechazó afirmando que la misma le pertenecía a su progenitora.

La reclamante salió en búsqueda de la dueña de la prenda, quien se presentó y de un brazo sacó a Javier Andrés de la Villa Olímpica. Afuera les esperaba una camioneta blanca con varios individuos, entre los cuales se encontraba el hermano de Roxana, Carlos Santrich Contreras. Javier Delgado fue intimidado mediante arma de fuego por uno de los recién llegados, siendo obligado a subir al automotor que emprendió la marcha.

Roxana y Carol al parecer descendieron del vehículo en el parque San Miguel. Los demás ocupantes continuaron hasta las cercanías de las instalaciones del Sena Agropecuario. Allí, al día siguiente, se encontró el cuerpo sin vida del joven Javier Andrés Delgado Mena.

2.- El 12 de julio de 1993 la Unidad Quinta de Fiscalía Especializada del Grupo de Vida de Santa Marta, calificó el mérito de la investigación profiriendo resolución de acusación contra Carlos Santrich Contreras como coautor de los delitos de homicidio y secuestro simple, y contra Roxana Santrich Contreras como coautora del delito de secuestro simple. No obstante, dispuso proseguir la investigación en contra de ésta procesada respecto a la posible complicidad en el delito de homicidio.

De los restantes sindicados, la investigación precluyó en relación con Wilhem Aun, Florentino Rivera y Jhon Jairo Betancourt Peláez,

prosiguiendo en contra de Alfredo Abello Silva, y tratando de individualizar a Edilberto Berrío Mazo para vincularlo al proceso.

Precluída la etapa de la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta falló el 2 de noviembre de 1993 absolviendo a Carlos José Santrich Contreras por el delito de homicidio y condenándolo, al igual que a su hermana Roxana como coautores del delito de secuestro simple (artículo 269 del Código Penal). Por este cargo impuso la pena principal de seis (6) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, obligándoles el pago del equivalente a cincuenta (50) gramos oro como indemnización de los perjuicios morales ocasionados con el hecho punible. Por lo demás, se suspendió la ejecución de la condena.

Inconforme con las determinaciones anteriores, el apoderado de la parte civil apeló la providencia.

Los criterios en conflicto:

Recibidas las diligencias, el Tribunal Superior de Santa Marta se inhibió de resolver la alzada al considerar que la competencia para conocer del proceso radicaba en la Justicia Regional, dado que para el 23 de octubre de 1992, fecha de ocurrencia de los hechos, regían los artículos 1o. del decreto 099 y 4o. del decreto 1676 de 1991, acogidos como legislación permanente por el decreto 2271 del mismo año.

Según las citadas disposiciones, a los jueces superiores competía el conocimiento del delito de secuestro simple definido en el artículo 269 del Código Penal, y de aquellos secuestros cuyo propósito u objetivo fuera diferente a los señalados en el artículo 60 del decreto 2790 de 1990. Como el secuestro de Javier Andrés Delgado Mena estuvo motivado en el propósito de hacerse entregar la esclava de oro que portaba el adolescente, el comportamiento se subsumió en el artículo 268 del Código Penal, correspondiendo su conocimiento al Tribunal Nacional, donde se remitieron las diligencias.

Por su parte el Tribunal de destino con una aclaración y un salvamento de voto rechazó la competencia, descartando el delito de secuestro en

cualquiera de sus formas, concluyendo en la sola existencia de un homicidio agravado porque a su juicio a la víctima se le retiró del Estadio con el solo propósito de darle muerte. Considera el Tribunal por mayoría que el secuestro extorsivo exige que el constreñimiento a hacer u omitir algo debe vincularse con el elemento subjetivo del propósito de conseguir un provecho o utilidad ilícitos. Así concluye en que

“el propósito que inicialmente animó a los implicados, a la sustracción o retención de su víctima, solo fue el de buscar por ese medio, reprochable desde luego, la devolución de una pulsera, cuya propiedad era reclamada por uno de los procesados, lo que a decir verdad, no colocaba al victimario en el plano de escoger ese recurso como medio para obtener ventaja, ganancia, provecho o lucro indebidos”.

Como el delito de homicidio calificado es competencia de la justicia ordinaria, la apelación interpuesta por la parte civil le corresponde al Tribunal colisionante, así que formalizando el conflicto remitió el proceso a la Corte.

El Magistrado que aclaró su voto lo hizo para manifestar que ante la claridad y exclusividad del propósito homicida, ni siquiera había sido necesario referirse al análisis que aparece sobre el arrebatamiento indebido y el provecho ilícito. En su lugar, estima que la providencia ha debido referirse a la responsabilidad de “uno de los hermanos ABELLO SILVA” en los hechos, adicionando contradictorias críticas por la benigna tasación de pena prevista en la primera instancia, sin reparar en que ella tomó por base el cargo de secuestro simple que en esa aclaración de voto se rechaza.

El salvamento de voto, por su parte, de modo radical discrepa de la mayoría resaltando la demostrada identificación de dos conductas, cada una de las cuales apuntó autónomamente al desconocimiento de distintos bienes jurídicamente tutelados, –libertad y vida–, lo que amerita su tratamiento frente a la legislación nacional vigente mediante el concurso de hechos punibles, y no bajo esa fórmula extraña de la subsumción del secuestro en el homicidio o de una insinuada teoría finalista que mucho menos halla apoyo en la realidad ni en la ley.

Resalta que en el secuestro extorsivo que a su juicio se presenta, no tiene relevancia la cuantía del beneficio perseguido, como tampoco es hecho que se desfigure porque el bien que se persigue obtener sea del dominio de uno de los sindicatos, pues con tesis semejantes se llegaría a pretender impune o apenas constitutiva de un secuestro simple la privación violenta o abusiva de la libertad de otro encaminada a hacerle cumplir con una obligación pendiente y a su cargo, elementos que precisamente se adecúan a la preceptiva del artículo 268 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte:

1. Es competente la Sala para dirimir de plano el conflicto planteado, porque de modo expreso la ley le atribuye en el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal la facultad de resolver las controversias que sobre competencia se susciten entre los jueces y tribunales ordinarios y los regionales o el Tribunal Nacional.

2. Centrado el tema de disenso sobre la adecuación de la conducta imputada a los acusados consistente en la forzada aprehensión y retención del joven Javier Andrés Delgado Mena, conviene aclarar que a excepción de los dos magistrados que hicieron mayoría en el Tribunal Nacional, nadie discute la comisión del delito de secuestro bajo el cual se calificó la instrucción, siendo evidente que a Delgado Mena se le sacó violentamente del Estadio, y mediante intimidación con armas se le obligó a ingresar a un vehículo automotor, reteniéndole durante un tiempo relevante mientras se circulaba por diferentes sitios de la ciudad, hasta terminar por darle muerte y arrojar su cadáver en proximidad de las instalaciones del Sena Agropecuario.

Arrebatarse violentamente a alguien privándole ilegalmente de su libertad y retenerle por cerca de una hora es conducta que lesiona su autonomía y en particular su libertad de acción y movimiento, y frente a la ley penal integra un delito de secuestro, así el comportamiento degenera hacia la muerte del aprehendido, como se insinúa sucedido en este caso.

Como a pesar de la coincidencia sobre esta valoración de la conducta investigada surgen de nuevo posturas que se extreman entre los partidarios de la figura simple que auspician el auto calificadorio y la tesis minoritaria

de la Sala, y el secuestro extorsivo propuesto por el Tribunal de Santa Marta y el magistrado disidente en el Tribunal Nacional, con miras a la definición de este conflicto, conviene recordar como disposiciones vigentes a la fecha de ocurrencia de los hechos los artículos 268 y 269 del Código Penal, para ese momento modificados por el Decreto 2266 de 1991 que le otorgó permanencia a algunos de los cambios introducidos durante la vigencia del Estado de Sitio.

Así se tiene en el primer precepto por responsable de secuestro extorsivo a quien

“...arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios de carácter político...”

Y como sujeto activo de un secuestro simple a aquel que

“...con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona.”

Como a su vez la norma procesal que deslinda competencias (artículo 71-5 del C. de P.P.), se remite a la ley 40 de 1993 para asignar a los jueces regionales el secuestro extorsivo y el agravado por las causales 6, 8 y 12 del artículo 3o. de la Ley 40 de 1993, dejando a la justicia ordinaria el conocimiento del secuestro simple no agravado, y del agravado por causales distintas de las tres atrás individualizadas, conviene aclarar que aún siendo por más gravosa inaplicable esa ley sustantiva en cuanto atañe con la pena, en nada dificulta la asignación del conocimiento del asunto, dado que en sus términos queda recogida la estructura básica de los artículos 268 y 269 sobre los cuales se endereza esta controversia.

3. Hechas las anteriores precisiones y colocados en la disyuntiva de adjudicar el caso de disputa, tiene que reconocerse con fundamento en las circunstancias que del hecho se dan por demostradas, que cuando a Delgado Mena se le sacó abruptamente del Estadio y se le amenazó con armas para obligarle a subir y permanecer contra su voluntad en el vehículo que transportaba a los inculcados, toda la animosidad mostrada en su

contra provenía de la tenencia de una pulsera sobre la cual disputaba sus derechos Roxana Santrich, así que la coerción y privación de libertad se encaminaban de manera inequívoca a forzarle para que de esa alhaja hiciese entrega a sus opositores.

Tal condicionamiento de la libertad, arbitrario e injusto, a la entrega que el retenido hiciera a sus irregulares captores de la prenda de valor que alegaba suya, se torna en elemento trascendente para el alinderamiento de la especie de secuestro del cual se trata y de contera de la competencia, pues no hay lugar a dudas en cuanto a que el fin buscado no difería al ejercicio de un constreñimiento para llevar a que la víctima realizara una actividad que voluntariamente no estaba dispuesta a atender pero cuya ejecución representaba utilidad para los Santrich a quienes interesaba obtener la alhaja en disputa.

Que el elemento pretendido en la entrega no tuviese una representación económica importante no desdibuja en modo alguno la estructura del tipo contenido en el artículo 268 del Código Penal. Ciertamente es que dentro de las alternativas exigencias que se describen en el tipo se enlistan el provecho y la utilidad, pero también que al darle a ésta última el calificativo de utilidad “cualquiera”, la gama de posibilidades se amplía sin que le quede al intérprete la posibilidad de introducirle restricciones, menos relacionadas con el monto económico de lo perseguido. Pero es más: cuando al lado de aquellos móviles, mejor acomodados a finalidades lucrativas, todavía se incluyen las exigencias genéricas encaminadas a forzar un hacer o una omisión, el ámbito meramente patrimonial económico claramente se desborda concediendo a la figura típica una mayor riqueza descriptiva, ampliada todavía por las finalidades publicitaria y política que de consuno se acompañan.

Con remisión al móvil determinante de la ilegítima aprehensión de Javier Andrés Delgado se sugiere la ocurrencia de un concurso entre el delito de secuestro simple y el ejercicio arbitrario de las propias razones, tesis que para la mayoría de la Sala no resulta de recibo, pues dada la estructura de los tipos en análisis ese concurso no sobrepasa su sola apariencia.

Si al ofendido se le hubiese simplemente constreñido para que ejecutase, tolerase u omitiese una conducta, ya de por sí ese

comportamiento traduciría en ofensa para su autonomía personal descrita y sancionada en el artículo 276 del Código Penal como constreñimiento ilegal.

Si ese mismo acto de constreñimiento tuviese como objetivo la obtención de un provecho patrimonial económico ilícito para sí o para un tercero, a los elementos todos de la figura anterior se estarían añadiendo otros que caracterizarían e individualizarían la conducta como constitutiva del delito tipo de extorsión, desnaturalizando por el principio de subsidiariedad la posibilidad del concurso en cuanto al describirse diversos grados de lesión, el comportamiento menos grave (constreñimiento) ingresa como elemento compositivo del más dañoso –art. 355 C.P.–.

Y si a cambio de la persecución de un provecho ilícito, la ejecución de aquellos actos arbitrarios se encaminase a un ejercicio de las propias razones como búsqueda de autojusticia, tampoco podría discutirse que por principio de especialidad, estos nuevos elementos individualizarían esta figura, tratada ahora como contravención, descontando una vez más la posibilidad de un concurso de delitos.

Pero si el mecanismo de constreñimiento lo constituye la privación de libertad de una persona, en donde su derecho de autonomía, acción y desplazamiento a voluntad se supedita a cambio de la obtención de un provecho o utilidad cualquiera, de un hacer, una omisión, o la consecución de fines publicitarios o políticos para el agente, tampoco cabe duda que por la mayor riqueza de contenido de este tipo penal, todas aquellas alternativas preindicadas ingresan como integrantes del secuestro extorsivo, impidiendo considerar la posibilidad del concurso de infracciones como calificar la privación de libertad de simple, cuando ha sido voluntad expresa del legislador la de otorgarle una tonalidad especial y más gravosa en este caso al doblegamiento injusto de la libertad, al absorber en esa sola descripción del artículo 268 la reprochabilidad de aquellas otras conductas que de contera explican la superioridad del tipo y de la pena.

Cierto es que en la redacción de la Ley 40 de 1993 viene a calificarse como secuestro simple aquel en el cual el agente se ha movido con el propósito de contraer matrimonio o de obtener una finalidad erótico

sexual, y aún requiere que en ese caso se proceda previa querrela de parte. Pero el benigno trato que se da a esta figura lejos está de autorizar que por analogía se excluyan del secuestro extorsivo otros eventos como el que viene analizado en autos, pues resulta comprensible la levedad de pena para una figura que ya en la tradición legislativa colombiana conocía bajo la denominación del “raptó” aquellos privilegios –artículo 349 del Código Penal de 1936-. Pretender la extensión del tratamiento benigno del secuestro de fines matrimonial o erótico a otras situaciones diferentes, implicaría sacrificar principios superiores como el de la legalidad del delito o el de tipicidad que informan la normatividad penal, y que tornan imposible la interpretación extensiva o analógica de las excepciones, cuando son estas claras, taxativas y expresas.

Tiene, pues, la razón, el Tribunal Superior de Santa Marta, cuando se abstiene de conocer por vía de instancia del caso de la controversia, sentido en el cual se dirimirá el conflicto planteado.

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

Resuelve:

Primero: Dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado entre el Tribunal Superior de Santa Marta y el Tribunal Nacional para el conocimiento del presente asunto, adjudicándolo como consecuencia a la jurisdicción regional, y

Segundo: Remitir esta actuación seguida en contra de los acusados CARLOS y ROXANA SANTRICH CONTRERAS al Tribunal Nacional, por competencia, y copia de esta providencia al Tribunal colisionante.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, salvamento de voto; *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz*, *Gustavo Gómez Velásquez*, *Dídimo Páez Velandia*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, *Jorge Enrique Valencia M.*, salvamento de voto.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

CONCURSO SALVAMENTO DE VOTO

Cuando diversas actuaciones abrazadas por un factor final son familia de un mismo tipo de injusto, cabe hablar de una unidad de acción. También cuando los actos parciales o repetidos (delitos de varios actos) aparezcan como la realización de una sola acción típica. Asimismo, en el delito permanente se da una unidad de acción semejante cuando el hecho punible crea un estado antijurídico mantenido por el autor con cuya permanencia se sigue realizando ininterrumpidamente el tipo. Y a este tenor cuando el autor, al hallar inesperadamente el medio empleado, realiza, acto seguido, el mismo resultado con otro medio. Hagamos constar contra quienes piensan que esto no es así –y que por tanto estamos del todo equivocados– que los anteriores conceptos pertenecen a la pluma excelsa de WELZEL (Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, 11 edición) y a la no menos erudita de JESCHECK (Tratado de Derecho Penal, Parte General, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981). Nos queda por decir que aclaramos esto para poner de manifiesto que la cuestión de la unidad de acción –cuyas bases dogmáticas y entendimiento científico son por doquier conocidas en el mundo jurista– nada tienen de parentesco o aproximación con el caso debatido por la Sala, ni por afinidad que es tanto como decir correlación o encadenamiento ni tampoco, si quisiera entenderse así, con una mayor extensión conceptual que no tiene razón de ser.

SALVAMENTO DE VOTO

Me interesa precisar las siguientes acotaciones sobre un asunto hartamente debatido en Sala y que originó –precisamente por su complejidad– un interesante y sobremanera reflexivo salvamento de voto por parte del doctor Saavedra Rojas, discrepancia sobre la cual vale la pena meditar y repensar

por la profundidad y enjundia de sus asertos y el notable esfuerzo de acopio doctrinal y jurisprudencial. Y bien:

1. Cualquiera advierte que en el acto sub examen se dan distintas conductas y una pluralidad de preceptos penales violados; lo que integra, como bien se conoce un fenómeno concursal. O para ser mas exactos, un concurso real o material de delitos. Un primer comportamiento punible ha lugar cuando –en las circunstancias históricas conocidas– los sujetos de la conducta secuestraron a Javier Andrés Delgado Mena sacándolo violentamente de la Villa Olímpica de Santa Marta, obligándolo contra su voluntad y mediante intimidación con arma de fuego a abordar un automotor donde aquellos se transportaban, reteniéndolo durante un tracto considerable, privándolo de su libertad de acción y movimiento, para dirigirse finalmente con él cerca a las instalaciones del Sena. Ejecutada esta acción los codelincuentes dieron muerte violenta a Delgado Mena.

2. Yo no advierto en el decurso de los sucesos una unidad típica de acción presidida con un solo acto de voluntad sea en sentido estricto o en sentido amplio (Jeschek) ni una acción continuada ni nada que se le parezca para fundirlos –como lo quiere la mayoría del Tribunal Nacional en una unidad o identidad de acción. Por el contrario, reparo en la existencia de una pluralidad de hechos punibles, independientes entre sí, que ofenden bienes– intereses penalmente distintos y excluyentes. Por un lado, la agresión contra la libertad individual plena al privarlo de su posibilidad de actuar y por otro, un atentado contra la vida con los resultados letales que se conocen.

3. Cuando diversas actuaciones abrazadas por un factor final son familia de un mismo tipo de injusto, cabe hablar de una unidad de acción. También cuando los actos parciales o repetidos (delitos de varios actos) aparezcan como la realización de una sola acción típica. Asimismo, en el delito permanente se da una unidad de acción semejante cuando el hecho punible crea un estado antijurídico mantenido por el autor con cuya permanencia se sigue realizando ininterrumpidamente el tipo. Y a este tenor cuando el autor, al hallar inesperadamente el medio empleado, realiza, acto seguido, el mismo resultado con otro medio. Hagamos constar contra quienes piensan

que esto no es así –y que por tanto estamos del todo equivocados– que los anteriores conceptos pertenecen a la pluma excelsa de WELZEL (Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, 11 edición) y a la no menos erudita de JESCHECK (Tratado de Derecho Penal, Parte General, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981). Nos queda por decir que aclaramos esto para poner de manifiesto que la cuestión de la unidad de acción –cuyas bases dogmáticas y entendimiento científico son por doquier conocidas en el mundo jurista– nada tienen de parentesco o aproximación con el caso debatido por la Sala, ni por afinidad que es tanto como decir correlación o encadenamiento ni tampoco, si quisiera entenderse así, con una mayor extensión conceptual que no tiene razón de ser.

c. Dicen los buenos escritores de derecho penal que el problema de la unidad de acción no está subordinado a la vieja distinción del número de resultados. Y están en lo cierto. Si una misma actuación de voluntad tiene varios resultados (el lanzamiento de una bomba mata a 20 personas) de todas maneras existe una única manifestación de voluntad o un solo acto unitario. Empero, si alguien hurta un arma cualquiera para matar a alguno, dicha acción que no es homogénea con la anterior, no constituye una ampliación del mismo contenido de injusto ni infringe el mismo mandato jurídico. Tales actos posteriores contienen una nueva y autónoma realidad de injusto.

d. Por otra parte no logro percibir –ni en la imaginación– la comprobación de un dolo común concreto en la actividad reseñada. El hombre goza del derecho de ir a donde le plazca, el de dirigirse a la dirección que impone su voluntad, el de elegir el lugar donde quedarse, y en fin, el de permanecer donde quiera, en ejercicio o en función de sus propias determinaciones incoercibles y soberanas. Al elegir los codelincuentes un ataque para privar ilegítimamente al sujeto pasivo del patrimonio de su libre albedrío afectaron la libertad locomotiva del individuo. El elemento subjetivo del injusto que caracteriza esta figura del delito se concreta en el dolo directo: intención ceñida al resultado de privar de libertad a otro como conducta jurídicamente disvaliosa. Hasta aquí se personifica una lesión a un concreto interés tutelado –la libertad individual– y el dolo propio del tipo que se dirige a la realización de la figura que abarca todo su contenido desde la conciencia del hecho hasta

la resolución del mismo. Pero sucede que independientemente de este comportamiento, los sujetos con conocimiento de que la acción desplegada produciría la muerte de Delgado Mena, terminaron con su vida, mediando una relación de causalidad y empleando los medios materiales de ejecución conocidos.

La dimensión subjetiva de este delito de homicidio –que entre otras cosas fue calificado– reviste la forma del dolo directo por ser consustancial un *animus necandi*.

e. Con sentido severísimo –y para que las ideas se destaquen claras– debo afirmar que no alcanzo a entender que en el caso concreto de autos alguien pueda hablar de una sola imputación subjetiva del resultado típico. Y aunque mis ideas no merezcan tenerse en cuenta advierto luminosamente, en lo objetivo, la presencia de dos hechos punibles sin una relación de exclusión recíproca y en el plano de lo inmaterial, el conocimiento y la voluntad de los intervinientes por realizar dos hipótesis penales conociendo todas las circunstancias objetivas de los hechos.

f. Con toda la violencia de la síntesis manifestamos, entonces, que el secuestro de que fue víctima Delgado Mena forma una unidad de injusto, completa en sí misma (artículo 269 del C.P.). El comportamiento de los coacusados, adecuado a este supuesto de hecho, tiene unas connotaciones especiales realizadas dentro de la periferia del tipo. A él se agrega el homicidio calificado (artículo 324, *ibídem*) con un nuevo desvalor y contenido que forma otra unidad de injusto, distinta y autónoma. Hago mías las razones expuestas en el salvamento de voto para entender que no es el tipo del artículo 268 del C.P. y sí la hipótesis del artículo 269 el modelo de ilicitud que recoge la conducta de los inculpados. Así lo hago constar.

g. No coincido con el Dr. Saavedra cuando adviera que han debido compulsarse copias con destino a las autoridades de policía para que estas conozcan de la contravención denominada ejercicio arbitrario de las propias razones. No veo la razón de ser de tal postura. Esta conducta al hacer parte de la economía típica del delito de secuestro simple la insume en su contexto por sus notas identificatorias fundamentalmente en nombre de la mayor especialidad (principio de especialidad) o si se quiere por

preferente aplicación de la ley punitiva frente a lo subsidiario (principio de subsidiariedad). Sin ir demasiado lejos con la dogmática entiendo que esto es así.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M. Magistrado

Fecha ut supra

EXTORSION SALVAMENTO DE VOTO

Es claro, que el significado del término, corresponde en los orígenes históricos de la extorsión y de la concusión, a la conducta de una persona que mediante la violencia, generalmente de carácter moral, busca un lucro ilícito, y por ello, a pesar de que se han presentado disputas respecto al bien jurídico tutelado, el criterio doctrinario y legislativo de manera mayoritaria lo han ubicado como un delito que atenta sustancialmente contra la propiedad.

En la controversia doctrinaria, respecto a sí como el delito se busca tutelar el patrimonio o la libertad, existen autores como Fraenkel, Von Buri, Jaffe, John, Liebling, Stern, Wachter, Beling, y Kruckmann, entre otros, que consideran se trata de una conducta que ataca la libertad de actuar; mientras que otros tratadistas encabezados por Carrara, Schmidt, Klopfer, Koliman, Binding, Doerr, Eckstein y Welzel, que estiman que la figura no se agota con la ofensa a la libertad individual, sino en la lesión del derecho patrimonial (ibídem Ob. Cit.).

Esta último criterio doctrinario es que mayormente ha influido a nivel normativo porque, en verdad, gran parte de las legislaciones conocidas ubican la extorsión como un delito esencialmente patrimonial, como basamento de la antijuridicidad, para efectos de concretar la fundamentación política y la sistematización de los hechos punibles dentro de la teoría de la tipicidad.

SALVAMENTO DE VOTO

El criterio que, en mi opinión ha debido guiar la decisión de este onflicto de competencia quedó expuesta en el proyecto que puse a

consideración de la Sala. Por ello, me permito manifestar mi disenso a lo resuelto, con las motivaciones desarrolladas en ese trabajo.

Resulta elemental sostener que la definición de este incidente depende de que la conducta investigada estructure el delito de secuestro simple o el de secuestro extorsivo en la medida en que si el hecho punible se ajusta a esta última descripción, la competencia le corresponde al Tribunal Nacional; en caso contrario, tal atribución se radica en el Tribunal Superior de Santa Marta.

Lo anterior, por cuanto mi disidencia no se refiere a la hipótesis estudiada por el Tribunal Nacional respecto a que la conducta investigada envuelve un delito de homicidio calificado, pues, con la mayoría de la Sala estimo que de acuerdo con las circunstancias fácticas que arroja el acervo probatorio, se estructuraron dos infracciones a la ley penal. La primera, el secuestro del joven Delgado Mena, cuya modalidad se definirá más adelante; y la segunda, el posterior homicidio.

Véase como el recaudo probatorio señala la recuperación de la pulsera que tenía en su poder Javier Delgado como el objetivo que provocó que a éste se le privara de la libertad de locomoción. Por el contrario, no existe fundamento probatorio alguno que permita siquiera a presumir que la aprehensión de la víctima tenía como finalidad última el sacrificio de su vida. Antes bien, de la versión plural que rindiera el procesado Carlos Santrich se deduce, al menos con los elementos de convicción allegados, que el homicidio fue el resultado de la determinación y acción que adoptó un tercer sujeto, momentos después de haber sido recuperada la alhaja, esto es, una vez cumplida la meta que se habían propuesto los plagiarios, al menos, inicialmente.

Y no es ésta una deducción traída a propósito de la colisión, sino una verdad admitida por el sentenciador de primera instancia, que para absolver a Carlos Santrich Contreras del homicidio, argumentó: "...no obstante estar Carlos Santrich al lado del autor material del homicidio, no es nada resistente a la credibilidad que este haya tomado unilateralmente la decisión de matar a Javier Delgado y que únicamente se haya acordado llevarlo a las afueras de la ciudad para que caminando regresara a manera de castigo".

Tampoco está de más recordar que en el calificadorio se ordenó continuar investigando la autoría del homicidio, disponiéndose la individualización del sujeto denominado “Berrío Mazo” y su posterior vinculación al proceso.

En tales circunstancias, salta a la vista la autonomía e independencia de los comportamientos constitutivos de un atentado contra la libertad individual, de una parte, y de otra, de un atentado contra la vida, lo que da lugar a un concurso delictual. No se puede entonces predicar que la privación de la libertad de Delgado Mena hubiera sido un medio utilizado para la consumación del homicidio, porque, con ese criterio, se estaría dejando al margen del rigor legal, un propósito delictivo que llegó a materializarse, ocasionando la vulneración de un bien jurídicamente protegido, el de la libertad.

Ahora, pasando al punto álgido del conflicto conviene recordar que conforme a la legislación vigente para la época de los hechos, en forma general, los jueces regionales debían conocer del delito de secuestro extorsivo descrito en el artículo 268 del Código Penal y los jueces de circuito del delito de secuestro simple contemplado en el artículo 269 del mismo estatuto.

El artículo 268 del Código Penal, disponía:

“Secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en...”.

Y la disposición que le seguía numéricamente, establecía:

“Secuestro simple. El que con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en...”.

En el proceso de adecuación típica de la conducta, el juzgador llega al delito de secuestro simple por eliminación de las hipótesis de finalidades específicas contenidas en el tipo del secuestro extorsivo, pues, en lo que

se refiere al aspecto material del comportamiento, en las dos infracciones los verbos rectores son los mismos, y por tanto las conductas.

Fácticamente no se discute que Javier Andrés Delgado Mena fue arrebatado y retenido, pues por la fuerza fue sacado de la Villa Olímpica de Santa Marta, se le obligó a abordar un automotor y conducido cerca a las instalaciones del Sena Agropecuario en donde se le dio muerte. En ese breve lapso que no superó los sesenta minutos, los plagiarios formularon como exigencia traducible en provecho o utilidad, a cambio de la libertad de Delgado Mena, la devolución de la pulsera de oro que él portaba y que supuestamente había perdido Carol Bueno en una fiesta; por ello se ha señalado éste propósito como el elemento subjetivo de la conducta que es materia de juzgamiento.

Esclarecida la situación fáctica y antes de entrar al fondo del problema, es preciso hacer unas breves reflexiones sobre la extorsión, el secuestro extorsivo y las modalidades que aquella y éste han tenido en la legislación colombiana y en la doctrina, en general.

El vocablo extorsión es definido por el Diccionario de la lengua como: “Acción y efecto de usurpar y arrebatar por fuerza una cosa a uno”.

Por su parte el diccionario de Escriche en referencia al mismo vocablo dice:

“En general es el acto de sacar uno a otro por fuerza lo que no se le debe; y especialmente es el delito que comete el funcionario público o agente del gobierno que hace a los pueblos o a los particulares exacciones injustas.

”El funcionario público o agente del gobierno, encargado de la recaudación o administración de algún impuesto, contribución, derecho o renta pública, que por esa razón exija o haga exigir de los contribuyentes y les haga pagar lo que sepa que no deben satisfacer, o más de lo que deban legítimamente, o establezca y pida nuevos derechos o rentas sin la debida autorización, es tenido por forzador armado, pues que ejerce

sus demasías en voz del rey, y como tal incurre en la pena de destierro perpetuo a isla, en la de confiscación de bienes si no tuviere ascendientes ni descendientes legítimos hasta el tercer grado, y en la de restituir doblado lo que indebidamente hubiere exigido y tomados, Leyes 5 y 8, título 10, Part. 7; y ley 9, título 5”.

Por la definición que del vocablo da el Diccionario de la Lengua, se ve que, fundamentalmente, es una conducta referida contra el patrimonio ajeno; por ello, precisamente alude a la acción de arrebatar o usurpar cosas.

Resulta imperativo aclarar que si el diccionario de don Joaquín Escriche alude a la extorsión como la conducta realizada fundamentalmente por los funcionarios públicos cuando exigían contribuciones no debidas, es porque en el remoto origen de la figura existe un claro parentesco con la concusión, que solo con el devenir de los tiempos se convirtió en un tipo conductual autónomo.

En este sentido Rodríguez Devesa Refiriéndose a los antecedentes históricos de la extorsión dice:

“Según Mommsen, la violencia no aparece en el Derecho romano primitivo como concepto jurídico independiente. El metus, como determinación de la voluntad influida por la amenaza de un mal, no era causa que excluyera la imputación, ni había medios jurídicos adecuados para hacerlo valer. Sólo hacia el fin de la República estableció el Pretor una *actio quod metus causa* y concedió una *exceptio quod metus causa* para la hipótesis de que se pretendiera hacer valer en juicio un negocio jurídico en que hubiese mediado la coacción. Desde más antiguo se otorgaba ya, además, una *integrum restitutio propter metum*. Sobre los presupuestos de esta protección no se encuentra en las fuentes un punto de vista unitario. Desde el siglo II se construye la *concussio* como delito independiente al lado del crimen *repetundarum pecuniarum*. Aunque los textos no son ni abundantes ni explícitos, del delito de concusión se deriva el actual desenvolvimiento de la extorsión. De los pasajes sobre la *concussio* infiere Kollmann que no se habían perfilado todavía

con claridad los elementos esenciales de la concusión, que por lo regular se la consideraba como crimen *extraordinarium* y sólo en la coacción con contenido patrimonial, en la que el medio para conseguir el lucro era la amenaza de una acusación injustificada, se aplicó la pena ordinaria prevista en la *Lex Cornelia de falsis*, y, finalmente, que estamos ante un rudimentario principio de la formación del concepto jurídico penal de la extorsión. Característica común a los casos de *concessio* es la amenaza con una conducta antijurídica". (Nueva Enciclopedia Jurídica. Pág. 372. tomo IX. F. Seix Editor. Barcelona 1958).

Es claro, entonces, que el significado del término, corresponde en los orígenes históricos de la extorsión y de la concusión, a la conducta de una persona que mediante la violencia, generalmente de carácter moral, busca un lucro ilícito y, por ello, a pesar de que se han presentado disputas respecto al bien jurídico tutelado, el criterio doctrinario y legislativo de manera mayoritaria lo han ubicado como un delito que atenta sustancialmente contra la propiedad.

En la controversia doctrinaria, respecto a sí con el delito se busca tutelar el patrimonio o la libertad, existen autores como Fraenkel, Von Buri, Jaffe, John, Liebling, Stern, Wachter, Beling y Kruckmann, entre otros, que consideran se trata de una conducta que ataca la libertad de actuar; mientras que otros tratadistas encabezados por Carrara, Schmidt, Klopfer, Kollman, Binding, Doerr, Eckstein y Welzel, que estiman que la figura no se agota con la ofensa a la libertad individual, sino en la lesión del derecho patrimonial. (Ibídem ob. cit.).

Este último criterio doctrinario es el que mayormente ha influido a nivel normativo porque, en verdad, gran parte de las legislaciones conocidas ubican la extorsión como un delito esencialmente patrimonial, como basamento de la antijuridicidad, para efectos de concretar la fundamentación política y la sistematización de los hechos punibles dentro de la teoría de la tipicidad.

Como demostración de la afirmación anterior, tómense como ejemplo las realidades legislativas de algunos países, así:

El Código Penal suizo, incluida la reforma de 1943, dispone en su artículo 156:

“I. Quien obliga a otro por la violencia o amenaza grave o privándole de otro modo de la capacidad de resistir a proporcionarle o proporcionar a otro un provecho patrimonial antijurídico; quien determina a otro a comprar su silencio con prestaciones patrimoniales mediante la amenaza de dar a conocer o denunciar algo...”

El Código Penal alemán antes de la reforma de 1943, en su artículo 253 disponía:

“El que para procurarse a sí mismo o a un tercero un provecho patrimonial antijurídico obliga a otro, por medio de violencias o amenazas, a hacer, omitir o tolerar algo...”

Y el mismo código después de la reforma de 1943 en su mismo artículo 253 disponía:

“Será castigado como reo de extorsión con la pena de reclusión o la de prisión no inferior a seis meses el que antijurídicamente obligue a otro a hacer, omitir o tolerar algo mediante la violencia o por amenaza con un mal sensible, infiendo de este modo al patrimonio del coaccionado o de un tercero un perjuicio, para enriquecerse injustamente a sí mismo o enriquecerse a un tercero. El acto es antijurídico cuando la aplicación de la violencia o la realización del mal amenazado contradice, teniendo en cuenta la finalidad del agente, el sano sentir del pueblo”.

En la reforma que a este artículo se hizo en 1953, se dispuso:

“El que obliga a otro a hacer, omitir o tolerar algo, antijurídicamente, con violencia o por medio de amenazas con un mal sensible y por este medio infiere un perjuicio al patrimonio del coaccionado o de un tercero, para enriquecerse a sí mismo o a otro injustamente, será castigado por extorsión...”

El Código Penal italiano de 1930 en su artículo 629 tipifica la extorsión de la siguiente manera:

“El que mediante violencia o amenaza, al obligar a alguno a hacer o a no hacer alguna cosa, obtenga para sí o para otros un provecho injusto, con perjuicio ajeno...”

Y en el artículo 630 consagra la privación injusta de la libertad con fines extorsivos, en los siguientes términos:

“Secuestro de personas con fines de extorsión o robo. El que secuestre a una persona con el fin de conseguir para sí o para otros algún provecho injusto, como precio de la liberación de aquella...”

El Código Penal de 1951, de la desaparecida Yugoslavia decía en su artículo 261:

“I. El que con la intención de procurarse a sí mismo o a otro un provecho patrimonial antijurídico, obliga a alguien por la fuerza o una seria amenaza, a realizar una acción u omisión en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero...”

El Código Penal de Finlandia de 1889 en el capítulo 31, parágrafo 4 dispone:

“El que para procurarse a sí mismo o a un tercero un provecho constriñe a otro por medio de amenazas a entregarle bienes o dinero, reconocer o condonar una deuda, afianzar una obligación o concederle cualquier otro provecho patrimonial a los que no tiene derecho, será castigado como reo de extorsión...”

El Código portugués en su artículo 440 dispone:

“Aquel que por violencia o amenaza obtenga, por extorsión, de otro la firma o entrega de cualquier escrito o título que contenga o produzca obligación, disposición o descargo, será castigado...”

El Código Penal español, como una especie de robo, contempla la extorsión en el artículo 503 al disponer:

“El que para defraudar a otro le obligaré con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar una escritura pública o documento será castigado, como culpable de robo...”

El reciente código del Perú de 1991, en el artículo 200 tipifica la extorsión bajo esta fórmula:

“El que mediante violencia o amenaza o manteniendo en rehén a una persona, obliga a ésta o a otra a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida será reprimido...”

El código del Puerto Rico en su artículo 175 consagra la extorsión como un delito contra la propiedad de la siguiente manera:

“Toda persona que mediante violencia o intimidación, o pretextando derecho para ello como funcionario público, obligue a otra a realizar tolerar u omitir algo, bajo circunstancias que no constituyan robo, será sancionado...”

El código penal de Chile contempla esta conducta como una modalidad del robo, en cuanto en el artículo 438 establece:

“El que para defraudar a otro lo obligue con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, será castigado, como culpable de robo...”

El artículo 557 del código penal del Ecuador consagra la extorsión como un delito contra la propiedad en cuanto preceptúa que:

“Será reprimido con prisión de uno a cinco años el que, con intimidación, o simulando autoridad pública, o falsa orden de la misma, obligue a otro, sin privarle de la libertad personal, a entregar, enviar, depositar, o ponerse a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero, o documentos que produzcan o puedan producir efectos jurídicos”.

El artículo 215 del Código Penal de Costa Rica consagra el secuestro extorsivo como un delito contra la propiedad ordenando que:

“Se impondrá de ocho a doce años a quien secuestre a una persona para obtener rescate, con fines de lucro, políticos o político sociales, religiosos o raciales...”

“.....”

Dentro de los delitos contra la propiedad, el Código Penal del Uruguay consagra la extorsión en el artículo 345 y el secuestro en el 346, de la siguiente manera:

“El que privare de su libertad a una persona para obtener de ella, o de un tercero, como precio de su liberación, un provecho injusto en beneficio propio o ajeno, consiguere o no su objeto...”

El Código Penal argentino ubica la extorsión común en el artículo 168, definiéndola como sigue:

“El que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos...”

Y en el artículo 170, como un delito contra la propiedad, consagra el siguiente comportamiento:

“Sufrirá prisión de tres a diez años, el que detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate”.

La realidad legislativa que se acaba de reseñar de manera sucinta concuerda con el pensamiento mayoritario de la doctrina. Así, el siempre infaltable Carrara, en el parágrafo 2128 de su insuperada obra, dice en relación con la extorsión:

“Si tomamos la palabra extorsión en su sentido vulgar, sólo encontramos un nombre del hurto violento, sin ver surgir en

ella una figura jurídica distinta. En efecto, en lenguaje común se aplica el nombre de hurto al hecho de coger por sí mismo, y si para hacerlo con más libertad se emplea violencia contra el dueño, el hurto se llama violento; en cambio, hay extorsión cuando el que roba, en vez de coger por sí mismo, obliga al dueño entregarle algo". "Fácilmente se comprende que mientras toda la diferencia consista en coger o en hacerse entregar algo, y la concretación de los robado sea simultánea a la violencia ejercida, es imposible encontrar razón jurídica para separar estas dos hipótesis y hacer de ellas dos títulos distintos. Lo mismo da que el ladrón, mientras mete la mano en mi caja, me impida rechazarlo, empuñando una pistola, o que con la pistola me obligue a tomar yo mismo el dinero de la caja y a entregárselo. No es, por lo tanto, en este sentido como la figura de la extorsión puede ser concebida por el jurista".

Más adelante, en el párrafo 2133, afirma que la extorsión afecta la libertad y la propiedad al mismo tiempo, cuando sostiene:

"Lo mismo que el hurto violento, la extorsión no agota su objeto jurídico sólo al lesionar la libertad individual, sino a lesionar el derecho de propiedad, ya que en esta clase se enumera. Este criterio es importantísimo para distinguir entre el momento de la consumación y la simple tentativa. La extorsión no se consuma mientras no se lesione la propiedad, y por esto cualquier intimidación que no consigna el objeto de despojar al propietario, es una simple extorsión intentada.

"Si aun cuando la intimidación fuera grave, el propietario no dio nada o no se obligó a nada, o porque recurrió a la autoridad, o porque se atrincheró en su propio valor, la extorsión quedará siempre dentro del ámbito de la mera tentativa".

Consecuente con su reflexión, posteriormente, en el párrafo 2136, postula que la extorsión debe vulnerar el derecho de propiedad; por ello manifiesta que:

“El acreedor que con amenazas de grave daño induce al deudor a pagarle, podrá ser responsable de autojusticia, pero no de extorsión” (Programa de Derecho Criminal, Tomo VI. Editorial Temis Bogotá 1969).

Dentro de esa misma línea de pensamiento se ubica la mayor parte de la doctrina internacional. Es así como Ricardo C. Núñez coincide con el maestro de Pisa al afirmar que:

“La exigencia del autor debe ser ilegítima. Es tal si no puede exigir jurídicamente su pretensión. Si la puede exigir, el ejercicio arbitrario de su derecho atacará la libertad de la víctima, pero no atentará contra la incolumidad de su patrimonio” (pág. 258. Derecho Penal Argentino Tomo V Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1967).

De manera similar reflexiona Eusebio Gómez al afirmar:

“Aunque los medios que se utilicen para cometer la extorsión importen una ofensa a la libertad, este delito se clasifica entre los que lesionan el patrimonio, porque la actividad criminosa del sujeto activo responde a la intención de obtener un provecho injusto con el consiguiente perjuicio patrimonial para la víctima”.

Y dentro de la misma línea de pensamiento afirma un poco más adelante:

“Porque la extorsión es un delito contra el patrimonio, no puede decirse que él se cometa cuando la conducta del agente, aunque encuadrada en los términos del artículo 168, no pueda traducirse en un perjuicio patrimonial.

“Por ello, la Cámara de Apelaciones en los criminal y correccional de la Capital ha decidido que “no comete extorsión el acreedor que, para obtener del deudor el pago de una deuda legítima, amenaza revelar el hecho a la justicia. La extorsión es un delito contra la propiedad y no un simple atentado a la libertad o dignidad personal o a la administración de justicia y

requiere esencialmente una lesión dolosa del patrimonio. El fallo transcrito menciona lo expuesto en el mismo sentido por Chaveau y Hélie: el que amenaza para obtener lo que le es debido, para exigir lo que tiene derecho de exigir, para reivindicar el cumplimiento de una obligación, la reparación de un daño, no comete delito". Tratado de Derecho Penal, pág. 170 y ss tomo IV, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, Tucumán 1985".

Rodríguez Devesa comentando la preceptiva penal española en identidad de pensamiento con los anteriores afirma:

"La colocación del precepto entre los delitos contra la propiedad y la necesidad de no disociar la intención de defraudar y el elemento objetivo, abonan la idea de que, aunque la ley guarde silencio en ese punto, el documento ha de tener un contenido patrimonial". Derecho Penal Español Tomo II pág. 480. Artes Gráficas Carasa, Madrid 1980.

Ricardo Levene en sus comentarios para la Enciclopedia Jurídica Omeba, sobre la extorsión afirma:

"Si el agente, al exigir, no hace más que ejercer un derecho, si lo que exige es justo, aunque intimide para ello, no hay delito ya que en el primer lugar, no existe perjuicio patrimonial"

Y prosigue:

"En el caso del artículo 170 del Código, se secuestra o detiene a una persona por cualquier medio, sea fuerza física, astucia o intimidación. El simple secuestro o detención constituye de por sí el delito de la privación ilegal de la libertad, previsto por el Código Penal en el artículo 141, pero en este caso se trata de una extorsión, ya que el agente actúa con un propósito patrimonial, puesto que busca hacerse pagar un rescate que puede consistir tanto en dinero como en efectos o documentos susceptibles de valor, si bien debe dejarse sentado que no es preciso para que se consume el delito que se obtenga

el pago de dicho rescate; para ello basta el secuestro, puesto que de sustentar la opinión contraria, sólo habría tentativa de extorsión”. (pág. 683, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina Buenos Aires, 1960).

Ranieri comentando la extorsión afirma que:

“Si el sujeto no obró con el fin de obtener un provecho injusto para sí mismo o para el otro, sino con un fin distinto, no puede tenerse el delito de extorsión, sino eventualmente un delito diferente, por ejemplo violencia privada, ejercicio arbitrario de pretendidos derechos propios, etc.”.

Y al comentar el delito de plagio afirma:

“El fin del agente puede modificar el título del delito; por ejemplo, si el hecho es cometido para conseguir dinero como precio de la liberación, entonces se tendrá el delito previsto en el artículo 630 (secuestro extorsivo); si el fin es de matrimonio o de lujuria, podrá detenerse el rapto (artículos 522 y ss), y si es de corrección, puede tenerse el delito de que trata el artículo 571 (abuso de los medios de corrección o disciplina). (Manual de Derecho Penal, tomos VI pág. 75 y V pág 448. Editorial Temis Bogotá 1975).

Alfredo Noceti comentando la legislación penal Argentina en relación con el secuestro de personas dice:

“Su dolo estriba en el hecho de mantener secuestrada a la víctima, hasta tanto se haga efectivo el precio fijado por el delincuente para el rescate, siendo indiferente, puesto que la ley no distingue, que se trate de dinero, cosas, documentos, etc” pág. 245 Tomo XXV, Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1968.

Entre nosotros, Luis Carlos Pérez refiriéndose a la extorsión dice:

“El provecho en la extorsión, ha de ser ilícito, lo cual excluye del tipo los constreñimientos dirigidos a hacerse pagar

un crédito o a firmar un compromiso adquirido, o a entregar la cosa convenida, por ejemplo. La razón de la incriminación cambia. Ya no es extorsión sino ejercicio arbitrario de las propias razones, según la descripción del art. 183. Injusticia es carencia de derecho, ausencia de causa, desvinculación de todo interés recíproco, en cualquier tiempo anterior. La víctima no debe nada, no ha incumplido ningún compromiso con el actor, de modo que no hay el más remoto asomo de reclamación por vías de hecho". (pág. 371 Tomo V Derecho Penal. Editorial Temis Bogotá 1991).

El mismo autor, comentando los elementos provecho o utilidad del secuestro extorsivo del artículo 168 del C.P. sostiene:

"El provecho es, según lo expuesto, una utilidad o rendimiento de orden moral, no reducible a valores patrimoniales, ni cifras económicas, ni estadísticas. Dentro de este concepto sería delito de secuestro la sustracción o el arrebatamiento que una mujer hiciera de su amante o novio, tratando de tenerlo consigo, aún sin realizar actos eróticos. La satisfacción por ese medio del amor ideal sería elemento psicológico constitutivo de secuestro extorsivo".

"Además, la extensión del concepto de utilidad no proviene únicamente de lo expuesto, sino de otras orientaciones legales. Así, cuando el art. 174 incriminal al sobornador de testigos, prometiéndoles dinero u otra utilidad, comprende tanto el rendimiento monetario que se moviliza para lograr el fin, como toda otra forma de interés, verbigracia, oral, religioso, jurídico, social, político, familiar, académico."

"Del mismo modo, cuando el art. 140 reprime al empleado concusionario lo hace teniendo en cuenta no solo la parte del patrimonio ajeno que aspire a recibir, sino cualquier utilidad. Igualmente, el art 355 exige como elemento de la extorsión "el propósito de obtener provecho ilícito", y el art. 356 incrimina al estafador a quien persigue análogo aprovechamiento".

“Si se restringiera el concepto de provecho no sería secuestro el enclaustramiento de una persona para contemplarla y admirarla de cerca; ni estafa la toma engañosa de una posición o distinción a costa del patrimonio ajeno; ni soborno la oferta de honores a un testigo falso, ni la entrega carnal de una mujer que pretendiera por ese medio obtener del declarante una versión contraria a la verdad, ya que en las situaciones mencionadas como ejemplos el agente no persigue beneficios económicos ni para sí ni para otros”.

El mismo autor, comentando la ilicitud del provecho o utilidad perseguida por el agente activo del delito, afirma:

“La explicación del concepto de ilicitud no siempre fue acertada, porque a veces se incluían en él inspiraciones morales o religiosas, desnaturalizando la estricta valoración jurídica, y para oponerse a esa idea hubo que apelar a supuestos muy discutibles. Lo extrajurídico en materia de ilicitud, dijo Hans Kelsen, es procedente en ciertas ramas, pero no en la penal. El tipo corresponde a una conducta prevista como antecedente de una sanción. Es lo ilícito penal, de modo que no se sancionan determinados comportamientos porque son ilícitos, sino que, al contrario, son ilícitos porque condicionan una medida represiva”.

“Era difícil hacer prosperar esta restricción, e inclusive quedó expresada a medias, y así se entendió que provecho ilícito es el que no se debe, el que la ley no declara, el que ninguna convención autoriza para las personas vinculadas por ella. Se argumentó que no son ilícitas las ventajas perseguidas con la privación de la libertad si el secuestrado debía por ejemplo, una suma de dinero y el secuestrador actuaba así para hacérsela pagar.

“Los artículos 268 y 269 eliminaron los motivos de perplejidad y afirmaron que toda privación de la libertad por los medios indicados en ellos y con los propósitos de que se ocupan, es, por sí misma, ilícita. La ilicitud está precisamente en esos medios y en esos fines, extraños a los recursos que la ley otorga, verbigracia, para el cumplimiento de las obligaciones. No es ilícito ninguno de los propósitos que guían el arrebatamiento de

personas, su sustracción, ocultamiento y demás actividades relacionadas en los dos preceptos citados”. (Ob. Cit. pág. 334 Tomo IV Ed Temis, Bogotá 1990).

El Código Penal colombiano de 1936 consagraba el secuestro en el artículo 293 y 294 de la siguiente manera:

“Al que secuestre a una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos...”

“Al que injustamente prive a otro de su libertad, fuera del caso previsto en el artículo anterior...”

Y en el 406 tipificaba la extorsión como se expone:

“El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos...

“En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito”.

Entre la extorsión y el secuestro extorsivo existen diferencias estructurales y de motivación en la conducta del sujeto activo; puntos sobre los cuales la Corte se ha pronunciado en decisiones como la del 17 de enero de 1989, de la cual fue ponente el H.M. Guillermo Duque Ruiz, en la cual, la Sala de Casación Penal dijo:

“... y la jurisprudencia en que pretende afianzarlas, corresponde al delito de extorsión, y no al de secuestro extorsivo por el cual fue condenado su representado... Y salta a la vista que las razones para afirmar la tentativa en el uno no pueden ser las mismas que para perseguir igual propósito en el otro, pues se trata de dos tipos penales de estructura diferente, y –de suma importancia aquí– con protección de bienes jurídicos igualmente

distintos, ya que mediante el secuestro se atenta contra la libertad individual (siendo indiferente para su consumación el daño a otro bien jurídico), mientras que el delito de extorsión ataca primordialmente el patrimonio económico, razón por la cual la ausencia de un resultado de tal naturaleza (es decir, el hacer, omitir o tolerar algo, de connotación patrimonial, como dijo la Sala en casación de 8 de abril de 1986) deja la extorsión a nivel de tentativa.

“No ocurre lo mismo, repítese, en tratándose del delito de secuestro extorsivo, descrito así en el artículo 268 del C.P.

“Secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años”.

“Obsérvese que la norma sólo exige como resultado el arrebatamiento, la sustracción, retención u ocultación de una persona, bastando para la consumación del delito que esta conducta se realice con el “propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad”, de donde se desprende con absoluta claridad que no es necesaria la efectiva obtención del provecho o utilidad buscado por el secuestrador, ya que el texto legal no la exige, lo cual es apenas razonable, tratándose, como ya se anotó, de un delito que fundamentalmente atenta contra la libertad individual”.

“Basta, pues, aparte de la privación de libertad, la existencia de alguno de los propósitos señalados en la norma, que vienen a conformar lo que la doctrina identifica como elementos subjetivos del tipo, y cuya no materialización deriva en el no agotamiento de la conducta, dejando intacta la consumación de la misma”.

En otra ocasión, con ponencia del H.M. Dídimo Páez V. se afirmó:

“La fundamentación en tales términos, parte de un supuesto confuso y falso. En relación con lo primero, como con todo

acierto lo advierte el Procurador Delegado, se quivocan los conceptos del ingrediente o elemento subjetivo del tipo con el normativo, pues si la diferencia en la configuración de las disposiciones para el recurrente radica en la ilicitud de la exigencia motivo de la privación de la libertad del secuestrado, ello corresponde a una valoración que supone la existencia de la exigencia misma y no al particular ánimo con que se obra, el cual, según se argumenta, sería de la estructura de las dos formas de secuestro en discusión”.

“Empero, lo realmente fundamental en la apreciación del planteamiento del actor, es que la ilicitud de la utilidad o provecho a que se refiere como integrante del tipo de secuestro extorsivo, no la contempla la norma. Ella, en términos textuales, dispone que “El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años”; mientras el secuestro simple, según la respectiva disposición, lo realiza quien “...con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior (el de secuestro extorsivo), arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años”.

“Como se puede ver, no contemplan estas preceptivas referencia alguna a la licitud de la exigencia, bastando en el secuestro extorsivo el ánimo o propósito de obtener utilidad cualquiera en la privación de la libertad de una persona para su estructuración, mientras en el secuestro simple, por exclusión, un propósito distinto”.

“Así, pues, demostrado en el proceso que el secuestro de Castaño Correa obedeció al propósito de exigir de su progenitor el pago de una deuda, indiscutible resulta que se buscaba la obtención de una utilidad que indiferente en su existencia y legitimidad, hace que el hecho corresponda al supuesto previsto en el tipo de secuestro extorsivo en el que fue subsumido por el sentenciador”.

“Esto corresponde, por supuesto, a la lógica de un sistema fundado en la protección de bienes jurídicos previamente configurados. De acuerdo con ella, si a través del tipo de secuestro se pretende la tutela de la libertad, mal puede condicionarse ese objetivo a la presencia o ausencia de valoraciones que lo harían irrealizable, como se pretende en los planteamientos de la demanda. Una exigencia de que la utilidad propuesta con el secuestro sea ilícita, implicaría la autorización de que puede privarse de la libertad a una persona para demandar el cumplimiento de prestaciones ilícitas, con lo cual el tipo estaría paradójicamente, prohibiendo y permitiendo la conducta en postura verdaderamente absurda” (Esta sentencia no fue suscrita por los magistrados Torres Fresneda y Saavedra Rojas).

En sentencia del 19 de noviembre de 1992 la Sala con ponencia de quien aquí ejerce la misma función dijo:

“En las condiciones precedentes coexisten en la legislación actual tres formas de secuestro que cubren conductas perfectamente diversas; una la relacionada con la pérdida de la libertad de un ciudadano cuando el agente actúa “con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político...”.

“La segunda modalidad se estructura cuando se priva de la libertad a una persona teniendo como propósito o motivación cualquiera otra diversa a los beneficios o utilidades precisadas en el artículo anterior, o cuando se hace con finalidades de publicidad política. Y finalmente el secuestro terrorista que es el consagrado en el art. 22 del Decreto 180 en el que el comportamiento del agente está guiado por el propósito terrorista, de crear zozobra e inseguridad social, pudiendo ser que se trate de una actividad con finalidades políticas o de cualquier otra naturaleza”.

“Ahora bien, cuando se trata del secuestro tipificado en el artículo 268 en el que se haya actuado con fines publicitarios de

carácter político, o cuando la víctima es una persona de una determinada importancia política o social, puede presentarse alguna dificultad para distinguirlo del secuestro terrorista; allí es labor del intérprete entrar a determinar si la escogencia de la calidad de la víctima estuvo orientada a la búsqueda de personales propósitos o si fue, por el contrario, el de ocasionar desasosiego social como consecuencia de la importancia de la víctima”.

“De todas maneras, considera a la Sala, que ante cada caso concreto es menos difícil determinar cuándo la finalidad puede ser simplemente política sin ser terrorista o política con propósitos terroristas pues en la primera hipótesis, la actuación se dirige a promover una determinada ideología, la imagen de un líder, o unos específicos propósitos de activismo del partido o del movimiento; pero cuando la lucha política ha tomado los caminos de la subversión y de la búsqueda del poder por medios violentos o terroristas, de manera regular está matizada generalmente por demostraciones de fuerza, que tienen el objetivo de dar una sensación de vigor y poderío de los cuales carecen; apariencia que consiguen mediante el amedrentamiento y la zozobra que logran producir entre los miembros de la comunidad, quienes terminan por creer que se encuentran enfrentados a movimientos de mayor potencialidad política y militar”.

Se introducen estas reflexiones sobre el significado castizo del vocablo extorsión y sobre los orígenes de la conducta delictiva así denominada, no porque entienda que esta y el secuestro extorsivo son dos figuras delictivas iguales, sino porque siendo diversas, existen importantes similitudes que se deben destacar y porque al agravarse el secuestro con el calificativo de extorsivo, se puede pensar en una interpretación similar.

Es claro que la extorsión ha sido clasificada como un delito esencialmente matrimonial, y ello se demuestra con la reseña legislativa anteriormente destacada, pero ello no elimina su característica de ser pluritutelar, en cuanto igualmente protege la autodeterminación personal,

en razón de que, con la violencia que utiliza, el extorsionador doblega la voluntad de la víctima, obligándolo a hacer u omitir algo contra su propio querer.

No obstante, lo anterior no alcanza a desvirtuar el objetivo político fundamental de la extorsión cual es la protección patrimonial; de ahí que la doctrina universal, de manera casi que unánime, insiste en asegurar que cuando el sujeto activo de la conducta cobra arbitrariamente lo que se le debe, o exige irregularmente lo que es suyo, no incurre en el delito de extorsión, sino posiblemente en el ejercicio arbitrario de las propias razones.

La importancia de la finalidad patrimonial es de tal naturaleza que algunas legislaciones han incluido el secuestro extorsivo como una conducta ubicable dentro de los delitos que atentan contra la propiedad.

Sin llegar a tales hipótesis, porque no son propias de nuestra realidad legislativa, es evidente que cuando el legislador crea y califica el secuestro, utilizando la expresión extorsivo, con base en las finalidades perseguidas por el agente, es claro que tenemos que pensar en la conducta de quien utiliza el secuestro como un medio o instrumento ilícito para perseguir una personal finalidad antijurídica, que en algunas ocasiones se concreta como un elemento subjetivo del tipo de carácter específico genérico.

La mayoría de las legislaciones utilizan elementos subjetivos específicos, tales como “para sacar rescate” de la legislación Argentina; o “algún provecho injusto como precio de la liberación de aquella” de la codificación Italiana; o la finalidad matrimonial o erótica-sexual en el secuestro simple de conformidad con la ley 40 de 1993 de nuestra propia legislación.

El elemento subjetivo que incluye el ordenamiento colombiano es de carácter genérico, en cuanto señala que la finalidad perseguida por el agente puede ser cualquier “provecho o utilidad” sin especificar la naturaleza de ninguno. Sin embargo, ello no quiere decir que para la consumación del hecho delictivo sea indiferente que dicha finalidad sea lícita o ilícita, porque, estando en presencia de un tipo calificado de secuestro, para efectos de la antijuridicidad de la conducta, no solo se

debe dar la privación injusta de la libertad de un ciudadano, sino que, además, debe concurrir la ilicitud en la finalidad perseguida con el secuestro.

Lo anterior es de capital importancia, porque es claro que si se trata de la lícita o justa privación de la libertad, no existirá secuestro, como es la situación del ciudadano que captura al delincuente en flagranti delicto. De la misma manera, no se da la extorsión cuando se presenta el cobro arbitrario de lo que se le debe al agente de la conducta.

En tales condiciones, de la misma manera que se debe dar la antijuridicidad en relación con la privación de la libertad, para que se pueda hablar de la existencia de un secuestro extorsivo, se debe actuar buscando un provecho o utilidad indebidos.

Irrefutablemente se está en presencia de un hecho punible pluriofensivo, de conductas alternativas, porque ataca la libertad desde una doble perspectiva; de un lado, en cuanto afecta la libertad de locomoción, conducta con la cual se perfecciona el secuestro; y de otro, la libertad de autodeterminación, en cuanto se impone al secuestrado que haga u omita algo. La finalidad u objetivo buscado por el agente activo del delito, debe ser un provecho o utilidad, que puede afectar el patrimonio, si la finalidad perseguida es de esa índole; o ser afectados otros derechos, cuando la finalidad que motiva a actuar al delincuente sea de otra naturaleza, pues los objetivos podrían ser políticos, religiosos, etc.

Como se dijo con anterioridad, se trata de un tipo de conducta alternativa, porque la privación de la libertad puede darse con diversas finalidades y cumplida cualquiera de ellas, el delito se perfecciona de manera autónoma.

Las finalidades que alternativamente pueden motivar la realización del hecho para efectos de la consumación de la figura que se analiza son las siguientes:

- a) exigir un provecho o cualquier utilidad;
- b) que se haga u omita algo;

c) con fines publicitarios de carácter político.

Si se trata de un delito pluriofensivo evidentemente se debe hablar de una antijuridicidad múltiple, por lo que con la privación de la libertad se afecta este derecho, consumándose el secuestro. Y, de la misma manera, cuando se obliga al retenido a hacer u omitir algo, como consecuencia de la violencia a que se encuentra sometido, se consuma la finalidad extorsiva, que debe ser indebida para que se pueda predicar de ella la antijuridicidad. Ahora bien, si la finalidad es de carácter patrimonial, lo perseguido por el delincuente debe ser algo ilícito, algo no debido, porque si lo perseguido es lícito o es lo debido, se estará ante un procedimiento arbitrario, pero habrá desaparecido la calificación del secuestro en extorsivo.

La existencia de la antijuridicidad en las conductas que son objeto de reproche penal constituye un infaltable elemento de todas ellas; alguna razón tuvo el legislador para querer consagrarla como una de sus normas rectoras en el artículo 4o., y como es uno de los elementos constitutivos del hecho punible, así se consagra expresamente en el artículo 2o. cuando se condiciona la punibilidad de una conducta a que “debe ser típica, *antijurídica* y culpable”. Así, por querer del legislador, se fundamenta y sistematiza la parte especial del Código Penal.

De ahí la explicación de la consagración de una serie de figuras, particularmente de aquellas que presentan formas atenuadas y calificadas en relación con el tipo básico, en las que por lo general, la razón de su existencia está íntimamente ligada con la menor o mayor reprochabilidad de la conducta, teniendo como punto de partida la antijuridicidad propia que debe acompañar al tipo básico.

Es así como la reprochabilidad del homicidio simple, parte de la base de la conculcación del derecho vida y allí radica su antijuridicidad: pero cuando no se trata simplemente de quitar la vida a un semejante sino que se hace sobre la persona de ascendientes o descendientes, cónyuge, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad, necesariamente la reprochabilidad de la conducta aumenta y consecuentemente su punibilidad, porque en este caso el homicida no solamente tuvo que franquear esa primera forma de la antijuridicidad

que enmarca el desconocimiento de la vida, sino que lo hizo vulnerando otros valores reconocidos natural y socialmente como son los relacionados con el parentesco, lo que merece una mayor reprochabilidad, surgida precisamente de esa segunda forma de la antijuridicidad que justifica la consagración de la agravante. Por el contrario, cuando se mata para poner fin a terribles sufrimientos provenientes de enfermedad reputada como incurable, nos encontramos en presencia de un homicidio atenuado, porque la antijuridicidad que sigue existiendo en relación con la vida que se quita, pierde intensidad reprochable, al actuar con fines buenos o solidarios.

La consagración de la antijuridicidad en el artículo 4o. del C.P. como una de las normas rectoras del ordenamiento penal significa que toda afectación o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado debe ser "sin justa causa" porque, si ella es justa, lo más probable es que no se dé una infracción a la ley penal, o que desaparezca la calificación del hecho delictivo, o que se convierta en una forma atenuada de la misma, o que se modifique la adecuación típica de la figura.

Considero que la antijuridicidad está ínsita en todas y cada una de las figuras típicas y por ello no es indispensable que en todos y cada uno de los tipos penales se incrusten expresiones gramaticales indicativas de su concurrencia, tales como injusta, arbitraria, indebido, ilícito y similares, porque es obvio que si se trata de figuras que merecen reproche penal deben ser esencialmente injustas.

De la antijuridicidad se podría afirmar que su principal característica es su ubicuidad, la cual se observa a lo largo y ancho de la codificación penal, en muchas de sus normas. Para la validez de tal aserto, basta recordar unos pocos casos por vía de ejemplo.

Las causales de atenuación punitiva (art. 64) constituyen en su mayoría circunstancias de tipo personal, modal o temporal que atenúan la antijuridicidad y consecuentemente la menor reprochabilidad, generando disminuciones punitivas como la misma norma lo autoriza. Es el caso que se presenta con las siguientes causales: 2) Obrar por motivos nobles o altruistas; 4) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho; 6) Procurar

voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias; 7) Resarcir voluntariamente el daño, aunque sea en forma parcial; 8) Presentarse voluntariamente a la autoridad después de haber cometido el hecho o evitar la injusta sindicación de terceros; 9) La indignancia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución del hecho.

Todas las causales antes transcritas, se observa, hacen expresa referencia a la antijuridicidad, en cuanto el agente actúa guiado por motivaciones lícitas, calificadas de nobles, solidarias o altruistas; porque da muestras de arrepentimiento después de haber realizado la conducta ilícita; o finalmente porque se entiende que la poca ilustración haya podido afectar la capacidad de comprensión de la antijuridicidad.

Con igual motivación valorativa el legislador consagra en el artículo siguiente las causales de agravación punitiva, pero por razonamientos opuestos a las anteriores.

En identidad de pensamiento, en la parte especial muchas de las causales de agravación o atenuación específica de los delitos, tienen una motivación muy estrechamente relacionada con la antijuridicidad y ello es explicable, porque si en relación con un mismo bien jurídico se presentan diversas alternativas de comportamiento delictivo, igualmente con punibilidades diversas, es claro que esa mayor o menor sanción, debe tener su razón de ser en factores de axiología que la hagan políticamente aconsejable; y ello debe ser así, precisamente porque de acuerdo a los valores transgredidos, (bien jurídicamente tutelado) o las motivaciones que impulsen el actuar criminal, (antijuridicidad o reprochabilidad del fin buscado) el legislador atendiendo a la escala axiológica imperante en la sociedad para la cual regula los comportamientos, dispone penas de mayor o menor intensidad.

En las condiciones precedentes, es preciso delimitar que ante la hipótesis delictiva que se estudia es menester que se dé una culpabilidad y una antijuridicidad respecto al secuestro, en cuanto implica el obrar consciente dirigido a privar ilícitamente de la libertad a otro ciudadano; y una culpabilidad y antijuridicidad respecto a la motivación y finalidad que proyecta la conducta del sujeto activo porque, al igual que sucede

con la extorsión, si la finalidad buscada por el agente es lícita, en cuanto trata de cobrar lo que se le debe por medio del secuestro, o de recuperar lo que le ha sido hurtado, comete delito de secuestro simple y no extorsivo.

Para ser consecuentes con las reflexiones que se han hecho en precedencia, es evidente la conclusión de que en este caso se da no solo la antijuridicidad en cuanto a la libertad que se vulnera, sino también en relación con el proceder arbitrario que se realiza para recobrar un derecho perdido por fuera de los canales legislativamente contemplados; pues, si se trata de recobrar una deuda se ha debido recurrir a un juicio civil; o a uno penal si se trata de recuperar lo que ha sido hurtado. Al hacer justicia por propia mano, evidentemente realiza una segunda actividad antijurídica que nos lleva a la concreción del tipo contravencional previsto en el artículo 1o. numeral 1 de la Ley 23 de 1991, denominado “ejercicio arbitrario de las propias razones”. No obstante, la finalidad perseguida con el secuestro no era intrínsecamente ilícita, aun cuando la actividad realizada estructurara una contravención. Por ello el secuestro no alcanzó la calificación de extorsivo.

En relación con el punto debatido se debe precisar que en realidad la calificación que se da al secuestro para efectos de tipificar su forma agravada es impropia, por decir lo menos, porque la extorsión por su significado semántico y por el recorrido histórico de la figura a lo largo de la doctrina y la legislación universal fundamentalmente ha sido un delito contra el patrimonio; tanto es así, que muchas legislaciones ubican esta figura dentro del título correspondiente a tales delitos.

Entre nosotros la inicial tipificación del secuestro extorsivo hacía relación a finalidades delictivas de tipo económico y fue ya en época posterior que atendiéndose a la realidad criminal del país, se modificó tal estructura, admitiendo que la finalidad podía ser de cualquier naturaleza.

Es decir que en la moderna tipificación del secuestro en su forma agravada, las finalidades perseguidas por el mismo podrían ser económicas, políticas, o de cualquier otra naturaleza y, obviamente, al ampliarse el espectro de las finalidades perseguidas con el secuestro, la titulación que se le da a la figura no corresponde a su contenido descriptivo, porque la calificación utilizada queda corta ante la conducta descrita en la figura delictiva.

El contenido valorativo o axiológico del derecho y particularmente de nuestra disciplina, debe ser mirado desde la perspectiva constitucional; porque la Carta Política es el vértice desde el cual se encuentra una clara justificación de los ordenamientos que la reglamentan, cuyo contenido necesariamente deben tener una perfecta armonía con los principios que definen, delimitan y justifican al Estado y sus fines históricos.

Es así como el artículo 2o. dice que las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

En el 83 se impone que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deben ceñirse a los postulados de la buena fe.

Por su parte el artículo 90 consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los "daños antijurídicos" producidos como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes.

En el artículo 228 se dispone que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial y en el 230 que la equidad, la jurisprudencia y los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

De las disposiciones mencionadas surge con claridad que la pretensión del constituyente fue la concepción de un poder estatal legítimo (art. 3, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo), que en su ejercicio corresponda a la idea de legalidad que debe caracterizar todas sus manifestaciones, particularmente las jurisdiccionales (art. 2 fines esenciales del Estado, entre los cuales se mencionan "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución").

Y la legitimidad y legalidad del Estado y de sus manifestaciones tiene una particular importancia cuando ellas se relacionan con la administración de justicia, porque es claro y de ello es prueba la historia de la filosofía y del pensamiento político universal, que cuando se busca fundamentar la validación o validez a la norma se recurre a conceptos de equidad y justicia; por ello no es extraño que dentro de las concepciones

del derecho natural en su expresión más radical se afirma que una norma para ser válida, debe ser justa y es válida por el solo hecho de ser justa; o la tesis opuesta sostenida por el positivismo jurídico también en su expresión más radical según la cual, la norma puede ser válida sin ser justa y más aún es justa por el solo hecho de ser válida.

Problemas y reflexiones que llevan a Norberto Bobbio a afirmar:

“Comenzando por abajo y procediendo hacia arriba, la ligazón entre estos puntos, al pasar de una recta a la otra, solo es posible con una línea en zig zag. Comenzando por abajo y procediendo hacia arriba, la ligazón entre los dos requisitos del poder y los dos requisitos de la norma puede ser establecida de este modo: 1) la legalidad del poder presupone la validez de la norma dentro de la cual el poder viene ejercido: la validez de la norma hace posible el juicio sobre la legalidad o la ilegalidad de un poder; 2) la validez de la norma presupone la legitimidad del poder: normas válidas son las emanadas de un poder legítimo; 3) la legitimidad del poder presupone la justicia de las normas emanadas de aquel poder: poder legítimo en última instancia es el que produce solamente normas justas.

“Como se ve, procediendo de abajo a arriba, la legalidad remite a la validez, la validez a la legitimidad, y la legitimidad a la justicia. Procediendo de arriba abajo, en cambio, se encuentra que la justicia funda la legitimidad, la legitimidad funda la validez, y la validez funda la legalidad. Los términos de los pares se entrelazan de manera que al pasar de uno a otro se pasa de la línea del poder a la de la norma”. (Contribución a la Teoría del Derecho. Editorial Debate. Madrid 1990. pág. 301).

Se debe aceptar que el provecho o utilidad buscados por el secuestrador no fueron calificados por el legislador, desde la perspectiva antijurídica, en cuanto a que no se utiliza ninguna expresión que la refiera, que podría haber sido injusto, ilegal, arbitrario, etc. Pero como se había afirmado con antelación, la característica fundamental de la misma es su ubicuidad, porque existe expresa o tácita en todas y cada una de las normas del Código Penal. –la antijuridicidad no es solo un elemento del hecho

punible, la antijuridicidad es elemento consustancial al derecho penal, porque de ella surge el manejo axiológico por parte del legislador para poder prohibir con la amenaza de una sanción una determinada conducta, y más adelante, cuando la conducta gramaticalmente prevista por el legislador se concreta en el mundo de los fenómenos físicos y sociales, posibilita la reprochabilidad en concreto, en relación con un caso determinado y el necesario castigo del mismo, porque se han desconocido o vulnerado valores respetados socialmente. Y en el caso de las formas delictivas agravadas, porque en ciertos casos, las motivaciones que impulsan al criminal son igualmente de contenido antijurídico, porque son indebidos, ilegales o arbitrarios o injustos.

Discrepamos del positivismo jurídico, por lo menos en la inicial postulación de Montesquieu, cuando concebía al juez como un verdadero autómatas jurídico, en cuanto “la sentencia del juez no debe contener nunca más que el texto exacto de la ley; el funcionario judicial no es sino la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado, sin capacidad para atenuar su vigencia ni su rigor. El juez debe limitarse a expresar la sanción que la ley decreta para tales o cuales actos, y para ello necesita solamente de ojos” (pág 121 introducción a la filosofía del Derecho. Gustavo Radbruch Fondo de Cultura económica México 1978).

Y nuestra discrepancia obedece a que en un momento dado por la evolución social, política y tecnológicas naturales, como lo dijera Novoa Monreal, el derecho se convierte en un obstáculo al cambio social, queriendo indicar con tal expresión, que el derecho se estanca por la decrepitud natural de las normas que no tienen procedimientos suficientemente ágiles para irse renovando de conformidad con los cambios que se producen en la comunidad para la cual se legisló, y porque surge entonces para el juez la obligación de adecuar la ley de manera permanente con relación a los cambios que se vayan produciendo; porque el juez contemporáneo ante la imposibilidad romana del non liquet, necesariamente debe producir fallos, y para ello debe llenar los vacíos del legislador, debe corregir sus torpezas, porque lamentablemente se ha de reconocer que el legislador no siempre es sabio, y no siempre legisla de conformidad con las necesidades y en beneficio de la sociedad, porque el juez moderno, debe adecuar las leyes pre-constitucionales con la nueva realidad de la Carta Política, en fin porque debe entenderse que la labor

judicial es una tarea de creación, porque nunca la descripción general y abstracta que realiza el legislador comprende en su plenitud la vasta, universal y compleja manifestación de la conducta humana. Porque el juez debe buscar que sus fallos tengan correspondencia con la justicia y la equidad, porque las falencias y vacíos del legislador deben ser interpretados en esa búsqueda sin fin de dar a cada cual lo que es suyo y le corresponde, porque el derecho material debe primar sobre las formalidades de la ley, porque el juez tiene un único compromiso con la justicia dentro de la realidad del momento histórico en el que le toca actuar.

En sentido contrario a la concepción de Montesquieu, el movimiento del derecho libre, inicialmente liderado por Jhering nos lleva a la concepción de un juez que en su función interpretadora de la norma llena sus vacíos, armoniza las diversas disposiciones y finalmente las aplica en la búsqueda de la justicia que solo puede estar regida por los principios de la equidad y la justicia.

Por ello, siguiendo el pensamiento del célebre autor austriaco antes citado se puede decir que:

“Es utópico y hasta desagradable representarse al juez como un simple aparato registrador, como un verdadero autómatas jurídico, como un mero instrumento servidor del Derecho positivo, a quien no se le deja el menor margen para apreciar o valorar, a quien se le niega la posibilidad de manejar la justicia y la equidad y que, por consiguiente, debe considerarse más como un esclavo de la seguridad jurídica que como un servidor de la justicia”.

“Esta concepción, que dice atenerse solamente a la ley y a su interpretación lógica, es refutada por la propia ley: el mismo legislador se cuida de autorizar al juez, dentro de ciertos límites, para que, en caso necesario, descubra creadoramente el Derecho que ha de ser aplicado, por medio del empleo de cláusulas generales incorporadas a la ley, tales como las de la “equidad”, la “buena fe”, las “buenas costumbres”, y otras por el estilo. Ciertamente es que estas cláusulas no atentan formalmente contra el postulado de la unidad cerrada del orden

jurídico, ya que sólo en ciertas condiciones y dentro de ciertos límites dispensan al juez de su servilismo y literalidad de la ley, prescindiendo de cualquier actitud valoradora. Ni debe desconocerse, tampoco, que la ficción de la unidad cerrada del orden jurídico y la negación de la capacidad creadora del juez servía para precaver a este contra la admisión prematura de lagunas en la ley y, por tanto, contra la prematura interposición de sus propias facultades creadoras. Lo que no puede negarse es que la tal unidad cerrada no pasa de ser una ficción” (pág. 124 ob. cit).

Con la interpretación de la ley enmarcada en su correspondiente realidad histórica, política, social y económica, el juez en su incesante búsqueda por la justicia debe velar, porque dentro del encuadramiento legal, no se presenten injusticias, situaciones inequitativas, o decisiones que puedan quebrantar la necesaria confianza que el pueblo debe tener en sus jueces. No es equitativo, ni corresponde a la justicia, que en casos como el que se debate, que quien actuando antijurídicamente y en la búsqueda de un fin lícito, actúa arbitrariamente, reciba la misma sanción, que el que priva de la libertad a otra persona para obtener una finalidad ilícita. Este emparejamiento de las sanciones repugna al principio de equidad que debe regir todas las decisiones judiciales, porque es lógico y justo que quien obra antijurídicamente para conseguir un fin lícito, tenga menor sanción, que quien igualmente actúa de esa manera para obtener un fin ilícito.

Es claro entonces que la norma que la mayoría de la Sala aplica a este caso no califica que la utilidad o provecho buscados por el agente debe ser ilícita o indebida, pero la ausencia de tal calificación valorativa, no impide que el juez en su labor interpretativa así lo concluya sobre la base de que todo el derecho penal está cubierto por la concepción de la antijuridicidad y que si es esta finalidad, una de las alternativas que permite el aumento sustancial de las penas previstas para el secuestro simple (ahora mucho más significativo en vigencia de la ley 40 de 1993), ese objetivo criminal debe ser ilícito, arbitrario, injusto o indebido, porque de no ser así se estaría en presencia de un secuestro simple, al cual concurre, aun cuando no procesalmente la contravención del ejercicio arbitrario de las propias razones.

La injusticia de la posición que se critica se evidencia aun más con la ley antisequestro, de reciente aprobación, porque si la pérdida injusta de la libertad es con finalidad matrimonial, o con fines erótico sexuales, será secuestro simple atenuado, pero si es para cobrar lo debido, o recuperar lo hurtado será secuestro extorsivo, con las diferencias punitivas a que se ha hecho alusión, porque se pasa de una pena posible de 1 a 3 años, a una de 25 a 40 años.

En las condiciones planteadas, no es justo ni equitativo que quien realiza el secuestro con una finalidad ilícita como es la del propósito matrimonial o de actos erótico-sexuales, pudiera obtener una penalidad manifiestamente inferior a la que se le impone a quien igualmente de manera antijurídica secuestra para cobrar lo que se le debe o recuperar lo que se le ha hurtado.

En las condiciones precedentes, se habrá de concluir que en el caso particular que se analiza se está en presencia de un delito de secuestro simple y de la contravención policiva denominada ejercicio arbitrario de las propias razones. Por tanto, en mi opinión, la competencia ha debido asignársele al Tribunal Superior de Santa Marta, y se ha debido disponer la compulsación de copias, con destino a las autoridades policivas para que conocieran de la contravención señalada.

Con el respeto de siempre por los conceptos y decisiones de mis colegas, en los anteriores términos dejo constancia de los motivos que me llevaron a apartarme de la decisión mayoritaria.

Edgar Saavedra Rojas

Fecha ut supra.

PORTE ILEGAL DE ARMAS / REFORMATIO IN PEJUS

No obstante la expedición del Decreto número 2535 del 17 de diciembre de 1993, el porte de armas continúa siendo delito, y de ninguna manera puede entenderse que el Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 ha perdido vigencia.

Lo que se reglamenta en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina “contravención” y que dan lugar al decomiso de las armas, municiones explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible en la legislación penal, expresamente señala que es “sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”.

Esta previsión la observa en los literales “a”, “e”, “i”, “g” y “m”, del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún momento quiso el Ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1o. de la Ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene alcance.

2. Esta Corporación en forma reiterada ha indicado que el artículo 31 de la Constitución Nacional que en su inciso segundo consagra la prohibición de la *reformatio in pejus*, es una clara norma de derecho sustancial y que en consecuencia es atacable por la vía de la causal primera de casación cuerpo primero, esto es la violación directa de la ley sustancial, toda vez que la problemática recae directamente sobre el contenido de la norma sustancial, sin que exija análisis sobre las pruebas o los hechos.

La prohibición de la *reformatio in pejus* es una garantía que se instituye en favor del procesado, pero que tiene un hondo

contenido sustancial en la medida que protege al imputado frente a los desmanes que se presenten en la aplicación de normatividad sustancial, como es toda la que tiene que ver con la punibilidad, y si ésta es su naturaleza necesariamente se tiene que entender que el marco lógico de ataque es el que enmarca la causal primera que es la instituida para resolver yerros *in judicando*.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 93 de 23 de agosto de 1994.

Vistos:

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación excepcional presentada por el defensor de OSCAR ARMEID MURILLO ZAPATA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Armenia confirmatoria de la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado como autor del delito de porte ilegal de armas, pero con la siguiente modificación: Se aumentó la pena de ocho (8) meses a doce (12) meses de prisión.

I. Hechos y actuación procesal:

Los primeros fueron resumidos por el Tribunal Superior así:

“Los que originaron esta investigación acaecieron en horas de la noche del día domingo veintidós de diciembre del anterior calendario, en sector del Pórtico y más concretamente frente al CAI ‘EL BOSQUE’ al norte de la ciudad, donde los agentes del orden José Herrán Tarquino y Henry Ramírez Monsalve aprehendieron al individuo Oscar Armeid Murillo Zapata al encontrar dentro del vehículo campero que guiaba y oculto en su guantera un revólver marca ‘Smith & Wesson’, calibre 38 largo, pavonado, cachas de madera y distinguido con el número C 360896, carente de salvoconducto y del cual ninguna

explicación clara dio con relación a su procedencia, según el informe visible al folio 1 del expediente suscrito por el Comandante de ese puesto José Hugo Peña Peña”.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Diecisiete de instrucción criminal de Armenia, despacho que habiendo vinculado mediante indagatoria a OSCAR ARMEID MURILLO ZAPATA le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Cerrada la investigación penal, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de porte ilegal de armas.

El conocimiento de la causa le correspondió al Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad, el cual después de realizada la diligencia de audiencia pública dictó sentencia en la que encontró plenamente responsable a OSCAR ARMEID MURILLO ZAPATA como autor del ilícito ya referenciado, imponiéndole una pena de ocho (8) meses de prisión.

Apelada la decisión por el defensor, el Tribunal confirmó la decisión del *a quo*, pero aumentó la pena en cuatro meses, dejando como definitiva un (1) año de prisión.

II. Demanda:

El defensor del procesado presenta dos cargos al amparo de la causal primera de casación a saber:

Cargo principal:

Violación del artículo 29 de la Constitución Nacional.

Nuestra Constitución señala que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, de tal forma que en materia penal implica la necesidad de sancionar por el acto realizado por el sindicado. Así el artículo 29 ordena que la persona sea juzgada conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, esto es, nuestra Carta Fundamental, establece un derecho penal de Acto y no Autor.

De esta manera se desprende la necesidad que exista un comportamiento que sirva de base a la reacción punitiva del Estado, conducta que debe tener una específica finalidad, que se analiza como un dolo natural si es finalista o un “*Dolus Malus*” que se ubica en la culpabilidad si se es causalista.

Así del mandato constitucional se desprende la obligación de investigar la finalidad de quien actúa, ya que si el fin no es ilícito, el Estado no podrá intervenir en manera alguna.

Su defendido fue condenado por el porte ilegal de armas sin analizarse en momento alguno su específica voluntad, penándosele por el simple porte sin tener en cuenta el elemento cognoscitivo de su conducta.

Considera que se han vulnerado los artículos 29 de la Carta y 2, 3, 4, 5, 21 y 35 del Código Penal.

Solicita que se decrete la nulidad por violación del debido proceso.

Cargo subsidiario:

El artículo 31 de la Constitución Nacional establece como garantía fundamental el principio de la REFORMATIO IN PEJUS, que además fue consagrado en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal.

La jurisprudencia ha entendido que cuando se utiliza la expresión “agravar”, se está señalando que no se puede hacer más grave la situación del condenado, puesto que el interés de recurrir es el de mejorar su situación.

En el fallo de segunda instancia se le hizo más gravosa la situación a su defendido, toda vez que en primera instancia la pena impuesta fue de cuatro (4) meses (*sic*), en tanto que en la segunda se le impuso un año, al revocarse los beneficios que se habían concedido por el *a quo*.

Solicita a esta Corporación casar la sentencia de segunda instancia, para que se dicte el fallo que corresponda en derecho.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que la censura resulta incoherente cuando se anuncia que al amparo de la causal primera presenta dos cargos, sin expresar si la violación se produjo por la vía directa o indirecta, por cuanto cada uno de los ataques lo plantea como violaciones al debido proceso que tienen su sede propia de alegación en la causal tercera.

Por otra parte en la petición solicita a la Corte que se decrete la nulidad sin precisar el momento procesal a partir del cual es necesario reponer la actuación respectiva, o dictar el fallo que en derecho correspondía y sin concretar cuál ha de ser el contenido de la sentencia sustitutiva.

Estas imprecisiones le restan claridad y precisión al libelo lo que no obsta para que oficiosamente se solicite a la Corte casar el fallo impugnado por razones que se expresarán al analizar el segundo cargo.

Cargo principal:

Denuncia el actor violación del artículo 29 de la Constitución Nacional, toda vez que el procesado fue penado sin que se tuviese en cuenta el elemento cognoscitivo de su conducta.

En este cargo el demandante no hizo demostración alguna del vicio *in iudicando* que pretende endilgar al sentenciador, limitándose a afirmar que éste tenía la obligación de “investigar la finalidad de la conducta”, pero no llegó a desarrollar su proposición “para relacionar tal supuesta falta de investigación con el contenido legal de la culpabilidad o con la norma constitucional que también estima infringida”.

Señala el distinguido colaborador del Ministerio Público que tampoco le asiste razón al actor, toda vez que los juzgadores de primera y segunda instancia se ocuparon correctamente del análisis de la culpabilidad del procesado; para demostrar su acerto transcribe apartes de los fallos antes mencionados.

Adicionalmente señala que más acertado hubiese sido plantear la violación directa –por interpretación errónea– del artículo 36 del Código Penal o acudir a la vía indirecta por error en la apreciación de las pruebas que respaldan la decisión. Nada de esto hizo el censor con lo que le queda a la Corte imposible examinar ataques no presentados en la demanda de casación en virtud del principio de limitación, máxime que no se vislumbra yerro alguno en los fallos impugnados.

Estima que por lo ya anotado el cargo en consecuencia no debe prosperar.

Cargo subsidiario:

Se argumenta por el actor que existió violación al principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, toda vez que el fallo de segunda instancia al revocar la rebaja punitiva reconocida por el *a quo* agravó en forma ostensible la situación de su defendido a pesar de tener la condición de apelante único.

Considera la Delegada que se deben hacer algunas precisiones en cuanto a la naturaleza de la norma –art. 31 C. Nacional–, así como la vía de ataque en materia de casación penal.

I. Naturaleza de la norma.

Nuestra Constitución ha proclamado una serie de garantías procesales, consagradas como mecanismos para asegurar la efectividad de los derechos que la Constitución reconoce a los sujetos pasivos del proceso penal, entendidos como los individuos que se deben enfrentar al poder punitivo del Estado.

Estas garantías procesales tienen un origen común, cual es el derecho que tiene el procesado a que se le imponga un castigo por motivos previamente determinados por la ley y después de haber agotado todos los procedimientos legales regulados, lo cual implica una fijación de límites al poder punitivo del Estado.

El principio de legalidad de las penas, como límite al poder punitivo del Estado, conlleva la seguridad de los individuos de que no le serán

impuestas penas diferentes a las consagradas como tales en la Constitución, como la de muerte, la desaparición forzada o las crueles, inhumanas o degradantes; así como de que no se le impondrá una que no esté prevista para el delito, verbigracia prisión en lugar de multa.

La seguridad jurídica como garantía para el ciudadano y como autolimitación del poder punitivo implica que el ciudadano conoce las reglas de juego, las cuales no le pueden ser cambiadas para impedir la arbitrariedad estatal. “Un punto importante con relación a la actividad judicial es el referido a la determinación de la pena, que, dada su amplitud, sólo puede ser enunciado en la medida que tiene importancia para los límites al poder estatal dentro de un Estado de Derecho”.

En Colombia, el juez tiene el ámbito de determinación de la pena limitado, toda vez que existen conceptos valorativos (art. 61) que le permiten un margen de discrecionalidad y la posibilidad de interpretar las circunstancias agravantes como las atenuantes, siempre dentro del marco de los límites mínimos y máximos fijados previamente en la ley.

Empero, si al surtirse la segunda instancia le son cambiadas las reglas de juego al apelante único, quien acude a esa vía con la seguridad que la pena impuesta no le será agravada con el argumento que fue una “pena ilegal”, se están superando los límites impuestos al Estado frente al ejercicio de su función punitiva. No puede en ningún caso desconocer este precepto en aras de preservar la “legalidad” por encima de las garantías debidas a los ciudadanos.

El artículo 29 de la Constitución Nacional establece como derechos fundamentales el del debido proceso aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, señalando una serie de principios que deben cumplirse como son la legalidad del juicio, la legalidad del delito y la de la pena, Juez natural y competente, favorabilidad en materia penal, presunción de inocencia, derecho a defensa técnica y material, proceso público, celeridad del proceso, contradicción, doble instancia y prohibición del *non bis in idem*. Pero ellos se ven completados con otros incorporados en otras disposiciones de la Carta dentro de los que se encuentra la prohibición de la *reformatio in pejus* (art. 31).

Así las cosas, el principio de “interdicción de reforma peyorativa” consagrado en el artículo 31 inciso segundo de la Constitución Política, tiene la entidad de garantía procesal que protege derechos del inculpado siendo integrador del debido proceso.

2. La vía de alegación en casación.

Al tratarse de una garantía que integra el debido proceso, su violación genera nulidad de la sentencia de segunda instancia, en consecuencia su vía de ataque en materia de este recurso es la consagrada en el numeral tercero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Como la nulidad se produce exclusivamente en la sentencia proferida por el *ad quem*, la Corte así debe declararlo procediendo a dictar el fallo de reemplazo, sin necesidad de reenvío alguno.

El caso específico.

Sobre este marco conceptual se hace necesario analizar la causal alegada en la demanda en estudio. No expresa el censor si la pretendida violación de la ley sustancial se da por vía directa o indirecta, pero además, no determina el sentido de violación de la norma sustancial. “En este punto la técnica fue pretermitida, así como cuando el censor estima que la pena impuesta a su defendido fue de cuatro meses de prisión”.

Empero como se trata de la causal de nulidad por violación al debido proceso, se debe analizar si hubo una efectiva agravación de la pena impuesta.

OSCAR ARMEID MURILLO ZAPATA, fue condenado en primera instancia a la pena de un año de prisión con la rebaja de cuatro meses de prisión en virtud del artículo 299 del C. de P.P., siendo en definitiva la pena impuesta de ocho meses de prisión y no de cuatro como aduce el censor. El condenado inconforme con el fallo del *a quo* apela la decisión con la esperanza de que se le mejore su situación y con la seguridad que no le será agravada la pena.

El Tribunal al conocer del recurso, revocó la rebaja punitiva otorgada por la confesión al estimar que no existió, con lo que agravó efectivamente la sanción al pasar esta de ocho a doce meses.

Para eludir la prohibición constitucional de agravar la sanción, se acudió a la tesis de que la pena era ilegal porque el procesado no había confesado el hecho, y por ende no existía la situación condicionante de la rebaja punitiva.

Aún exponiéndose fundadamente las razones por las cuales no se podía otorgar la rebaja de la pena por estimar que en su caso la confesión de OSCAR ARMEID MURILLO ZAPATA no lo hacía acreedor a ella, no podía el Tribunal revocar la rebaja punitiva concedida al condenado en primera instancia, por cuanto si bien puede disentir de las consideraciones del *a quo*, el artículo 31 establece unos límites para evitar que se haga más gravosa la situación del sentenciado. De tal manera si se considera que la actuación del fallador de primer grado fue ilegal, lo procedente sería compulsar copias para que se investiguen los posibles delitos o faltas disciplinarias en que pudo haber incurrido, “pero nunca hacer sufrir al condenado las consecuencias de tal acto ‘ilegal’”.

Sobre la base de lo argumentado solicita a esta Corporación CASAR la sentencia recurrida, declarar la nulidad de la misma y dictar el fallo de reemplazo de acuerdo con lo previsto en el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal.

IV. Consideraciones de la Sala:

1o. Antes de proceder a dar respuesta a la demanda es importante advertir, que no obstante la expedición del Decreto número 2535 del 17 de diciembre de 1993, el porte de armas continúa siendo delito, y de ninguna manera puede entenderse que el Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 ha perdido vigencia.

Lo que se reglamenta en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina “contravención” y que dan lugar al decomiso de las armas, municiones, explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible por la legislación penal, expresamente señala que es “*sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar*”.

Esta previsión la observa en los literales “a”, “e”, “f”, “g”, y “m”, del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún

momento quiso el Ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1o. de la Ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene ese alcance.

2o. Entrando en el tema propuesto en la demanda por el llamado “CARGO PRINCIPAL”, es oportuno recordar que el recurso interpuesto es el de casación excepcional, regulado y limitado por el inciso 3o. del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, en donde se dispone que sólo procede cuando la Sala Penal de la Corte “lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

En ejercicio de esa facultad, en el auto admisorio del recurso se le dijo sobre el cargo planteado como principal lo siguiente:

“Analizado el reparo principal, tendrá que contestar la Sala de modo negativo a la aspiración que con él se invoca, pues retenidos otros motivos por el impugnante para el momento de la presentación de la demanda, la precariedad actual de sustentación se hace obvia, sin que pueda darse por suplida con la sola afirmación de no haber sido considerado el propósito o finalidad que animaba al acusado al detentar el arma, o por la cita de varios pronunciamientos de la Corte carentes de explicación sobre su contenido y referentes a la tenencia de armas con fines terroristas mas no a situaciones como la presente en que apenas se encara un porte de arma de defensa personal, pues uno y otro argumento carecen de relación con la sugerida violación de garantías constitucionales. Ningún fundamento asoma el impugnante que justifique un replanteamiento doctrinario o haga evidente el desconocimiento de una garantía fundamental, lo que resta mérito para la concesión excepcional de su recurso”.

En estas condiciones, era claro que la demanda ha debido limitarla al cargo que en la interposición del recurso anuncia como subsidiario, pues fue respecto de él que se le concedió.

Sin embargo, al margen de la anterior precisión, son oportunas las siguientes observaciones sobre ese primer reparo:

En primer lugar, si bien alega violación de la ley sustancial, no determina si se refiere a la vía directa o a la indirecta, y desde luego tampoco concreta si la vulneración a los artículos que relaciona se produjo por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

Para mayor confusión solicita que se decrete la nulidad de lo actuado por violación del debido proceso, mezclando así dentro del mismo cargo dos situaciones que deben ser tratadas por separado, como quiera que obedecen a fundamentos diferentes.

Otra falla destacable es que la censura se queda en una afirmación carente de demostración, ya que el censor se limita a indicar que su prohijado “fue condenado por el delito de porte ilegal de armas, sin que se llegase a analizar la específica voluntad de OSCAR ARMEID MURILLO ZAPATA de portar un arma, penándose por el simple porte, olvidándose en esta forma del elemento cognoscitivo de la conducta de mi defendido”.

Al no ocuparse de establecer la existencia de alguna irregularidad, termina contraponiendo su personal forma de ver lo ocurrido a lo expuesto por el juzgador en la sentencia, olvidando que esa decisión está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, y que precisamente el recurso de casación debe emplearse para desvirtuar dicha presunción, demostrando la existencia de errores *in iudicando* o *in procedendo* trascendentes, esto es, que hayan incidido en el fallo de manera tal que de no haberse presentado la conclusión habría sido otra.

Pero además de que el reproche no fue técnicamente formulado, tampoco corresponde a la verdad que en las sentencias no se hubiese analizado la culpabilidad; para advertirlo basta leer lo dicho por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Armenia, con argumentos que fueron acogidos por el Tribunal. Textualmente se pronunció así:

“...En el acto injurídico atribuido al procesado, se halla implícita la voluntariedad y en consecuencia la finalidad de la

misma, traducida ella en cargar un arma de fuego dentro del vehículo, caso que para la práctica resultaría menos notoria la presencia de la misma. No importa entonces en dónde se hallaba ubicada el arma en mención, lo que interesaba es que un arma de fuego de defensa personal y la que se hallaba en lugar próximo, a escasos centímetros y por ende podía ser utilizada por su poseedor en cualquier momento.

“No hay duda en consecuencia que es inminentemente (*sic*) típica, antijurídica y culpable el acto contrario al ordenamiento jurídico penal que se atribuye a título de dolo a Oscar Armeid Murillo Zapata, pues empleó todos aquellos medios idóneos para tratar de esconder el arma en cuestión, dando muestras de la voluntariedad encaminada a portar el arma de fuego, pues las mismas personas que le hacían compañía al momento de su captura dijeron que efectivamente las autoridades policivas hallaron la referenciada arma y que el procesado se hizo cargo de ella inmediatamente. Esto indica que el proceder del sindicado sí era evidentemente doloso, pues se nota a las claras que no dejó involucrar a la investigación a las demás personas que le acompañaban porque inmediatamente concluyó que el único culpable de tal acontecimiento única y exclusivamente era él”.

Finalmente y en relación con el mismo punto párrafos más adelante indicó:

“Lo que interesa para el delito doloso es que exista una voluntariedad y que dentro de ella esté implícitamente marcado ese ánimo de comportarse contrariamente a las normas de derecho penal. Traducido ello al caso concreto deducimos que Oscar Armeid Murillo Zapata sí tenía en su poder el arma incautada y por consiguiente advirtió a los agentes de la policía que él se hacía cargo de ella. El finalismo de su comportamiento se traduce en llevar ilícitamente él, el arma en referencia, es decir, sí fue eminentemente doloso su comportamiento y por ende debe ser penalizado conforme a las normas penales sustantivas” (fls. 8, 9 y 10 sentencia primera instancia).

Las razones anteriores son suficientes para estimar que el cargo no está llamado a prosperar.

Cargo subsidiario:

Arguye el actor que se presenta violación al artículo 31 de la Constitución Nacional, toda vez que el Tribunal agravó la situación de su defendido al desconocer la rebaja punitiva que le había sido otorgada por el juzgado Octavo Penal del Circuito de Armenia.

Técnicamente el censor no precisa si se acoge al cuerpo primero o segundo de la causal en comento, pero del contenido del cargo se deduce que está planteando una violación directa de la ley sustancial.

Revisada la actuación de la misma se desprende que el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Armenia, en sentencia de tres de septiembre de 1992, condenó al señor OSCAR ARMEID MURILLO ZAPATA como autor del delito de porte ilegal de armas de fuego de uso personal, imponiéndole en principio una pena de un año de prisión, pero concediendo una rebaja de una tercera parte, por reunirse los requisitos del artículo 299 del estatuto procesal vigente, esto es, por haber confesado el hecho durante su primera versión, lo cual dio una pena definitiva de ocho (8) meses y no de cuatro como equívocamente lo señala el actor. Los cuatro meses hacen referencia a la rebaja efectiva que se le concede, que no a la pena definitiva que se le impone.

Dentro del término correspondiente, el defensor del sentenciado interpuso el recurso de apelación, sin que hubiese existido impugnación de parte de otro sujeto procesal, verbigracia representante del Ministerio Público o apoderado de la parte civil.

El Tribunal Superior de Armenia a través de una de sus Salas de Decisión Penal, al proferir la sentencia de segunda instancia determinó que la pena definitiva era de un año de prisión, revocando la rebaja concedida por efectos de la confesión del hecho, al estimar que no se daban las condiciones para otorgarla.

Sobre el punto en discusión la Corporación de instancia estimó:

“Débese advertir además que si bien el artículo 31 de la Constitución Nacional, en su segundo inciso, tiene previsto que ‘El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único’, la revocación del punto 2o. de la resolutive del fallo impugnado, por inexistencia de la presunta confesión de que habla el Juez de instancia, no conlleva en manera alguna quebrantamiento de la antecitada norma, toda vez que ello en nada modifica o agrava la sanción corporal o aflictiva de un año de prisión que allí se le impuso”.

Equivocado resulta el razonamiento del Tribunal, porque en manera algun se puede pensar que “en nada modifica o agrava la sanción corporal o aflictiva de un año de prisión que allí se impuso”, toda vez que la pena que finalmente aplicó el *a quo* fue de ocho meses y no de un año como equivocadamente lo manifiesta el *ad quem* en su decisión.

Pero además, no es válido que se señale que la confesión por la cual se hizo merecedor a la rebaja de la pena no existió y que en consecuencia el procesado no tiene derecho a la disminución punitiva ya concedida, toda vez que independientemente de que no se esté de acuerdo con el razonamiento del *a quo*, no se puede desconocer una decisión que era favorablemente al sentenciado.

La prohibición de la *reformatio in pejus* se instituyó como una garantía fundamental para el condenado, a través de la cual adquiere certeza de que siendo único recurrente en la segunda instancia o en casación no se le podrá hacer más gravosa su situación.

Si los demás sujetos procesales no impugnaron la sentencia fue porque consideraron que el interés que representan no sufrió mengua, por lo tanto el pronunciamiento del superior, motivado por el procesado como único recurrente, no puede modificar la situación punitiva para aumentarla.

Planteamiento de la Procuraduría:

Estima el señor Procurador Delegado ante esta Corporación, que la prohibición de la *reformatio in pejus* es una garantía que se encuadra

dentro del debido proceso, y que por lo mismo es demandable a la luz de la causal tercera de casación.

Al respecto se debe resaltar que esta Corporación en forma reiterada ha indicado que el artículo 31 de la Constitución Nacional que en su inciso segundo consagra la prohibición de la *reformatio in pejus*, es una clara norma de derecho sustancial y que en consecuencia es atacable por vía de la causal primera de casación cuerpo primero, esto es la violación directa de la ley sustancial, toda vez que la problemática recae directamente sobre el contenido de la norma sustancial, sin que exija análisis sobre las pruebas o los hechos.

La prohibición de la *reformatio in pejus* es una garantía que se instituye en favor del procesado, pero que tiene un hondo contenido sustancial en la medida que protege al imputado frente a los desmanes que se presenten en la aplicación de normatividad sustancial, como es toda la que tiene que ver con la punibilidad, y si ésta es su naturaleza necesariamente se tiene que entender que el marco lógico de ataque es el que enmarca la causal primera que es la instituida para resolver yerros *in iudicando*.

Lo que sí ha debido hacer el recurrente es citar el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal (artículo 34 de la Ley 81 de 1993), que es la norma legal que desarrolla el principio constitucional.

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: Casar parcialmente la sentencia recurrida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Segundo: Declarar que la pena impuesta al procesado OSCAR ARMEID MURILLO ZAPATA es de ocho (8) meses de prisión.

Tercero: En todo lo demás se mantiene la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FAVORABILIDAD / ACUMULACION / JURIDICA DE PENAS

El principio de favorabilidad obra cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables al caso concreto. Es un hecho cierto que antes de entrar en vigencia el artículo 505 del Decreto 2700 de 1991, cuando no se acumulaban los procesos seguidos contra una misma persona de acuerdo con los lineamientos de los artículos 86 y siguientes del Decreto 050 de 1987, el condenado tenía que cumplir la pena impuesta en cada uno de ellos, luego la figura consagrada con posterioridad respecto de la acumulación jurídica de penas, indiscutiblemente resulta más favorable al condenado.

El artículo 505 del C. de P.P. fue modificado por el artículo 60 de la Ley 81 de 1993.

La acumulación jurídica de penas, a la luz del original artículo 505 no sería procedente, porque los delitos no son conexos ni los procesos eran acumulables. Sin embargo, es del caso establecer si es susceptible la acumulación impetrada bajo los lineamientos de la Ley 81 de 1993 que en su artículo 60 deja la posibilidad de que el fenómeno en cuestión pueda darse, siempre y cuando las sentencias proferidas no se encuentren dentro de las excepciones y eventos que señala la citada norma, esto es que “no podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de la sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad”.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.*

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 101.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el condenado JOSE GERARDO ALAVA THOMAS, ex-Juez Promiscuo Municipal de Olaya Herrera (Nariño), contra el auto de mayo 17 de 1994 mediante el cual el Tribunal Superior de Pasto no decretó la acumulación de penas.

Antecedentes:

1o. En sentencia de fecha agosto 14 de 1989, proferida por el Tribunal Superior de Pasto, el doctor JOSE GERARDO ALAVA THOMAS fue condenado a la pena principal de catorce (14) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, concediéndole la condena de ejecución condicional, por los delitos de detención arbitraria y abuso de autoridad en concurso real, por hechos ocurridos entre el 13 y 19 de noviembre de 1984. Contra este fallo no se interpuso recurso alguno.

Mediante auto de febrero 8 del año en curso se dispuso no decretar la extinción de la pena, revocar el subrogado y ordenar la ejecución inmediata de la referida sentencia.

2o. En sentencia de mayo 13 de 1992, dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, el doctor ALAVA THOMAS fue condenado a la pena de cinco (5) años de prisión por los delitos de peculado por apropiación, prevaricato por acción y falsedad ideológica cometidos en concurso cuando se desempeñaba como Juez de Rentas del Distrito de Pasto.

El fallo anterior fue modificado en segunda instancia en providencia de septiembre 30 de 1992, absolviendo al condenado por el delito de peculado por apropiación, rebajándole la pena a tres (3) años nueve (9) meses por los demás delitos. Los hechos que dieron origen a ese proceso se realizaron del 20 al 23 de diciembre de 1989.

3o. El Tribunal Superior en sentencia de diciembre 7 de 1993, por hechos ocurridos en mayo de 1987, condenó al mismo doctor ALAVA THOMAS a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión, por los delitos de privación ilegal de la libertad y falsedad ideológica en documento público cometidos en concurso.

4o. La Sala de Decisión del Tribunal de Pasto presidida por el doctor Ramón Cerón Silva, en providencia de febrero 11 de 1994 decretó la acumulación jurídica de pena impuesta en sentencia de segunda instancia de septiembre 30 de 1992, con la aplicada en fallo de diciembre 7 de 1993, condenándose en definitiva a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión.

5o. El doctor Alvaro Gómez Luna, en su condición de defensor dentro del proceso en que se decretó la acumulación jurídica de penas reseñadas en el anterior numeral, solicitó que “se disponga acumular a esta reunión de procesos la pena impuesta contra JOSE GERARDO ALAVA THOMAS, en el antiguo proceso No. 9766 que culminó la Sala de Decisión del H. Tribunal Superior de Pasto, en cabeza del doctor Luis Eduardo Ortiz... La sentencia que puso fin a ese proceso fue emitida el 14 de agosto de 1989”.

En auto de abril 29 de 1994 se dispuso “remitir los procesos acumulados a conocimiento del doctor Luis Eduardo Ortiz Riascos”, en consideración a que la Sala de Decisión que él preside se convierte en juez de penas colegiado para dirimir la petición planteada en virtud de lo dispuesto por el artículo 96 del C. de P.P.

Providencia recurrida:

1. Considera el Tribunal, que el enfoque que el defensor hace al principio de favorabilidad resulta equivocado, “por cuanto la acumulación jurídica de penas no es una institución legal preexistente a los hechos por los cuales fue condenado José Gerardo Alava Thomas, pues su presencia en el procedimiento penal surge sólo a partir del Decreto Ley No. 2700 de 1991 y la norma modificadora del artículo 60 de la Ley 81 de 1993”.

Agrega que la favorabilidad sólo se predica de la comparación de la norma preexistente que desaparece del torrente jurídico y la

subsiguiente, o viceversa, siendo posible la conservación de los efectos jurídicos que se dirimen en favor del procesado, luego “la tesis resulta inaplicable, por ausencia de normatividad preexistente a la figura que se analiza”.

Advierte que si con la vigencia del art. 505 del Decreto 2700/91, pudieron presentarse discrepancias jurisprudenciales respecto a su aplicación –“norma que era clara en su sentido literal y en el entendimiento tácito de prohibición en relación con otras posibilidades de acumulación”– no es tampoco acertado partir de esa base para hablar de favorabilidad frente a las excepciones que se especifican en el art. 60 de la Ley 81, “porque lo que esta norma hizo al consagrar las excepciones, no fue sino imprimir mayor claridad a esa figura procesal, pero sustancialmente, porque ese principio sólo puede surgir a la vida jurídica procesal a partir de la comparación de normas”.

2. Respecto a la posibilidad de acumulación jurídica de penas impuestas en diversas sentencias al procesado ALAVA THOMAS, concretamente en la de 14 de agosto de 1989 y la de febrero 11 del presente año, señala el Tribunal que las hipótesis de acumulación previstas por el art. 60 de la Ley 81/93, son muy concretas y se refieren a los casos de concursos de hechos punibles, cuando éstos se hubieran fallado independientemente y para aquellos en que se hubieren proferido sentencias en diferentes procesos.

Destaca que la excepción también la establece la precitada norma en su inciso segundo: se prohíbe la acumulación de penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de sentencias de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, así como la de penas ya ejecutadas, o las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad.

Añade que como al doctor ALAVA THOMAS se le condenó en sentencia de agosto 14 de 1989 legalmente ejecutoriada y mucho tiempo después, el 13 de mayo de 1992 y luego el 7 de diciembre de 1993 fue condenado por hechos delictivos, se hace necesario concluir, que “no concurren en las dos hipótesis de acumulación jurídica a que antes se hizo referencia”.

En consecuencia, la situación procesal se ubica en la revisión consagrada en el inciso 2o. del art. 60 de la Ley 81 de 1993, no siendo posible acudir a la acumulación solicitada.

Sustentación del recurso:

Inconforme con la anterior determinación del Tribunal, el condenado ALAVA THOMAS apela el auto anterior y sustenta el recurso en los siguientes términos:

En primer lugar plantea “NULIDAD DE LA PROVIDENCIA EN COMENTO”, por considerar que constituye una irregularidad sustancial que el Magistrado Ponente haya procedido a tramitar y resolver la petición de “mi defensor QUIEN NO SE ENCONTRABA RECONOCIDO” en la Sala que preside, pues en su sentir ha debido primero reconocerle personería al doctor Alvaro Gómez Luna, a través de un mandato proferido por él, situación que no observó.

De otro lado aduce que según los parámetros de los arts. 44 y 45 de la Ley 153 de 1987 cuyos textos transcribe el Magistrado Ponente que conoció del asunto debió aceptar la acumulación de penas solicitada y “no negarla, amparado en que esta norma, no cobijaba a hechos posteriores, después de haberse proferido la sentencia”, pues esta disposición “procedimental y sustancial” no es excluyente, “ya que jurídicamente no se puede desconocer la aplicación del principio de FAVORABILIDAD”.

Transcribe apartes de un fallo de casación de julio 11 de 1952 y auto de mayo 21 de 1981 de la Corte, para decir que lo allí expuesto significa “que la ley cuya favorable aplicación demanda la Constitución y los principios rectores del derecho, es concretamente aquella disposición o conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulen **NORMATIVAMENTE CON MAYOR BENEFICIO PARA EL INTERESADO**, el hecho humano y jurídico generador de conflicto”.

Agrega que lo que no resulta valedero, como lo ha sostenido la doctrina, es tomar de la primera ley solamente lo que en determinado

aspecto favorezca al procesado y de la otra lo que lo beneficie, porque en tal hipótesis no se estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquella..

Con base en lo anterior, solicita la aplicación de la retroactividad de la ley penal más favorable, “ya que la disposición penal, que se declara contraria a la Constitución pierde su fuerza obligatoria ERGA OMNES y para el caso concreto Arts 4o. y 29 de la C.N. en concordancia con el Art. 10o. del C.P.P.”.

Acto seguido, el impugnante plantea las “siguientes reflexiones”:

En el proceso No. 9766 se incurrió en irregularidades sustanciales porque “a mí nunca se me hizo firmar el Acta de obligaciones ni se me exigió el pago de la indemnización, proferida en el fallo, ha (*sic*) sabiendas que esto es un error sustancial, si ello obedeció a causa mía, debió el Sr. Magistrado, revocarme, la condena de Ejecución Condicional y hacerme efectiva la pena, situación que no hizo, por lo tanto hay errores sustanciales en la providencia en mención”.

Como en el “Acta de Obligaciones” no se señaló el período de prueba, éste se cumpliría el 14 de agosto de 1991, por tanto el Magistrado debió archivar el proceso y no lo hizo, “desconociendo la NORMA RECTORA DEL DEBIDO PROCESO, y el art. 13 y Transitorio del Dec. 2700 de 1991, y de manera inexplicable, después de haberse proferido sentencia, por parte del Sr. Juez 2o. Penal del Circuito, y aceptada acumulación jurídica, por parte de la Sala de Decisión Penal, el M. Ponente Dr. RAMON CERON SILVA, produce un Auto el 8 de febrero de 1994, cuando ya me encontraba detenido y cumpliendo ...la condena, es decir a los 24 meses, se pronuncia al respecto... creo que esta decisión es violatoria e irregular, dado que revoca el subrogado, después de 5 años de haber sucedido los hechos”. Añade que el citado auto es contrario a la ley, “porque el término de prueba, ‘SE ENCUENTRA VENCIDO’, y, no se podía revocar jurídicamente el subrogado penal, y ordenar la Ejecución de la Pena”.

Dice que el Magistrado Ortiz Riascos debió proceder en derecho, observando el debido proceso y aplicando el art. 71 del C.P., “y proceder de conformidad el 14 de agosto de 1991”. Transcribe el texto de la norma

en mención para afirmar que el funcionario “hizo caso omiso de la normatividad anterior y no lo hizo, encontrándose vencido el término del período de prueba, ha (*sic*) sabiendas de que él como Juez de la Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, era el competente art. 15 transitorio de la Ley 81/93, que modificó el Art. 75 del C.P.P. y era quien debía declarar la extinción de la condena, y si iba a tomar una determinación diferente, la debió adoptar antes de dicho término”.

En consideración a lo anterior, solicita a la Corte, declarar **EXTINGUIDA LA ACCION PENAL** y ordenar investigación contra el Magistrado sustanciador, por las irregularidades sustanciales cometidas por violación al Debido Proceso ...Si no se aceptaren estos planteamientos... solicito la **ACUMULACION JURIDICA DE PENAS**”.

Consideraciones de la Sala:

1o. Lo primero que observa la Sala es que la “NULIDAD” del auto impugnado que plantea el recurrente carece de fundamento legal por las siguientes razones:

La solicitud de acumulación jurídica de penas resuelta en el auto apelado, fue formulada por el defensor legalmente reconocido dentro del proceso en el cual se dictó sentencia condenatoria por los delitos de privación ilegal de la libertad y falsedad en documento público.

El hecho de que tal pronunciamiento correspondiera a otra Sala de Decisión por constituirse en Juez de Penas conforme a lo previsto en el artículo 15 transitorio del C. de P.P., no implica que el poder del condenado y el reconocimiento de personería al defensor que elevó la solicitud haya perdido vigencia, y el mandato no ha sido revocado según se desprende del escrito de sustentación del recurso en el cual se expresa textualmente “Mi defensor, Dr. ALVARO GOMEZ LUNA ...presentó petición... para lograr acumulación jurídica de penas”.

El hecho que la Sala de Decisión a la cual se remitió el proceso referido, se hubiera pronunciado sobre la solicitud planteada sin reconocer nuevamente personería al peticionario, no entraña irregularidad alguna que afecte la validez del acto, máxime cuando

tal circunstancia en lugar de ser violatoria de los derechos del condenado se los está garantizando.

Lo antes expuesto resulta suficiente para concluir que de acuerdo con las directrices señaladas en el artículo 308 del C. de P.P., no procede la nulidad alegada.

2o. La solicitud de acumulación de penas formulada por el defensor del condenado ALAVA THOMAS se fundamenta únicamente en el principio de favorabilidad que permite dar aplicación al artículo 505 del C. de P.P. reformado por el artículo 60 de la Ley 81 de 1993, para efecto de que nuevamente se acumule jurídicamente la pena impuesta en la providencia del Tribunal de 11 de febrero de 1994, antes señalada, a la primera que impuso esa Corporación en sentencia de agosto 14 de 1989.

a) El principio de favorabilidad obra cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables al caso concreto. Es un hecho cierto que antes de entrar en vigencia el artículo 505 del Decreto 2700 de 1991, cuando no se acumulaban los procesos seguidos contra una misma persona de acuerdo con los lineamientos de los artículos 86 y siguientes del Decreto 050 de 1987, el condenado tenía que cumplir la pena impuesta en cada uno de ellos, luego la figura consagrada con posterioridad respecto de la acumulación jurídica de penas, indiscutiblemente resulta más favorable al condenado.

El artículo 505 del C. de P.P. fue modificado por el artículo 60 de la Ley 81 de 1993, norma ésta cuya aplicación reclama el solicitante.

Lo antes expuesto permite concluir que no le asiste razón al Tribunal cuando dice que la favorabilidad no se da en este asunto, pues no es cierto que se presente "ausencia de normatividad preexistente a la figura que se analiza".

b) Cronológicamente se tiene que la primera sentencia la profirió el Tribunal el 14 de agosto de 1989.

El segundo fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito el 13 de mayo de 1992 fue modificado por el Tribunal en sentencia de

septiembre 30 del mismo año por hechos ocurridos del 20 al 23 de diciembre de 1989.

La tercera sentencia anticipada proferida también por el Tribunal el 7 de diciembre de 1993 se originó por hechos sucedidos en mayo de 1987. El acta de formulación de cargos y aceptación de los mismos por el procesado se suscribió en noviembre 18 de 1993.

En providencia de febrero 11 de 1994 se acumularon las penas impuestas en los fallos segundo y tercero antes reseñados.

Pues bien: el artículo 505 del nuevo Código de Procedimiento Penal dice en su inciso primero: “las norma que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer”.

Al respecto, la Corte en sentencia de octubre 19 de 1993 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, se pronunció en el sentido de que la anterior disposición debe “interpretarse en armonía y en forma sistemática con los art. 91 y ss., reguladores de la figura, para que se entienda que la acumulación jurídica de penas solamente opera en dos eventos: a) cuando se trata de delitos conexos fallados separadamente y b) en los demás casos, si para el momento del primer fallo procesalmente era viable la acumulación pero no se dio por cualquier motivo...”.

Para el estudio de esta figura resulta indispensable hacer el siguiente análisis: la acumulación jurídica de penas, a la luz del original artículo 505 no sería procedente, porque los delitos no son conexos ni los procesos eran acumulables. Sin embargo, es del caso establecer si es susceptible la acumulación impetrada bajo los lineamientos de la Ley 81 de 1993 que en su artículo 60 deja la posibilidad de que el fenómeno en cuestión pueda darse, siempre y cuando las sentencias proferidas no se encuentren dentro de las excepciones y eventos que señala la citada norma, esto es que “no podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de la sentencia de primera o única instancia en cualquiera

de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad”.

Así las cosas, cabe concretar que al doctor ALAVA THOMAS se le condenó mediante sentencia de agosto 14 de 1989; posteriormente en diciembre 20 a 23 de 1989 incurrió en los delitos de prevaricato por acción y falsedad ideológica en documento público; y, antes de la primera sentencia, esto es en mayo de 1987, había cometido los punibles de privación ilegal de la libertad y falsedad ideológica en documento público.

Los delitos cometidos antes y después de la primera sentencia, originaron los fallos cuyas penas impuestas fueron jurídicamente acumuladas por el Tribunal en providencia de febrero 11 de 1994, en la cual se aplicó al condenado la pena de sesenta meses de prisión, la que se solicita se acumule jurídicamente a la sanción privativa de la libertad fijada en la primera sentencia.

Como los hechos que dieron lugar a la condena de septiembre 30 de 1992, cuya pena impuesta ya fue acumulada con la del fallo de diciembre 7 de 1993, ocurrieron después de las sentencias de agosto 14 de 1989, esa circunstancia pone de manifiesto que no es procedente la acumulación jurídica impetrada, pues nos encontramos ante la excepción consagrada en el inciso segundo del art. 60 de la Ley 81 de 1993.

En lugar de acumular las penas de la segunda y tercera sentencias, como se hizo, habría sido posible las de la primera y tercera, pero en este caso no es procedente acumular las tres, porque eso equivaldría a violar de manera indirecta la prohibición legal.

En consecuencia de lo expuesto la providencia recurrida será confirmada.

3o. En cuanto a las irregularidades que plantea el recurrente en relación con las actuaciones omitidas, posteriores a la sentencia de agosto 14 de 1989 y al contenido del auto de febrero 8 de 1994, no sobra advertir que se cumplió con las notificaciones pertinentes, y si bien es cierto que apeló el segundo auto, posteriormente desistió de este recurso, resultando

extemporáneo e impertinente que ahora se pretenda la revisión por parte de la Corte de una providencia que se encuentra ejecutoriada.

Olvida el impugnante que el recurso de apelación que ocupa la atención de la Sala se circunscribe al auto que negó la acumulación jurídica de penas, luego no es posible entrar a revisar situaciones anteriores. En consecuencia la Sala se abstiene de pronunciarse al respecto.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia impugnada por las razones expuestas en la parte motiva.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECONSTRUCCION DE PROCESOS

Como quiera que se está ante un proceso que debió ser reconstruido por haberse incinerado totalmente, tiene aplicación la presunción consagrada en el artículo 166 del C. de P.P., según el cual las copias de las providencias hacen presumir la existencia de la actuación a que se refieren y las pruebas en que se fundan.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 96 de 31 de agosto de 1994.

Vistos:

Cumplido el trámite legal se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada YAMEL GARCIA MALKUM, contra la sentencia de primer grado proferida el 26 de octubre de 1993 por el Tribunal Superior de Valledupar, mediante la cual fue condenada a la pena principal de doce (12) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, al ser hallada responsable del delito de prevaricato por omisión.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros fueron extractados por la primera instancia así:

“Los presenta el señor ASSAD FRAIJA en escrito denunciatorio ante esta Corporación, allí deja consignado que el señor CARLOS CIRO PEÑALOZA había sido gerente de la Agencia del Banco Ganadero que esa entidad tenía en Chiriguaná, así mismo que dicho señor había obtenido de ese

ente crediticio un préstamo por la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.00) garantizando la obligación constituyendo una hipoteca abierta sobre el inmueble denominado 'Montecarlo'; que debido a malos negocios y pésimas inversiones había incumplido con el deber de pagar aquella suma, razón por la cual el Banco se vio en la obligación de exigir el cumplimiento de lo pactado, para lo que contrató los servicios del abogado Dr. FIDEL ROCHA DIAZ, iniciando éste la correspondiente acción civil con tales fines, pidiendo además se decretan unas medidas cautelares, para que no se hiciera ilusoria su pretensión, consistentes en el embargo y secuestro del bien hipotecado. Manifiesta el denunciante que en el proceso ejecutivo que se seguía en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiriguaná, la Dra. Yamel García Malkún había designado como secuestre de la finca gravada a su sobrino de nombre JOSE NELSON PABA ROYERO, con el cual compartía vivienda, pues habitaban en la misma casa, lo que le pareció aberrante, mucho más cuando se enteró que le habían sido ordenados y pagados honorarios por su manejo de la cosa en su calidad de secuestre y ordenado y pagado gastos que superaban con creces el monto global de la obligación inicialmente contraída y por la cual se seguía el proceso ejecutivo en mención. Semejante es su postura al enterarse que el apoderado del Banco había solicitado el relevo del secuestre en veintidós (22) oportunidades y que no había sido escuchado en sus clamores no obstante no haber prestado caución que garantizara su gestión como era de ley y a pesar de denunciar que ese auxiliar de la justicia no cumplía a cabalidad con sus deberes, ya que jamás presentó informes mensuales de lo que hacía. De igual manera informó que a pesar de haber solicitado el apoderado del demandado señor Carlos Ciro Peñaloza la nulidad de toda la actuación, la Dra. GARCIA MALKUM había hecho caso omiso de tal petición, violando en esta forma claras disposiciones de orden civil como penal que la hacen merecedora de condigna sanción”.

La actuación procesal puede resumirse de la siguiente manera:

La denuncia fue instaurada el 26 de octubre de 1989, ante el Tribunal Superior de Valledupar, el cual comisionó al Juzgado 12 de Instrucción

Criminal de Chiriguana para la práctica de diligencias preliminares. Fue así como en dicha etapa previa se ratificó la denuncia, se oyó en declaración a la imputada, se allegaron copias del acuerdo de su nombramiento como Juez Promiscuo del Circuito de Chiriguana, así como de su posesión como tal y se realizó inspección judicial al proceso ejecutivo dentro del cual tuvieron lugar los hechos motivo de investigación.

Por auto de 16 de abril de 1990 se abrió formalmente investigación sumarial a la que fue vinculada mediante indagatoria la doctora YAMEL GARCIA MALKUM y allegada copia del proceso ejecutivo donde tuvieron ocurrencia los hechos denunciados. Cerrada la misma se calificó el mérito del sumario profiriéndose resolución acusatoria por el delito de prevaricato por omisión.

Notificada la calificación, el defensor interpuso los recursos ordinarios, pero por no cumplir con la necesaria sustentación el Tribunal se abstuvo de resolverlos quedando ejecutoriada la acusación.

Iniciado el juicio se llevó a cabo la audiencia pública el 21 de septiembre de 1993, luego de lo cual se produjo la sentencia que actualmente se revisa por vía de apelación.

La decisión impugnada:

Para el Tribunal el retardo de la acusada en resolver sobre las solicitudes de remoción del secuestre es injustificable y malicioso porque iba dirigido a favorecer a su pariente José Nélon Paba Royero, quien actuaba como tal en ese caso, circunstancia que no podía desconocer si se tiene en cuenta que al pronunciarse sobre las solicitudes de marras dispuso requerir al demandante para que le pagase a aquél los honorarios provisionales, suscribiendo posteriormente el oficio que se libró en tal sentido y en el que debió indicarse el nombre de la persona a quien debía hacerse el pago. Además, en un municipio tan pequeño como lo es Chiriguana resulta inverosímil que la acusada no se hubiera enterado de que su sobrino era el secuestre en ese proceso, máxime si como lo afirmó el denunciante los dos vivían bajo el mismo techo. Por consiguiente, para el *a-quo* el retardo en cuestión no se debió a la excesiva carga de trabajo

sino al propósito de favorecimiento ya señalado, del cual dedujo la culpabilidad dolosa que le atribuyó a la acusada condenándola como autora del delito de prevaricato por omisión.

La impugnación:

El primer argumento expuesto por el recurrente es el de que en este caso era indispensable contar con el proceso ejecutivo dentro del cual se realizó la conducta que se le reprocha a su prohiljada, y dado que esto no fue posible debido a la incineración que sufrió el expediente, “la defensa se dificulta puesto que no se puede comprender ni valorar la conducta desplegada por la procesada”. Agrega que la inspección judicial realizada al mencionado proceso ejecutivo, si bien hace presumir su existencia, no alcanza a abarcar las incidencias de todo lo ocurrido en éste y, por tanto, estima que se viola el debido proceso y el derecho a una defensa técnica al condenarse a su representada sin que él hubiera podido conocer el proceso base de la acusación y la condena.

Remata esta primera argumentación expresando que ante la destrucción del proceso lo correcto era reconstruirlo totalmente allegando nuevamente copia del plurimencionado proceso ejecutivo, lo cual hubiera permitido al Tribunal llegar a una decisión distinta de la que tomó.

El segundo argumento de la impugnación radica en la excesiva carga de trabajo que según el defensor soportaba el juzgado regentado por la procesada, circunstancia que justifica la mora o retardo que se le endilga frente a las peticiones que se le formularon en aquel proceso ejecutivo. Agrega que dado el cúmulo de trabajo que en general mantiene la Administración de Justicia, sólo debe castigarse penalmente el retardo injustificado y malicioso de los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. Y no puede inferirse que su representada hubiera actuado con dolo por el solo hecho del parentesco que la une con el secuestre actuante en ese proceso, sobre todo cuando ella ha manifestado que no advirtió que su pariente actuó como tal en dicho caso sino hasta cuando fue denunciada, toda vez que los abogados nunca le hicieron manifestación alguna sobre el parentesco y el proceso terminó normalmente, por lo que cuando fue denunciada, ya se encontraba archivado.

El tercero y último argumento de la impugnación consiste en que el Tribunal no podía inferir que la procesada conocía que el secuestre en el ejecutivo de marras era su sobrino JOSE NELSON PABA ROYERO por el simple hecho de haber firmado un auto donde ordenaba al secuestre rendir cuentas sobre su administración, y porque Chiriguana es una población pequeña. Semejantes consideraciones, agrega, no son de recibo, ni pueden servir de sustento a una sentencia condenatoria contra un ex-juez de la República “quien con su actuación no produjo realmente daño o perjuicio a las partes dentro del proceso civil”.

Concluye el recurrente afirmando que la falta de certeza sobre la culpabilidad de su defendida, así como la violación del debido proceso y el derecho a la defensa, le permiten solicitar se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la doctora YAMEL GARCIA MALKUM.

Consideraciones de la Sala:

Sea lo primero censurar la incompleta reconstrucción de este proceso en el que se echan de menos importantes medios de prueba que a pesar de haber sido incorporados al mismo antes de su destrucción, no fueron repuestos oficiosamente como lo dispone la ley, propiciando la formulación de argumentaciones como las que plantea el recurrente. Tal es el caso de las actas de posesión de la doctora YAMEL GARCIA MALKUM como Juez Promiscuo del Circuito de Chiriguana, las constancias sobre tiempo de ejercicio de ese cargo y la copia del proceso ejecutivo dentro del cual tuvo lugar la actuación que se le reprocha a la acusada.

Sin embargo, no puede aceptarse la tesis del impugnante según la cual la ausencia de copia del proceso ejecutivo en mención hizo imposible adelantar una adecuada defensa de la procesada y constituye violación del debido proceso, por la sencilla razón de que la inspección judicial practicada a dicho ejecutivo y que obra en los autos, suma a las conclusiones y referencias probatorias que aparecen en la resolución acusatoria, brindan claridad sobre los aspectos fundamentales que es necesario dilucidar respecto de la conducta desplegada por la acusada dentro de aquél trámite ejecutivo, y permiten su cabal comprensión y valoración

En efecto, de la resolución acusatoria se extraen entre otros los siguientes hechos:

a) Que la acusada ejerció el cargo de Juez Promiscuo del Circuito de Chiriguana desde el primero (1o.) de septiembre de 1985 hasta el seis (6) de febrero de 1990.

b) Que el nombramiento y posesión de José Néilson Paba Royero como secuestre en el proceso de marras se produjo el 31 de mayo de 1985, esto es, antes de que la doctora YAMEL GARCIA MALKUM se posesionara como Juez del despacho donde el mismo se tramitaba.

c) Que el mencionado secuestre es hijo de un hermano medio de la procesada.

d) Que la primera solicitud de relevo del secuestre se presentó el dos (2) de octubre de 1985 aduciéndose el incumplimiento de las funciones señaladas en el artículo 688 del Código de Procedimiento Civil.

e) Que la procesada resolvió sobre dicha petición en auto del cinco (5) de agosto de 1986 (10 meses después), absteniéndose de pronunciarse sobre el relevo del secuestre hasta tanto se hiciera la cancelación de los honorarios provisionales del mismo y se especificara la causal invocada para reemplazarlo; y

f) Que además de pedir el señalado relevo, el apoderado de la parte actora le había solicitado a la entonces juez y ahora procesada, en nueve (9) oportunidades distintas y antes del 5 de agosto de 1986, requerir al secuestre para que rindiera informes mensuales de la administración que se le había confiado sobre el inmueble "Montecarlo".

Adicionalmente la inspección judicial practicada al proceso ejecutivo y que obra en los autos señala que el secuestre Paba Royero fue requerido por la acusada el 31 de octubre de 1988 para que rindiera cuentas sobre su administración, lo que sólo vino a realizar después de que se decretó la terminación del proceso por auto del 16 de marzo de 1989.

La misma procesada dispuso correr traslado de las cuentas presentadas por el secuestre en proveído de 20 de abril de 1989 y

posteriormente éste le solicitó a aquella fijarle sus honorarios definitivos mediante memorial presentado el 12 de mayo de 1989, lo que se hizo en providencia de 13 de junio del mismo año, en la que la acusada ordenó a la entidad demandante (Banco Ganadero) pagarle al secuestre la suma total de ochocientos cuarenta y dos mil pesos (\$842.000.00).

Y como quiera que se está ante un proceso que debió ser reconstruido por haberse incinerado totalmente, tiene aplicación la presunción consagrada en el artículo 166 del C. de P.P., según la cual las copias de las providencias hacen presumir la existencia de la actuación a que se refieren y las pruebas en que se fundan. Por consiguiente, no habiendo sido controvertidos ni desvirtuados durante el debate propio del juzgamiento los hechos en que se fundó la acusación, se considera que han quedado debidamente acreditados y sobre esa base es que a continuación se hará el pertinente análisis de la responsabilidad de la acusada.

En esta tarea no puede perderse de vista que la doctora YAMEL GARCIA MALKUM fue enjuiciada únicamente por la conducta omisiva en que incurrió como Juez Promiscuo del Circuito de Chiriguana, consistente en no dar oportuna resolución a las múltiples solicitudes formuladas por el abogado de la parte actora en el sentido de remover al secuestre actuante en el proceso ejecutivo mixto que cursaba en su Despacho por demanda del Banco Ganadero contra Carlos Ciro Peñaloza Durán.

De lo que se sigue que el análisis por acometer en esta instancia debe limitarse exclusivamente a la conducta omisiva objeto del reproche, dejando de lado ciertas decisiones que en el mismo asunto profirió la acusada, que bien podrían constituir otros delitos autónomos como lo consideró el Magistrado que salvó el voto al momento de la calificación sumarial.

Pero si bien ya no es posible deducirle responsabilidad penal a la doctora YAMEL GARCIA MALKUM por rehuir un pronunciamiento sobre el relevo del secuestre aduciendo supuesta falta de precisión en la petición, a sabiendas de que el motivo consistía en que aquél no rendía los informes a que estaba obligado, como tampoco por su decisión de

fijarle al secuestre honorarios excesivamente altos premiando su deficiente gestión; no obstante ello, es indudable que tales actuaciones anómalas convergen a demostrar el marcado interés que tenía la procesada en mantener a su pariente como secuestre del predio embargado pues evidentemente ello le reportaba a éste un significado beneficio económico.

El análisis conjunto de los medios de prueba previamente identificados brinda certeza sobre que la doctora YAMEL GARCIA MALKUM no podía desconocer que su pariente JOSE NELSON PABA ROYERO era el secuestre dentro del proceso ejecutivo mixto adelantado en el Juzgado a su cargo por demanda del Banco Ganadero contra Carlos Ciro Peñaloza Durán, y sobre que la conducta omisiva que se le reprocha obedeció al ilícito interés de favorecer a su sobrino.

En cuanto a la excesiva carga laboral, alegada más por el defensor que por la propia procesada, debe considerársela como una excusa inaceptable en este particular caso debido a las numerosas reiteraciones que le fueron presentadas para que emitiera un pronunciamiento acerca del negligente comportamiento del secuestre, circunstancia que indudablemente le brindó a la procesada múltiples oportunidades para cumplir con ese deber aunque soportara la congestión de trabajo invocada.

Razón le asistió entonces al Tribunal de Valledupar cuando estimó como dolosa la conducta cometida por la acusada y le impuso un (1) año de prisión, pena criticablemente benigna, máxime cuando la condena de ejecución condicional no excepcionó lo relacionado con la interdicción de derechos y funciones públicas.

Finalmente, contra lo dicho por el Tribunal, en lamentable argumentación, los delitos contra la administración pública, no limitan sus efectos nocivos a esta área de intereses, pues muy constantemente inciden en daños particulares y cuantiosos. Es evidente, aunque para el defensor no lo sea, que con la conducta de la procesada sí se causaron perjuicios económicos de consideración al demandado CARLOS CIRO PEÑALOZA DURAN, no sólo por la deficiente y prolongada administración del inmueble de su propiedad que le fuera embargado y secuestrado, sino también por los altos honorarios y gastos que se ordenó pagarle al mencionado secuestre, los cuales forman parte de las costas

del proceso. Empero, como éste no se constituyó en parte civil dentro de este proceso para reclamar la indemnización de aquéllos y oficiosamente no se allegaron elementos de juicio suficientes para tasarlos, no queda más remedio que fijar prudencialmente el monto de los mismos, con base en lo dispuesto en el artículo 107 del Código Penal. Es así como se condenará a la procesada a cancelar al mencionado demandado, a título de indemnización por el daño material ocasionado con el delito, una suma equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos de oro actualizada a la fecha efectiva del pago.

Como la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, se determinó como accesoria, cuando el legislador la ha previsto como principal, para esta clase de delitos, violándose así la legalidad de la sanción, también se modificará el fallo en este sentido.

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

Resuelve:

Confirmar íntegramente la sentencia impugnada, adicionándola en lo relacionado con la condena en perjuicios materiales, los cuales se fijan en cuantía equivalente a doscientos cincuenta gramos oro para la fecha del pago y en favor de CARLOS CIRO PEÑALOZA DURAN; y, modificando lo atinente a la interdicción de derechos y funciones públicas, que se impone como principal concurrente.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, "no"; Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA

El hecho de que el fallo de segunda instancia fuera recurrido en casación y que la impugnación extraordinaria haya sido concedida en el efecto suspensivo, no por ello resulta pertinente la suspensión de la detención o de la pena impuesta. Tampoco dentro de las causales de libertad provisional previstas en el artículo 55 de la Ley 81 de 1993, figura que los libelistas pretenden que le sea otorgada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., quince de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 102.

Vistos:

Los procesados FLORESMIRO SAENZ TOVAR y JHON WILSON SAENZ ARTUNDUAGA quienes se hallan detenidos en la Cárcel del Circuito de Pitalito (Huila), con invocación de los artículos 198, 203 y 231 del Código de Procedimiento Penal, solicitan la suspensión de la sentencia y como consecuencia de ello su libertad provisional.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pitalito (Huila), mediante sentencia de fecha primero de julio de 1993, condenó a los peticionarios por el delito de homicidio a la pena privativa de la libertad de diez (10) años de prisión, sanción que fue confirmada por el Tribunal Superior de Neiva por sentencia de fecha diez de septiembre del mismo año.

El artículo 407 del Código de Procedimiento Penal consagra tres casos en los cuales procede la suspensión de la detención preventiva o de

la pena, ninguno de los cuales ha sido invocado por los procesados y tampoco tienen comprobación en autos.

El hecho de que el fallo de segunda instancia fuera recurrido en casación y que la impugnación extraordinaria haya sido concedida en el efecto suspensivo, no por ello resulta pertinente la suspensión de la detención o de la pena impuesta. Tampoco dentro de las causales de libertad provisional previstas en el artículo 55 de la Ley 81 de 1993, figura lo que los libelistas pretenden le sea otorgada.

En consecuencia, la Corte despachará adversamente la petición elevada por los procesados ya referidos.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *niega* a los procesados FLORESMIRO SAENZ TOVAR y JHON WILSON SAENZARTUNDUAGA, la suspensión de la detención preventiva, por improcedente.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Decir que “le faltó más precisión y evaluación”, no es suministrar a la Corte suficientes elementos de juicio para controvertir el criterio de certeza del Tribunal sobre la responsabilidad del acusado.

Al demandante cumple también en los eventos en que concluye duda con alcances absolutorios, la obligación de señalar a la par con la prueba, los errores trascendentes que el fallador en su evaluación cometiera y que le impidieron establecerla, y, demostrarlos a plenitud. Si se abstiene de hacerlo o simplemente consigna comentarios descalificantes desprovistos de objetividad, no puede tenerse por digna de estudio la censura.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 103.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de mayo de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en la cual, con reforma en lo concerniente a la indemnización de perjuicios de la de primera instancia, se condena a JOSE ELADIO PRIETO a las penas principal de diez años de prisión y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del homicidio de José Jaime Santander.

Hechos y actuación procesal:

En la madrugada del 15 de diciembre de 1987, en el área urbana del municipio de Orito –Putumayo–, cuando ya se aprestaban a regresar a

sus respectivos hogares después de haber estado largo rato departiendo e ingiriendo licor *José Jaime Santander*, Alvaro Manuel Romo, Blas Enrique Pantoja, un soldado del Ejército Nacional apodado "Juan" pero cuyo nombre es el de Campo Elías Rosero Timaná, grupo de personas al cual de último y en plan amistoso se había sumado JOSE ELADIO PRIETO, éste disparó contra el primero un arma de fuego, ocasionándole la muerte en forma instantánea.

Se vinculó mediante indagatoria al implicado, al proceso, que inició el Juzgado Promiscuo Municipal de Orito, el cual fue calificado inicialmente con reapertura investigativa y posteriormente, *el 15 de julio de 1989*, con resolución acusatoria. La ejecutoria de esta providencia se causó *el 24 de agosto* subsiguiente porque, aunque el defensor interpuso contra ella recurso de apelación no lo sustentó y hubo de ser denegado.

Tramitada la fase del juicio, el juzgado de primera instancia emitió sentencia de condena, imponiéndole las penas que el Tribunal Superior del Distrito confirmó en el fallo que ha sido recurrido en casación por la defensa (fls. 9, 213, 273-278v, 293 cd. ppl. 1; 1 cd. ppl. 2).

La demanda:

Para sustentar el recurso el señor defensor presentó dos demandas, una dentro del término legal para ello, *el 4 de agosto de 1993* (fls. 534-536 cd. ppl. 2), que la Corte consideró ajustada a las formas legales en auto del 10. de diciembre de 1993 (fl. 3 cd. Corte), y, *otra*, *el 13 de septiembre del mismo año*, es decir, *extemporánea* (fls. 540-543).

En la primera, que obviamente es la única legalmente considerable, el señor defensor recurrente se abstiene de precisar la causal de casación en la cual se apoya, pero que permite entender que se trata de la 1a. del artículo 220 C.P.P., sostiene que en la sentencia de segunda instancia se incurrió en errónea apreciación de la prueba de pericia de balística rendida por el Instituto de Medicina Legal, pues ella dejaba al descubierto *la duda de que trata el artículo 445 C.P.P.*, en cuanto que, *aunque* determinó que las dos vainillas examinadas habían sido percutidas con el arma de que dan cuenta los autos, no especificó que los proyectiles "correspondientes" hubieran sido "los que cegaron (*sic*) o acabaron con la vida

de José Jaime Santander”. Añade: “es decir, que esa prueba no se admitió ni se presentó en el tiempo oportuno como sumaria”.

También erró en la apreciación del testimonio del hermano del occiso –Manuel Alvaro Romo– porque éste manifestó que quien portaba arma de fuego en el grupo era el soldado apodado “Juan”, cuyo verdadero nombre es Campo Elías Rosero Timaná, pero a la vez afirmó haber visto que el acusado la extrajo de la cintura. A esta prueba, dice, “le faltó más precisión a fondo y evaluación”, si se tiene en cuenta que el Teniente Alvaro Flechas Edgar declaró que el arma era del occiso y otras personas, que se hallaba dentro del vehículo del cual se había apeado la víctima para conversar con el acusado.

Así mismo, erró en la apreciación del testimonio del soldado apodado “Juan”, al que le confirió credibilidad por el solo hecho de “estar investido de un uniforme”, y a pesar de haber sido recepcionado extraprocesalmente.

De las pruebas referidas surgían “*dudas* no eliminadas que los diversos falladores no las han tenido en cuenta, que por encima sin profundizar en ello, se han pronunciado”. Solicita, por tanto, la casación de la sentencia del Tribunal y la emisión de esta sede, extraordinaria, de la que debe reemplazarla.

El Ministerio Público:

Aludiendo a la alegación contenida en el escrito presentado fuera de término por el mismo defensor, que aunque concebido en mejores condiciones dialécticas que el reseñado en precedencia y parcialmente reiterativo de los planteamientos de éste, *no fue considerado por la Corte para los efectos del artículo 226 C.P.P.* como lo enseña el auto dictado el 1o. de diciembre de 1993, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se muestra adverso a la casación impetrada.

Consideraciones de la Corte:

Las objeciones plasmadas en el escrito de demanda dejan indemne la sentencia de segundo grado, no sólo por la confusión en el desarrollo de los planteamientos, sino por su carencia absoluta de solidez.

Obsérvase cómo al cuestionar la evaluación de la prueba pericial de balística, el actor primero admite que con el arma cuya tenencia se atribuyó al procesado se percutieron las vainillas examinadas, pero pone en duda que la muerte de la víctima se hubiera causado con los proyectiles correspondientes a ellas; sin embargo, a renglón seguido, en lo que parece ser una aclaración del planteamiento anota: “*es decir, que esa prueba no se admitió ni se presentó en el tiempo oportuno como sumaria*”.

El discurso así presentado da a entender coetáneamente que la prueba pericial sí se allegó y no se allegó en oportunidad al proceso, lo que de por sí entraña una contradicción que autodestruye la censura. Que el dictamente hubiera sido incompleto *no* equivalente a que *no* se hubiera presentado y admitido “en el tiempo oportuno” y, por tanto de su apreciación *no* puede extraerse una idéntica conclusión. Ni precisión ni claridad hacen honor al reparo, que así concebido, es *ineficaz*.

Respecto del testimonio del hermano del occiso, de nombre Manuel Alvaro Romo, que es quien afirma haberle visto un arma de fuego antes de los hechos al soldado que departía con el grupo de personas en que estuvieron occiso y procesado, pero también asevera haber visto a éste extraer el arma con la cual le disparó a Santander Romo (fls. 24-30), el actor afirma la existencia de duda de imperativa consecuencia absolutoria, pero no especifica el error de apreciación en que incurrió el Tribunal que le impidiera darla por establecida.

Decir que “le faltó más precisión y evaluación”, no es suministrar a la Corte suficientes elementos de juicio para controvertir el criterio de certeza del Tribunal sobre la responsabilidad del acusado.

Al demandante cumple también en los eventos en que concluye *duda* con alcances absolutorios, la obligación de señalar a la par con la prueba, los errores trascendentes que el fallador en su evaluación cometiera y que le impidieron establecerla, y, demostrarlos a plenitud. Si se abstiene de hacerlo o simplemente consigna comentarios descalificantes desprovistos de objetividad, como acaece en el discurso que se estudia, según ha quedado visto, *no puede tenerse por digna de estudio la censura*.

En lo atinente al estado de perplejidad que con el mismo alcance absolutorio dice descubrir el casacionista en el testimonio del soldado

apodado “Juan” pero cuyo nombre verdadero dice ser Campo Elías Rosero Timaná, y que le atribuye al Tribunal no haber establecido, se limita el actor a un comentario muy personal para descalificar el crédito concedido al deponente, pero del que está ausente todo señalamiento de los posibles yerros evaluativos del Tribunal que le impedirían establecer ese estado de duda; con él únicamente procura la prevalencia de su criterio sobre el del fallador, con soslayo de la presunción de legalidad y acierto que asiste a las sentencias judiciales por el respeto que impone a la Corte el principio de la crítica racional de la prueba respecto de esas decisiones en tanto no estén determinadas por trascendentes yerros de evaluación del juez competente demostrados en el recurso de casación.

Pese a lo anterior, no pasa desapercibido a la Sala la afirmación del profesional de que el testimonio del soldado Rosero, tenido en cuenta en el fallo acusado, no fue recibido por el juzgado que adelantaba la instrucción del sumario sino por el Juez Promiscuo Municipal de Orito cuando aquél se presentó a su despacho, y sin auto que lo comisionase para el efecto (fls. 139-140 v cd. ppl. 1). Sin embargo, es lo cierto que esa prueba no fue la única ni la determinante del fallo cuestionado, sino una más en el cúmulo de elementos de juicio de que se valió el fallador para formarse su criterio.

Es así, como el testimonio del soldado aparece simplemente como corroborativo del de Alvaro Manuel Romo, pero ambos a su vez aunados con “el restante bagaje probatorio”, del cual hacen parte fundamenal otros testimonios, según puede verse en el cuerpo del fallo de primera instancia, no controvertido en ese aspecto por el del Tribunal (fls. 419-433 cd. ppl. 2), todo lo cual implica que, pese al error de evaluación, no propiamente como generador de duda sino de ilegalidad en su apreciación, respecto del testimonio en comentario, el fallo no es susceptible de remoción.

Ahora bien, si se observa que el casacionista se abstiene de cuestionar el estudio de las demás pruebas inculpativas, habrá de tenerse por incompleta la censura, como que, dejando en pie suficientes elementos de juicio distintos de los en ella glosados, la prevalencia del fallo es indiscutible.

Por lo demás, del examen de los diversos elementos de juicio y su estudio por parte de los falladores de las instancias, no resulta duda alguna

en torno a la responsabilidad del procesado en el delito de homicidio que se le imputó; Juzgado y Tribunal se empeñaron con arreglo a los principios gobernantes de la prueba, en establecer con claridad y responsabilidad lo sucedido siendo ello la razón de su decisión.

En definitiva, el *cargo 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 recurrida. En firme, *devuélvase* el expediente al Tribunal Superior de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION /
LEGITIMA DEFENSA / NULIDAD

Como quiera que los artículos constitucionales 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 24, 28 y 29, se encuentran en el título II de la Carta, excepto el 42, dentro de la especie que abarca los derechos fundamentales, es claro que un desconocimiento a sus mandatos quiebran la estructura del proceso mismo lo que presupone como remedio único la nulidad de la porción afectada.

2. El exceso en la legítima defensa exige, como es apenas obvio, los propios de esta justificante, esto es, la existencia de una agresión, su actualidad o inminencia y la puesta en peligro de un bien jurídico, quedando únicamente la opción de enfrentar al agresor, bien que excediéndose en la proporcionalidad.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 103.

Vistos:

Decide la SALA sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado GERARDO ABAUNZA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramana, el once (11) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), confirmatoria de la dictada por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual fue hallado responsable de un delito de homicidio simple, condenándolo a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, sin derecho al subrogado de la condena de

ejecución condicional. Además, a pagar la suma de tres millones ciento setenta mil pesos (\$3170.000) por concepto de perjuicios materiales y el equivalente a quinientos (500) gramos oro en moneda nacional por el daño moral, causados por la muerte de *Erwin Rodríguez Corzo*.

Hechos:

La Delegada los sintetiza en los siguientes términos:

“El día diez de junio de mil novecientos noventa y uno, en el Barrio El Carmen de Floridablanca, como a eso de la una de la mañana y luego de haber ingerido algunas copas de licor, el grupo de jóvenes integrado por Erwin Rodríguez Corzo, Omar Murcio Rojas, Alaín Rodríguez, Juan José Martínez, Guillermo Martínez Valencia y Fabio Rodríguez, se dirigía a la cancha de fútbol del barrio. En el recorrido se encontraron con el bus conducido por Alfredo Santos Ayala, amigo de Mauricio Rojas, quien para saludarlo golpeó la carrocería metálica del automotor, produciendo un fuerte estruendo.

“GERARDO ABAUNZA, vecino de Santos Ayala, se despertó con el ruido y salió de su casa armado de revólver con el que efectuó unos disparos al aire, los que produjeron la desbandada de los jóvenes con excepción de Erwin Rodríguez Corzo y Mauricio Rojas, quienes permanecieron sentados en el sardinel de la cancha. Hasta allí llega ABAUNZA y procedió a disparar su arma de fuego nuevamente, hiriendo a Rodríguez Corzo quien falleció momentos más tarde en el Hospital de Bucaramanga”.

Actuación procesal:

Indagado GERARDO ABAUNZA, justificó su proceder alegando haber defendido su casa de habitación al sentir un fuerte “totazo” como “una bomba” que le hizo despertar. Al salir, adujo, observó ladrillos y piedras en la verja, señalándole el celador cercano los autores del injusto atentado. Accionó su arma de fuego disparando al aire con el fin de alejar a los agresores, pero uno de ellos, cadena en mano lo atacó, viéndose precisado a repelerlo disparándole el último proyectil disponible. Arguyó

igualmente la prevención que guardaba por su empleo en la Dirección del Resguardo del departamento que no dejaba de reportarle ciertos enemigos. Además, el susto y la rabia lo embargaron, circunstancias que no le permitieron fijarse en la cantidad de piedra arrojada a su vivienda.

Definida la situación jurídica del indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva y perfeccionada la investigación con prueba de diversa índole, cumplidos se hallaron los requisitos para formular acusación contra GERARDO ABAUNZA, como presunto autor responsable de un delito de homicidio simple. La justificante de la legítima defensa alegada fue desechada por el instructor, decisión que apelada recibió íntegra confirmación en el Tribunal.

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado 9o. Penal del Circuito de la ciudad de Bucaramanga profirió sentencia condenatoria contra GERARDO ABAUNZA. Impugnada la determinación por el defensor, el Tribunal le impartió cabal confirmación, fallo que hoy es recurrido en casación.

La demanda:

Bajo el auspicio de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el libelista formula *un cargo principal y dos subsidiarios* por error “en la apreciación de las pruebas”, por no haberse reconocido la legítima defensa (el primero), el exceso en la legítima defensa (el segundo) y la ira justa (el tercero), errores provenientes de la apreciación probatoria de seis pruebas, las cuales relaciona en el reproche principal, pero le sirven de referencia para los restantes.

Primer cargo:

La primera parte de su intervención la dedica a recrear en beneficio de sus intereses profesionales el suceso criminoso dando por sentado que su patrocinado “humanamente interpretó” como agresión grave e injusta los golpes dados a la puerta de su residencia, contribuyendo a ello el abrupto despertar y la consiguiente somnolencia. Así, se enfrentó a los “depredadores nocturnos” haciendo tiros al aire, encontrando resistencia

en uno de los sujetos quien se le enfrentó con una cadena produciéndose el resultado que hoy se le reprocha. Luego de citar a doctrinantes sobre el derecho que le asiste al dueño de casa para defender su recinto hogareño y de que cada caso es menester examinarlo en su significado particular, pues la justicia no actúa sobre valores mecánicos, acusa la sentencia de haber violado los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 24, 28, 29, 42 de la Constitución Nacional y 29.4 del Código Penal.

Entrando en materia y para demostrar la veracidad de las explicaciones dadas por el procesado, cita a su esposa, *Ana del Carmen*, quien habla de haber sentido un sonido parecido al de una bomba, hasta el punto de que su marido creyó que venían a matarlo. Luego comprobaría la existencia de piedras en un lugar aledaño a su casa, tiradas en el piso, destacándose un ladrillo de gran tamaño. No es cierto, por consiguiente, la afirmación del Tribunal de que este dicho no confirma las palabras de *Abaunza*.

Más adelante evoca la exégesis de los agentes de policía *Alberto Jerez* y *José Luis Sánchez* para confirmar la existencia de las piedras y una abolladura en la puerta de entrada. Y respecto al ruido que se confundió con una explosión, recuerda las palabras de *Marco A. Guarín*, quien lo explicó como el lanzamiento de piedras contra la puerta, explicando que el grupo que lo hizo necesariamente debía estar consciente de su acción, explicando que “Si ellos no hubieran hecho nada, nada había (*sic*) pasado...”.

Los últimos deponentes que cita son *José Santos Quintero* y *Roberto Hernández*. El primero por haber oído la violencia ejercida por varias personas contra la puerta y haber visto a un individuo con una cabuya o una “guaya”. El segundo lo recuerda por haber observado la acción vandálica del grupo.

Al errar en la apreciación de estas pruebas se violó el artículo 29-4 del C.P., cuya aplicación era necesaria en el presente evento.

Segundo cargo:

El tema ya no es la legítima defensa, esbozada en el reproche principal, sino el no haberse reconocido su exceso. Como en un principio

se anunciara, su fundamento es similar ya que insiste en predicar un error en la apreciación de la prueba testimonial enunciada, así como la interpretación personal de los hechos que allí se hiciera (golpes fuertes en la puerta, brusco despertar, somnolencia, creencia equivocada de que era víctima de una agresión, intento de repeler el ataque disparando al aire, enfrentamiento con uno de ellos que llevaba una cadena en la mano). Hasta aquí considera correcta su actitud.

Entonces es cuando advierte sobre el yerro cometido por no haberse tenido en cuenta el referido exceso dado que "...de ahí en adelante, ha debido penetrar a su casa y prudentemente esperar dentro...", pero, aunque no lo hizo, de todas maneras los actos subsiguientes no pueden calificarse más que como exceso "...en cuanto a los límites propios de la causal de justificación planteada, art 29 núm. 4o. del Código Penal". Con transcripción de un aparte doctrinal refuerza el ataque.

Enfatiza que la violación de las precitadas disposiciones tuvo origen por la errónea apreciación de las seis pruebas que mencionara en el ataque principal, pues al negar el juzgador la existencia de la agresión a la residencia del acusado, así como la necesidad de repelerlo en defensa de su hogar, al atribuir "el duro y ruidoso golpe a otro hecho completamente diferente", implicó que se abstuviera de considerar la posibilidad de reconocer el exceso de la legítima defensa, aplicable al presente caso.

Tercer cargo:

El no reconocimiento de la ira en favor de GERARDO ABAUNZA, constituye para el demandante un nuevo atentado a los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 24, 28, 29 y 42 de Carta política, por falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal.

Refuta la sentencia apoyado en el criterio que sobre el delito emocional expone un doctrinante nacional (Orlando Gómez López), pues considera inocultable la grave provocación de que fue objeto su poderdante. Y es que cuando "apedrean una residencia familiar, sagrado lugar para el desacanso, la seguridad y la paz de esposos e hijos, en horas de la madrugada, sí constituye un atentado grave contra los que allí

encuentran su respetable lugar, templo inviolable, protector de derechos y atribuciones constitucionales fundamentales”.

Como en la anterior censura, aduce que “La demostración del error en la apreciación de estas seis pruebas, así determinadas, fue la causa directa de la violación del art. 60 del Código Penal, que de no haber sido así, ha debido aplicarse al presente caso”.

En estas condiciones, y no sin antes impetrar con fundamento en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, se case el fallo pues “atenta ostensiblemente contra las garantías fundamentales”, concluye el libelista solicitando de la SALA, profiera el nuevo fallo acorde con los cargos formulados.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Recuerda la Procuraduría el tenor del artículo 225 del C. de P.P. sobre los requisitos formales que debe observar toda demanda de casación pues ha de contener un juicio técnico-jurídico contra el fallo impugnado, teniéndose en cuenta que las decisiones vienen amparadas con la doble presunción de acierto y legalidad, lo cual exige de los casacionistas la proposición de argumentos sólidos, serios, eficaces y suficientes.

No obstante, a su modo de ver, el escrito aquí presentado no observa estas preceptivas como tampoco cumple con el señalamiento de las normas violadas. A la par que denuncia el atropello del artículo 29-4 del C.P. y en forma subsidiaria los artículos 30 y 60 *ibídem*, indica también que lo propio se hizo con varios preceptos constitucionales, respecto de los cuales no hace desarrollo alguno para demostrar en qué forma se produjo su infracción y cuál su trascendencia, como es el caso del artículo 42, amén de que por regla general este tipo de violaciones constituyen quebrantos al debido proceso, alegables en el ámbito de la causal *tercera* de casación.

Tampoco encuentra precisado el motivo y sentido de la violación. Y aunque en principio la falencia se salvaría atendiendo que el ataque versa sobre el aspecto probatorio, lo que daría lugar a colegir que las censuras se elevan por la vía indirecta, la ausencia total de demostración impide su prosperidad, pues “el casacionista se contenta con enunciar las pruebas

que fueron objeto de la apreciación errónea, pero ni concreta en qué consistió el vicio de estimación ni demuestra la consecuencia del mismo y su incidencia en el fallo atacado. De allí, pasa a la afirmación de la violación de la ley sin demostración alguna, quizás atendiendo que su personal apreciación de los medios de convicción, —escueta y aislada, por cierto— es suficiente para pedir la ruptura de la sentencia”.

Luego, particularizando sobre cada censura, advierte que la *primera* fracasa al denunciar la errónea apreciación de la prueba testimonial que señala, lo que no pasa de ser una objeción a la legítima actividad valorativa de ellos, atendidas las reglas de la sana crítica y luego del examen conjunto de las probanzas, otorgándole credibilidad a lo narrado por un grupo de testigos y negándosele al otro grupo por los vacíos e incongruencias que presenta. A más de ello advierte que no basta la existencia de la simple agresión para reclamar la justificación del hecho. A la par, ésta debe ser actual, inminente y proporcional. Tales elementos no fueron materia de estudio del censor pese a que el Tribunal los estudió y refutó con la profundidad del caso.

Respecto al *segundo* ataque tampoco considera que merece su prosperidad pues, como el anterior, presenta ostensibles vacíos en su desarrollo argumental, ya que en la sentencia se afirma que el ataque a la residencia no se logró probar, que el ruido provino del golpe a la carrocería de un bus, por lo que esta circunstancia, en sí misma, no le abría la posibilidad de alegar un exceso en la causal de justificación del hecho. Además de no demostrar la agresión actual o inminente, y el peligro consiguiente de afectar algún bien jurídico, tampoco hace lo propio con el exceso a la defensa presunta pues, en este caso, su razonamiento ha debido apuntar a la demostración del intento que se hizo por penetrar a la vivienda o a sus dependencias inmediatas donde moraba el inculpado, hecho que niega la realidad procesal que, en cambio, muestra al grupo de muchachos que cuando mucho apedrearon la casa, sin ninguna otra acción relevante.

Respecto al *tercer* reproche, sus comentarios llegan a la misma conclusión. En este caso, denuncia su *falta* de precisión al no atacar específicamente la porción de la sentencia en la que se niega que la conducta de aquel grupo se constituyera en motivo suficiente para producir la ira del procesado. Por el contrario, el censor se dedica a transcribir

aportes doctrinales que no se acomodan a los hechos que declaró probados el sentenciador.

Por todo lo anterior, solicita no casar el fallo impugnado.

La Corte:

1. Como bien lo destaca la Delegada, un examen general del libelo enseña fallas importantes en su construcción argumental y jurídica. La demanda de casación no es un simple inventario de razones o inconformidades. Tampoco un catálogo de ideas tendientes a desquiciar la decisión de segunda instancia. Dado que el recurso extraordinario se instituyó para remediar los desajustes que el fallo presenta con la normatividad que lo rige, el escrito que sustente la impugnación debe dirigirse a demostrar las violaciones que su pronunciamiento causó a los preceptos legales o constitucionales. Para ello, se exige precisión, lógica y profundidad en los argumentos, tocando todos los aspectos del problema, resaltando su trascendencia para encontrar la medida del agravio y citando los cánones vulnerados. Ni vaguedades, ni contradicciones, ni presentaciones parciales son permitidas en la exposición de los cargos pues, aparte de ocultar el pensamiento del actor, irripidiéndole a la *Sala* estudiar el verdadero sentido de sus palabras, se constituyen en un pilar débil y obtuso, incapaz de conmover la sentencia que arriba a esta sede bajo la presunción de acierto y legalidad y que, por lo mismo, obliga a un planteamiento serio y contundente para desquiciarlas.

Como se verá en el estudio de los cargos, el actor no sigue por esta senda imprimiéndole a su escrito el carácter de simple alegato. Por ahora y como proemio al análisis de cada reproche baste llamar la atención sobre el señalamiento de los preceptos que, a su entender, atropelló el fallo que cuestiona. Común a todas las objeciones, y a la par con el artículo 29-4 del C.P. señala los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 24, 28, 29 y 42 de la Carta.

Dos glosas merece este señalamiento. La primera, atinente a su presentación en la causal primera; la segunda, la ausencia de comentario alguno sobre la manera en que se realizó el atropello y su influencia en el resultado adverso a los intereses del imputado.

Respecto al tema inicial, resulta por demás inusual su alegación en terrenos ajenos a la causal *tercera* de casación. Como quiera que los artículos constitucionales en referencia se encuentran en el Título II de la Carta, excepto el 42, dentro de la especie que abarca los derechos fundamentales, es claro que un desconocimiento a sus mandatos quiebra la estructura del proceso mismo lo que presupone como remedio único la nulidad de la porción afectada.

De otra parte, su simple mención tampoco amerita el estudio consiguiente. El actor, debió aportarle a la *Corte*, los elementos de juicio necesarios para demostrar cómo la decisión del fallador al interpretar erróneamente las pruebas, causó el dicho atropello. Pero nada dijo y con ello el enunciado pierde su eficacia, aparte de que resulta insólito el señalamiento de artículos como el 11 sobre el derecho a la vida, el 12 atinente a desapariciones forzadas, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el 13 que trata sobre la igualdad ante la ley y el rechazo a cualquier tipo de discriminación, o el 14 que se refiere al reconocimiento de la personalidad jurídica, dicho a manera de ejemplo. ¿Qué tienen que ver estas preceptivas superiores con el tema debatido? La Corte deja constancia sobre su desconcierto y no puede menos que poner en relieve la carencia de seriedad del escrito que presenta una relación tan desusada como inane.

De todas maneras, como quiera que también concreta otras normas, esta vez del C.P. y sobre cada una realiza la exposición correspondiente, se abordará el estudio individual de los cargos, pasando por alto la falencia anotada.

2. Aunque en el primer ataque invoca la causal primera y luego sitúa el tropiezo en el terreno probatorio, lo que indica una violación indirecta de la ley, no señala la clase de error (de hecho o de derecho) ni mucho menos el falso juicio que le dio origen. Apenas, cuando se refiere a la declaración de *Ana del Carmen Abaunza*, denuncia una posible tergiversación, lo que ubica la censura, por lo menos en lo referente a esta probanza, en un error de hecho por falso juicio de identidad.

No es la única falencia. Luego del enunciado brinda a la *Corte* una particular visión de los hechos. Da por sentado que hubo una injusta

agresión y que su defendido "...rechazó a los extraños que indebidamente intentaron violentar su residencia, a golpes de piedra o ladrillo...", calificando luego la situación anímica del procesado como producto de un insólito y abrupto despertar, con la consiguiente somnolencia, señalando al grupo como conformado por "depredadores nocturnos", "galladas", "pandillas juveniles" o "parches", para después hablar sobre el enfrentamiento con uno de ellos quien llevaba una cadena en la mano.

Cuando se espera que sobre todos estos tópicos señale las pruebas que demuestran su existencia y con ello entre de lleno al análisis del fallo destacando los yerros que impidieron llegar a sus mismas conclusiones, brúscamente pasa a la transcripción de dos apartes doctrinales y al señalamiento de las normas vulneradas. Quedan sus palabras reducidas entonces a simples comentarios sin ningún respaldo probatorio.

Las cosas no mejoran cuando aborda las probanzas en sí. A cada una le dedica un corto aparte y salvo la primera (testimonio de *Ana del Carmen Abaunza*) no dice en qué consistió la falencia del Tribunal pues no pasa de la simple referencia sobre el particular. Y en lo que atañe al dicho de esta sólo transcribe una frase del Tribunal ("pues ni su esposa lo confirma") que demerita las palabras del procesado, y a la par varias expresiones de ella, en las que califica el ruido como una "bomba" explicando que su marido creyó que venían a matarlo, y dejando en claro que al salir pudo observar la existencia de piedras en un lugar aledaño a su residencia.

No obstante, esta presentación sólo aborda parcialmente el tema. Si se examina el testimonio y lo que de él se extrajo en las instancias, se observa que la razón no le asiste al censor. Aparte de lo dicho por la deponente, ella advierte más adelante, "...que él tuvo que matar en legítima defensa, porque iban a darle piedra a la puerta, cuando le pegaron a la puerta...". Dicha expresión le sirvió *a quo* para resaltar que "...la única agresión lo fue el ladrillazo a la puerta y no ataques con cadenas a su esposo...". Sin embargo, el casacionista se cuida de analizar esta parte de la providencia. Tampoco se refiere a la reseña que hizo el Tribunal sobre la versión en la que precisa: "...el dicho de su cónyuge se limita únicamente a referenciar la actitud de su esposo dentro de la vivienda cuando fue despertado por la piedra y la manifestación de la explosión

de una bomba que le llevó a pensar que lo venían a matar (fl. 28) pero nada dice sobre lo ocurrido afuera de la casa...”.

¿Dónde se encuentra la tergiversación? Y si no se distorsionó, ¿cuál entonces fue el error del sentenciador? La parquedad de la argumentación impide conocer el alcance del ataque, cuyas carencias se trasladan de manera más aguda a las demás declaraciones, a las que dedica apenas unos pocos renglones, inanes, por demás, si se tiene en cuenta que informan sobre la presencia de objetos contundentes en la puerta de entrada de la casa o sobre el ruido que produjo su lanzamiento, pero nada dicen sobre el peligro inminente que corría el acusado o su familia, de tal gravedad que la única opción que le quedaba era contraatacar a sus agresores. Más bien confirman que el problema no pasó del ruido provocado por una piedra al chocar contra la puerta metálica, causando apenas unas leves abolladuras y un levísimo deterioro en la pintura.

Respecto a los testimonios de los policiales (*Jérez* y *Sánchez*) es manifiesta su manipulación. De ellos simplemente refiere que vieron en la puerta de entrada un ladrillo, pero calla sobre los otros aspectos que informan como el haber escuchado de *Ana del Carmen Abaunza* que luego de sentir el golpe su esposo se había levantado “...y le había dicho a ella que donde estaba el revólver y que había salido a la puerta de la casa y le había hecho disparos a unos jóvenes que se encontraban cerca de la habitación...” (*Jérez*) o que “...él sintió un golpe en la puerta, entonces salió todo nervioso, asustado, salió con el arma y viendo unos muchachos ahí, el cual uno de ellos ERWIN RODRIGUEZ, le hizo unos disparos...” (*Sánchez*).

Tampoco refiere que este último policial advirtió sobre la fragilidad del objeto lanzado: “ya estaba desboronado, era largo, porque como que se espolvoró (*sic*), era como una piedra arenosa, que al caerse se espolvorea”, lo que evidentemente descartaba de suyo un ruido mayúsculo. Mucho menos trae a colación para enfrentarlo y si era el caso refutarlo, el hecho palmar de que los agentes no hubiesen encontrado la multitud de piedras que el procesado dice quedaron tiradas al pie del portón.

De esta manera pierda seriedad la demanda, amén de que no alude a los demás medios probatorios que tuvo en cuenta el juzgador para edificar

su sentencia, como lo fueron las versiones de quienes acompañaban al occiso o la mendicidad de los testigos de descargo como *Roberto Hernández Barrera* quien habló de las pedradas que causaron la rotura del vidrio panorámico trasero del bus de propiedad de *Héctor Marín Anaya* quien negó tal cosa, resultando sospechosa la renuncia al otro día de su chofer quien, por tal razón, no se le pudo recaudar su declaración.

Esta presentación incompleta del panorama probatorio, impide la prosperidad del reproche pues no muestra a la *Corte* su naturaleza ni la trascendencia del yerro, amén de que no logra demostrar que, aparte de la agresión injusta (que tampoco prueba) esta era actual o inminente y ponía en grave peligro la vida o integridad del procesado o de su familia.

3. La segunda objeción tampoco tiene vocación de éxito. Utilizando similares argumentos y refiriéndose a las mismas probanzas, elabora su inconformidad. En principio, pues, bastarían los mismos argumentos que sirvieron para rechazar su anterior ataque pues la simple alusión a los medios de prueba o una corta reseña, le impiden a la *Sala* conocer en debida forma el alcance de sus palabras.

Bastaría agregar, sin embargo, que el exceso en la legítima defensa exige, como es apenas obvio, los propios de esta justificante, esto es, la existencia de una agresión, su actualidad o inminencia y la puesta en peligro de un bien jurídico, quedando únicamente la opción de enfrentar al agresor, bien que excediéndose en la proporcionalidad. Con base en estos requisitos debía formular su acusación comprobando que, pese a las pruebas que los demostraban, el fallador las desestimó produciéndose la sentencia condenatoria.

Sin embargo, el actor se limita únicamente a presentar el panorama procesal de acuerdo con su particular punto de vista, apoyado en criterios doctrinales, sin el menor desarrollo de sus ideas. Apenas indica que “Esta violación tuvo como causa eficiente el error en la apreciación de las seis pruebas determinadas en el Capítulo Segundo de esta demanda. Por esta potísima razón, consecuencial a lo anterior, de negar el ataque al hogar de Gerardo Abaunza, su esposa e hijos y atribuir increíblemente el duro y ruidoso golpe a otro hecho completamente diferente”.

Persiste, por consiguiente, en calificar el golpe sufrido por la puerta como ataque con éstas simples alusiones, sin concretar en qué consistió la falencia del *ad quem*. Nada habla sobre la actualidad o inminencia de la agresión. Tampoco de qué manera se puso en peligro un bien jurídico determinado. Mucho menos, si es que pretende referirse a una posible legítima defensa presunta, si aparte del golpe hubo algún intento por penetrar a la vivienda o a sus dependencias inmediatas.

Así las cosas, su silencio resulta explicable teniéndose en cuenta que aún aceptando que en verdad se arrojó alguna piedra contra la puerta, la evidencia procesal ubica al grupo de muchachos alejados del lugar. Tanto es así que el energúmeno dueño de casa debió preguntar sobre los autores del hecho y luego de que se los señalaran, caminar hacia ellos disparando su arma, con los resultados fatales que hoy se lamentan.

Con esto se demuestra cabalmente que pasó un lapso suficiente entre la presunta acometida y la respuesta, durante el cual quien se acababa de despertar pudo reflexionar con suficiencia sobre la calidad de la agresión y su respuesta eficaz.

De otra parte, llano es concluir lo incomprensible de las pretensiones del memorialista. Sin haber logrado demostrar en qué consistían los yerros probatorios de la negativa de absolución por defensa propia, resulta cuestionable que se valga de las mismas probanzas e idénticos apartes transcritos allí, para demandar el reconocimiento de condena pero aminorada la punibilidad por la defensa excedida.

El fracaso es la medida de este reproche.

4. El último ataque sigue la senda del descalabro de los que le precedieron. La misma poquedad argumental, idénticas falencias al señalar sin analizar las seis probanzas, en fin, el abordar parcialmente el problema, son yerros que, todos a una, configuran al final un único resultado: la improsperidad de la objeción.

Ahora, habla de un posible homicidio emocional, cimentado también en apreciaciones subjetivas, sin valía frente al buen juicio crítico-probatorio de que da cuenta el fallo para desechar el estado de ira. Como

lo relieves la Delegada, Juzgado y Tribunal entendieron que el comportamiento de los jóvenes “no fue motivo suficiente para producir en el procesado el estado de alteración emocional requerido para edificar la disminuyente punitiva” prevista en el artículo 60 del Código Penal. Vale sobre el particular escuchar la siguiente glosa de la Corporación:

“Resta apuntar que si no está probado que hubiera existido de parte de Erwin Rodríguez Corzo el comportamiento injusto y grave que suscitara la ira del matador, mal puede reclamarse para éste la circunstancia del artículo 60 C.P. Es cierto que un suceso aparentemente baladí como el de ser despertado con un sonido chocante como el que produce la lata percutida, genera, según el carácter de quien lo padece, o una molestia que pacientemente se tolera, o un arrebato enardecido que puede dar lugar a la ejecución de acciones violentas. Raro es el que no haya sufrido alguna vez desagradable experiencia de sentir que su sueño es interrumpido por un ebrio escandaloso que llega a deshoras, o el obsequioso de una mala serenata, o el motorista también alicorado que anuncia su llegada accionando la sirena estridente del vehículo, o el grupo de mozos que pasa declarando a gritos su falta de crianza. Pero si ello puede hacer sentir hasta rabia y el deseo de anular de inmediato la causa del malestar que producen tales comportamientos, quien lo haga en la forma como lo realizó Abaunza, ante el estrépito que produjo la pesada chanza de Rojas Carreño a Santos Ayala, no puede aspirar a disfrutar la aminorante de pena del dispositivo en mención, porque la verdad es que nadie tuvo en concreto la intención de agravio. La jurisprudencia ha repetido que no basta experimentar la ira, sino que es necesario que ella obedezca a una ofensa de la víctima del delito injuta y grave y siempre que exista el vínculo entre la incitación y la respuesta. Ajeno fue, como consta por la prueba testimonial, Erwin, a la causación del enojo de Abaunza y desazona al entendimiento que ante esta realidad, se proponga que quien lo sacrificó cruelmente sea gratificado con un beneficio extraño a las circunstancias de su reprochable comportamiento”.

Restaría por criticar las pocas frases que dedica al sustento de su razonamiento, luego de llenar la mayor parte del escrito con citas

doctrinales. Según su parecer, la ira se explica sencillamente porque se apedrea una residencia familiar destinada al descanso, la seguridad y la paz de sus moradores y por ello se constituye en "...templo inviolable, protector de derechos y atribuciones constitucionales fundamentales".

Esos son todos sus argumentos. Ningún comentario le merece la sentencia, tampoco las pruebas tenidas en cuenta para edificarla. Bastan para su cometido estos comentarios subjetivos, sin el menor apoyo procesal, provenientes de hipótesis personales, sin ninguna cabida en este recurso extraordinario. El rigor de los conceptos, la claridad de la exposición, la profundidad del análisis son aquí sustituidas por expresiones inefectivas e interminables fragmentos doctrinales.

Tal escasez de razones y argumentos, comunes a todo el escrito, también conducen este reproche a su improsperidad.

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.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE HECHO / CASACION DISCRECIONAL

La sustentación del recurso de hecho ante el funcionario a quien compete desatarlo y dentro del preciso término de los tres días subsiguientes al recibo de las copias respectivas en la Secretaría –art. 209 C. de P.P.–, constituye una carga procesal ineludible, cuyo incumplimiento regula la propia ley al señalar como perentoria consecuencia que “Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará”.

La concesión excepcional del recurso extraordinario es competencia exclusiva de la Corte, porque la discrecionalidad que allí se enuncia es privativa suya en el análisis de las dos únicas causales enunciadas, y mal podría suplirse por otro funcionario tanto al examinar la titularidad de quien impugna, como al ocuparse de la sopesación de las razones que se proponen como motivo que haga expedito un pronunciamiento doctrinal, o justifique la operancia de derechos fundamentales conculcados con el fallo que se acusa.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 103.

Vistos:

De plano decide la Sala el recurso de hecho interpuesto por el representante de la parte civil en contra de la decisión del Juzgado 55 Penal Municipal del 8 de agosto último denegatoria de una invocada casación *per-saltum* dentro del proceso seguido contra LUIS HUMBERTO AGUILAR MALAGON por el delito de lesiones personales culposas.

Antecedentes:

El 22 de julio próximo pasado el Juzgado 55 Penal Municipal de Santafé de Bogotá profirió en contra del acusado AGUILAR MALAGON sentencia de condena por el delito de lesiones personales culposas, imponiéndole la pena principal de 4 meses y 24 días de prisión, multa de \$1.800.00, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la prohibición de conducir vehículos automotores por un período de 6 meses. También el pago de la suma de \$206.726.73 y el equivalente a 28 gramos oro por concepto de perjuicios materiales y morales.

Dentro del término de la ejecutoria del fallo el representante de la parte civil presentó memoriales fechados el 28 de julio y el 1o. de agosto, e invocando los artículos 241 de la Constitución, 218.3 y 219 del Código de Procedimiento Penal dijo interponer el recurso de casación "*PER-SALTUM*".

En el segundo escrito enuncia posibles formas de nulidad que habrían afectado el debido proceso, pasando a proponer luego la violación una norma de derecho sustancial sobre la referencia a algunos incidentes con los intervinientes en el proceso, el tercero incidental, el daño moral y disposiciones del Código Civil.

Añade que la facultad y función de la Corte Suprema de Justicia es la de velar por el cumplimiento y guarda de la Constitución según interpreta el capítulo 4o., numeral 9o. del artículo 241 de la Carta Política, por lo que solicita se admita el recurso extraordinario, terminando por mostrar su discrepancia con el fallo de primer grado respecto de la tasación de los perjuicios y proponer que luego de acoger la casación se ordene la reapertura del proceso.

Recibidas las copias del fallo y la providencia motivo del recurso, la Secretaría de la Sala rituló el trámite previsto en el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, sin que antes del vencimiento del término el recurrente presentase en alegación alguna, pues su único escrito fue allegado extemporáneamente.

Consideraciones de la Corte:

1. La sustentación del recurso de hecho ante el funcionario a quien compete desatarlo y dentro del preciso término de los tres días subsiguientes al recibo de las copias respectivas en la Secretaría –art. 209 C. de P.P.–, constituye una carga procesal ineludible, cuyo incumplimiento regula la propia ley al señalar como perentoria consecuencia que “Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará”.

Tal resultaría, en principio, la respuesta oportuna al caso planteado. Con todo, como en la misma certificación de Secretaría se entera que no obstante la omisión de oportuno alegato ante esta sede, el recurrente entregó en el Juzgado dos escritos dirigidos a la Corte, en los cuales pretendió darle soporte de prosperidad a su impugnación de hecho, el pronunciamiento diferirá de esa desestimación simple por los motivos que a continuación se explican.

2. Es de observar que cuando el impugnante dijo interponer en el caso presente el recurso extraordinario, se remitió no a los requisitos del primer inciso del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, sino a la discrecionalidad que esa norma le concede a la Corte de manera excepcional, pues así textualmente se lee en el escrito pertinente al explicar el impropio término “*per saltum*” bajo la invocación del “art. 241 de la C.N. en concordancia con el inciso 3o. del art. 218 del C.P.P., al igual que el 219 de la misma obra y subsiguientes”.

Como así se desprende de la norma acudida, y repetidamente lo reconoce la doctrina de la Sala, la concesión excepcional del recurso extraordinario es competencia exclusiva de la Corte, porque la discrecionalidad que allí se enuncia es privativa suya en el análisis de las dos únicas causales enunciadas, y mal podría suplirse por otro funcionario tanto al examinar la titularidad de quien impugna, como al ocuparse de la sopesación de las razones que se proponen como motivo que haga expedito un pronunciamiento doctrinal, o justifique la operancia de derechos fundamentales conculcados con el fallo que se acusa.

Al desbordarse en el pronunciamiento del Juzgado su propia competencia, e ignorar aquella que con exclusividad tiene la Sala, no

otra forma de remedio procesal asoma diferente de la nulidad de lo actuado (artículo 304-1 Código de Procedimiento Penal), a partir, inclusive, de la providencia de agosto 8 próximo pasado, para que en su lugar opere la remisión de la actuación a esta sede donde radica el conocimiento para el pronunciamiento de rigor.

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

Resuelve:

Primero: Decretar la nulidad de lo actuado por el Juzgado 55 Penal Municipal de Bogotá dentro del proceso seguido en contra del acusado LUIS HUMBERTO AGUILAR MALAGON, a partir, inclusive, del auto de agosto 8 de 1994, por medio del cual denegó el recurso discrecional de casación interpuesto por la parte civil, y

Segundo: Disponer que al recibo del presente asunto incidental, se remita íntegramente el expediente a la Corte en la forma prevista en la parte considerativa.

Devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

DELITOS CONEXOS / DEMANDA DE CASACION

Remitirse a la Rad. 8477 Casación. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz - 05 de septiembre de 1994.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 103.

Vistos:

El recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (14 de octubre de 1993), contra ROBERTO RUBIO MORALES, por los delitos de lesiones personales, acto sexual violento (1 a 3 años - art. 299) y constreñimiento (6 meses a 2 años - art. 276 C.P.), llegó al término procesal de obtener la opinión del Procurador Segundo Delegado para lo Penal, quien en su concepto, sin referirse para nada al mérito de la demanda respectiva, encaró una situación de nulidad, relacionado con el auto de admisión de la demanda (abril 15/94).

La alegación de la Delegada, juiciosamente elaborada, invoca en forma concreta como situación propia a su pretensión, que el recurrente no intentó quebrantar la sentencia en cuanto ésta hacía relación al delito que, por su pena, daba lugar al recurso extraordinario (lesiones personales) sino a los restantes delitos conexos.

No es el caso ahora de hacer memoria integral de los argumentos aducidos para obtener la nulidad indicada puesto que en proceso distinto ya se tuvo ocasión de indicarlos a espacio y de dar respuesta adecuada a los mismos, razones que ahora, simplemente, se reproducen.

La mayoría de la Sala en este entonces (Rad. 8477 Casación, Luis H. Linares, M.P., Guillermo Duque Ruiz), anotó sobre el específico tema lo que a continuación se transcribe:

“Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual.

“a) Que todos los delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, ya que de conformidad con el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente considerados, sin que para este efecto importe que hubieren sido objeto de juzgamiento conjunto.

“b) Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración.

“Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis:

“1. Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí proceda éste, evento en el cual coinciden el concepto de la Delegada y la opinión de esta Sala, en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso ‘se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior’.

“2. Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso.

“En relación con este concreto caso surge la disparidad de criterios entre la Delegada y esta Sala.

“La primera estima que en este último supuesto es preciso rechazar la casación por improcedente, toda vez que la inadmisión de ésta implicaría reconocer la ‘autonomía’ de estos delitos conexos ‘frente a la procedibilidad del recurso’. Además, argumenta, para estos delitos ‘menores’ está ya prevista ‘la casación excepcional en los términos del inciso tercero del art. 218 del C. de P.P.’.

“Para la Sala, en cambio, en la hipótesis que se comenta, el recurso sí resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación.

“Para demostrar lo justa y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P.P., subrogado por el ya citado artículo 35 de la Ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone: ‘El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior’.

“En realidad en esta norma no se está disponiendo, como parece entenderlo la Delegada, que la *demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos* aunque tenga pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la *extensión del recurso* en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta.

“En otras palabras: la norma en comento al *extender el recurso*, no lo condiciona, en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto de delito o delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de extensión del recurso.

“Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad,

sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos ‘menores’.

“Agréguese, por último, que la denominada casación excepcional no podría sustituir a cabalidad la institución en comento, pues bien conocida es su limitación legal, ya que únicamente procedé cuando se considere ‘necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales’”.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

No decretar la nulidad solicitada por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal. Por tanto remítase de nuevo el proceso a su despacho para que emita el concepto de rigor sobre la demanda presentada en favor de ROBERTO RUBIO MORALES.

Notifíquese y cúmplase,

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DELITOS CONEXOS SALVAMENTO DE VOTO

Si algo es evidente en el legislador y en su intérprete, en cuanto a los delitos conexos y su eventual posibilidad de casación, es el no dispensarle un amplio trato de favorabilidad y estar siempre alejados uno y otro de llegar a identificar los delitos que normalmente carecen de casación (conocidos en segunda instancia por los juzgados de circuito o con pena inferior a los seis años cuando interviene el Tribunal) con los de contraria naturaleza.

Cuando un delito con pena inferior a seis años, se involucra en la eventualidad de la casación, por su conexidad, se patentiza con su nota de accesoriedad, su nexo y dependencia con algo, vale decir, el delito que por sí, por su pena, le abre esta vía. Pero no, la conexidad así estimada y desconociendo el principio de no contradicción, parece perder este carácter y se troca en algo independiente, aislado y autónomo. Se autoriza, entonces, desentenderse de la demanda relacionada con el delito que daba lugar a este recurso, para sólo circunscribirse al delito que no la tiene.

El estudio de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, tan completo, denso y ajustado a la realidad histórica, legislativa y a su apreciación más pertinente, ha terminado por convencerme. De ahí que participe de su criterio y abandone las razones expuestas por la Mayoría de la Sala.

Esto bastaría para fundar este disentimiento. Pero, dejando de lado la ajena convicción, quiero agregar algunos someros puntos:

1. Si algo es evidente en el legislador y en su intérprete, en cuanto a los delitos conexos y su eventual posibilidad de casación, es el no dispensarle

un amplio trato de favorabilidad y estar siempre alejados uno y otro de llegar a identificar los delitos que normalmente carecen de casación (conocidos en segunda instancia por los juzgados de circuito o con pena inferior a los seis años cuando interviene el Tribunal) con los de contraria naturaleza.

La tesis respaldada por la Delegada mantiene este rigor, al paso que la mayoría de la Sala amplía indebidamente la otra tendencia;

2. Los delitos conexos que autónomamente considerados se muestran ajenos a la casación, nadie ha pregonado injusticia o defecto técnico en esta sistematización, todo porque si se trata de un recurso extraordinario, más de un factor debe obrar para restringir su cobertura y porque siempre, cuando se trata de escogencias o limitaciones, es inevitable que se den mortificantes desechamientos, sobre todo cuando éstos se enlazan con conductas que están en la frontera de la separación.

No advierte el suscrito porqué los delitos conexos, por esta simple connotación, impongan indiscriminadamente su impugnabilidad, con lo cual el miramiento procesal cambia de rumbo y le atribuye pensamiento diferente al legislador y a la jurisprudencia;

3. En un principio cada delito, conexo o no, para ser susceptible de casación, debía representar, individualmente, un cuántum de pena privativa de la libertad no inferior a cinco años (hoy seis); luego, se cobijó a los conexos porque éstos influían en la cantidad total de pena determinable (M.P. Alvaro Luna Gómez); más adelante, se indicó que sólo debía estimarse la conminación punitiva para cada delito en juego pues “la ley no se refiere a la sanción impuesta en la sentencia sino al máximo imponible por el delito considerado en sí mismo... los concursos no son sino mecanismos legales para graduar la pena frente a una pluralidad de infracciones, pues no son circunstancias pertenecientes a cada delito en particular como devienen las que lo modifican y las específicas de agravación o atenuación. Si por su naturaleza los concursos no pertenecen al delito en sí, no pueden ser computados para determinar la pertinencia del recurso de casación” (M.P. Fabio Calderón Botero); y, finalmente el Decreto 2700/91 y la Ley 81/93, permite la casación en cuanto a conductas delictivas conexas aunque la pena privativa para éstas sea inferior a los seis años (antes cinco).

La mayoría de la Sala ha entendido este cambio legislativo en el sentido de querer extender, indiscriminadamente, este extraordinario recurso a los delitos conexos, cualquiera sea la pena, con lo cual consigue que pensando siempre la ley en su característica de conexo, se pierde a la postre esta especificidad (al mismo tiempo se les tiene por subordinados e independientes); que queriendo el legislador fijarse con persistencia en la pena, ésta ya no importa en nada y, por último, que habiendo buscado el legislador, conservando el sistema, atemperar un rigor y solucionar una incoherencia, se derrumba toda barrera y se extiende la casación en forma absoluta.

4. En efecto, cuando un delito con pena inferior a seis años, se involucra en la eventualidad de la casación, por su conexidad, se patentiza con su nota de accesoriedad, su nexo y dependencia con algo, vale decir, el delito que por sí, por su pena, le abre esta vía. Pero no, la conexidad así estimada y desconociendo el principio de no contradicción, parece perder este carácter y se troca en algo independiente, aislado y autónomo. Se autoriza, entonces, desentenderse de la demanda relacionada con el delito que daba lugar a este recurso, para sólo circunscribirse al delito que no la tiene.

Conviene advertir algo que ha dejado de observarse y que constituye el patrón de interpretación más válido. Nótese que antes de la citada preceptiva sobre los conexos, la demanda de casación se restringía al delito que, aisladamente, daba lugar al recurso y, así prosperara ésta, no le era lícito ni al recurrente o la Corte (salvo excepciones emparentadas con la consustancialidad) ocuparse de los conexos. Así las cosas, si el proceso era uno y una la sentencia y se procuraba quebrar éste, lo lógico era permitir que la demanda y fallo consiguiente alcanzase también al delito conexo. Este fue el *remedio único* que trató de solucionar el legislador para atemperar un caso que merecía ser atendido. Pero la Corte va más allá y dice que es indiferente que se ataque o no el delito principal, el que permite la operancia de la casación, con lo cual, reitero, se pierde de vista la razón de ser de la enmienda legal y se privilegia, aunque abandonando el único factor que fundaba la favorabilidad, a delitos que no tienen suficiente pena para ser llevados ante la Corte.

Para el caso de un delito conexo en el cual no se quiera, no convenga o haya reales argumentos para intentar la demanda del delito que sí permite

el recurso extraordinario y al cual se une indisolublemente, queda el remedio de la modalidad de la casación excepcional (desarrollo de la jurisprudencia o garantía de los derechos fundamentales). Que esto se dará para unos casos y no para todos, pues no es reflexión significativa porque en tal situación estará ocurriendo lo mismo que tantísimos delitos fallados en segunda instancia por los juzgados de circuito o decididos por los Tribunales Superiores de Distrito, pero con pena inferior a seis años. Así el recurso sigue manteniendo su carácter extraordinario y no avanza hacia zonas que el legislador todavía no se atreve a recorrer. Con la valoración de la mayoría, así ésta quiera decir que la casación sigue pesando no en la sentencia sino en el máximo de la pena imponible para cada delito, se desvirtúa esta consideración porque en cierta forma se está mirando ya no la pena propia a cada infracción sino a su valor totalizante

Como cogitación teórica debo anotar que la tendencia de la casación, para volver ésta fructífera y sacarla de la relativa esterilidad en que se encuentra, tendrá que variar hacia la *discrecionalidad*, o sea, *toda sentencia* es susceptible de este recurso pero sólo la importancia del tema, para fijar constantes y nutridos rumbos jurisprudenciales o la necesidad de hacer viva la justicia, llevará a la Corte a escoger los procesos, cuenten con buena o deficiente demanda (sistema el más óptimo); o, considerar el cuántum de la apena impuesta (todos los delitos entran en juego), aunque elevando considerablemente ese mínimo de pena, pues no debe quedar en los seis años que en la actualidad se determinan, recomendación tanto más pertinente cuando se tiene que pensar en la limitante del artículo 31 de la Constitución Política y su consanguíneo del Código de Procedimiento Penal, artículos 17 y 227.

La proliferación y descuido de estos recursos conspira contra la bondad y eficacia del instituto, máxime cuando el mérito de las demandas que se advierte hoy en día resuelta tan precario y desconsolador. Cuando se abre espacio a los conexos, en la forma como lo ha enseñado la mayoría de la Sala, se da margen a que este perjudicial factor obre con mayor incidencia. Y no se diga que al tener que demandar lo principal se estará dando paso a demandas pretextadas, para penetrar al ámbito de los conexos, porque por atajar un hipotético mal (que se denuncia de inmediato y ofrece fácil respuesta y control) se abren compuertas para

que aquello se acreciente y sea más difícil su reducción. De otro lado, el abuso siempre estará pendiente en cualquier institución, más cuando la eticidad del demandante se rebaja en grado ostensible y la legislación no ha procurado medios efectivos para contrarrestarla. ¿Quién podrá decir que la casación excepcional no puede desfigurarse y también es motivo de alegación fementida y forzada?

La muy artificiosa distinción entre extensión del recurso y extensión de la demanda, con la cual se pretende hacer superflua otras necesarias profundizaciones, la encuentro de menguado valor. Lo que cuenta es que el recurso se admite y trata de alcanzar una determinada proyección con la demanda y la demanda obviamente debe corresponder a ese objetivo. De donde, tanto la demanda como el recurso tratan de extenderse para comprender los delitos conexos, sin que esta referencia, por sí, despeje la incógnita de no existir ninguna limitación o de imponer algunas exigencias. Aquella sigue subsistiendo y es indispensable su esclarecimiento mediante otros elementos de análisis. No hay que olvidar que la concesión (admisibilidad) del recurso fija el ámbito de la demanda, de donde antes de poderse definir la extensión de la demanda, debe definirse la extensión del recurso y más puede lo segundo, que depende de lo primero, establecer claridades sobre aquél. De ahí que cuando se diga que el recurso comprenderá una demanda que debe relacionar, en primer lugar, lo pertinente al delito principal, que soporta la casación, ésta indicándose de paso que si así no se cumple, habrá lugar a desestimar lo que se argumenta, en forma exclusiva, sobre los delitos conexos extraños al cuántum de pena de los seis años. Y si éstos, por aquél requisito, se sustraen al recurso de casación, piénsese en consuelo que innumerables delitos, por debajo de esa punición, nunca (a no ser por la vía de la casación excepcional) alcanza esta extraordinaria impugnación. Pero ello se debe a la singularidad y especialidad de la impugnación, que no está ideado para alcanzarlo todo.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

REFORMATIO IN PEJUS / RESOLUCION DE ACUSACION

Reconociendo a la resolución de acusación su trascendencia como pieza procesal medular por medio de la cual concreta el Estado los cargos por los cuales ha de responder en juicio un procesado, es abundante la doctrina al precisar los diferentes vicios que a esta decisión pueden afectar severa e insalvablemente, sea porque dificulten la defensa por falta de claridad y precisión, facilitando un sorprendimiento indebido del acusado, ora porque en razón de sus ambigüedad hace difícil la defensa, cuando no porque su errónea adecuación de los hechos a las normas impide la adopción de la sentencia, o porque los defectos en su notificación obstruyen un oportuno enteramiento de la imputación que se formula, etcétera.

2. La sola remisión al texto del artículo 31 de la Constitución instruye su alusión precisa y exclusiva al fallo, tanto cuando en su inciso primero garantiza que toda “sentencia judicial” podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que introduzca el legislador, como cuando en el inciso segundo veda agravar la situación del condenado como apelante único, pues lo mismo al utilizar la expresión “pena impuesta” como el término “condenado”, la referencia se hace inequívoca a la sentencia, única providencia en la que se definen la absolución o la condena, y éste último caso donde corresponde la imposición de penas.

Si ese texto superior es el que transcribe el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, tampoco hay lugar a dudas en relación con la taxatividad de la prohibición de la *reformatio in pejus*, conclusión que con amplitud se resalta frente al texto inicial del artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, vigente a la fecha de producirse la decisión de segundo grado, cuando con la sola exclusión de la sentencia autorizaba al superior para decidir las impugnaciones y consultas “sin limitación alguna” competencia

dentro de la cual obró en el caso presente el Tribunal de Ibagué, sin que por ello amerite reproche y menos invalidación para lo decidido.

Cierto resulta que luego de proferida esa decisión y aún la sentencia, la Ley 81 de 1993 vino a modificar restrictivamente el texto del acudido artículo 217 del C. de P.P., en cuanto ahora la apelación sólo permite revisar al superior "únicamente los aspectos impugnados". Mas esta variación ningún alcance tiene para habilitar un retrotraimiento de la actuación a un estadio que cuando empezó a regir se hallaba superado, pues no se trata de precepto que extienda sus alcances sobre situaciones previamente definidas.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 104.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JOSE ANTONIO COVALEDA CASTIBLANCO, en contra de la sentencia del 29 de abril de 1993 proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, confirmatoria en su integridad del fallo de condena emitido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de dicha ciudad por medio de la cual se impuso al acusado la pena principal de 10 años de prisión, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la obligación de indemnizar perjuicios por una suma total equivalente a los 200 gramos oro, como autor responsable del delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal:

En las primeras horas del 18 de febrero de 1992, Fermín de Jesús Vargas Calderón fue visto por la menor Luz Stella Covaleda Taborda cuando se apoderaba de dos bombillas que iluminaban el exterior del

establecimiento comercial "Mercatol" ubicado en el barrio Ricaurte de la ciudad de Ibagué. Poco después regresó para intentar forzar la caja registradora, pero se vio obligado a huir al verse sorprendido. De los dos episodios se enteró el propietario del establecimiento señor JOSE ANTONIO COVALEDA CASTIBLANCO quien más tarde cuando saldría en su vehículo acompañado por un empleado y de su hija, hallando en el sector del "Alto de la Guala" a Vargas Calderón a quien persiguió y causo heridas con arma de fuego que ocasionaron su deceso.

De las primeras diligencias y la apertura de la investigación conoció el Juzgado Cuarenta y Tres de Instrucción Criminal permanente con sede en Ibagué, pasando luego por reparto el asunto al Juzgado Veintiséis radicado en la misma ciudad, despacho ante el cual rindió indagatoria al procesado, siendo resuelta su situación provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva. Perfeccionada y clausurada la instrucción, su calificación vino a producirse el 29 de mayo de 1992 con resolución acusatoria adversa a COVALEDA CASTIBLANCO como presunto responsable del delito de homicidio, atenuado bajo las circunstancias del artículo 60 del Código Penal. En la misma ocasión se ordenó la expedición de copias para investigar el falso testimonio en que pudieron incurrir Jorge Eliécer Vargas Franco, Alexander Luna Prada y Luz Stella Covaleda Taborda.

Apelada la acusación, desató el recurso la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal de Ibagué mediante proveído del 3 de agosto siguiente, impartiendo confirmación al auto recurrido con las siguientes modificaciones: "no concurre en la conducta del procesado la diminuyente de "La ira" consagrada por el artículo 60 del Código Penal, y la de compulsar copias para investigar el delito de FALSO TESTIMONIO procede únicamente contra el agente de policía JORGE ELIECER VARGAS FRANCO".

El trámite de la causa le fue adjudicado al Juzgado Noveno Penal del Circuito, que mediante decisión del 14 de octubre de 1992 dispuso la inaplicación de los artículos 74 y 458 del Decreto 2700 de 1991 impulsando el trámite de la audiencia con prescindencia del jurado de derecho. Realizada esta diligencia profirió la sentencia condenatoria de diciembre 10 de 1992, imponiendo al enjuiciado como responsable del

delito de homicidio simple la pena de 10 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados con la infracción, tasados en 50 y 150 gramos oro respectivamente para los de orden material y moral.

Por vía de apelación subió el proceso al Tribunal, y mediante providencia del 29 de abril de 1993, objeto ahora del recurso extraordinario, se impartió confirmación integral a lo resuelto.

La demanda:

Al amparo de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal plantea el actor único cargo dentro del cual afirma que el Tribunal ocurrió en violación del debido procesal al proferir sentencia en juicio viciado de nulidad proveniente de irregularidades sustanciales que vulneraron los artículos 31 de la Constitución, 1o. y 17 del Estatuto Procesal, 1o. y 60 del Código Penal, solicitándole a la Corte que para remediar los vicios generados case el fallo recurrido y decrete la nulidad de la actuación a partir de la resolución de la Fiscalía que en segunda instancia confirmó, modificándola, la acusación.

El cargo se sustenta afirmando que por provenir la alzada de iniciativa del defensor de JOSE ANTONIO COVALEDA como único recurrente, el funcionario de segunda instancia no podía hacer más gravosa la situación del procesado, teniendo en cuenta que ya se hallaban vigentes los preceptos constitucionales y legales que prohibían al superior “agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

El Fiscal Quinto Delegado ante el Tribunal, olvidando la vigencia de la prohibición constitucional, decidió revocar la aminorante del artículo 60 del Código Penal que había sido reconocida por el Juez Veintiséis de Instrucción en el calificadorio impugnado, violando de ese modo “el principio del debido proceso y también, porqué no decirlo los principios de presunción de inocencia, de favorabilidad y de *reformatio in pejus*, haciendo más grave la situación del acusado”.

La defensa había orientado la apelación hacia la calificación del hecho como homicidio preterintencional, sin objetar los aspectos favorables a

los intereses del procesado, lo que le lleva a calificar de absurda la decisión de la segunda instancia, más aún si se considera que el artículo 538 del Decreto 050 de 1987, que otorgaba competencia ilimitada al superior, había perdido su vigencia.

Concepto del Procurador:

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal le solicita la Corte declarar la improsperidad del recurso extraordinario, reconociendo que no se da la nulidad anunciada en la demanda.

El principio de la *reformatio in pejus* establecido en el artículo 31 de la Carta, incorporado al Código de Procedimiento Penal en su artículo 17, implica que el superior no puede agravar la pena impuesta en la sentencia recurrida cuando el procesado es apelante único. Pero esa prohibición no puede hacerse extensiva a las demás decisiones susceptibles de apelación en el proceso, como pretende el actor, frente a la resolución acusatoria, pues “En este proveído calificadorio del mérito sumarial no se impone pena alguna al acusado sino que solamente se le formulan cargos de los cuales debe defenderse durante la etapa del juicio y hasta el fallo que ponga fin al proceso”.

En apoyo de su tesis cita la delegada una decisión de esta Sala del 1o. de octubre de 1992, con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Carreño Luengas y reitera su convencimiento sobre la improcedencia de la nulidad solicitada.

Consideraciones de la Corte:

El motivo de la casación apunta a un virtual error *in procedendo* radicado en la resolución de acusación, porque en criterio del impugnante ésta se modificó gravosa e indebidamente al sufrir revisión en la segunda instancia a solicitud exclusiva de la defensa, que con su apelación solamente procuraba alivio para la situación del procesado.

Reconociendo a la resolución de acusación su trascendencia como pieza procesal medular por medio de la cual concreta el Estado los cargos por los cuales ha de responder en juicio un procesado, es abundante la doctrina al precisar.

Los diferentes vicios que a esta decisión pueden afectar severa e insalvablemente, sea porque dificulten la defensa por falta de claridad y precisión, facilitando un sorpresimiento indebido del acusado, ora porque en razón de su ambigüedad hace difícil la defensa, cuando no porque su errónea adecuación de los hechos a las normas impide la adopción de la sentencia, o porque los defectos en su notificación obstruyen un oportuno enteramiento de la imputación que se formula, etcétera.

En el caso que se examina, de esa entidad pretende el casacionista la afectación de la pieza vertebral de enjuiciamiento proferida, acusando en ella el desconocimiento de los artículos 31 constitucional y 17 del Código de Procedimiento Penal, porque al revisarla el *ad-quem* llegó a exceder sus facultades perjudicando el interés de la defensa como apelante único, dando como resultado el desconocimiento de la aminorante del artículo 60 del Código Penal que se había reconocido en la primera instancia.

Como bien lo responde la Procuraduría, el tema planteado carece de novedad en esta sede, siendo ya varias las oportunidades en las cuales se ha pronunciado la Sala al respecto (una de ellas la que cita en su concepto, otra el fallo de febrero 10 de 1994 con ponencia de quien aquí de nuevo conduce el expediente), sólo que para indicar de modo invariable la limitación en el alcance de los preceptos que se invocan, al proferimiento de la sentencia de segundo grado.

En efecto, la sola remisión al texto del artículo 31 de la Constitución instruye su alusión precisa y exclusiva al fallo, tanto cuando en su inciso primero garantiza que toda "sentencia judicial" podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que introduzca el legislador, como cuando en el inciso segundo veda agravar la situación del condenado como apelante único, pues lo mismo al utilizar la expresión "pena impuesta" como el término "condenado", la referencia se hace inequívoca a la sentencia, única providencia en la que se definen la absolución o la condena, y en éste último caso donde corresponde la imposición de penas.

Si ese texto superior es el que transcribe el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, tampoco hay lugar a dudas en relación con la taxatividad de la prohibición de la *reformatio in pejus*, conclusión que con amplitud se resalta frente al texto inicial del artículo 217 del Decreto

2700 de 1991, vigente a la fecha de proferirse la decisión de segundo grado, cuando con la sola exclusión de la sentencia autorizaba al superior para decidir las impugnaciones y consultas “sin limitación alguna”, competencia dentro de la cual obró en el caso presente el Tribunal de Ibagué, sin que por ello amerite reproche y menos invalidación para lo decidido.

Cierto resulta que luego de proferida esa decisión y aún la sentencia, la Ley 81 de 1993 vino a modificar restrictivamente el texto del acudido artículo 217 del C. de P.P., en cuanto ahora la apelación sólo permite revisar al superior “únicamente los aspectos impugnados”. Mas esta variación ningún alcance tiene para habilitar un retrotraimiento de la actuación a un estadio que cuando entró a regir se hallaba superado, pues no se trata de precepto que extienda sus alcances sobre situaciones previamente definidas.

Es innegable que con su planteamiento el censor le otorga al artículo 31 superior un alcance que ni remotamente el constituyente le concede, así que reducida como ha sido la impugnación a este solo aspecto, nada distinto resta al reconocimiento de improsperidad de su demanda.

Por 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 el fallo impugnado por el defensor del procesado JOSE ANTONIO COVALEDA CASTIBLANCO.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, “no”; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / HECHO NUEVO

Si los hechos nuevos o las pruebas nuevas no atacan en lo sustancial la base probatoria tenida en cuenta por las instancias para proferir la sentencia, la revisión es improcedente, pues como acción que se dirige contra la cosa juzgada, su admisión tiene que condicionarse, por preponderantes razones de orden público y respeto de la juridicidad de los fallos, a presupuestos probatorios que sean fundamento sólido de la demostración del error judicial.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 104.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la acción de revisión interpuesta por el apoderado del condenado JOSE ISIDRO MUÑOZ, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, de fecha agosto 6 de 1992, mediante la cual confirmó en todas sus partes la proferida en primera instancia por el Juzgado Veintisiete Superior, en la que se impuso al acusado diez (10) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, como autor del delito de homicidio.

I. Antecedentes:

Los hechos que dieron lugar al proceso los resumió el Tribunal Superior en la sentencia así:

“Aproximadamente a las dos de la mañana del 15 de junio de 1991, a la altura de la carrera 7a. bis con calle 9a. de Bosa, Wilson Muñoz

Vargas tuvo un incidente con otros jóvenes en plena calle, y del grupo de estos últimos resultó herido Yesid Alberto Bajonero; como Wilson también sufrió lesiones y quedó tendido en el piso, familiares y amigos suyos persiguieron a los miembros del grupo contendiente, y fue así como Marco Julio Fernández Salas, al ser alcanzado por uno de los perseguidores, recibió heridas causadas con arma cortante, las cuales determinaron su posterior deceso”.

Por estos hechos fueron detenidos los hermanos WILSON y MAURICIO MUÑOZ VARGAS, así como su padre JOSE ISIDRO MUÑOZ SUSA. En el auto calificador se cesó procedimiento respecto de los dos hermanos, y se llamó a juicio a su progenitor, quien a través de todo el proceso negó ser el autor de la muerte del joven MARCO JULIO.

En la audiencia pública de juzgamiento tanto el apoderado de la parte civil como el Ministerio Público solicitaron sentencia condenatoria. Por su parte el vocero y el defensor alegaron ausencia de la prueba requerida para condenar, y con base en esa argumentación pidieron un fallo absolutorio.

El Juez de primera instancia llegó a la conclusión de que había mérito suficiente para declarar al acriminado responsable del homicidio, y el Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto contra esa decisión, compartió ese criterio en proveído confirmatorio.

II. La demanda de revisión

El libelista invoca la causal tercera de revisión prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo tenor literal se lee:

“Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad”.

Las pruebas nuevas a que se refiere son las declaraciones extraprocesales rendidas ante el Notario Veintisiete del Círculo de Santafé de Bogotá, por los señores JOSE IGNACIO TERREROS RINCON, JOSE REMIGIO NEUTA NEUTA y JOSE ALVARO LOPEZ LOPEZ.

Luego de criticar la apreciación probatoria realizada en las sentencias de instancia, y de destacar las condiciones personales de su poderdante, agrega: “Las nuevas declaraciones son perfectamente coherentes, lógicas y entran a llenar una serie de vacíos y a despejar un conjunto de incógnitas, tanto en la materialidad de los hechos criminosos como ante todo en la veracidad de los testimonios a última hora rendidos”.

Más adelante se ocupa de cometer el contenido de los testimonios que allega con la demanda, y termina solicitando que se ordene la revisión del proceso otorgando la libertad provisional del detenido.

Pruebas:

Corrido el traslado para la solicitud de pruebas, se resolvió sobre las pedidas así: se ordenó la ratificación y ampliación de los tres testimonios ya mencionados; se negó la solicitud de oficiar a la Cárcel Modelo en procura de una certificación sobre los tres últimos Consejos de Disciplina del inculpado, así como la recepción de su declaración. Oficiosamente se ordenó que agentes de la policía judicial trataran de encontrar a SEGUNDO LUCIO VARGAS SANCHEZ, con el fin de recibirle versión bajo juramento.

El contenido de las declaraciones recibidas se concreta en lo siguiente:

1. JOSE IGNACIO TERREROS RINCON dice en su exposición que es zapatero de profesión, que conoce al condenado desde hace unos 17 años, y que sobre los hechos por los cuales se produjo la sentencia directamente no le consta nada.

Afirma que su cuñado SEGUNDO LUCIO VARGAS SANCHEZ, el 16 ó 17 de octubre de 1991, la fecha no la recuerda con precisión, le contó, “Que ellos venían de una fiesta, Segundo Lucio y los hijos de don Isidro, se habían encontrado con el grupo donde venía la persona afectada, o sea el muerto, en el barrio La Amistad de Bosa, se había suscitado una discusión entre los dos grupos y unos del grupo, o sea del bando contrario de los hijos de don Isidro le habían pegado una pedrada o ladrillazo a uno de los hijos de don Isidro, que ellos habían corrido a coger a los agresores

y al haberlo cogido este muchacho Coy le había mandado las puñaladas, y Segundo le dijo, no más. Eso fue el relato que Segundo me dio”.

Sobre EURIPIDES COY manifiesta que no lo conoce, pero que ha oído comentarios de que es muy mala persona, que es violento, pero no le consta.

No informó oportunamente sobre el comentario que le hizo su cuñado, porque como él tenía citaciones al juzgado, creyó que estaba declarando lo correcto. SEGUNDO es muy amigo del implicado y de sus hijos, por ese motivo le extraña que no haya declarado lo que vio.

No sabe dónde se puede encontrar actualmente a su pariente, porque estaba donde un primo de nombre Ricardo pero ya se fue de ahí. Lo último que supo fue que estaba trabajando en publicidad.

A la pregunta de por qué recuerda el comentario que le hizo SEGUNDO LUCIO, contestó: “Yo lo recuerdo porque yo me encontré con Diego en la esquina de Autoindustrial en la calle 12 con carrera 4a. del mismo Bosa y fue cuando él me comentó de la sentencia del papá y ahí fue donde yo le dije que si luego Segundo no había declarado lo que me dijo a mí. Yo por este problema tengo problemas en la casa con mi señora, porque yo le reclamé a Segundo que por qué lo había dejado condenar injustamente, y mi señora sabe de ese reclamo. El no me dijo que estuviera amenazado, pero a mí sí se me hace extraño por qué él ha cambiado tanto de dirección”.

2. JOSE REMIGIO NEUTA NEUTA manifiesta que es técnico en electrónica, y que conoce al condenado desde hace 17 años, con el cual su relación es de amistad.

Sobre los hechos por lo que fue sentenciado JOSE ISIDRO MUÑOZ no le consta directamente nada. Lo que sabe al respecto lo relata así: “Lo que yo he sabido fue cuando hablé en los juzgados de Paloquemao con LEONARDO ZARATE, yo fui coincidentalmente a Paloquemao y nos pusimos a dialogar con él, yo iba porque soy amigo de ellos; él me manifestó que iba para el mismo juzgado, que estaba citado a hacer una declaración sobre un homicidio que había ocurrido días anteriores a un

amigo de él y que había una persona detenida. Nosotros duramos dialogando con él alrededor de media hora y él me manifestó que él no sabía quién había matado al amigo de él y me dijo que había que echarle la culpa a la persona que se encontraba detenida para haber si aparecía quien había sido el homicida. Relaciono el caso porque en el momento que llegó al juzgado le pregunté que si esperaba algo y me dijo que venía a la declaración de un homicidio y supe que era el mismo caso porque nos pusimos a dialogar con él”.

La explicación que da al por qué ZARATE acabando de conocerlo le hizo ese comentario tan grave, consiste en que fue porque él no lo conocía ni sabía que era amigo de ISIDRO MUÑOZ.

Asevera que no declaró desde un primer momento en el proceso, porque cuando habló con el abogado del imputado él le dijo que no había ningún problema y que lo iban a sacar rápido. En la audiencia pública no pudo declarar porque el Fiscal lo impidió.

De otra parte, agrega que al día siguiente de la detención de MUÑOZ SUSA, JOSE IGNACIO TERREROS le comentó que había hablado con su cuñado, y que éste le dijo que quien había matado al muchacho había sido otro joven de apellido COY.

3. JOSE ALVARO LOPEZ expone que es pensionado y que conoce al acriminado desde 1965, época desde la cual ha mantenido amistad con él.

Conoció a SEGUNDO LUCIO VARGAS el 15 de junio de 1991 en la casa de ISIDRO MUÑOZ, a donde fue a enterarse de lo ocurrido. Recuerda con precisión la fecha, porque el 14 fue cuando sucedieron los hechos por los que su amigo fue detenido.

Sobre su conversación con SEGUNDO LUCIO dice: “Sí, el estaba ahí y él estaba sumamente nervioso, entonces pues entablamos conversación y entonces fue cuando él nos comentó a mí y otro amigo con el que yo fui, Moisés Rodríguez, que habían estado en una fiesta y que como a eso de las diez de la noche venían ya para la casa de José Isidro Muñoz, venían con un muchacho Coy y Wilson Muñoz y que ellos

cuando faltaban como unas tres cuadras para llegar a la casa de José Isidro ellos se habían quedado como una media cuadra atrás, que entonces ellos se dieron cuenta de que estaban atacando a Wilson Muñoz y que entonces ellos habían acudido en su defensa y que ellos habían perseguido a unos muchachos, no sé quiénes, que los habían perseguido por varias cuadras, que después ellos habían estado detenidos en el CAI de allá de ese sector cerca a la casa con el tal Coy y Segundo y que a ellos los habían soltado por ahí como a eso de las cuatro de la mañana, pero que ellos habían pagado veinte mil pesos (\$20.000.) a la policía para que los dejaran libres, que ellos les echaban la culpa de que habían matado un muchacho, eso fue lo que estuvimos charlando con él”.

Finalmente sostiene que los comentarios que hace la gente es que el que cometió el crimen fue ese muchacho de apellido COY.

4. El testimonio de SEGUNDO LUCIO VARGAS SANCHEZ no fue posible obtenerlo, por cuanto los investigadores de la Policía Judicial no pudieron dar con su paradero. Cuando la oportunidad procesal respectiva ya había precluído, el requerido se presentó a la secretaría de la Sala ha dejar su dirección y número de teléfono.

IV. Alegatos del defensor:

Dentro del término de traslado el accionante presentó un memorial en el cual hace un resumen de los hechos y de la actuación procesal, así como de las nuevas pruebas recaudadas, con las cuales considera que se acreditó la causal invocada y en consecuencia se debe ordenar la revisión del proceso.

Afirma que los testigos no fueron llamados a declarar por el instructor, ni por los encargados de dictar las sentencias de primera y segunda instancia. Pide que se tenga como indicio en favor del procesado, el hecho de que SEGUNDO LUCIO, después de difíciles trámites para su localización, compareció a la secretría de la Sala Penal de la Corte.

Para terminar impetra que se declare sin valor la sentencia motivo de la presente acción de revisión, y que se ordene la libertad inmediata del procesado mediante caución.

Consideraciones de la Sala:

1o. Con el propósito de remover la calidad de cosa juzgada que ampara a la sentencia condenatoria dictada contra el acusado JOSE ISIDRO MUÑOZ SUSANA, el accionante ha aportado tres testimonios de oídas, según los cuales el autor del homicidio pudo ser un individuo de nombre EURIPIDES COY.

El deponente JOSE IGNACIO TERREROS basa su versión en la afirmación de que al día siguiente de los hechos, su cuñado SEGUNDO LUCIO VARGAS le contó que quien le había dado las puñaladas a la víctima había sido el muchacho de apellido COY.

A su vez, JOSE REMIGIO NEUTA SOSTIENE que TERREROS le contó, en un encuentro casual en la calle, un día después de la detención de ISIDRO MUÑOZ, lo que le había dicho su cuñado, pero ninguno de los dos compareció a declarar durante la investigación.

A quien sí se le recibió testimonio durante la diligencia de audiencia pública fue a SEGUNDO LUCIO VARGAS SANCHEZ, pero bajo la gravedad del juramento niega haber tenido conocimiento sobre la forma como ocurrió el homicidio. Es más, su participación la reduce a permanecer escondido mientras el enfrentamiento entre WILSON MUÑOZ y el grupo en el cual iba el occiso; pasados unos diez minutos, se acercó a su amigo en momentos en que ya estaba siendo atendido por los vecinos, y dos minutos después se fue para el CAI a informar lo ocurrido en compañía de EURIPIDES COY.

Lo del muerto sostiene que sólo lo supo hasta el lunes siguiente, de manera que no pudo haberle contado a su cuñado lo que éste afirma que le dijo.

Teniendo en cuenta que SEGUNDO LUCIO es amigo del condenado y de sus hijos, precisamente la madrugada de los sucesos se encontraba en compañía de uno de ellos, no se ve razón alguna por la que tuviera interés en mentir, ni tampoco por la que viendo que sus amigos fueron detenidos, no hubiera desde un principio contado la verdad, sobre todo si según su cuñado TERREROS, la mañana

inmediatamente siguiente ya estaba diciendo que el autor del ilícito era COY.

Pero es más insólito aún, que JOSE TERREROS y REMIGIO NEUTA, quienes confiesan tener una amistad de mucho tiempo con ISIDRO MUÑOZ, estando enterados de que la detención de su amigo se prolongaba por tantos meses, no hubieran comparecido a declarar, y sí hubieran esperado a que la sentencia de segunda instancia quedara en firme para salir a demostrar una solidaridad que no tuvieron cuando era la oportunidad de hacerlo. Las dos excusas son inadmisibles. El primero dice que se abstuvo de acudir a las autoridades porque pensó que su cuñado iba a decir la verdad, y el segundo, que le comentó al abogado del detenido la situación, pero él le dijo que no era necesario porque lo iban a sacar rápido. Lo cierto es que no salió rápido, pero este señor tampoco fue a declarar.

2o. La historia que cuenta NEUTA NEUTA sobre su encuentro casual con LEONARDO ZARATE es tan extraña, que a la luz de la sana crítica resulta muy difícil reconocerle mérito probatorio, y muchos menos si además no tiene respaldo en el proceso. La versión es muy poco creíble desde su inicio, pues es muy raro que el señor NEUTA, sin estar citado y con el único argumento de su preocupación por el amigo detenido, resolviera ir al juzgado un mes después de ocurridos los hechos a pedir información, con la feliz coincidencia de que justamente ese día estuviera allí LEONARDO ZARATE, persona a quien no conocía, pero que de una vez le fue contando que iba a declarar en un proceso por la muerte de un amigo; que él no sabía quién lo había matado, pero pensaba responsabilizar a un individuo que estaba detenido, para ver si aparecía el verdadero homicida.

En la versión rendida en la audiencia pública por LEONARDO ZARATE CARREÑO, éste manifiesta que no declaró antes porque el día que fue citado compareció junto con HELVER PAEZ, pero sólo le recibieron declaración a él porque no alcanzó el tiempo, de manera que le dijeron que sería citado posteriormente, pero no volvió a tener conocimiento de citación alguna.

Observando el expediente, en el folio 69 del primer cuaderno se encuentra una constancia dejada por el secretario del Juzado Ciento Once de Instrucción Criminal, en la cual dice que el día junio 20 de 1991 a las

dos y veinte minutos de la tarde, esto es, cinco días después del homicidio, se presentaron a ese despacho HELBER PAEZ AVILA y LEONARDO ZARATE, y que quedaron citados para el día siguiente a las ocho y nueve de la mañana, compromiso que únicamente cumplió PAEZ AVILA, como puede verse en los folios 75 a 83 siguientes.

Esto demuestra que ZARATE sólo fue al juzgado una vez, pero no en la mañana sino en las horas de la tarde, cuando todavía estaban detenidos el padre y los dos hijos de la familia MUÑOZ, no un mes después del homicidio sino a los cinco días, y no fue solo sino con su amigo HELBER PAEZ. Como ya se dijo, de esto hay constancia en un documento público.

Ahora, si el propósito que le atribuye NEUTA a ZARATE hubiera sido cierto, no hubiera esperado a que su declaración sólo fuera recepcionada en la audiencia pública, sino que hubiera cumplido la cita que le fijaron para el día siguiente. Un hecho muy significativo que descarta el supuesto plan de acusar a ISIDRO MUÑOZ como estrategia para que apareciera el verdadero culpable, es que la primera versión de lo acontecido la recibió el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal Permanente, en horas de la tarde del mismo día de los sucesos, al testigo presencial JAVIER ALIRIO FERNANDEZ SALAS, y su relato es claro y directo respecto a señalar a MUÑOZ SUSANA como el autor de las lesiones que le quitaron la vida a su hermano MARCO JULIO, y del lance en su contra con intención criminal que le alcanzó a romper la chaqueta de cuero que llevaba puesta en ese momento.

Además, JAVIER ALIRIO FERNANDEZ reitera su acusación en la diligencia de reconocimiento realizada cinco días después, y su relato coincide plenamente con lo apreciado por el testigo HELBER PAEZ, y con lo que posteriormente manifiesta LEONARDO ZARATE. Sobre estas pruebas dijo el Juez de primera instancia en el fallo: "Los testimonios de cargo, se repite, son dignos de credibilidad porque son claros, precisos, coherentes, y además porque encuentran respaldo en todas las demás piezas probatorias del proceso, no quedando duda alguna que permita desvirtuar los cargos, y por ende favorecer al inculpado".

El Tribunal Superior al confirmar la sentencia, y refiriéndose al conjunto de testimonios recaudados, dice: "Pero la justicia no ha desechado en forma gratuita esos testimonios, como lo pretende la defensa.

Porque lo que acontece es que Javier Alirio Fernández Salas, hermano del infortunado Marco Julio, y Herbert Páez Avila, vivieron en carne propia los acontecimientos, puesto que inmediatamente después del incidente con Wilson Muñoz, al ver que un grupo de varias personas se aproximaba con indudable actitud agresiva, huyeron despavoridos, y los dos deponentes, al igual que Leonardo Zárate Carreño, pudieron observar que el hoy desaparecido Marco Julio Fernández Salas era alcanzado por un sujeto quien vestía pijama, y con un cuchillo lo agredió, causándole las mortales heridas. Javier Fernández y Yesid Bajonero, otros de los presenciales, reconocieron en fila de personas a José Isidro Muñoz Susa, señalándolo como el victimario, y con ese reconocimiento ratificaron la sindicación que le habían hecho en la misma mañana de los hechos, cuando tenían muy presentes las escenas vividas horas antes. Y, en la diligencia de audiencia pública, luego de hacer una detenida descripción de los episodios, Leonardo Zárate Carreño igualmente indicó al procesado para no dejar dudas en cuanto a su seguridad respecto del homicidio investigado”.

3o. La exposición de JOSE ALVARO LOPEZ no aporta nada a los fines de esta acción, pues se limita a relatar una conversación que sostiene haber tenido con SEGUNDO LUCIO como a las diez de la mañana del día siguiente a los hechos investigados, en donde su interlocutor le comentó que a él y a un muchacho de apellido COY les echaban la culpa del homicidio.

A esta versión es oportuno anotarle que el problema no ocurrió el día 14 de junio, sino en la madrugada del 15. De otra parte, SEGUNDO asegura bajo juramento que no regresó a donde los MUÑOZ sino hasta el lunes siguiente después del trabajo, es decir, al final de la tarde.

Pero como se dijo inicialmente, así fuera cierto que esa conversación realmente se dio, en ningún modo altera la situación respecto a la responsabilidad del condenado, y nada nuevo aporta, pues en el proceso se conoció que a los jóvenes que fueron a comunicar lo sucedido al CAI los retuvieron mientras los agentes confirmaban si realmente había un herido.

4o. Resumiendo lo analizado, es evidente que los testimonios aportados por el accionante reúnen la condición de prueba nueva, en la medida en que no fueron conocidos dentro del proceso que terminó con

la sentencia condenatoria que se ataca. Pero así mismo, como se dejó expuesto en los numerales anteriores, no tienen la suficiente fuerza probatoria como para concluir que los falladores incurrieron en un error al proferir la sentencia.

Además de tratarse de unas versiones de oídas sobre la posible autoría del crimen por parte de otro sujeto, lo que de por sí les resta peso probatorio, están desmentidas por la declaración bajo juramento que en su oportunidad rindió su supuesto interlocutor, de quien todos coinciden en decir, y él también lo afirma, que es amigo del acusado y de sus hijos, luego por ese aspecto es descartable cualquier interés en causarle un perjuicio.

La Corte ha sido reiterativa al señalar que si los hechos nuevos o las pruebas nuevas no atacan en lo sustancial la base probatoria tenida en cuenta por las instancias para proferir la sentencia, la revisión es improcedente, pues como acción que se dirige contra la cosa juzgada, su admisión tiene que condicionarse, por preponderantes razones de orden público y respeto de la juridicidad de los fallos, a presupuestos probatorios que sean fundamento sólido de la demostración del error judicial.

Las razones anotadas son suficientes para concluir que la demanda debe desestimarse.

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:

Negar la revisión del proceso que por el delito de homicidio se siguió contra JOSE ISIDRO MUÑOZ SUSANA.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION /
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD /
FALSO JUICIO DE CONVICCION

Los falsos juicios de legalidad y convicción no pueden alegarse a un mismo tiempo y sobre una misma prueba, pues, o bien se trata de un medio demostrativo que por su ilegal aducción priva la posibilidad de su análisis por parte de los juzgadores, o, en su defecto, de una equivocación que por recaer sobre la credibilidad o aceptación como base de la decisión final, presupone el medio de que se trata como legalmente admisible, siendo por lo mismo inaceptable pretenderle aceptación y rechazo simultáneos.

Si el casacionista intentaba impugnar la estimación que los juzgadores pudieron asumir respecto de la solicitud de su representado dentro de estas dos alternativas, la opción que se le ofrecía era la de formular sus fundamentos en capítulos aparte, requisito que por inadvertido impide ahora el acogimiento de tan contradictoria exposición.

Pero si a la postre cuanto pretendía era una sentencia de reemplazo para excluir la sexta parte de rebaja de la pena que como consecuencia de esa impetración del acusado los falladores concedieron, resulta obvia para el libelista su falta de interés para concurrir en casación, como para la Corte la posibilidad de hacerle más gravosa su situación al impugnante.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., veintidos de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.*

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 103.

Vistos:

En contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto dentro de las presentes diligencias, el defensor del acusado BENJAMIN HIGIDIO PINTA interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, cuya demanda compete a la Corte entrar a examinar con miras a saber si cumple los requisitos que la ley exige para su admisibilidad.

Antecedentes:

En horas de la tarde del 21 de febrero de 1993 en la vereda de Sánchez del municipio de Chachagüi, BENJAMIN HIGIDIO PINTA atacó con cuchillo a Segundo Inca Jurado, ocasionándole la muerte.

El inicio de la investigación estuvo a cargo de la Fiscalía Tercera Unidad de Previa y Permanente de Pasto, despacho ante el cual rindió indagatoria el imputado, siendo resuelta su situación provisional con medida de aseguramiento de detención.

El 30 de agosto de 1993, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de PINTA por el delito de homicidio simple, y una vez ejecutoriada esa determinación pasó el proceso a los Juzgados del Circuito, radicándose el conocimiento de la causa en el Sexto Penal del Circuito de Pasto.

El defensor del imputado solicitó la aplicación del artículo 3o. último inciso de la Ley 81 de 1993, requerimiento atendido que dio lugar a la citación del procesado el 24 de enero último, suscribiendo una nota de aceptación de los cargos contenidos en la resolución de acusación, motivo por el cual se prescindió de la diligencia de audiencia, dando paso a la anticipación del fallo de instancia.

Impuesta al acusado la pena principal de 100 meses de prisión como autor responsable de homicidio simple, la obligación de cancelar 120 y 260 gramos por razón de perjuicios morales y materiales, y revocada la suspensión de la detención preventiva que en su favor se había concedido, el defensor interpuso el recurso de apelación, dando lugar a la ratificación.

de la condena mediante decisión del 11 de abril de 1994, decisión esta última que se hace objeto de impugnación en casación.

La demanda:

El recurrente impugna la sentencia bajo la invocación de la causal primera de casación, formulando un primer cargo por violación directa de la ley sustancial por falso juicio de legalidad en la estimación de la prueba, y otro más por violación indirecta de la ley sustancial, alegando su desconocimiento o inaplicación.

Para fundamentar el primer reproche, el libelista dice que el Tribunal de Pasto incurrió:

“en una violación directa de la ley por falso juicio de convicción respecto al valor probatorio de la manifestación de solicitar sentencia anticipada efectuada por el procesado únicamente ante la Secretaría del Juzgado Sexto Penal del Circuito, lo que significa que se ha proferido sentencia condenatoria a remolque de la comisión de un error de derecho por incumplimiento de los presupuestos axiológicos que implica la aceptación voluntaria de responsabilidad y la consiguiente petición de sentencia anticipada, que tiene características de una confesión con las modificaciones introducidas por el ejecutivo a través de la Ley 81 de 1993 en su artículo 37. El haberle dado el valor de plena prueba a la manifestación efectuada y suscrita por el condenado ante la Secretaría del Juzgado Sexto Penal del Circuito el día 12 de enero de 1993, en el sentido de que se le dicte sentencia anticipada, sin que dicha manifestación se hubiere efectuado ante el titular de la jurisdicción y con presencia de su defensor, constituye un flagrante error de derecho por cuanto se la ha dado validez jurídica a un acto que no reúne los requisitos exigidos por la norma que establece su rito y que para el caso están expresamente previstos en el art. 37 de la Ley 81 de 1993, o sea que con la formulación de este cargo se puede argumentar un doble desfase del fallador: Falso juicio de legalidad de la manifestación o prueba, y, falso juicio de convicción respecto a la misma por haberle dado validez jurídica, como ya se manifestó,

a un acto que no reunía los requisitos establecidos para la confesión”.

Con relación al segundo cargo y sin ninguna otra explicación asegura que la violación de la ley se presenta respecto de la edad del condenado, ya que sobre el particular:

“están militando dos pruebas: La cédula de ciudadanía No. 1.803.382 que informa de una edad de 64 años, y, el concepto legista No. 1165 emitido por médico forense el día 21 de mayo de 1993 en el que se expresa que el procesado tiene más de setenta (70) años, hechos procesales éstos que necesariamente generan una duda que debió resolverse de conformidad a lo preceptuado en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal y, al desestimarse la figura del *in dubio pro-reo*, se ha incurrido en una violación indirecta por desconocimiento e inaplicabilidad”.

Consideraciones de la Corte:

1. En la formulación del cargo primero el censor no observa el compromiso formal de someter su planteamiento con la mínima claridad y precisión que éste implica frente a las exigencias contenidas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal porque a un mismo tiempo invoca las dos vías de la violación –directa e indirecta– lo que eimplica un contrasentido de imposible definición por parte de la Corte, dado que es al casacionista, con exclusividad, a quien compete señalar los derroteros dentro de los cuales se orientará la acusación en esta sede, con mayor razón cuando las diferencias entre la violación directa y la indirecta resultan irreconciliables, pues mientras quien se acoge a la primera acepta los hechos y la estimación probatoria de la forma como aquellos y éstas han sido asumidos por el juzgador, quien demanda por violación indirecta entra precisamente a controvertir sobre ese aspecto fáctico, demandando la estimación probatorio por errores de hecho o de derecho.

Pero es que ni siquiera procurando soslayar esta inconsecuente manera de alegar interpretando el desarrollo que de la acusación se hace

sobre el aspecto probatorio podría sobrepasarse la trascendencia de las fallas formales, porque cuando el censor aduce que a la solicitud de sentencia anticipada por parte del acusado se le dio valor de confesión, al mismo tiempo reprocha defectos de orden legal como de hecho en su estimación, lo que de nuevo enfrenta contradicciones de imposible solución para la Corte, en cuanto los falsos juicios de legalidad y convicción no pueden alegarse a un mismo tiempo y sobre una misma prueba, pues, o bien se trata de un medio demostrativo que por su ilegal aducción priva la posibilidad de su análisis por parte de los juzgadores, o, en su defecto, de una equivocación que por recaer sobre la credibilidad o aceptación como base de la decisión final, presupone el medio de que se trata como legalmente admisible, siendo por lo mismo inaceptable pretenderle aceptación y rechazo simultáneos.

Si el casacionista intentaba impugnar la estimación que los juzgadores pudieron asumir respecto de la solicitud de su representado dentro de esas dos alternativas, la opción que se le ofrecía era la de formular sus fundamentos en capítulos aparte, requisito que por inadvertido impide ahora el acogimiento de tan contradictoria exposición.

Pero si a la postre cuanto pretendía era una sentencia de reemplazo para excluir la sexta parte de rebaja de la pena que como consecuencia de esa impetración del acusado los falladores concedieron, resulta obvia para el libelista su falta de interés para recurrir en casación, como para la Corte la posibilidad de hacerle más gravosa su situación al impugnante (art. 227 C.P.P.).

2. En cuanto toca con el cargo segundo del libelo, el casacionista invoca dos medios de prueba –el escrito y el pericial– proponiendo que sea sólo el segundo el que determine las conclusiones en el fallo.

No obstante esa intención, la presentación que de este cargo se hace en la demanda queda indefinida e incompleta, pues tan escueta observación omite señalar aquello que de la sentencia de sustitución se espera, ni mucho menos se indica el camino dentro del cual se pretende el análisis en el recurso extraordinario, pues aún mencionando la violación indirecta y por lo mismo la causal primera como vía de la impugnación, jamás se llega a saber de qué manera se ignoró el artículo 445 del C.º de

P.P. que se evoca como norma transgredida, pues no se deja entrever si la acusación apunta a la ocurrencia de errores de hecho o de derecho, y si en el primer caso en gracia de falsos juicios de existencia o de identidad, o en el segundo a falsos juicios de legalidad o convicción, quedando todavía la petición en la perplejidad, pues tampoco se expresa que es lo que se espera de tan simplista e incompleto enunciado.

La ostensible, imperfección formal de la demanda lleva, por consiguiente, a la imposibilidad de su admisión por parte de la Corte, siendo consecuencia obligada la deserción de la impugnación extraordinaria.

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

Resuelve:

Primero: Rechazar in limine la demanda presentada por el defensor del procesado BENJAMIN HIGIDIO PINTA.

Segundo: Declarar como consecuencia la deserción del recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / COLISION DE COMPETENCIA

Como el tema remite ciertamente a las disposiciones que describen y regulan los diferentes tipos de armas y de municiones, ha de advertirse que ni por referencia al Decreto 2003 de 1982 artículos 2o. y 4o., que regía a la fecha de ocurrencia de los hechos, ni por remisión ahora al reciente Decreto 2535 de 1993 puede otorgarse razón al Juzgado del Circuito, pues tanto en una como en otra reglamentación surgen criterios que de consuno llevan a la clasificación tanto del arma involucrada como de su munición, dentro de los conceptos de elemento susceptibles de autorización para su adquisición y porte como de defensa personal.

En efecto: consultando los criterios del Decreto 2003 de 1982, tiénese que ni por su calibre (no superior a 0.38 ó 9.625 milímetros), ni por su energía potencial en la boca de fuego (tampoco superior a 350 libras/pie), ni por su estructura o modificaciones que la hiciesen más letal, la munición de que trata el presente proceso (proyectiles que al momento del disparo liberan una energía cinética de 345 libras fuerza- pie en la boca de fuego), podía clasificarse dentro de aquella de exclusivo uso militar.

Haciendo esa misma cotejación ahora frente al Decreto 2535 de 1993, la posibilidad de excepcionar aquella clase de carga de la tolerada para permisivo uso personal resulta todavía más remota, porque en el nuevo estatuto la clasificación se remite a excluir del permiso a los particulares la munición pertinente a las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, así que al no corresponder la descrita en la pericia con el armamento reservado o de guerra, la conclusión que se deriva es la de ratificar su permisivo empleo por particulares, del cual viene a desprenderse

la concebida competencia, pues de su ilícita tenencia corresponde conocer a los juzgados del circuito.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veintidos de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 103.

Vistos:

De plano dirime la Sala el conflicto negativo de competencia que enfrenta a un Juzgado Regional de Medellín con el Primero de ese Circuito Judicial, en relación con el conocimiento del proceso adelantado en contra de JOHN JAIRO ESCOBAR CARDONA por los delitos de homicidio y violación al Decreto 3664 de 1986.

Antecedentes:

Mediante proveído del 10 de marzo de 1994 la Unidad Número Dos de la Fiscalía General de la Nación Grupo de Vida, profirió resolución de acusación en contra de JOHN JAIRO ESCOBAR CARDONA (a. GURRE), por los delitos anteriormente señalados, providencia que alcanzó ejecutoria el 18 de marzo siguiente. Cuando en el folio 256 se hace mención al arma utilizada, sobre ella allí se dice “que las probanzas no permiten inferir que se trata de una automática pues que testimonialmente por ejemplo no se habla por ningún testigo, así sea de oídas, de disparos en ráfagas”, por ello “ha de tenerse como una pistola semiautomática de calibre 9 mm., conclusión que no extraña a la pericia obrante a folios 124 y ss., según los análisis hechos en especial, a las vainillas encontradas (fls. 127)...”.

Remitido el expediente al Juzgado Penal del Circuito en reparto, correspondió su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, donde el 23 del mismo mes y año se avocó su conocimiento, y en atención a lo dispuesto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal se dio traslado a los sujetos procesales para la preparación de la diligencia de

audiencia. Posteriormente, mediante auto de abril 13, tras considerar que la munición encontrada en el sitio de los hechos correspondía al uso privativo de las Fuerzas Militares, se optó por remitir el proceso al Juzgado Regional reparto, proponiéndole colisión negativa de competencia.

El Juzgado de destino mediante auto de abril 18 de 1994 avocó el conocimiento de la actuación dejando con ello agotada la colisión propuesta, y ordenó la apertura del juicio a pruebas por el término de 20 días. Sin embargo, como el defensor del acusado solicitó se promoviera colisión negativa de competencia, pues la pericia cumplida sobre los proyectiles incautados los clasificó dentro del calibre 9 mm., equivalente al 0.38, y por lo tanto destinados a la defensa personal, con enchapado o revestimiento de fábrica, sin alteraciones ni modificación que los transformara en letales, el Juzgado Regional acogió dicha postura y mediante interlocutorio del 7 de junio se declaró incompetente, añadiendo que:

“De las normas transcritas y el análisis balístico, se concluye que las vainillas objeto del estudio, hacen parte de cartuchos utilizados en pistolas de 9 milímetros, que según las normas procedimentales, corresponde la competencia a los Jueces Penales del Circuito de esta Capital y como dicho funcionario al remitir la actuación ante esta Jurisdicción propuso de antemano colisión negativa de competencia, es por lo que se debe remitir lo actuado al Superior Jerárquico, para dirimir tal colisión...”.

Al recibo del asunto, la Corte se declaró inhibida para conocer del hasta allí informal conflicto por ausencia de un pronunciamiento del Juzgado colisionado, disponiendo la devolución del proceso al Juzgado Regional para que se subsanara el defecto.

De este modo, mediante auto de agosto 19 se le propuso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín colisión de competencia recibiendo como respuestas contenidas en auto del 10. de septiembre el rechazo de la argumentación propuesta, bajo la básica razón que sigue:

“En el sitio de los hechos fueron halladas tres (3) vainillas marcadas en el culote ‘Indumil 9 mm Par’ y ‘Grp 9 mm Luger’ (ver peritazgo de folios 12 y siguientes).

Esa denominación no hace relación al calibre y, según el criterio de expertos en la materia, la imprime a las armas y municiones el carácter de uso privativo de las Fuerzas Armadas, ante la taxatividad del Decreto 2002 del 82, artículos 7 y 8, subrogado por el Decreto 2535 de 1993, artículos 8, 9 y 11...”.

Consideraciones de la Corte:

Es competente la Sala para dirimir de plano los conflictos de la índole del suscitado en el caso que se analiza entre un juzgado regional y otro juez penal de la República –artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal–, y para su solución bastará consultar la naturaleza de las armas y municiones a que refiere la imputación por violación a los Decretos 3664 de 1986 y 2266 de 1992 que se hace al acusado, pues de conformidad con el artículo 71-4 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el 9o. de la Ley 81 de 1993, la competencia de los jueces del circuito con relación a esa conducta se halla restringida al “simple porte de armas de fuego de defensa personal”.

En este orden de ideas, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín identifica como punto neurálgico de su incompetencia lo tocante con la munición hallada en el sitio de ocurrencia del homicidio, porque en su sentir y atendiendo el dictamen obrante a folios 12 y siguientes (la cita correcta era de los folios 124 y siguientes), se trata de proyectiles que al momento del disparo liberan una energía cinética de 346 libras fuerza-pie en la boca de fuego, condición que de acuerdo con lo previsto en los Decretos 2003 de 1982 y 2535 de 1993, clasifica las cargas como de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Como el tema remite ciertamente a las disposiciones que describen y regulan los diferentes tipos de armas y municiones, ha de advertirse que ni por referencia al Decreto 2003 de 1982 artículos 2o. y 4o., que regía a la fecha de ocurrencia de los hechos, ni por remisión ahora al reciente Decreto 2535 de 1993 puede otorgarse razón al Juzgado del Circuito, pues tanto en una como en otra reglamentación surgen criterios que de consuno llevan a la clasificación tanto del arma involucrada como de su munición, dentro de los conceptos de elementos susceptibles de autorización para su adquisición y porte como de defensa personal.

En efecto: consultando los criterios del Decreto 2003 de 1982, tiénese que ni por su calibre (no superior a 0.38 o 9.625 milímetros), ni por su

energía potencial en la boca de fuego (tampoco superior a 350 libras/pie), ni por su estructura o modificaciones que la hiciesen más letal, la munición de que trata el presente proceso podía clasificarse dentro de aquella de exclusivo uso militar.

Haciendo esa misma cotejación ahora frente al Decreto 2535 de 1993, la posibilidad de excepcionar aquella clase de carga de la tolerada para permisivo uso personal resulta todavía más remota, porque en el nuevo estatuto la clasificación se remite a excluir del permiso a los particulares la munición pertinente a las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, así que al no corresponder la descrita en la pericia con el armamento reservado o de guerra, la conclusión que se deriva es la de ratificar su permisivo empleo por particulares, del cual viene a desprenderse la consabida competencia, pues de su ilícita tenencia corresponde conocer a los juzgados del circuito.

Lo brevemente expuesto es suficiente para indicar la remisión del expediente al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín por competencia y para lo de su cargo, previa comunicación de la decisión al Juzgado Regional trabado en el conflicto.

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

Resuelve:

Primero: Dirimir el conflicto negativo de competencia planteado entre un Juzgado Regional de Medellín y el Primero Penal de ese Circuito, adjudicando el conocimiento del asunto al último de los nombrados, a cuyo despacho habrá de remitirse el expediente.

Segundo: Dése noticia de esta determinación al Juzgado Regional colisionante.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

CAUCION PRENDARIA, CAUCION JURATORIA

La caución juratoria sólo procede cuando a juicio del funcionario el procesado carezca de recursos económicos. Y, en cuanto se refiere a la prendaria, ella debe ser fijada por el funcionario teniendo en cuenta no sólo las condiciones económicas del acusado, sino la gravedad del hecho imputado.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 105.

Vistos:

El procesado CARLOS ALFREDO VALDEZ, quien se halla detenido en la Cárcel de Choferes de esta ciudad, solicita una rebaja de la caución fijada por esta Sala o si fuere del caso, se le sustituya por juratoria, por no contar con los recursos necesarios para obtener su libertad.

Consideraciones de la Corte:

Mediante providencia de fecha quince (15) de los corrientes mes y año, la Sala otorgó al peticionario el beneficio de libertad provisional mediante caución prendaria por la suma de doscientos mil pesos, la que fue fijada en atención a las condiciones económicas de CARLOS ALFREDO VALDEZ y la gravedad del hecho, tal como lo establece el inciso 3o. del artículo 393 del Código de Procedimiento Penal.

La caución juratoria sólo procede cuando a juicio del funcionario el procesado carezca de recursos económicos y en autos brilla por su ausencia tal circunstancia. Y, en cuanto se refiere a la prendaria, ella debe ser fijada

por el funcionario teniendo en cuenta no sólo las condiciones económicas del acusado, sino la gravedad del hecho imputado.

Entonces, la caución de doscientos mil pesos que determinara la Sala en su proveído del 15 de los corrientes mes y año para que CARLOS ALFREDO VALDEZ pudiese disfrutar del beneficio de libertad provisional, se halla acorde con su situación económica y la gravedad del hecho por el que se halla condenado (doble homicidio culposo agravado), sin que exista elemento de juicio alguno que permita a la Sala reducir su cuantía.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *niega* al procesado CARLOS ALFREDO VALDEZ, la sustitución de la caución prendaria determinada en providencia de fecha 15 de los corrientes mes y año, por juratoria, así como la reducción demandada, por las razones anotadas en precedencia.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandía, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

CULPA CON REPRESENTACION / DOLO EVENTUAL / PERITO / DOLO

La CULPA CON REPRESENTACION como también se la conoce, “surge cuando el agente, habiéndose presentado el resultado típico y antijurídico de su comportamiento, confía indebidamente en poderlo evitar” y que esta especie de culpa guarda harta semejanza con el DOLO EVENTUAL, como quiera que en ambas opera la representación y, por lo tanto, la previsión del resultado; “pero se diferencian en que en la primera el agente confía que el resultado no se producirá, es decir, no lo quiere, mientras que en el segundo, nada hace por evitarlo y en consecuencia lo acepta anticipadamente”.

2. Los psiquiatras forenses establecen, con fundamento, entre otras cosas en pruebas clínicas, percepción directa, análisis del material probatorio, si la persona tenía CAPACIDAD PARA AUTODETERMINARSE O NO; dicho de otra manera, si la persona contaba con capacidad de VOLICION (querer hacer) y/ o VOLICION (querer no hacer). Recuérdese que, con la mejor doctrina, en las dos acciones está la voluntariedad y la conciencia.

JAMAS EL DICTAMEN DETERMINA LA INTENCIONALIDAD DEL ACTO Y, MENOS LA MIDE.

Un dictamen emitido con el fin de establecer si una persona estaba en capacidad de autodeterminarse o no, ofrece al Juez los elementos de juicio necesarios para que él precise, con las otras pruebas del proceso, si esa persona en un caso dado, quería la realización del específico hecho punible que se le imputa. Pero ni el perito ni el Juez pueden, por vía de aplicación de las ciencias de su particular dominio, fijar la magnitud de la intención porque EL PERITO SE LIMITA A SEÑALAR QUE LA PERSONA GOZA DE CAPACIDAD PSIQUICA SUFICIENTE PARA

ACTUAR INTENCIONALMENTE Y EL JUEZ SE CONCRETA A INFERIR Y CONCLUIR SI LA PERSONA OBRO CON INTENCION O NO.

Con relación al DOLO, EL FUNCIONARIO debe apreciar las circunstancias de lugar, tiempo y modo que rodearon el hecho e, inclusive, la personalidad del procesado, para fijar con precisión los criterios que permitan concluir si concurren circunstancias de agravación o atenuación, específicas o genéricas, en orden a delimitar con exactitud la mayor o menor vulneración del bien jurídico, y, así, dosificar la pena. En tanto que, tratándose de la INTENCION, ésta no permite variaciones en el desarrollo del ITER CRIMINIS; por ejemplo, quien ejecuta actos idóneos e inequívocos para producir la muerte de otra persona no quiere matarla más o menos, sino que, simplemente, quiere matarla, y si cesa en su acción es porque ya no quiere matar. Pero DOLO e INTENCION, enfáticese, dos cosas ciertamente distintas, deben ser establecidas por el Juez y no por el perito.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 104 de 21 de septiembre de 1994.

Vistos:

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Neiva, el veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), profirió sentencia condenatoria contra MILLER CARDENAS GUZMAN, por el delito de HOMICIDIO en Dora Torres Ibarra, imponiéndole como sanción principal la de dieciséis (16) años de PRISION y las accesorias de ley y condenándolo, además, al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción. Apelada esta determinación encontró parcial confirmación en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva comoquiera que se modificó la pena para en su lugar imponerle la de DIEZ (10) de prisión y la accesoria de interdicción y derechos públicos por igual lapso.

Contra la anterior decisión se interpuso oportunamente recurso de CASACION, el que se declaró ADMISIBLE por el Tribunal el dos (2) de junio de 1993. Y, la correspondiente demanda, se declaró ajustada en sede de la CORTE a las formalidades de ley el 15 de septiembre del mismo año. Obtenido, el concepto del señor Agente del Ministerio Público, es el momento procesal oportuno para la determinación de fondo. A ello se procede.

Hechos y actuación procesal:

Sobre los primeros se tiene que el ocho (8) de diciembre de 1991 a eso de las 8 de la noche y en el municipio de Campoalegre, Huila, los hermanos José Vicente, Silvia y Dora María Torres Ibarra, junto con Doris Medina Ramírez, compañera marital de aquél, se dirigieron en búsqueda del padre de los tres mencionados consanguíneos habida cuenta de que tardaba en regresar a su casa, y, al pasar por enfrente a la residencia de MILLER CARDENAS GUZMAN, donde también funcionaba, en el garaje, una venta de bebidas embriagantes, aquél, que tenía ya sus tragos encima, se dirigió a las tres mujeres preguntándoles si querían “culiar”, y a tan grosera expresión, José Vicente Torres I., le respondió que aquellas damas no eran “unas perras”. CARDENAS GUZMAN le espetó, entonces, “venga usted marica”, a lo que José Vicente le replicó “venga usted si quiere”, a todo lo cual subsiguió que CARDENAS GUZMAN descargara en el suelo unas botellas de cerveza que llevaba, para enseguida sacar su revólver en el momento mismo en que aquél se agachaba a calzarse debidamente los zapatos de mocasín sueltos que portaba. Ante la exhibición de tan peligrosa arma, la tres indicadas mujeres y el hombre que las acompañaba emprendieron la huida, lo que de poco sirvió, pues que CARDENAS GUZMAN, de todas maneras le disparó al grupo, produciendo la muerte de Dora Torres Ibarra, por laceraciones cerebrales, según el protocolo de necropsia.

Y sobre la “ACTUACION PROCESAL” se observa que fue el Juzgamiento Primero Promiscuo Municipal de Campoalegre, Huila, el que abrió la correspondiente investigación, mediante auto de abril 9 de 1991. Y el Juzgado Veintisiete de Instrucción Criminal el que vinculó legalmente a la misma a MILLER CARDENAS GUZMAN y le resolvió luego, mediante auto de abril 16 del mismo año, su situación jurídica,

con medida de aseguramiento de detención preventiva. En su momento cerró la investigación, calificando el mérito del sumario el 25 de marzo de 1992, con resolución de acusación en contra de MILLER CARDENAS GUZMAN por el delito de HOMICIDIO agravado en Dora María Torres Ibarra. Apelada esta determinación halló confirmación en el Tribunal de Neiva (auto de mayo 28 de 1992).

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito adelantó la etapa de la causa y mediante sentencia de febrero 26 de 1993 (no 1991, como señala la Delegada), como quedó visto, le impuso a MILLER CARDENAS GUZMAN, la pena principal de dieciséis (16) años de prisión, condenándolo, además, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y, también, al pago de los perjuicios ocasionados con el delito. Impugnada esta decisión, el Tribunal le rebajó la pena a diez (10) años de prisión, el mismo tiempo en que delimitó la pena de interdicción, determinación ésta que es sobre la que versa el recurso de CASACION que ahora se desata.

De la demanda:

“PRIMERA CAUSAL. Acuso la referida sentencia del H. Tribunal Superior de Neiva por ser violatoria de la norma sustancial contenida en los arts. 40 y 323 del C.P. en concordancia con el art. 36 del mismo Código y con el art. 254 del C.P.P. Esta violación se debe a *ERROR en la apreciación de las mismas pruebas* que enseguida se precisan y a la *falta de apreciación de todas las pruebas en conjunto* de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

“1. PRUEBA INDICIARIA BASADA EN TESTIMONIOS, PERSONALIDAD DEL PROCESADO, CARENCIA DE CAPACIDAD PARA DELINQUIR”. El hombre no cambia de un momento a otro su manera habitual de ser (Framarino, Ellero y otros). El Tribunal olvidó este principio y otros referentes al Super-yo (“es el Código de la moral personal que se va desarrollando a través de la asimilación por parte del niño de las normas que le dan sus padres sobre lo que es bueno y es malo”), ya que contrariando el art. 254 del C. de P.P. ‘no expresó ninguna razón para acoger o desechar la amplia prueba testimonial (declaraciones de Leonor Gutiérrez, John Freddy Rodríguez, Silvio Cabrera, Israel

Cortés, Luz Mery Herrera, María Mazmiyi Trujillo y Ana Consuelo Alvarez) que acredita la personalidad del procesado como hombre religioso, respetuoso, amistoso, calmado, no agresivo, etc., ingredientes éstos que constituyen una personalidad con un código religioso y de moral social que lo apartan del fácil delito grave como el homicidio'. Esas pruebas que el Tribunal no se detuvo a examinar constituyen el 'INDICIO DE DISCULPA O CONTRAINDICIO DE CULPABILIDAD', el que si se hubiera tenido en cuenta habría llevado a la inferencia de que la mente del acusado nunca estuvo animada por la intención de producir voluntariamente una muerte y, así, no se habría dado por probado el DOLO, apoyando tal conclusión en el dicho de John Freddy Rodríguez, quien afirma que su tío 'disparó al grupo', con lo cual el procesado 'al disparar de esa manera previó al menos como posible el resultado dañoso', sin precisar si se trataba de una CULPA PREVISION o de una PREVISION CONASUNCION DEL RESULTADO PREVISTO. Y es que del contexto de la declaración del citado RODRIGUEZ no se desprende que su tío disparó al grupo con intención de matar a alguien, sino simplemente que el disparo lo hizo hacia ese lado, dado que la esquina donde en ese momento estaba el grupo de tránsito, quedaba a mano derecha de MILLER y al frente tenía a su sobrino (fl. 56 Cdo. No. 2), tal como lo muestra la foto del folio 104 Cdo. No. 1 en donde se verifica que el único espacio para efectuar el tiro era hacia la esquina, en donde POSIBLEMENTE el procesado no precibió la presencia del grupo dada su embriaguez...".

"2. PRUEBA INDICIARIA DE AUSENCIA DE MOTIVACION SUFICIENTE PARA MATAR". "Aquí el impugnante cita a Gorphe ("...la falta de una causa para delinquir rechaza por completo el delito...") y a Framarino ("...si el hombre como ser racional tiene siempre necesidad de un motivo para llevar a cabo una acción cualquiera, cuando ya no se trata de una acción indiferente, sino de una acción delictiva por cuanto siente contra ésta una fuerte y natural repugnancia, tiene necesidad no ya de un motivo cualquiera sino de un motivo PODEROSO, de un motivo que tenga fuerza para vencer esa repugnancia de su alma..."), igual que a un libro sobre psicología, para sostener que ésta también pregona que 'toda conducta humana es motivada' y que 'las reacciones del hombre frente a los estímulos que las provocan, generalmente, son proporcionadas'. Concluye entonces que 'no es PROBABLE que éste (MILLER CARDENAS) haya encontrado en el cruce de palabras que tuvo con el

grupo en que estaba la occisa, un motivo FUERTE, PODEROSO como para romper su código ético”.

Al tratar este “CONTRAINDICIO DE MOVIL SUFICIENTE”, cuya ausencia fue erradamente estimada por el Tribunal, necesariamente se debe aludir a la PRUEBA PERICIAL del dictamen psicológico que también fue motivo de ERROR EN SU APRECIACION. El sentenciador de segunda instancia acoge dicho peritaje, y lo menciona cuando pretende fundamentar la existencia del DOLO. En él se expresa, aludiendo a la conducta del procesado, que “su actuación fue una respuesta IMPULSIVA originada por una herida narcisista al ser agredido verbalmente y lastimada su autoestima”.

Y son varios los ERRORES DE APRECIACION del juzgador, así: en la sentencia no se indicaron las razones por las cuales se acoge la experticia. Era importante hacerlo porque para la pericia existe norma especial como lo es el art. 273 del C. de P.P. que contiene los requisitos de que al apreciarla se tendrá en cuenta la firmeza, la precisión y la calidad de sus fundamentos, al igual que la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obran en el proceso.

Tampoco se tuvo en cuenta lo mandado por el artículo 254 *ibídem*, que ordena apreciar las pruebas en conjunto, lo que comportaba que el dictamen fuera valorado no en forma parcial sino en toda su integridad, comoquiera que allí obran conceptos favorables al procesado y no solamente el desfavorable que el Tribunal acoge. Así, mientras en el primer concepto se alude a la reacción IMPULSIVA originada en una herida narcisista (pág. 6, párrafo final), en su ampliación y en respuesta a preguntas de la defensa (fls. 3 y 4 Cdo. No. 3), responde: “La conclusión dada en el párrafo final de la página 6 no se refiere de manera alguna a la INTENCIONALIDAD DEL PROCESADO, hacemos referencia únicamente al comportamiento IMPULSIVO del examinado al ser herida su autoestima ante la respuesta verbal de los ofendidos” (pág. 3 del concepto). Y al folio siguiente la perito expresa: “la INTENCIONALIDAD no la hemos considerado en este caso por falta de elementos objetivos que nos permitan emitir un concepto al respecto”. O sea, continúa expresando el demandante, que el concepto de la psicóloga no da por acreditada “la intencionalidad” y lo que concluye es que fue “una

respuesta IMPULSIVA”. “...Y la reacción de sacar el arma ya no puede tener explicación en el predicado narcisismo herido con la palabra ofensiva (‘hijueputa’, pues a esto asegúra el demandante que CARDENAS G. respondió acercándose al grupo para ‘explicarles que no tenía ánimo de pelea’), sino en la lógica intención de prevenir a José Vicente de que no podía agredirlo con arma blanca pues tendría forma de defenderse (el censor asegura que su defendido solamente saca el arma cuando José Vicente se agaba en ademán de sacar otra de su bota)”. El narcisismo no necesariamente inclina a la agresividad, “por lo contrario, el narcisista necesita de los demás para buscar su atracción hacia él... La reacción destructiva del disparo ya no se compagina con la reacción narcisista, no sólo porque no ocurrió tan pronto fue pronunciada la palabra ofensiva por Torres (si es que se llegara a pensar en una reacción motivada por la ira), sino después, cuando el grupo ya se estaba alejando y ya intervino John Freddy Rodríguez a recriminarle a MILLER que dejara de ‘mariquiar’ con el arma, sino porque esa personalidad narcisista y ese TEMPERAMENTO PACIFICO Y AMISTOSO DE MILLER LO LLEVABAN A QUEDAR BIEN CON LOS DEMAS Y BUSCAR EL DIALOGO, LA PAZ, como él lo dice. No hay que esforzarse en sacar conclusiones negativas de actitudes inocentes”.

“...Entonces, si la personalidad del procesado es pacífica y no agresiva, si para él no tiene trascendencia el ‘hijueputazo’, si es hombre de SANAS COSTUMBRES Y EXCELENTES ANTECEDENTES SOCIALES Y MORALES, si no disparó tan pronto recibió la agresión verbal por parte de Torres y con ello se indica que no actuó con reacción airada; si su narcisismo no está tampoco suficientemente establecido por el escaso tiempo dedicado a la entrevista y examen psicológico ni tal modo de ser conlleva a la agresividad, no se ve con certeza un MOTIVO para que hubiera disparado con intención de matar. Y si disparó cuando ya el grupo se había o se estaba alejando, lo más indicado es deducir que el disparo no fue hecho bajo el impacto de una reacción emotiva que, EN GENERAL, produce una acción inmediata al estímulo, sino reflexiva, por lo cual es aplicable el criterio de Framarino sobre la PROPORCIONALIDAD entre el móvil y el delito. Es esa ausencia de proporcionalidad lo que conlleva a la mente a pensar que dentro de la personalidad de MILLER CARDENAS no existió el móvil SUFICIENTE y PODEROSO que lo hubiera llevado a disparar con intención de matar, así estuviera

embriagado pues la embriaguez no borra el código ético ni destruye la habitual personalidad”. Por tanto, desatinó el Tribunal al no tener en cuenta la existencia del indicidio de CARENANCIA DE MOVIL PODEROSO y al tomar como base del DOLO el concepto de la experta en psicología “en donde se indica que no hay elementos de juicio para deducir la intencionalidad (en el resultado). Sin ese error, el H. Tribunal no habría concluido en la acción dolosa y se habría quedado en el campo de la culpa con previsión que alcanzó a esbozar: ‘...al disparar de esa manera previó al menos como posible el resultado dañoso’, sin afirmar que lo aceptó”.

“3. El Tribunal incurrió en ERROR EN LA APRECIACION de la INDAGATORIA de MILLER CARDENAS GUZMAN como de los TESTIMONIOS de Stella Cárdenas, Gentil Gutiérrez y John Freddy Rodríguez. Sostiene el *ad-quem* que a nadie le consta que el acusado luego de haberse sentado en la cantina de su casa hubiese subido a su habitación a tomar el arma, y los compañeros con quienes departía aseveran que éste no se separó de ellos. Empero, el sentenciador de segunda instancia acepta que fue un hecho cierto que el procesado sí subió por el revólver a su habitación. Muy posiblemente para esta conclusión, con exacto respaldo en la realidad histórica, la Sala tuvo en cuenta no sólo la indagatoria del procesado que así lo afirma dando la razón de su dicho, sino también la versión de Eduardo Chavarro, quien asegura haber observado la ausencia de CARDENAS G. y, en un determinado momento, lo vio bajar por el lado del ‘guayabo’ (árbol que queda en el espacio que del garaje conduce a la parte interior y superior de la casa y que está señalado en el plano que obra al folio 88 del cuaderno No. 2), con lo cual era fácil inferir que CARDENAS sí había subido a su alcoba. Y ese hecho lo observó el testigo aproximadamente a las 9:15 de la noche. En similar forma declara Stella Cárdenas, pues observó la misma ausencia a eso de las 9:05 cuando fue a darle un remedio a su nieta, y cuando regresó al negocio entre 9:10 y 9:15 ya volvió a ver a CARDENAS G. sentado en la mesa en compañía de los que estaban tomando. Pero el Tribunal optó por afirmar que si bien tal hecho ocurrió, no es lógico que CARDENAS G. no le hubiera introducido la munición al revólver ‘para tenerlo listo en caso de que los maleantes fueran a llevarse el automotor’, por lo cual no es creíble que el procesado tuviera la seguridad de que el arma estaba descargada. Hay allí un ERROR DE APRECIACIÓN DE

LA INDAGATORIA ya que el procesado nunca ha afirmado que los sospechosos pretendieran llevarse el vehículo que había dejado en la calle frente al garaje, sino que a raíz de la presencia y actitud de esos sospechosos subió a traer el arma, pero nunca dijo que tuvo temor de que se llevaran el vehículo. Tampoco el *ad-quem* le da credibilidad a la indagatoria cuando CARDENAS G. afirma que nunca lleva el arma con él. El procesado ha dicho: ‘Nunca acostumbro a cargar armas en estado de embriaguez, pero como me encontraba dentro de mi residencia consideré fácil hacerlo’. Igualmente precisa que tiene armas ‘para cuidar los bienes de su casa’. Entonces lo que el procesado ‘está dando a entender es que no porta el arma FUERA DE SU CASA por lo que se deduce en sana lógica que esa noche tuvo que tomarla de su habitación pues no la había llevado a su VIAJE DE FARRA Y PLACER. Y no contradice esa realidad el dicho de Gentil Gutiérrez quien en primera versión en forma no muy clara afirma ante la pregunta de si MILLER CARDENAS ‘porta arma de fuego’: ‘Pues diariamente porta el revólver o sea las veces que me lo encontraba o como en dos ocasiones que estuve tomando con él portaba el revólver’. O sea que solamente en dos ocasiones que estuvo tomando con él pudo percatarse de que portaba revólver. Y en dónde ocurrió el hecho de tomar con él? No lo dice, pero ES BIEN PROBABLE que haya ocurrido en el establecimiento donde la noche fatal estuvieron haciéndolo ya que MILLER y Gentil viven el uno frente al otro y en casa del primero hay un negocio en donde se vende licor, precisamente en el garaje que queda al frente de la casa de Gentil. El testigo no está, pues, diciendo que le vio portar el arma fuera de la casa del procesado, por lo que no está desvirtuando la afirmación que éste hace al respecto”.

“Tampoco le da credibilidad el Tribunal a la INDAGATORIA de CARDENAS cuando expone que hizo el disparo confiado en que el arma estaba sin munición porque según su sobrino John Freddy Rodríguez ‘disparó al grupo’ y por tanto el disparo no se hizo al aire, ni a la parte del frente del garaje donde existe un amplio lote sin construir. Del contexto del testimonio del señor Rodríguez no se infiere la intención del acusado de disparar contra el grupo, sino hacia donde estaba el grupo, pues de otras expresiones de su testimonio se infiere la no intención de matar y que el disparo fue con intención inocente. Erró, pues, el Tribunal al no apreciar conjuntamente el dicho del testigo, tomando solo el contexto que puede perjudicar al acusado y dejando a un lado lo que le puede favorecer, sin un análisis de conjunto”.

“...Incorre en ERROR en la apreciación de la prueba de INDAGATORIA el H. Tribunal cuando arguye que le niega credibilidad al dicho del procesado porque no ha sido sincero. Esa falta de sinceridad, según el contexto del respectivo aparte de la sentencia (pags. 6 y 7) la deduce la Sala de que el procesado negó en un principio haber provocado al grupo de jóvenes que pasaban por la calle con la grotesca expresión ya conocida, luego dice que en algún memorial que fue su defensor quien le obligó a decir esa expresión y finalmente acepta que sí la dijo; como también la deduce de que el procesado, dos meses después de su indagatoria la hubiera ampliado adecuándola a la versión de sus familiares y sin previa pregunta del instructor trató de compaginar su dicho con el de aquellos. Cualquier experto en juzgar la conducta de los procesados en materia penal deduce con facilidad que si MILLER negó en un principio la palabra vulgar que ninguna trascendencia jurídica tenía en la motivación del disparo como lo acepta la sentencia acusada, fue porque incurrió en TEMOR de que esa palabra lo pudiera perjudicar, TEMOR que lo llevó hasta el extremo de culpar a su propio defensor como quedó consignado, y que tal vez no le hubiera determinado a ello si realmente hubiera conocido las declaraciones de sus familiares (no consta que ello hubiera sucedido) antes de la ampliación de injurada, pues su propio sobrino John Freddy le había contado ya al instructor el pronunciamiento de tal palabra vulgar... La intención de adecuar dicha ampliación de injurada a lo firmado por los testigos hasta entonces recogidos, es otra suposición de la Sala... Tampoco podía haber deducido falta de sinceridad o pretensión de acomodar la segunda versión al dicho de los testigos por el hecho de que en la primera no hubiera dado todos los detalles en el relato de los hechos que luego sí precisó en la segunda. Es lógico que en la primera indagatoria el procesado estuviera CONTURBADO por ese cambio brusco del paso de la libertad y la tranquilidad hogareña y el trabajo diario, a un estado de privación de libertad y el enfrentamiento inesperado a una situación para él nunca vivida y que ciertamente no estaba acostumbrado a resolver. Esa nueva situación tenía que producirle ANSIEDAD”. Y “es lógico pensar que tenía que haber mayor ansiedad en la primera indagatoria que en la segunda, pues para la primera oportunidad estaba el procesado más directamente enfrentado a lo desconocido, al perjuicio incierto que afrontaba que para la segunda...”.

“Incorre el H. Tribunal en error en la apreciación de esta prueba (la declaración de Leonor Gutiérrez, esposa del condenado) AL AFIRMAR UNA CONTRADICCION QUE NO EXISTE. El testigo debe narrar los

hechos y decir la verdad en ellos, pero no necesariamente tiene que emitir conceptos acertados. Y lo que se le preguntó por el instructor en el folio 52 v. la testigo había dicho que a las 9 de la noche llegó Alfonso Cárdenas a entregar el revólver prestado; que su esposo llegó a su casa (por la carrera 11) a las 7:30 p.m. y que luego, faltando unos 25 ó 26 minutos para las 8:00 entró él a la alcoba nupcial (según MILLER, lo hizo para ver a su hijita pero la encontró dormida, en la pieza contigua a la nupcial y con la cual tiene comunicación). Entonces el instructor le pregunta si cree que en esta última oportunidad fue cuando el esposo entró a sacar arma de fuego y ella responde 'pues yo sí creo'. La pregunta es, en primer lugar, *capciosa*, porque el instructor ya sabía que la testigo había dicho que el revólver había sido devuelto a las 9 de la noche. Y la misma pregunta no indaga por un hecho, sino por una *creencia*, por un *concepto*, lo cual está vedado conforme al inciso 3o. del numeral 2o. del art. 292 del C.P.P. Ninguna validez probatoria le da a esta pregunta y respuesta el de que el defensor no hubiera dejado la respectiva constancia de rechazo, pues se supone que al momento de la valoración probatoria el funcionario instructor o el juez aplican los criterios legales. Erró, entonces, la Sala al indicar una **CONTRADICCION TESTIMONIAL QUE NO EXISTE**, para restarle credibilidad al dicho de esta testigo y para enfrentarle al dicho del procesado esa misma inexistente contradicción... Y era obvio que Leonor Gutiérrez, esposa del procesado tampoco tenía la tranquilidad suficiente en el momento de rendir testimonio porque en general muchos testigos se ponen nerviosos al declarar y en este caso Leonor estaba declarando en proceso contra su cónyuge con quien ha formado un hogar en que conviven".

El demandante, refiriéndose nuevamente al **ERROR DEL JUZGADOR EN LA APRECIACION DEL DICTAMEN PSICOLOGICO**, expresa que a una pregunta formulada por la defensa a la psicóloga oficial en ampliación del concepto, ésta anota: "A una persona en estado de embriaguez se le puede dificultar la clara percepción de los hechos y su memorización"... Si el Tribunal abandono la tesis del *a-quo* de dar por descartado que CARDENAS GUZMAN hubiera subido a su alcoba a bajar el revólver porque sus contertulios no se dieron cuenta de ello **TAL VEZ** porque acogió sin decirlo expresamente el concepto de la psicóloga sobre este particular, en consonancia con las declaraciones de STELLA CARDENAS y EDUARDO CHAVARRO quienes deponen sobre la ausencia de CARDENAS GUZMAN en un momento determinado,

también ha debido apreciar ese dictamen para valorar el comportamiento psíquico de CARDENAS GUZMAN, pues si éste estaba tan embriagado como él lo afirma y se justifica por su itinerario de libaciones hasta cuando estuvo tomando aguardiente donde LUZ DARY RAMOS y luego siguió tomando en el garaje de los hechos, y como lo indica la prueba testimonial, entre ella, EDUARDO CHAVARRO, la lógica es que su percepción visual estuviera disminuida y su capacidad de raciocinio estuviera menguada, como también su capacidad de intención. *LO ANTERIOR EXPLICA QUE CARDENAS GUZMAN NO HUBIERA PERCIBIDO LA PRESENCIA DEL GRUPO* que ya estaba a una distancia superior a 20 metros, en momentos en que está dialogando con su sobrino, no sólo porque no podía atender a ambos objetos (sobrino y grupo) sino porque su estado de embriaguez le impedía una clara percepción de lo que estuviera más alejado. Este es el ERROR de la Sala al apreciar esta prueba pericial pues no la tuvo en cuenta para analizar el comportamiento del procesado en el momento en que efectuó el disparo y por ello equivocadamente dedujo DOLO en lugar de CULPA o, inclusive la culpabilidad por la creencia errada de que al disparar, *ASI CREYERA QUE EL ARMA SI ESTABA CON MUNICION*, lo hizo convencido de que a nadie iba a lesionar y, por lo tanto que su acción no correspondía a la descripción legal del homicidio ni lesiones personales”.

Solicita, pues, el Censor se case la sentencia impugnada y en su lugar se profiera el fallo que corresponda.

Breves consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1. LO REFERENTE A LA PERSONALIDAD DEL PROCESADO, CARENCIA DE CAPACIDAD PARA DELINQUIR, O INDICIO DE DISCULPA O CONTRAINDICIO DE CULPABILIDAD. Hay que reconocer que son varios los declarantes que presentan a MILLER CARDENAS GUZMAN como una persona religiosa, respetuosa y no agresiva. Inclusive que, su esposa, doña Leonor Gutiérrez, como lo recuerda el impugnante, refiere que su cónyuge “va a misa todos los domingos, reza cuando se va a acostar, se echa la bendición cuando sale de casa e invoca la voluntad de Dios cuando va a hacer algún negocio”. Pero esto no niega que exista otra prueba que lo presenta como irreligioso, irrespetuoso y agresivo. Irrespetuoso, la señora Flor de Lis Caballero

G., asegura que MILLER es un atrevido que invita a salir a cuanta mujer (“niña, muchacha o señora”) pasa por su lado; y doña Mariela Calderón de Bermeo, sostiene que tuvo un problema con MILLER CARDENAS, quien asumió una actitud indelicada y amenazante, cuando ella buscó que su hijo dejará de tomar en la cantina de aquél, ya que se encontraba muy ebrio y, con peligro de su vida, pues se transportaba en una motocicleta. Y, lo que es más importante, los hechos de que da cuenta este proceso, con prueba irrefutable, lo presentan como un vulgar, de ordinario suma, que en el momento mismo en que varias damas, para su desafortuna, de manera casual se encontraron con él, les espetó que si lo acompañaban “a culiar”. Y agresivo, hasta el colmo, pues cuando las damas y su acompañante HUIAN de la arremetida del procesado, empero, les disparó, causando la muerte de una de ellas, doña Dora Torres Ibarra. Y, lo de religioso es un mero decir, pues alguien que ciertamente lo sea, no se emborracha por dos días, con amiga al lado, y maneja en tal estado un taxi, con innegable riesgo de muerte para varias personas y olvida así el hogar, en donde espera angustiada su señora esposa (igual los hijos), quien lo presenta como un dechado de virtud, que en ningún momento olvida a Dios.

No es entonces cierto que MILLER CARDENAS GUZMAN, pueda presentar un código religioso y de moral social que, definitivamente lo apartan de un delito tan grave como el homicidio. Ausente está, pues, el CONTRAINDICIO DE CULPABILIDAD, además de que, como es verdad patente y trascendente, en todo existe una primera vez, esto es que en individuos reincidentes o no, religiosos o ateos se presenta siempre un primigenio delito, y de ahí que el indicio de CARENCIA DE CAPACIDAD PARA DELINQUIR, no tenga la importancia o gravedad que quiere concedérsele, como tampoco la contiene su contrario, pues ni uno ni otro PER SE, son garantía de imposibilidad o de fatalidad delictiva.

No obra, pues, base sólida para el reproche del censor en el sentido de que el sentenciador contaba con elementos de juicio que le permitían inferir que en la mente del condenado, dado su código moral, nunca existió la intención de ocasionar voluntariamente una muerte.

Asegura también el impugnante que el sentenciador de segundo grado, no precisó si se trataba de una “CULPA PREVISION o DE UNA

PREVISION CON ASUNCION DEL RESULTADO PREVISTO”. Desde luego que el asunto tiene su importancia. Recuérdese, entonces, rápidamente, con conocido tratadista, que la **CULPA CON REPRESENTACION** como también se la conoce, “surge cuando el agente, habiéndose representado el resultado típico y antijurídico de su comportamiento, confía indebidamente en poderlo evitar” y que esta especie de culpa guarda harta semejanza con el **DOLO EVENTUAL**, comoquiera que en ambas opera la representación y, por lo tanto, la previsión del resultado; “pero se diferencian en que en la primera el agente confía que el resultado no se producirá, es decir, no lo quiere, mientras que en el segundo, nada hace por evitarlo y en consecuencia lo acepta anticipadamente”.

Pues bien, el Tribunal como conclusión de su pensamiento precisó: “Entonces, al disparar de esa manera previó al menos como posible el resultado dañoso”. Ha debido, ciertamente, ser más concreto sobre el asunto, pues, como quedó visto, tanto en la modalidad del dolo indirecto de que se trata, como en la culpa en cuestión, **EL AGENTE PREVE EL RESULTADO LESIVO COMO CONSECUENCIA POSIBLE DE SU CONDUCTA** y, así, mirada solitariamente aquella expresión no podría asegurarse que el Tribunal se refería a un **DOLO EVENTUAL**, esto es, que el agente le fue indiferente que el resultado de la muerte se produjera. Pero las cosas no llegan a mayores, cuando sin esfuerzo se aprecia que la multicitada frase hace parte de un contexto que tiene por objeto refutar a la defensa en su apreciación de que se está frente a un delito **CULPOSO**.

Si a **MILLER CARDENAS GUZMAN** no le hubieran sido indiferentes las resultas del disparo de marras, fácilmente, sin esfuerzo ninguno y acomodándose muy bien a la intención no dolosa que pregona el impugnante, ha debido disparar **AL AIRE**, y no al grupo, como efectivamente lo hizo, y siendo que para asegurar esto, no se requiere que así lo hubiera testimoniado inclusive el sobrino del ahora condenado, pues ello constituye por aparte una verdad de canto, dada por la fuerza misma de la manera como se desarrollaron los hechos.

2. **SOBRE LA PRUEBA INDICIARIA DE AUSENCIA DE MOTIVACION SUFICIENTE PARA MATAR**. Lo primero a significarse es que la realidad enseña que existen eventos en que el delito se produce sin que esté de por medio no sólo un móvil **PODEROSO**, sino ni siquiera

FUERTE. De ahí que el legislador, previsor como es, y auscultante del medio real social sobre el que impera, haya previsto como circunstancias genéricas de agravación punitiva (artículo 66 del Código Penal, numeral 1o.), “Haber obrado por motivos innobles o FUTILES”. Lo “futil” es lo de poca importancia y son, entonces, sinónimos suyos lo frívolo o lo insignificante, lo nimio o insubstancial. Es que no puede olvidarse que el procedimiento todo de MILLER CARDENAS GUZMAN obedeció a móviles fútiles que sólo tienen explicación en su carácter agresivo, el que se estimuló hasta el máximo por el licor ingerido. Ninguna acción o provocación proveniente de las damas, lo llevó a comportarse con ellas de la manera grosera de que hablan los autos; la respuesta que a su ofensa esgrimió el compañero de las señoras ofendidas, tampoco motivaba su réplica y, finalmente, la huida que todos emprendieron cuando lo vieron con el revólver en las manos, negaba toda razón de ser al disparo que ocasionó la muerte de Dora Torres I. Una cosa es, entonces, afirmar que “toda conducta humana es motivada” y que, GENERALMENTE, la reacción es proporcionada al estímulo y otra bien diferente asegurar que todo delito de homicidio tiene un móvil PODEROSO o FUERTE proveniente de la víctima y que siempre la reacción homicida es equivalente al agravio inferido. Aquí los hechos son sobradamente dicentes sobre la inexistencia de una razón como motivo grave, empero lo irrefutable del homicidio intencional.

Dentro de este mismo acápite el censor asegura que la PRUEBA PERICIAL también fue motivo de error en su apreciación por el Tribunal. Pero la verdad es que el peritaje psicológico forense sobre el procesado MILLER CARDENAS G. no fue variado en su contexto, ni en manera alguna distorsionado su sentido. En efecto, el Tribunal en la sentencia impugnada, precisó:

“...En conclusión, debe responder CARDENAS GUZMAN por el homicidio doloso que cometió, desde luego en estado de embriaguez, pero pese a ello podía comprender sus actos y autodeterminarse, él mismo acepta su estado de lucidez, pese su alicoramiento, estado que lo desinhibió y ante la respuesta dada por el grupo por la agresión verbal por él lanzaba, se desencadenó el hecho trágico, al ver ‘lastimada su autoestima’ como así lo menciona la psicóloga forense, al tener éste un control más ‘represivo que racional’ de sus instintos, le faltó autocontrol

frente a sí mismo y sus reacciones temperamentales, precisamente por ser la embriaguez desinhibidora de agresividad en algunas personas”.

Apréciese, ahora, lo que expresa el experticio, en su ampliación (pág. No. 3): “...la conclusión dada al párrafo final de la página 6 NO SE REFIERE DE MANERA ALGUNA A LA INTENCIONALIDAD DEL PROCESADO, hacemos referencia únicamente al comportamiento impulsivo del examinado al ser hêrida su autoestima ante la respuesta verbal de los ofendidos”. No se ve, entonces, dónde se encuentra el error de apreciación que le atribuye el censor al Tribunal.

Y, no hay que sorprenderse como lo hace el recurrente por la circunstancia de que el dictamen no precise la INTENCIONALIDAD en el procesado. Eso es apenas lo natural y legal.

Los psiquiatras forenses que son los que con más propiedad se ocupan de estas cuestiones, establecen, con fundamento, entre otras cosas, en pruebas clínicas, percepción directa, análisis del material probatorio, si la persona tenía CAPACIDAD PARA AUTODETERMINARSE O NO; dicho de otra manera, si la persona contaba con capacidad de VOLICION (querer hacer) y/o VOLICION (querer no hacer). Recuérdese que, con la mejor doctrina, en las dos acciones están la voluntariedad y la conciencia.

Lo señalado es una faz del dictamen; la otra cara está referida a la CAPACIDAD DE COMPRENDER LA ILICITUD DEL ACTO. También dictaminan sobre la recuperación de la normalidad psíquica o sobre la clase de tratamiento científico que debe brindarse a una persona que se ha considerado inimputable; igualmente, respecto a si una persona ha asimilado los patrones culturales que le permiten reinsertarse en su medio; sobre las características de la personalidad; en fin, la influencia del medio en su idiosincracia. PERO JAMAS EL DICTAMEN DETERMINA LA INTENCIONALIDAD DEL ACTO Y, MENOS LA MIDE.

Ahora bien, un dictamen emitido con el fin de establecer si una persona estaba en capacidad de autodeterminarse o no, ofrece al Juez los elementos de juicio necesarios para que él precise, con las otras pruebas del proceso, si esa persona en un caso dado, quería la realización del específico hecho punible que se le imputa. Pero ni el perito ni el Juez

pueden, por vías de aplicación de las ciencias de su particular dominio, fijar la magnitud de la intención porque EL PERITO SE LIMITA A SEÑALAR QUE LA PERSONA GOZA DE CAPACIDAD PSIQUICA SUFICIENTE PARA ACTUAR INTENCIONALMENTE Y EL JUEZ SE CONCRETA A INFERIR Y CONCLUIR SI LA PERSONA OBRO CON INTENCION O NO.

No existe un DOLOMETRO que permita establecer ni el DOLO ni su medida, ni INTENCIONOMETRO que faculte determinar la intención y su cuantificación. Debe recordarse que una cosa es MEDIR (“Comparar una cantidad con su unidad, con el fin de averiguar cuántas veces la segunda está contenida en la primera”, Diccionario de la Lengua Española, última edición) y otra es examinar la mayor o menor vulneración del bien jurídico para efectos de DOSIMETRIA PENAL.

Concrétese, entonces, que con relación al DOLO, *EL FUNCIONARIO* debe apreciar las circunstancias de lugar, tiempo y modo que rodearon el hecho e, inclusive, la personalidad del procesado, para fijar con precisión los criterios que permitan concluir si concurren circunstancias de agravación o de atenuación, específicas o genéricas, en orden a delimitar con exactitud la mayor o menor vulneración del bien jurídico y, así, dosificar la pena. En tanto que, tratándose de la INTENCION, ésta no permite variaciones en el desarrollo del ITER CRIMINIS; por ejemplo, quien ejecuta actos idóneos, e inequívocos para producir la muerte de otra persona no quiere matarla MAS o menos, sino que, simplemente, quiere matarla, y si cesa en su acción es porque ya no quiere matar. Pero DOLO e INTENCION, enfaticesen, dos cosas ciertamente distintas, deben ser establecidas por el Juez y no por el perito.

Por más que se esfuerce el demandante en demostrar que su patrocinado no fue belicoso, fracasa en su intento. Que la reacción de CARDENAS, a la respuesta de “hijueputa” que, según algunos, recibió cuando su imperdonable grosería con las damas, fue la de acercarse al grupo en actitud conciliadora, y precisamente por su carácter narcisista que le atribuye la psicóloga forense, no convence a nadie, pues para demostrarlo debe apoyarse también dizque en el temperamento pacífico y amistoso de MILLER que gusta de “buscar el diálogo, la paz”, lo que choca en un todo con el desenvolvimiento

real de los hechos que condujeron a la inaudita e inadmisibles muerte de Dora Torres Ibarra.

3. EL ERROR DE LA APRECIACION DE LA PRUEBA DE INDAGATORIA Y DE TESTIGOS.

El censor comienza por hacer ver que el Tribunal termina por aceptar que fue un hecho cierto que MILLER CARDENAS sí subió por el revólver a su habitación y que no podía menos de haber llegado a esa conclusión habida cuenta de los testimonios de su empleado Eduardo Chavarro y su cuñada Stella Cárdenas. Pero si se analiza bien el contexto de lo expresado por el Tribunal, lo que él verdaderamente está manifestando no es que la prueba haya terminado por convencerlo en el sentido señalado, sino que, dando por cierto (esto es, bien pudiera decirse, en gracia de discusión) que el procesado sí subió a su habitación por el revólver “y dándole credibilidad también a éste de tomarlo al ver gente sospechosa merodeando en la parte de afuera donde parqueó el taxi, LOGICO ES QUE PROCEDIERA A INTRODUCIRLE LA MUNICION, para tenerlo listo en caso de que los maleantes fueran a llevarse el automotor, por eso NO ES CREIBLE LA AFIRMACION DE TENER LA CONVICCION DE ESTAR EL ARMA DESCARGADA, la cual dice nunca lleva consigo, sin embargo el propio Gentil Gutiérrez alude a que por lo menos en dos ocasiones se le ha visto portar, éste es su amigo incondicional, que trató de consolidar las afirmaciones de MILLER, pero en verdad, ésta, como la mayoría de ampliaciones de otros declarantes tratan de confirmar o adicionar su versión inicial, donde se nota su acomodo”.

El recurrente para criticar el planteamiento del Tribunal, hace hincapié en que allí se refiere a la protección del automotor, cuando la verdad es que CARDENAS “nunca dijo que tuvo temor de que se llevaran el vehículo”. Este es un detalle que ciertamente no tiene la trascendencia que quiere concederle el impugnante, porque inclusive en el aparte que de su declaración en cita (“...observé que estaban dos personas sospechosas hombres y cerca del vehículo, como ese lugar es oscuro y de alta peligrosidad por lo que transita mucho ladrón y vicioso, enseguida subí a mi residencia... saqué un revólver de mi propiedad... entonces después de sacar el revólver esa noche, me lo guardé en la cintura del pantalón, en la correa, y luego saqué las seis balas de la cajita, para después

cargarlo, bajé enseguida al garaje dónde nos encontrábamos tomando con otros amigos y me senté a acompañarlos para seguir tomando las cervezas...” se aprecia que, según el mismo procesado, su subida INMEDIATA a su habitación fue por la presencia de SOSPECHOSOS en lugar cercano al TAXI de su propiedad, sitio OSCURO y de ALTA PELIGROSIDAD. Así las cosas no se ve cuál el error de apreciación manifiesto en el sentenciador cuando asegura que MILLER CARDENAS debió, por imperio de la lógica, proceder a colocarle la munición, si era que estaba descargada, pues de lo contrario no se entiende la prisa en ir por el arma motivada por la presencia de SOSPECHOSOS, a no ser que se vaya en contravía de todo y entonces se espere a pedirle permiso a éstos para cargarla en el momento mismo del ataque. Lo otro que se sostiene y en el sentido de que era para dormir con el arma en el taxi y, entonces, allí, cargarla, tampoco tiene razón de ser, pues MILLER CARDENAS aún no se iba a acostar y tiempo tenía entonces más que suficiente para retirarla de sus habitaciones, sin darse la premura que sostiene se dio.

De otra parte, se extraña el censor de que el Tribunal no le diera credibilidad a la indagatoria cuando el procesado asegura que nunca lleva consigo el arma. Pero la verdad es que sobre este aspecto por parte alguna se logra demostrar error y menos manifiesto. En su primera declaración al amigo del aquí condenado, Gentil Gutiérrez, se le PREGUNTO: “Dígale al Juzgado si el señor MILLER CARDENAS porta arma de fuego o sólo ese día lo portaba?”. CONTESTO: Pues diariamente porta el revólver, o sea, las veces que me lo encontraba o como en dos ocasiones que estuve tomando con él portaba el revólver”. Posteriormente, en ampliación, al ser PREGUNTADO: “Díganos si antes a la oportunidad que nos ha mencionado usted le había visto el revólver a MILLER y si es conocedor que él lo portaba antes de estos hechos?”, CONTESTO: En dos ocasiones anteriores a estos hechos yo le había visto el revólver a MILLER, en dos oportunidades con intervalo de unos quince días del uno al otro. PREGUNTADO. En la declaración anterior nos dijo que el señor MILLER CARDENAS diariamente porta revólver, en esta oportunidad nos dice que únicamente en dos ocasiones lo vio, aclárenos esta situación? CONTESTO: Pues que en dos ocasiones le vi yo el revólver, eso fue lo que dije”.

Es ostensible el cambio entre una y otra deposición. Mucho es lo que va de “DIARIAMENTE” a “con intervalo de unos quince días”. No

es, pues, aventurado pensar que el amigo de parranda quiso favorecer a MILLER CARDENAS. No constituye, entonces, error manifiesto que el Tribunal no le hubiera concedido mayor credibilidad a la aseveración del hoy condenado en el sentido de que nunca porta arma o que sólo lo hace para defender su casa, fundamentado entre otras cosas, en el examen del testimonio de Gentil Gutiérrez, a lo que habría que agregar que es lógico entender que también lo lleve para defender el taxi de su propiedad que él mismo maneja.

De otra parte, aun aceptando lo que refiere el demandante en el sentido de que “el disparo no podía hacerlo MILLER hacia el frente del garaje en donde hay un amplio solar desocupado, pues frente al procesado estaba su sobrino, quien precisamente se le interponía con respecto al solar desocupado”, ello no destruye el hecho (lo que para los efectos de la sentencia del Tribunal da lo mismo) de que a CARDENAS GUZMAN nada le impedía, si su intención no hubiera sido la de dispararle al grupo, efectuar el tiro al AIRE.

Y, la presunta o real contradicción entre el dicho del procesado, el de John Freddy Rodríguez y el de los familiares de la víctima, con respecto a quién la persona que ciertamente se fue hasta la esquina y levantó a la entonces vulnerada, joven Dora Torres Ibarra, recién acontecidos los hechos aquí juzgados, la verdad es que, como bien lo señala la Delegada, “ello no tendrá incidencia alguna –aun por fuera del contexto de la valoración probatoria– como que es un fenómeno posterior al homicidio y lo que cuenta para su atribución penal es lo que sucede antes del *factum* adecuado típicamente”.

También señaló el Tribunal, en la sentencia de segunda instancia: “Reiteran en todas sus intervenciones procesado y defensor que la conducta de éste no fue dolosa, en ningún momento quiso la producción de un resultado dañoso, MILLER tenía la convicción de que el arma estaba descargada y para demostrar que así era la disparó, con el resultado fatal, todo, por cuanto en el momento en que la tomó no se percató que estaba cargada, pues, es su costumbre guardarla así todas las mañanas, luego de por la noche haberle metido las municiones para defender sus bienes, pero este día coincidió que su esposa se la prestó a su hermano Alfonso Cárdenas Guzmán quien la dejó cargada y él (imputado) la tomó cuando

esa noche vio pasar a personas sospechosas que merodeaban por los lados donde había dejado el taxi, a la entrada del establecimiento.

“El defensor solicita que a MILLER CARDENAS GUZMAN se le condene por un homicidio culposo, pues jamás tuvo la intención de matar, lo único reprochable de su conducta fue el no haber verificado antes de manipular el arma y pese a su embriaguez, que se hallaba cargada. Para ello resalta el ánimo que tenía de descargar en las mañanas el arma, el de no portarla fuera de su casa, su personalidad la cual es muy diferente a la consignada en la resolución acusatoria, pues la prueba testimonial recepcionada en el juicio lo presenta como un hombre amable, sereno, pasivo, no conflictivo; y el no existir prueba en contrario de la carencia de MILLER respecto del arma descargada.

“Pretenden que se crea en la confesión calificada plasmada por éste, pero cómo darle credibilidad a la versión expuesta por MILLER CARDENAS GUZMAN Y TRATADA DE ARMONIZAR EN TODAS SUS PARTES POR SUS PROPIOS FAMILIARES, CUANDO ESTE NO HA SIDO SINCERO Y AQUELLOS SE HAN CONTRADICHO. Aunque desde la primera oportunidad MILLER CARDENAS GUZMAN expresa que accionó el arma con la convicción de que estaba descargada, niega el haber provocado al grupo de jóvenes que por allí pasaban, el haber lanzado a las damas la grotesca expresión consignada; dos meses después solicita ampliación de indagatoria y la adecúa con las versiones de sus familiares, en esta ocasión sin previa pregunta expresa por parte del Juez sobre las disimilitudes existentes, no sólo trata de compaginar su dicho con el de sus parientes, sino con el de los amigos que lo acompañaban esa noche, respecto del momento en que aquellos le vieron el arma, y acepta la vulgar invitación a las damas acompañada a la de ‘bailar’; en memorial donde sustenta el recurso de apelación contra la resolución de acusación sostiene que su apoderado fue quien lo obligó a mencionar esta expresión en lugar de la de bailar (cuaderno principal No. 1; folios 85 y 212); en junio 11 de 1992, jura por su honor que ninguna palabra grosera les dijo; y, finalmente, en la audiencia pública, nuevamente acepta el haber sido vulgar, pero que ellos también le respondieron de igual modo.

“Pero la discusión central no radica en la ordinariez de la invitación que MILLER le hizo a la hoy occisa Dora Torres y a sus acompañantes

que coincidentalmente pasaban por ahí, sino en la voluntad de éste al disparar y si tenía conocimiento que el arma estaba cargada. Asegura que siempre acostumbra a sacarle la munición al revólver, lo que hace todas las mañanas, pero ese día su esposa Leonor Gutiérrez de Cárdenas se lo prestó a su hermano, para que cuidara el cultivo de arroz y así lo confirman éstos, pero INCURREN EN VARIAS CONTRADICCIONES y a la señora cuando se le pide explicación por parte del instructor al respecto, no encuentra otra respuesta distinta a la de culpar al funcionario por haberla confundido en el interrogatorio, afirmación mendaz, por cuanto a la diligencia asistió el apoderado de su cónyuge quien ninguna constancia dejó en el acta, además de ser claras las preguntas efectuadas (fl. 51, Cuad. No. 1 y 65 Cuad. No. 2)...”.

Contra lo anteriormente expresado por el Tribunal se alza el censor, señalando que a los familiares hay que creerles porque lo que comentan sólo a ellos podía constarles por ser detalles ocurridos en el seno doméstico, pero se le escapa al recurrente que esto no basta porque la realidad es que obran circunstancias que colocan en duda la sinceridad de lo testimoniado por aquellos. No se olvide sobre este aspecto del asunto que los particulares que departían con MILLER momentos antes de los desgraciados hechos, no apreciaron que aquel se ausentara con destino a su habitación a tomar el arma homicida, lo que sí dizque observa pariente de la víctima o dependiente suyo en la cantina de su propiedad.

El impugnante, en el fondo, termina por aceptar que el comportamiento de su defendido no fue sincero, así se extienda en consideraciones que buscan explicar ese su comportamiento, como por ejemplo que se apartó de la verdad, por “temor” o que dijo cosas en la segunda declaración no manifestadas en la primera, por “ansiedad”.

En la declaración rendida por la esposa del condenado, doña Leonor Gutiérrez de Cárdenas (fl. 51 y ss. del cuaderno No. 1), señala que ella el día de los hechos le prestó el revólver a su cuñado Alfonso Cárdenas, para que éste cuidara “el agua del arroz” en un cultivo de su propiedad; arma que devolvió aproximadamente a las nueve (9) de la noche, “entonces yo le dije a él que dejara el revólver como estaba”, lo que según su dicho equivalía a que lo dejara descargado. Antes había señalado que su esposo regresó del viaje emprendido el sábado, el domingo a las 7:30 de la noche.

“...Yo recuerdo que mi esposo hizo una entrada a la alcoba como a las o faltando unos 25 ó 26 minutos para las ocho de la noche, pero no se demoró nada”. Siguió refiriendo cosas y respondiendo a preguntas del instructor. Luego éste le preguntó: “¿Cuando su esposo se va de viaje acostumbra llevar consigo el arma de fuego?. CONTESTO: No, nunca lo hace siempre acostumbra dejarla en casa. PREGUNTADO: En esta diligencia nos ha dicho que su esposo después que comió y regresó al garaje hizo una entrada a la alcoba faltando como unos 25 o 26 minutos para las ocho de la noche, el día de los acontecimientos, en respuestas anteriores, o mejor, ¿díganos si usted cree que en esa oportunidad entró a sacar el arma de fuego?. CONTESTO: PUES YO SI CREO QUE FUE EN ESE MOMENTO PORQUE DOY TESTIMONIO QUE EL LA HABIA DEJADO EN LA CASA Y NUNCA LA PORTA. PREGUNTADO: Resulta que en esta misma diligencia usted nos ha afirmado que el señor Alfonso Cárdenas llegó a las nueve de la noche a dejar el arma de fuego, díganos cómo se explica esta contradicción con la respuesta anterior?. CONTESTO: (la declarante duda en contestar) ...espere un momento me ubico mejor. Sí estoy segura que Alfonso llegó a las nueve de la noche porque en ese momento yo miré el reloj, entonces mi esposo entró fue después que Alfonso lo había dejado allí...”.

Para el censor existe error en la apreciación de esta prueba por parte del Tribunal “al afirmar una contradicción que no existe”. Que la pregunta también es capciosa, añade. Y que la circunstancia de que el defensor no hubiera dejado ninguna constancia sobre ese particular nada significa, “pues se supone que al momento de la valoración probatoria el funcionario instructor o el juez aplican los criterios legales”.

Es indudable que en la respuesta dada por la esposa del condenado, existe una CONTRADICCIÓN (ASI, CON MAYUSCULAS) y bien diciente, pues si estaba segura de la hora en que había llegado el hermano de su marido, no ha debido incurrir en ella. Y eso de que no sepa con certidumbre tal hora deja mucho qué desear, y al juzgador, entonces, con fundamento, le es dable pensar en que quien así declara no se está sujetando en un todo a la verdad, más cuando se trata nada menos que la esposa del procesado y cuando con ese posible apartamiento de la verdad beneficia formidablemente los intereses de su cónyuge.

La crítica, pues, que al pensamiento del Tribunal le levanta el recurrente no demuestra por parte alguna el error y menos con la característica de manifiesto que exige este recurso extraordinario.

4. SOBRE EL ERROR EN LA APRECIACION DEL DICTAMEN PERICIAL. DICTAMEN SICOLOGICO. Lo primero a señalarse es que el censor coloca al Tribunal aceptando los testimonios de Stella Cárdenas y Eduardo Chavarro, en contraposición a lo declarado por todos aquellos que se encontraban con MILLER CARDENAS tomando cerveza en su cantina, cuando, como quedó visto, ello no se ajusta cabalmente a la verdad. En ese orden de ideas sostiene entonces el demandante que el Tribunal ha debido también apreciar el dictamen para valorar el comportamiento psíquico de MILLER, “pues si éste estaba tan embriagado como él lo afirma y se justifica por su itinerario de libaciones... lo lógico es que su percepción visual estuviera disminuida y su capacidad de raciocinio estuviera menguada, como también su capacidad de atención”.

Procede a continuación el recurrente a presentar su tesis sobre la manera como sucedieron los hechos, así: “MILLER está embriagado y en esas condiciones es cuando a manera de recocha según él (f. 56 Cdno. 3) le dice al grupo que si quiere ‘culiar’. Obviamente esa pregunta no se hace con intención seria de satisfacer la libido porque se formula a un grupo desconocido para él y que transita por la calle y el sexo requiere cierta individualidad e intimidad, y por ello demuestra que sí fue producto de la embriaguez. Viene luego el incidente con José Vicente Torres cuando éste amaga sacar arma de la bota, MILLER saca el revólver y el grupo sale corriendo. En eso interviene John Freddy Rodríguez a recriminarle a MILLER para que deje de ‘mariquiar’ con el arma y MILLER concentra la atención en responderle a su sobrino... Entonces, al intervenir John Freddy borra de la mente de MILLER al grupo, pues no se puede atender a dos sujetos al mismo tiempo, según enseña la psicología...”

“LO ANTERIOR EXPLICA SUFICIENTEMENTE QUE MILLER CARDENAS NO HUBIERA PERCIBIDO LA PRESENCIA DEL GRUPO que ya estaba a una distancia superior a 20 metros, en momentos en que está dialogando con su sobrino, no sólo porque no podía atender a

ambos sujetos (sobrino y grupo), sino porque su estado de embriaguez le impedía una clara percepción de lo que estuviera más alejado. Este es precisamente el ERROR de la Sala al apreciar esta prueba pericial pues no la tuvo en cuenta para analizar el comportamiento del procesado en el momento en que se efectuó el disparo y por ello equivocadamente dedujo DOLO en lugar de CULPA o, inclusive la inculpabilidad por la creencia errada de que al disparar, ASI CREYERA QUE EL ARMA SI ESTABA CON MUNICION, lo hizo convencido de que a nadie iba a lesionar y, por lo tanto que su acción no correspondía a la descripción legal de homicidio ni de lesiones personales”.

Al primer golpe de vista o prima facie, se aprecia algo en lo que gusta el censor insistir en el desenvolvimiento total de su demanda, esto es, en presentar su particularísima opinión sobre los hechos para enfrentarla al planteamiento de los sentenciadores. También aquí, como bien lo apunta la Delegada, el demandante “en el fondo lo que hace es criticar el análisis y valoración jurídica que de los medios de prueba efectuó el fallador, lo que no es admisible en casación en consideración a que el Juez de la sentencia tiene la libre apreciación racional de los diferentes medios de convicción allegados al proceso, conforme al principio de la sana crítica (lógica, experiencia y datos de ciencia) que informan su convencimiento, lo que prima frente a los particulares criterios del casacionista y, por otra parte, la sentencia está amparada por la doble presunción de acierto y de legalidad”.

Por otra parte, cuando se relee el dictamen de la psicóloga forense, se encuentra allí que a la pregunta de “si a una persona en estado de embriaguez se le dificulta la clara percepción de los hechos y su memorización”, la respuesta fue: “A una persona en estado de embriaguez SE LE PUEDE DIFICULTAR la clara percepción de los hechos y su memorización DEPENDIENDO del funcionamiento global y la conducta desplegada por cada individuo, así como del grado de embriaguez Y EN LOS CASOS en que el individuo presenta antecedentes de enfermedad psicopatológica, daño cerebral, alteraciones del estado de conciencia, antecedentes convulsivos, etc.”.

Obsérvese, entonces, para no decir sino en gracia a la debida brevedad lo que se expresará a continuación, que mientras el recurrente fatalmente

de la embriaguez desprende imposibilidad en MILLER CARDENAS G. para percibir la presencia del grupo en el que se encontraba la mujer que resultó herida de muerte, la experta en estas materias lo que asegura es que *PUEDE* presentarse *DIFICULTAD* para la clara percepción de los hechos y ello siempre y cuando se den otras circunstancias que aquí no se demostraron. ¿Quién, entonces, el que verdaderamente aprecia mal el dictamen de marras?

El censor, al principio, de manera perspicaz, señala simplemente una disminución de la visión, pero, al final, sin fundamento atendible, lo que pregona es su pérdida: MILLER CARDENAS G. *no* percibió la presencia del grupo. Refulge que, inclusive, así la tuviera disminuida por la embriaguez, debió apreciar el grupo, pues todo indica que fue a éste al que quiso dispararle y, efectivamente, le disparó, con la desgraciada consecuencia de la muerte conocida de autos.

Es curioso, pero ya en este cargo, y sin precisar si se trata de uno *SUBSIDIARIO*, aunque sí planteado de manera separada, el recurrente acepta que el condenado pudo creer que el *ARMA SI ESTABA CON MUNICION*, lo que no deja de darle a la demanda un indudable contenido contradictorio, pues en la generalidad del discurso de la misma lo que sostiene es que MILLER CARDENAS GUZMAN siempre creyó que la misma estaba *DESCARGADA*.

El recurrente, pues, no logró demostrar en ninguno de los *CARGOS* que el sentenciador hubiera incurrido en error manifiesto en la apreciación de las pruebas o en “falta de apreciación de todas las pruebas en conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica” y de ahí que, con lógica irrefutable, los mismos estén condenados al fracaso.

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:

No casar la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FISCALIA

El artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, dispone que “con la ejecutoria de la resolución de acusación, adquieren competencia los jueces encargados de su juzgamiento. A partir de ese momento, el Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación”.

¿A cuál Fiscal se refiere dicha disposición? Sin duda alguna al (o a la Unidad) que ha llevado adelante la instrucción y ha efectuado la calificación, profiriendo la providencia acusatoria respectiva.

La Fiscalía debe actuar “con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico”, según el artículo 5o. del citado Decreto 2699, cuyo inciso 2o. del artículo 3o. dispone: “La Fiscalía General de la Nación ejerce sus funciones administrativas por medio de sus delegados y personal auxiliar conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, sujetos, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad”, disposición que reafirma una vez más lo dicho por la delegada en cuanto a que la “estructura de mando vertical” predicable de la Fiscalía solamente opera en lo que concierne a dichas funciones administrativas.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 103 de 20 de septiembre de 1994.

Mediante la presente providencia la Sala declarará nulo lo actuado en este proceso, a partir del auto mediante el cual el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Pereira concedió el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Delegado ante esa Corporación, contra la sentencia de 12 de agosto de 1993, mediante la cual se condenó a JOSE DE JESUS VERA ALARCON por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, y se le absolvió con respecto al delito de tentativa de homicidio, por el cual también había sido acusado.

Antecedentes:

1. Mediante resolución de 13 de octubre de 1992 (fls. 110 y ss.), la Fiscalía Seccional 25 Unidad de Dosquebradas (Departamento de Risaralda) acusó al susodicho Vera Alarcón por los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal.

En esa providencia, los hechos objeto de la acusación se sintetizaron así:

“El seis (6) de julio del corriente año aproximadamente a las seis de la tarde cuando se transportaba por la avenida central de este municipio el señor Gerardo Yepes Valencia, a la altura del sitio ‘El Crucero’ con calle 46 fue interceptado por José de Jesús Vera Alarcón quien desenfundó un arma de fuego accionándola en repetidas oportunidades, sin lograr hacer impacto en su humanidad, pero chocando uno de los proyectiles en el parál izquierdo del parabrisas delantero del automotor.

“Luego del hecho emprendió la huída capturándosele cuabras más adelante decomisándosele el revólver... sin savoconducto” (fls. 110).

Apelo ese proveído el defensor del procesado, y la Fiscalía Número Dos Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira lo confirmó (fls. 147 y ss.-1).

2. El Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal celebró audiencia pública (fls. 174 y ss.-1) y dictó sentencia el 24 de junio de 1993 (fls. 220 y ss.), por medio de la cual, en armonía con la acusación, condenó al procesado Vera Alarcón a 64 meses de prisión, fallo éste que

fue apelado por el defensor del acusado. El Tribunal revocó la condena por la tentativa de homicidio, absolviendo por este delito, y la confirmó por porte ilegal de armas, punible por el cual determinó una pena de 18 meses de prisión (fls. 284 y ss.-1).

Se notificó el fallo por telegrama al Fiscal acusador y al defensor (fls. 309), y por edicto a las demás partes. Aparece después un escrito del Fiscal Delegado ante el Tribunal (fls. 316), por medio del cual recurre en casación el referido fallo, recurso que fue concedido por auto de 15 de septiembre (fls. 319-1). Posteriormente el impugnante presentó la respectiva demanda (cuaderno No. 2) y en la Corte se declaró ésta ajustada a las prescripciones legales (fls. 3 cuaderno Corte).

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Sala:

1. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Sala se declare la nulidad de lo actuado a partir del ameritado auto que concedió el recurso de casación, por estimar que el impugnante “carecía de legitimidad para hacerlo” (fls. 11 cuaderno Corte).

Anota que las funciones de la Fiscalía General de la Nación (arts. 249 y 253 C.N.) deben ser desarrolladas invariablemente “de conformidad con los parámetros de organización y funcionamiento fijados en la ley (art. 253 C.N.), los que han de respetar la estructura del proceso penal y las diferentes competencias de los funcionarios encargados de adelantar las actuaciones surgidas de los delitos cometidos” (fl. cit.). Agrega que la “estructura de mando vertical” que rige en la Fiscalía “está reservada a las funciones de tipo administrativo”, como se desprende de los artículos 3, 19 y 20 del Decreto 2699 de 1991 o estatuto orgánico de la mencionada entidad.

“Las funciones de naturaleza judicial –dice la Delegada–, por el contrario, deben regirse por los mismos criterios y principios que informan el procedimiento penal colombiano, en donde la distribución del trabajo se realiza con fundamento en criterios de competencia territorial, personal y funcional, según se desprende de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y de las normas del Capítulo IV del citado Decreto 2699” (fls. 11 y 12), precisando que si bien la competencia de la Fiscalía

“es de alcance nacional” (art. 250 C.N.), “por lo que toca con la competencia que se fija teniendo en cuenta los factores personal y funcional, no asiste el mismo principio de competencia plena de cualquiera de los fiscales que integran el organismo, habida consideración de que tanto el estatuto orgánico de la Fiscalía como las normas de procedimiento penal, distribuyen las competencias de manera tal que cada funcionario tiene demarcado su ámbito particular para el cumplimiento de sus deberes legales, dependiendo de los asuntos que le estén asignados, competencia que determinará también su calidad dentro del proceso penal” (fls. 12).

Recuerda que el artículo 122 del Código de Procedimiento Penal, al prever la organización de las Unidades de Fiscalía de Segunda Instancia, dice que éstas deberán tener “la función exclusiva de tramitar los recursos de apelación y de hecho contra las providencias interlocutorias proferidas por el Fiscal Delegado o Unidad de Fiscalía que dirija la investigación”, y que únicamente para lo relacionado con dichos recursos “tienen la calidad de Fiscales Delegados. Cuando en los artículos siguientes se hace referencia a los Fiscales Delegados y se les otorga la función de decidir recursos se entiende que esa competencia le está atribuida exclusivamente a los funcionarios aquí señalados” (fls. 12).

Se refiere a la competencia de los Fiscales Delegados ante los Tribunales (arts. 125 C.P.P., modificado por el artículo 19 de la Ley 81 de 1993), y señala:

“Como se ve, la naturaleza de las funciones de estos delegados es triple: una de fiscal delegado de primera instancia, adquirida por el factor funcional (conocimiento del tribunal y asignación especial), otra de fiscal delegado para la segunda instancia, y una tercera como fiscal delegado encargado de la resolución de los conflictos, las recusaciones e incidentes de similar naturaleza.

“Esas funciones se deben ejercer dentro de los estrictos marcos señalados en las normas de competencia, en razón a que si bien la función de investigar, calificar y acusar es genérica para la Fiscalía, ella tiene, en todo caso, limitaciones en aquéllas” (fls. 13).

Dice que “si se mirara la cuestión desde la óptica de una intervención de la Fiscalía como Unidad, cualesquiera de sus servidores con la calidad de Fiscal Delegado podría interponer y sustentar el recurso extraordinario de casación”. Pero advierte que frente a la estructura procesal consagrada por el Decreto 2700 de 1991 esta interpretación no es posible, “pues según su artículo 444, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación ‘el fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación’, con lo cual su participación en el trámite procesal está supeditada a las mismas reglas que rigen para la intervención de todos los sujetos procesales, con las especificaciones que surjan de la calidad especial que indudablemente tiene dentro del proceso como órgano de la acusación”. Y agrega:

“El Fiscal Delegado, en consecuencia, durante la etapa del juicio, no puede reemplazarse a voluntad por cualquiera homónimo suyo, sino que debe ser reemplazado previa una resolución que así lo disponga y a través de un pronunciamiento judicial que le reconozca validez a tal desplazamiento y acepte al nuevo funcionario como el representante del órgano de la acusación. Es la consecuencia de que tenga el carácter de sujeto procesal y de que sea el juez quien a partir de entonces es el titular de la acción penal y el director del proceso.

“Cuando no existe ese desplazamiento expreso –a través de resolución proferida por quien tiene la facultad de hacerlo–, solamente podrá intervenir en calidad de sujeto procesal aquel fiscal que presentó la acusación ante el Juez correspondiente, o el que habiendo asumido la representación del órgano de la acusación por designación especial consignada en resolución motivada, haya intervenido en la sustentación de la acusación.

“El Fiscal de segunda instancia, como tal, esto es el previsto en el artículo 122 del Código de Procedimiento Penal, está restringido en sus facultades pues la norma es clara en establecer que ellas solamente las adquiere para los efectos de la resolución del recurso (función *exclusiva* de tramitar los recursos de apelación y de hecho, dice la norma), de manera tal que una vez tomada la decisión carece de competencia para su intervención posterior.

“El hecho de que no se haya organizado la Unidad Especial de Segunda Instancia a que se refiere el artículo 122 citado no puede tomarse como una condición que amplíe la competencia de los Fiscales encargados de la resolución de los recursos de apelación y de hecho, pues aún cuando esta función la cumplan los fiscales delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, ellos también tienen restringidas sus posibilidades de intervención en los asuntos que son de competencia de otros delegados en primera instancia, según se ve del contenido del artículo 125 del Código de Procedimiento Penal.

“Finalmente, para que el Fiscal de Segunda Instancia pudiera admitirse como sujeto procesal en la etapa del juicio, se requeriría que tal función le fuera atribuída mediante resolución especial –la que no existe en el proceso–, pues si bien puede desplazar ‘a los Fiscales Delegados ante los Juzgados respectivos de Distrito’, ello solamente es posible ‘mediante resolución motivada contra la cual no procede recurso alguno’ (art. 125, numeral 3o. C.P.P.).

“En conclusión, el Fiscal Dos Delegado de la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal superior del Distrito Judicial de Pereira carece de legitimación procesal en este asunto, la que está radicada en el Fiscal Seccional 25 de la Unidad de Dosquebradas, Risaralda, funcionario que expidió la resolución de acusación respectiva.

“Y no es el Fiscal Delegado ante el Tribunal el llamado a la interposición del recurso, porque a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación la calidad de sujeto procesal la adquirió el Fiscal Seccional Veinticinco de la Unidad de Fiscalía de Dosquebradas, pues a aquél solamente le están atribuídas las facultades para...”.

Concluye la Delegada:

“Así las cosas, es claro que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira se equivocó al asumir que quien presentó el

escrito de impugnación estaba legitimado para ello, razón por la cual su decisión rompe la estructura básica del procedimiento penal generando una nulidad de lo actuado a partir de la providencia de fecha 15 de septiembre de 1993, por medio de la cual se admitió el recurso de casación interpuesto por quien no estaba habilitado para ello.

“La Corte, al calificar la demanda, examinó su ajuste a las formalidades legales y no trascendió su estudio a la legitimación procesal del recurrente, situación que no puede determinar el proseguimiento del trámite para el recurso extraordinario de casación, pues siendo que su decisión en tal oportunidad estaba limitada por las formalidades de la demanda, es ahora cuando procede la declaratoria de nulidad ante la evidencia de que el recurso no se ha debido conceder” (fls. 16 y 17).

En esos términos, entonces, rinde su concepto la Delegada.

2. La Sala comparte, en lo esencial, el anterior planteamiento de la Delegada, ya que él guarda estrecha armonía con el Estatuto Orgánico de la Fiscalía y con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

En efecto. El artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, dispone que “con la ejecutoria de la resolución de acusación, adquieren competencia los Jueces encargados de su juzgamiento. A partir de ese momento, el Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación”.

¿A cuál Fiscal se refiere dicha disposición? Sin duda al (o a la Unidad) que ha llevado adelante la instrucción y ha efectuado la calificación, profiriendo la providencia acusatoria respectiva. En este caso tal cometido hizo la Fiscalía Seccional 25 Unidad de Dosquebradas, Fiscalía que luego intervino en la audiencia y a la cual se le notificó el fallo correspondiente y que era, en consecuencia, el sujeto procesal legitimado para interponer el recurso extraordinario de casación.

La actuación del Fiscal Dos Delegado ante el Tribunal Superior de Pereira, en consecuencia, precluyó cuando confirmó la resolución

acusatoria (fls. 147 y ss.-1), sin que, por tanto, pudiera proseguir su intervención en el proceso, tal como lo hizo al recurrir en casación el respectivo fallo (fls. 316-1). Se insiste en que en este caso su participación llegó hasta la resolución de dicha alzada, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 125-2 del Código de Procedimiento Penal (subrogado por el artículo 19 de la Ley 81 de 1993) y 35-4 del Decreto 2699 de 1991, estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, y con ello culminó su actuación.

En sentir de la Sala, el referido Fiscal ante el Tribunal habría podido interponer la impugnación extraordinaria solamente si hubiera recibido asignación especial para ello, pero en el proceso no obra ninguna resolución en tal sentido.

Dígase, por último, que la Fiscalía debe actuar “con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico”, según el artículo 5o. del citado Decreto 2699, cuyo inciso 2o. del artículo 3o. dispone: “La Fiscalía General de la Nación ejerce sus funciones *administrativas* por medio de sus delegados y personal auxiliar conforme a los principios de *unidad de actuación y dependencia jerárquica*, sujetos, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad”, disposición que reafirma una vez más lo dicho por la Delegada en cuanto a que la “estructura de mando vertical” predicable de la Fiscalía solamente opera en lo que concierne a dichas funciones administrativas (se subraya).

Se ha violado aquí, pues, el debido proceso y por ende se impone la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del referido auto de 15 de septiembre (fls. 319-1), mediante el cual se concedió el recurso de casación.

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

Resuelve:

Declarar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto que admitió el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Dos Delegado contra la sentencia de fecha y origen indicados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

EXTRADICION

De acuerdo con el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, la Corte debe fundamentar su concepto en la validez formal de la documentación presentada, la demostración plena de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación, 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., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 106.

Corresponde a la Sala conceptuar sobre la solicitud de extradición del ciudadano chileno EDUARDO FRANCISCO QUEZADA RUIZ.

Antecedentes:

1. Mediante auto de procesamiento de 26 de marzo de 1992, dictado dentro de la causa penal No. CR-92-00048, el Tribunal Federal de Distrito del Distrito Meridional de Alabama de los Estados Unidos de Norteamérica, acusó a Eduardo Francisco Quezada Ruiz de: 1) Asociación delictiva para distribuir cocaína y para poseerla con intención de distribuirla; 2) Importación de cocaína; y, 3) Asociación delictiva para importar cocaína (fls. 51 y ss. anexo No. 1).

Para que respondiera a ese auto de procesamiento, el Tribunal Federal dictó auto de arresto contra Quezada Ruiz con fecha 23 de junio siguiente (fls. 50 *ibídem*).

Mediante Nota Verbal No. 1211 de 6 de diciembre de 1993, la Embajada de los Estados Unidos de América solicitó al Ministerio de Relaciones

Exteriores de Colombia la detención provisional con fines de extradición del señor Eduardo Francisco Quezada Ruiz (fls. 20 anexo 2), petición a la cual accedió la Fiscalía General de la Nación por auto de 10 de diciembre (fls. 16 *ibídem*). Al día siguiente, Quezada Ruiz fue capturado en la ciudad de Barranquilla y puesto a disposición de la Fiscalía.

Con Nota Verbal No. 121 de 8 de febrero de 1994, la Embajada de los Estados Unidos de América formalizó dicha solicitud de extradición (fls. 4 y ss. *ibídem*). Sostiene la Embajada que “Quezada Ruiz es un miembro principal de una organización de tráfico de cocaína que tiene su base en México”, la cual tiene “acceso a miles de kilogramos de cocaína cuyo origen de abastecimiento proviene de Colombia” (fls. 8 *ibídem*).

2. En su nota de traslado de la documentación respectiva al Ministerio de Justicia, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores conceptúa que “por no existir convenio aplicable al presente caso, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal Colombiano” (fls. 1 anexo 1).

3. Esta Sala, por auto de 12 de julio del año en curso, negó por improcedentes las pruebas solicitadas por el defensor del requerido Quezada Ruiz dentro del trámite incidental en esta corporación, por considerar que no guardaban relación con los aspectos alrededor de los cuales debía girar su concepto (fls. 49 y 50).

4. Al alegar, el defensor del reclamado sostiene:

-Que no se indicaron con exactitud los actos imputados al reclamado, como tampoco el lugar y la fecha de su realización. Se refiere a parte de la acusación para anotar que “no se dice si existan gravaciones (*sic*) del informante o del agente Tanner contra Eduardo Francisco Quezada Ruiz, sino con unos socios de la empresa ¿Cómo sabemos que sean socios de Quezada Ruiz y que se relacionan con el contrabando de estupefacientes, que no es un invento? (fls. 72).

Sostiene que la afirmación en el sentido de que “el Ministerio Público podrá probar estas acusaciones por medio de testigos”, indica sólo una mera posibilidad, una demostración de que no los tienen (fls. 72).

Se remite al pasaporte expedido al reclamado para sostener, con base en las fechas de entrada y salida a varios países que allí aparecen, que “en la fecha que dicen estaba en Houston, no lo estaba, y que en los años indicados; mayo de 1991 al 25 de marzo de 1992, estaba en otras partes: Chile, Colombia, Río de Janeiro, Venezuela, PERO NO EN HOUSTON, MEJICO, GUATEMALA o ESTADOS UNIDOS” (fls. 74).

Insiste en que por eso no se cumple el requisito atinente a la “indicación exacta de los actos que determinaron la solicitud de extradición y del lugar y la fecha en que fueron ejecutados”.

-En cuanto al requisito de la “demostración plena de la identidad del solicitado”, sostiene que la descripción que se proporciona del requerido en la Nota Verbal 1211, proviene de la licencia de conducción de Quezada Ruiz, lo cual “no obedece a una correcta descripción que pueda llevar a la identidad de una persona” (fls. 74). Agrega que es una mentira que dicho reclamado no pudiera ser aprehendido en los Estados Unidos debido a que huyó de su territorio.

En su opinión, tampoco se cumple este requisito, pues “no está demostrada la identidad plena del solicitado y especialmente como responsable o presunto responsable del contrabando de cocaína” (fls. 76).

Alude a la declaración del agente especial James C. Tanner y rechaza la afirmación que se hace en el auto de procesamiento, en el sentido de que Quezada Ruiz era “agente encubierto”, y sostiene que a Quezada Ruiz se le quiere extraditar sin mérito para ello. “Por eso le inventaron pruebas, períodos y sitios que no pueden ser comprobados, abusando de nosotros, pues pensaron que el Gobierno colombiano no se atrevería a negarles la extradición” (fls. 78).

Pide a la Sala que conceptúe desfavorablemente a la extradición del solicitado.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, la Corte debe fundamentar su concepto en la validez formal de la

documentación presentada, la demostración plena de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación, la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

1. Respecto de la documentación presentada por las autoridades norteamericanas junto con la solicitud de extradición del ciudadano chileno Eduardo Francisco Quezada Ruiz, se tiene:

a) Que la solicitud de extradición se presentó por vía diplomática, como es deber hacerlo en estos casos por el país requirente (art. 551 C.P.P.).

b) Que a la documentación se aportó copia del auto de procesamiento respectivo en donde, contrario a lo sostenido por el defensor, se precisan con claridad los hechos objeto de incriminación y se indican los lugares y las fechas en que se realizaron.

En relación con el primer cargo, por ejemplo, el auto de enjuiciamiento dice que “a partir de mayo de 1991, aproximadamente, y continuamente desde entonces hasta el 25 de marzo de 1992, en el Distrito Meridional de Alabama, División Meridional, y en otras partes... Eduardo Francisco Quezada Ruiz” y otros acusados, se confabularon para “a sabiendas, intencional e ilícitamente distribuir y poseer con la intención de distribuir... 656 kilogramos de cocaína” (fls. 51 y 51 del anexo No. 1).

Respecto del segundo cargo, se afirma que “aproximadamente, a partir del 9 de diciembre de 1991 hasta el 10 de diciembre de 1991, en el Distrito Meridional de Alabama, División Meridional... Eduardo Francisco Quezada Ruiz” y otros acusados, “a sabiendas e ilícitamente importaron en los Estados Unidos de América... aproximadamente 656 kilogramos de cocaína... de Guatemala” (fls. 53).

Y en cuanto al tercero, se consigna que “a partir de mayo de 1991, aproximadamente, y hasta el 25 de marzo de 1992, aproximadamente, en el Distrito Meridional de Alabama, División Meridional, y en otras partes... Eduardo Francisco Quezada Ruiz” y otros acusados, “se combinaron, confabularon, confederaron y pusieron de acuerdo para

importar en los Estados Unidos... 656 kilogramos de cocaína..., de Guatemala” (fls. 54).

Como se ve, en dicho auto de procesamiento aparecen debidamente determinados la época en la cual los acusados se confabularon para realizar los actos que se les imputan, la fecha exacta de la importación de la sustancia y los lugares en que sus conductas se desarrollaron.

c) Que como documento de prueba (C) se allegaron las transcripciones de las disposiciones penales de los Estados Unidos aplicables al caso (fls. 84 y ss.).

2. Para la Sala no existe duda de que la persona detenida es la solicitada en extradición. El país requirente en su Nota Verbal 121, sostiene que “Eduardo Francisco Quezada Ruiz, también conocido como Quezada Eduardo Francisco, también conocido como Ruiz Eduardo Francisco, es ciudadano chileno y residente en el extranjero de los Estados Unidos, nacido el 19 de enero de 1959 en Chile. Su descripción corresponde a la de un hombre de tipo latino, de aproximadamente 5 pies 10 pulgadas de estatura, pesa aproximadamente 200 libras, de piel clara, pelo castaño y ojos carmelitas. Es portador de la licencia de conducir de California No. C1279127 y de la tarjeta de residente expedida por el servicio de inmigración y naturalización de los Estados Unidos No A71598784” (fls. 9 anexo 2).

Aparte de estos precisos datos se cuenta con una fotografía suya, aportada también por la justicia norteamericana (fls. 25 cuaderno Corte).

Por lo demás, el defensor en parte alguna de su alegato sostiene que los datos y fotografía suministrados por el país requirente no pertenezcan a su defendido; simplemente se limita a poner en duda su presencia en California para la época de los hechos, aspecto que toca directamente con su responsabilidad, no con la cabal correspondencia que debe existir entre la persona solicitada y la persona aprehendida.

3. La conducta por la que se acusa a Quezada Ruiz es también constitutiva de delito en la legislación penal colombiana (Ley 30/86 arts. 33 y 38).

4. Es igualmente claro para la Sala que el auto de enjuiciamiento proferido por la justicia norteamericana en contra del solicitado Quezada Ruiz es equivalente a la resolución de acusación de nuestro sistema procesal penal.

Agréguese a lo hasta aquí dicho que el delito por el que se acusa a Quezada Ruiz está sancionado en Colombia con pena privativa de la libertad cuyo mínimo supera los cuatro (4) años (art. 549 C. de P.P.), que no se trata de un delito político o de opinión (art. 546 *ibidem*), y que la acción penal no se encuentra prescrita.

Cabe precisar, finalmente, que buena parte de las consideraciones contenidas en el alegato del defensor están orientadas a controvertir el fondo de la acusación, actitud inadmisibile en el trámite de extradición, toda vez que la competencia de la Sala se circunscribe a establecer los aspectos atrás estudiados.

Se emitirá, por tanto, concepto favorable a la extradición demandada.

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

Resuelve:

Conceptuar favorablemente respecto de la solicitud de extradición a los Estados Unidos de Norteamérica del ciudadano chileno EDUARDO FRANCISCO QUEZADA RUIZ.

Comuníquese esta determinación al señor Fiscal General de la Nación.

Devuélvase la actuación al Ministerio de Justicia.

Edgar Saavedra Rojas, no firmó; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DEMANDA DE CASACION

La demanda presentada ha de tener la claridad suficiente para que la Colegiatura pueda abordar el consiguiente estudio de fondo para facilitar el trabajo de los recurrentes, la ley ha señalado una serie de exigencias formales que hacen expedita su presentación. El artículo 225 del C. de P.P. es el encargado de señalar con precisión la manera como debe ser elaborado el libelo respectivo.

Varios son los requisitos exigidos. Identificación de los sujetos procesales y del fallo que se recurre, síntesis de los hechos investigados y de los avatares del proceso, poniéndose énfasis en el tema que se va a tratar en la demanda. Luego, el señalamiento de la causal en la que funda su argumentación, explicando su motivo y sentido, y fundamentándola de tal manera que el enunciado corresponda con su desarrollo, pues cualquier incongruencia al respecto impediría a la Sala conocer el verdadero alcance de sus palabras, para luego concluir con la cita de las normas que considere vulneradas con la decisión judicial.

Además, para evitar que se refundan los argumentos, se mezclen indebidamente las causales y se confundan sus alcances, se exige que los cargos se presenten en forma separada, cada cual guardando su independencia conceptual y argumental. Y, además, si se trata de reproches excluyentes, se deberá formular aparte del o de los principales y en forma subsidiaria.

En veces, sin embargo, puede suceder que en la demanda presentada, se obvien algunos de estos presupuestos. No obstante, si el texto es claro y vigoroso y de su contenido se puede extraer sin dificultad la precisión requerida para abordar su estudio de fondo, el escollo podrá ser superado. Así resulta cuando de los

argumentos presentados se pueda colegir sin duda alguna las normas infringidas o se pueda separar en debida forma los reproches por presentarse cada cual con su propia identidad.

Si ello no sucede así, si aparte de pasarse por alto uno o varios de estos requisitos formales, la demanda es farragosa o escasa en sus razonamientos, queda la Corte en la imposibilidad de aceptarla pues de acometer el estudio de fondo, necesariamente habrá de interpretarla, aclarando con argumentos propios los pasajes oscuros. Sin embargo, al realizar esta tarea, aparte de prohiñar una coadyuvancia inaceptable estaría rompiendo el principio de neutralidad que se encuentra obligada a respetar.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 106.

Vistos:

Examina la *Corte* si la demanda presentada por el defensor de los procesados *Luis Carlos Gómez Perea* y *Jasbleidy Jazmín Gómez* cumple con los requisitos formales de ley.

La demanda:

En un corto escrito en el que no se hace referencia alguna a la actuación procesal y refunde en un solo haz los hechos y los cargos formulados, el recurrente pretende defender los intereses encomendados. En apretada síntesis, por no calificar sus palabras de poquedad argumental, plantea al parecer tres reproches, con fundamento en la causal primera de casación.

Habla de las falencias como producto de una equivocada apreciación probatoria, dedicándole a cada cual dos o tres párrafos cortos, sin señalar las normas infringidas ni mucho menos la clase de error cometido y el falso juicio que le dio origen.

Así, dice de la primera que se apreciaron erróneamente cuatro testimonios (Blanca Inés Murcia de Alvarado, Luis Alfredo Rodríguez González, Libardo Quintero Riveros e Iván González Cardona), criticando al fallador por las conclusiones que permitieron deducir la responsabilidad de los encartados.

Luego, en lo que con largueza podría llegar a considerarse como segundo ataque, habla de otro testimonio más (María Elvira Romero Velásquez) y de las injuriadas para estimar que de ellos no se puede extraer el indicio de oportunidad (llamar una grúa), al tiempo que en lo que parece un tercer reproche dedica algunas palabras en torno a la presunta existencia de uno de los partícipes, *Jorge Zapata*, la que en su opinión, el Tribunal admite algunas veces y otras niega rotundamente, pero sin entrar a precisar en qué afectó este yerro a sus poderdanteés.

Termina el magro escrito, sin mencionar tampoco las normas infringidas, solicitando se case la sentencia y se profiera en su lugar, el fallo de reemplazo.

La Corte:

1. El recurso de casación –una vez más lo reitera la *Sala*– no es una tercera instancia destinada a revisar y decidir sin medida la actuación cumplida con anterioridad, sino examinar si el fallo recurrido no contraría ni la realidad procesal ni la normatividad vigente para el caso.

2.1. Es claro que frente a una realidad determinada, se pueden enhebrar distintas hipótesis que dan lugar a diferentes resultados. Juez y sujetos procesales, examinando la realidad de lo probado y las normas que gobiernan el asunto, pueden llegar a diferentes conclusiones, todas ellas respetables. Por ello es importante en las instancias la lucha constante por presentar y fortalecer los propios argumentos, acudiendo a la controversia probatoria, el análisis consiguiente y la claridad en su presentación.

1.2. La controversia finaliza con el fallo de segunda instancia en el que una de esas tesis, no necesariamente la defendida por una de las partes,

es la que queda plasmada en la sentencia. Si ella encuentra correspondencia en lo demostrado, así las desechadas también pudieran tener respaldo dentro del libre juego intelectual, adquiere una firmeza que no puede desconocerse en sede de casación, a la que arriba protegida y fortalecida con las presunciones de acierto y legalidad.

1.3. Explicable resulta que al no ser una oportunidad para discutir abiertamente y sin mojón alguno la realidad procesal, sino establecer si la decisión se ajusta a la ley en los términos explicados, solamente se pueda acceder a este recurso por la vía de las causales taxativamente señaladas en la normatividad, que recogen todos los eventos posibles de transgresión a la ley en que pueda incurrir un fallo.

1.4. Como no es posible el libre examen y existen estos lindes legales, le corresponde al demandante señalar con claridad y precisión en qué consistió la falencia judicial que lo obliga a recurrir en casación. Consecuente con esto, la *Sala* únicamente puede transitar por el sendero que le muestra la demanda, examinando el fallo para establecer si los yerros que le muestra el libelo en verdad fueron cometidos, procediendo a tomar la decisión a que haya lugar. Esta es la esencia del principio de limitación, uno de los que gobierna el instituto.

La demanda presentada –por tanto– ha de tener la claridad suficiente para que la Colegiatura pueda abordar el consiguiente estudio de fondo. Para facilitar el trabajo de los recurrentes, la ley ha señalado una serie de exigencias formales que hacen expedita su presentación. El artículo 225 del C. de P.P. es el encargado de señalar con precisión la manera como debe ser elaborado el libelo respectivo.

1.4. Varios son los requisitos exigidos. Identificación de los sujetos procesales y del fallo que se recurre, síntesis de los hechos investigados y de los avatares del proceso, poniéndose énfasis en el tema que se va a tratar en la demanda. Luego, el señalamiento de la causal en la que funda su argumentación, explicando su motivo y sentido, y fundamentándola de tal manera que el enunciado corresponda con su desarrollo, pues cualquier incongruencia al respecto impediría a la *Sala* conocer el verdadero alcance de sus palabras, para luego concluir con la cita de las normas que considere vulneradas por la decisión judicial.

Además, para evitar que se refundan los argumentos, se mezclen indebidamente las causales y se confundan sus alcances, se exige que los cargos se presenten en forma separada, cada cual guardando su independencia conceptual y argumental. Y, además, si se trata de reproches excluyentes, se deberán formular aparte del o de los principales y en forma subsidiaria.

1.5. En veces, sin embargo, puede suceder que en la demanda presentada, se obvien algunos de estos presupuestos. No obstante, si el texto es claro y vigoroso y de su contenido se puede extraer sin dificultad la precisión requerida para abordar su estudio de fondo, el escollo podrá ser superado. Así resulta cuando de los argumentos presentados se pueda colegir sin duda alguna las normas infringidas o se pueda separar en debida forma los reproches por presentarse cada cual con su propia identidad.

1.6. Si ello no sucede así, si aparte de pasarse por alto uno o varios de estos requisitos formales, la demanda es farragosa o escasa en sus razonamientos, queda la *Corte* en la imposibilidad de aceptarla pues de acometer el estudio de fondo, necesariamente habrá de interpretarla, aclarando con argumentos propios los pasajes oscuros. Sin embargo, al realizar esta tarea, aparte de prohiar una coadyuvancia inaceptable estaría rompiendo el principio de neutralidad que se encuentra obligada a respetar.

2. El recurrente olvida estas preceptivas. Es un corto escrito en el que no se preocupa por realizar la síntesis de la actuación procesal ni tampoco separar en debida forma los cargos, única manera de precisar en debida forma los alcances de la tacha, su importancia y trascendencia en el fallo y menos aún señala la clase de error y el falso juicio que le dio origen. Se olvida de igual manera de indicar las normas que considera infringió el Tribunal con su decisión. En tan precarias condiciones pretende que la *Corte* atienda sus pedimentos.

Aunque en un comienzo habla de la causal primera de casación y luego menciona una posible violación indirecta de la ley sustancial, fruto de una equivocada apreciación probatoria, cuando entra a precisar los posibles reproches, apenas cita las probanzas, hablando generalidades sobre ellas.

Así, en dos párrafos de la página tercera cita al efecto cuatro testigos (Blanca Inés Murcia de Alvarado, Luis Alfredo Rodríguez González, Libardo Quintero Riveros e Iván Hernández Cardona) limitándose a rechazar la providencia del Tribunal por pretender culpar a sus defendidos con base en sus dichos. Por ventura ¿se cometió al hacerlo un error de hecho o de derecho? ¿Se supuso, ignoró o tergiversó uno o varios de los testimonios recaudados? ¿Se cometió un falso juicio de legalidad o de convicción? Apenas expone lo que a su modo de ver se desprende de tales testimonios.

Más adelante cita el nombre de otro testigo (María Elvira Romero Velásquez) y las injuradas sin que tampoco precise el error cometido. Simplemente dedica un corto párrafo a dar su versión de lo acontecido, calificando en el siguiente de “invento” el indicio de oportunidad, para terminar en la cuarta y última hoja con un corto comentario sobre la real existencia de otro de los delincuentes (Henry Zapata).

En resumen, habla, en abstracto, de erróneas apreciaciones de varios testimonios, pero no indica si ellas fueron producto de una tergiversación de su contenido, de una incorrecta valoración, de no haberlos tenido en cuenta, etc. Menos analiza con la profundidad del caso la decisión del Tribunal y la realidad procesal, limitándose simplemente a presentar la conclusión judicial y la que él considera es la correcta.

3. Así las cosas, carente de los requisitos formales que debe poseer la demanda, conforme lo preceptuado por el artículo 225 del estatuto procedimental, habrá de rechazársele, *in limine*, declarando desierto el recurso impetrado.

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

Resuelve:

Rechazar, in limine, la demanda presentada por el procurador judicial de los procesados *Luis Carlos Gómez Pérez* y *Jasbleidy Jazmín Gómez*, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, no firmó; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / INSPECCION JUDICIAL / PRUEBA / NORMAS LEGALES

La tergiversación de una prueba puede darse de dos formas: alterando su contenido, haciéndole decir lo que en realidad no predica; o también tomando una parte como si fuera el todo, de donde la omisión de una porción de su texto desfigura su contenido. En cualquiera de los dos sentidos, la prueba es distorsionada pues al final queda expresando algo que en realidad no contiene.

2. La inspección judicial no es una verdad en sí misma. Su objetivo dentro del proceso es ilustrar al juez sobre lo acaecido en el lugar donde sucedieron los hechos, materia de investigación. Aparte de las especificaciones que en ella se hagan y que puedan explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo acontecido, se puede solicitar la ayuda de técnicos que ilustren con profundidad algunos aspectos referentes a su especialidad y que puedan servirle posteriormente, como elementos de juicio, a los sentenciadores.

Por consiguiente, dicha prueba, como todas las demás, está sujeta a las reglas de la sana crítica. En la medida que sus asertos compaginen con las restantes probanzas, será tomada en cuenta, sopesada y valorada, convirtiéndola en apoyo de la decisión. Por consiguiente, es claro que las conclusiones de la inspección judicial no atan al juez; apenas le sirven de guía, lo que indica que bien puede servirse de ella, parcial o totalmente, según se lo indique el resto del acervo probatorio.

Lo que no está permitido al sentenciador es desfigurar su contenido, haciéndole decir lo que no dice. Pero sí es lícito tomar la porción que, a su modo de ver, se acople con los demás medios probatorios.

El Código Nacional de Tránsito Terrestre es el Decreto 1344 de 1970, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiera la Ley 8a. de 1969, modificado en algunos de sus artículos por leyes posteriores. Por consiguiente, se está frente a un compendio de normas, jurídicamente vigentes, de carácter público y, por ende, de obligatorio cumplimiento. No hay razón por tanto, para exigir su expresa aparición por escrito en el expediente. Diferente es el caso si se tratara de reglamentos privados o cualquier otro tipo de prueba particular.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia, Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 106.

Vistos:

Decide la SALA sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Juan Antonio Castro González* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 47 Penal del Circuito, que lo encontró responsable de un delito de homicidio culposo, imponiéndole las penas principales de veinticuatro (24) meses de prisión, multa de un mil pesos y suspensión por dos (2) años en la actividad de conducir; la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y al pago de la suma de diez millones cuatrocientos treinta y seis mil seiscientos sesenta y nueve pesos (\$10.436.669.00), concediéndole la condena de ejecución condicional.

Hechos:

El juzgador *a-quo* los sintetiza en los siguientes términos:

“El domingo seis (6) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) siendo aproximadamente las 2:00 p.m., la señora

GLADYS ESTHER ARRIETA DE RICAURTE, acompañada de sus hijos y otras familiares, se encontraba sobre el separador de la avenida 80 con cra. 103, esperando poder pasar la avenida hacia el sur, en esos instantes pasaba por allí el señor JUAN ANTONIO CASTRO, quien conducía un vehículo renault 4 de placas CES-028, llevando sobre el techo del mismo una puerta, que según parece iba amarrada. Además de ello, el citado carro se desplazaba muy cerca del separador, momentos en los cuales la puerta se cayó del automotor y fue a golpear en la cara de la señora precitada (GLADYS ESTHER), ocasionándole por ello graves lesiones que le provocaron la muerte”.

Actuación procesal:

Con fundamento en las diligencias preliminares el por entonces Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, previo el levantamiento del cadáver, haber escuchado en versión a una de las personas acompañantes de ésta e inspeccionar el vehículo y el sitio de los hechos, inició la correspondiente investigación penal.

Indagado CASTRO GONZALEZ se disculpó atribuyendo el suceso a un caso fortuito. Aseveró que el transporte de la puerta sobre su vehículo se hizo con las debidas medidas de seguridad y que fue prudente en la conducción del rodante. Por tanto, advirtió, la puerta cayó quizás por acción del fuerte viento para el día de autos o por los efectos de un golpe de otro carro.

Definida la situación jurídica y perfeccionada la investigación con pruebas de diversa índole, se dictó resolución acusatoria contra JUAN ANTONIO CASTRO GONZALEZ como presunto autor responsable de un delito de homicidio culposo.

El trámite del juicio estuvo a cargo del Juzgado 47 Penal del Circuito, quien, verificada la audiencia pública, concluyó la primera instancia con sentencia condenatoria, desechando la tesis de la defensa sobre el reconocimiento de la fuerza mayor o caso fortuito, criterio que defendió el señor defensor luego de criticar los testimonios de quienes acompañaban a Gladys Arrieta de Ricaurte.

Impugnada esta decisión por el defensor de CASTRO GONZALEZ, el Tribunal impartió confirmación integral a la sentencia de primer grado, al considerar que el acervo probatorio demostraba el actuar imprudente, negligente y violatorio de las normas de tránsito por parte del imputado.

La demanda:

Bajo el auspicio de la causal primera de casación, cuerpo segundo, contemplada en el artículo 220 del C. de P.P., censura el actor el fallo condenatorio, por "...interpretar parcialmente las pruebas del proceso y desconocer otras...", violándose los artículos 247 y 254 del Código de Procedimiento Penal y 37 y 329 del Código Penal, dejándose de aplicar en favor del acusado el artículo 40.1, *ibídem*.

No empece este enunciado genérico, en el desarrollo de la argumentación plantea en total ocho ataques. Aunque algunos de ellos no los separa formalmente, de todas maneras cada cual guarda la independencia conceptual de rigor, permitiéndose su estudio consiguiente.

1o. En lo que atañe a las declaraciones, de ROCIO DE LA CANDELARIA RICAURTE, asegura que se tomaron sus indicaciones respecto a la alta velocidad del automotor, más no su afirmación de no haber visto el carro antes del accidente y de haber asegurado que la "tabla" llevaba por encima "como un cobertor".

2o. De BRICEIDA MARGOTH GONZALEZ admite que si bien el juzgador tuvo en cuenta su referencia a la alta velocidad del vehículo, la caída de la puerta luego de golpear a la occisa y el tránsito del automotor cercano al separador, ignoró su aseveración de no haber visto al rodante antes de los hechos, ni a qué distancia se detuvo; tampoco su información acerca de la congestión del tránsito lo que excluye la alta velocidad que se le atribuye al procesado.

3o. Sobre YESENIA RODRIGUEZ ESCORCIA, asegura que el fallador admitió sus aseveraciones acerca de que el vehículo iba pegado al separador y no llevaba ninguna medida de seguridad pero ignoró las que aseguran que las acompañantes de la víctima no vieron al vehículo del procesado.

4o. Otro cargo lo conforma su crítica a la injurada. Aunque no lo precisa el enunciado, lo plantea como un error de hecho por falso juicio de identidad aunque luego al desarrollar su razonamiento lo ubica dentro del ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción. Según su parecer, tan sólo se miró un “pequeño aparte” del relato en el que *Castro González* afirma su arranque al cambiar el semáforo, la velocidad de 30 kilómetros por hora a la que se desplazaba, la gritería de los transeúntes, la detención de su carro por voluntad propia, la observación que hizo de una mujer accidentada y lo absurdo del hecho, explicable tan sólo por la intervención del viento o de otro vehículo.

No obstante, el sentenciador no tomó en su verdadera dimensión las afirmaciones del imputado acerca de haber puesto las medidas de seguridad necesarias para el transporte de la puerta, así como el haberse apeado del automotor para revisar la correcta colocación de la misma. Su importancia radica, según el casacionista, en mostrar a una persona seria y responsable.

También se menospreciaron sus explicaciones del por qué la cuerda no dejó marcas en el carro (la cobija que cubría el techo lo impidió), y no saber nada sobre las consecuencias de lo sucedido hasta el punto de que sólo cuando el carro fue trasladado a un CAI pudo entender lo que había pasado.

5o. En un nuevo reproche y respecto a la inspección judicial plantea a la vez un error de hecho y uno de derecho, al mismo tiempo y sobre la misma prueba. Esta vez critica al Tribunal por no haber tenido en cuenta los apartes que sacan adelante la versión de Castro, y en cambio, le da una entidad sobresaliente a otros que no tienen la mayor importancia.

Para demostrarlo, transcribe la referencia que se hace acerca de la colocación de la puerta en el techo del vehículo, sin ninguna clase de atadura: “En esa posición y al arrancar el carro en forma despacio y al frenar la puerta se corre hacia adelante...”. Ello prueba que la puerta sí estaba atada. De lo contrario resultaría inexplicable que hubiera podido sostenerse por más de un kilómetro, incluso con paradas en un semáforo, curvas y huecos en el trayecto, y paso de peatones.

También destaca lo comprobado en la diligencia a partir de la versión del copiloto del vehículo, que demuestra la imposibilidad de que en la

posición descrita por el testigo de descargo, la puerta hubiese podido golpear a alguna persona.

6o. En cuanto al agente de tránsito *Marco Aurelio Niño*, le da trascendencia a sus palabras, pues con ellas quedó demostrado el hurto que los curiosos hicieron de los elementos colocados por Castro González para transportar y asegurar la puerta con las debidas seguridades; no obstante, dice, esta probanza fue ignorada en el análisis probatorio del Tribunal.

7o. El impugnante sostiene que en el fallo se habló de violación a los reglamentos de tránsito "...pero revisando el proceso, tales normas que se dicen violadas por la conducta del condenado, no aparecen, no están incorporadas al proceso, no obran en él. Luego se ha incurrido en ERROR MANIFIESTO DE HECHO POR FALSO JUICIO DE EXISTENCIA, pues, necesariamente estas leyes o reglamentos que se dicen violados deben aparecer plenamente, con claridad, completamente identificados en el plenario, lo que aquí no ocurre".

8o. Más adelante, en un párrafo separado por el literal g), el recurrente asegura inicialmente que el fallador de primera instancia nombró y posesionó a un perito para evaluar los perjuicios "...sin que se hubieran agotado los procedimientos señalados en los artículos 267 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1987...".

Luego recuerda la objeción que le hiciera al dictamen por incluir el lote comprado por los herederos de la víctima en un parque cementerio para que reposaran sus restos mortales, compra innecesaria y que no debe agregarse como parte de los perjuicios pues con su compra sólo se consiguió aumentar el caudal patrimonial de la familia afectada. A la par denuncia la coacción de la Fiscal 3o. Superior hacia el experto para elevar el monto del avalúo.

Después señala al perito como "asustadizo estudiante de derecho" y menciona abstractamente el que no hubiera fundamentado su pericia, pese a lo cual, el Juzgado 3o. Superior, convertido en "perito de peritos", hizo la condena respectiva.

En estas condiciones, impetra de la SALA, se case la sentencia impugnada y en su lugar se profiera fallo absolutorio en favor de

CASTRO GONZALEZ "...por estar demostrada su inocencia. Artículo 40 C.P. num. 1o."

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Para la Procuraduría, tres son los cargos formulados. Los dos primeros en el ámbito de la causal primera, aparte final, del artículo 220 del C. de P.P., y un último reproche que se podría enmarcar en la nulidad por violación al debido proceso, aunque el casacionista no indica la causal ni el sentido de la violación. En este orden responde las censuras.

Del primer cargo destaca falencias técnicas. Pese a invocar el recurrente un error de hecho por falso juicio de identidad, lo desarrolla como si se tratara de un error de derecho por falso juicio de convicción.

Sin embargo –advierte–, no empece que los testimonios de cargo presentan algunas inconsistencias, en lo fundamental, su concordancia es la característica. Además, el sentenciador se encuentra legitimado para valorar el caudal probatorio, atendiendo parcialmente una prueba si allí encuentra la verdad, ya "...que se pueden tomar partes de una prueba para complementarlas con datos probatorios de otros medios de prueba, para construir la verdad judicial, que será la única válida en caso como éste y la que debe atenderse preferencialmente por la doble presunción de legalidad y acierto" que ampara al fallo.

De todas maneras, continúa, en la hipótesis de admitir como válidas las razones expuestas en el libelo en cuanto a que el cuidado y la prudencia imperaron en el transporte del objeto, el homicidio culposo no se desdibuja pues la culpa endilgada al acusado "no está basada, como se piensa, en la alta velocidad del automotor, ni en la ausencia de una señal visual de que se lleva carga larga, ni en conducir muy cerca de la acera, todo lo cual se ajusta a las normas de buena conducción, sino en transportar un objeto pesado, por fuera de un vehículo no apto para transportar carga, con los ostensibles riesgos de que se cayera". De ahí la imprudencia y la violación de normas de tránsito generadoras de la culpa atribuida.

Respecto al segundo reproche y aunque es cierto que ninguna consideración mereció al fallador de instancia las atestaciones del agente

de tránsito *Marco Aurelio Niño*, es de ver la intrascendencia del reparo frente al conjunto probatorio analizado.

En punto de la nulidad por “un supuesto error de procedimiento”, le enrostra igualmente falencias de orden técnico en la presentación de la tacha. El demandante, se conforma con enunciarla sin demostrar su incidencia en la estructura del proceso. De todas maneras, entra el representante del Ministerio Público a exponer las razones por las cuales ningún vicio comportó la actividad procesal tocante con la tasación de los perjuicios ocasionados con el punible.

Concluye, solicitando de la Colegiatura, no casar la sentencia impugnada.

La Corte:

Antes del estudio de los cargos y del desordenado escrito que los contiene resulta apenas de rigor concretar algunas consideraciones sobre la demanda en general. El actor, formula y sustenta varios cargos separándolos por literales sin que pueda saberse a ciencia cierta, respecto de cada uno, cuál es el motivo y sentido que aduce, cuáles las normas infringidas, mucho menos su trascendencia en el proceso y, cuál la medida del agravio inferido. De esta amalgama, la *Sala* pudo extraer ocho reproches que se responderán, algunos de ellos agrupados, en razón a su formulación similar.

1o. Primeros tres cargos:

1.1. Según el enunciado, el fallador interpretó “parcialmente” los testimonios de *Rocío de la Candelaria Ricaurte*, *Briceida Margoth González Osorio* y *Yesenia Rodríguez Escorcía*. Así las cosas, se estaría frente a un error de hecho por falso juicio de identidad.

Del primero advierte que se tuvieron en cuenta sus referencias a la alta velocidad a la que se desplazaba el vehículo, y no su afirmación de no haber observado el carro antes del accidente y de haber asegurado que la “tabla” llevaba por encima “como un cobertor”.

Del segundo predica que si bien el juzgador consideró la alta velocidad del rodante, la caída de la puerta luego de golpear a la occisa y

el tránsito del mismo rozando el separador, no apreció que la testigo aseveró no haber visto al automotor antes de suceder el accidente, ni a qué distancia se detuvo, ni que en el momento de ocurrir los hechos estaban esperando que se descongestionara el tránsito para cruzar la calle, lo que excluye la alta velocidad que se le atribuye al procesado.

Sobre la tercera sostiene que el fallador admitió sus aseveraciones acerca de que el vehículo iba pegado al separador y no llevaba ninguna medida de seguridad pero no le otorgó credibilidad a las que aseguran que las acompañantes de la víctima no vieron en ningún momento venir el rodante.

No obstante y como bien apunta la Delegada, al desarrollar sus argumentos lo que hace es mostrar su desacuerdo con el justiprecio que el juzgador otorgó a los testimonios de las acompañantes de la víctima, convirtiendo la tacha en un error de derecho por falso juicio de convicción.

En efecto, su crítica se centra en señalar en primer término que, de acuerdo con las atestaciones de los testigos y lo dicho por el acusado, el mortal accidente no es atribuible al inculpado, ya que ellas demuestran el debido cuidado en la conducción del vehículo cargado, la inexistencia del exceso de velocidad y la prudencia observada por *Castro González* en el transporte de la puerta, que iba bien asegurada al vehículo. Hasta aquí, como puede verse, aún permanece en los predios del error de hecho. No por mucho tiempo. Al avanzar en su exposición, el censor fija su confuso razonamiento en el tema de la valoración de las declaraciones, advirtiendo sobre la carencia de credibilidad que les asiste a las acompañantes de la víctima. Según su parecer, tales afirmaciones no pueden ser verosímiles pues resulta impensable que éstas, por encontrarse pendientes del vehículo causante del accidente, hayan descuidado socorrer a la lesionada.

La falta de claridad sobre la materia provoca la dilogía que se comenta determinando el consiguiente rechazo del ataque.

Y no estará demás agregar, aunque resulte bien conocido, el siguiente escolio en redor del asunto tratado. La tergiversación de una prueba –es cierto– puede darse de dos formas: alterando su contenido, haciéndole decir

lo que en realidad no predica; o también tomando una parte como si fuera el todo, de donde la omisión de una porción de su texto desfigura su contenido. En cualquiera de los dos sentidos, la prueba es distorsionada pues al final queda expresando algo que en realidad no contiene. Pero una cosa es examinar su contenido y otra creerlo total o parcialmente. Detállase:

El sentenciador, al momento de examinar todas las pruebas en su conjunto, puede formar la verdad procesal extrayendo datos de las diferentes probanzas, de manera que, al confrontarlos entre sí; acepte los que encuentran un apoyo cierto y vigoroso en el proceso y deseche los que carezcan de comprobación alguna o por lo menos no exhiban la fortaleza necesaria para ser tenidos en cuenta.

En este momento entran en juego el análisis y la valoración integral de todas las evidencias presentes. Si, por ejemplo, varios testigos y el mismo procesado narran una circunstancia específica del punible –aunque en renglones posteriores el imputado la pretenda explicar a su acomodo– el juez puede dar por cierto este hecho, desechando las explicaciones del inculpado por no tener base suficiente para tomarla en consideración.

Tergiversar es modificar el contenido, se repite. En cambio, darle credibilidad a tan sólo una parte, es otorgarle un valor parcial, fenómeno por completo diferente. El uno es alegable en el ámbito del error de hecho por falso juicio de identidad; el otro, en el evento de que exista la tarifa legal, encuentra eco en el terreno del error de derecho por falso juicio de convicción. El no haber entendido a cabalidad este fenómeno hizo que el actor pensara equivocadamente en la presencia de una distorsión.

1.2. De todas maneras un planteo correcto no le hubiera reportado el éxito a su pretensión. La razón es apenas obvia. La tarifa legal fue sustituida por el sistema de apreciación racional, basado en las reglas de la sana crítica, esto es, en la lógica y la experiencia puestas a disposición del juzgador. Sobre el particular, abundante es la jurisprudencia de la SALA. Fracasa el ataque.

2o. *Cuarto cargo:*

2.1. Es el referente a la injurada. En un comienzo, centra su impugnación en los terrenos del error de hecho por falso juicio de

identidad, pero luego, en su desarrollo lo traslada abruptamente al error de derecho por falso juicio de convicción. Según el libelista, y al igual que los anteriores testimonios, esta pieza procesal también se examinó de manera parcial, acogiéndose tan sólo un “pequeño aparte” del relato en el que *Castro González* afirma su arranque al cambiar el semáforo, la velocidad de 30 kilómetros por hora a la que se desplazaba, la gritería de los transeúntes, la detención de su carro por voluntad propia, la observación que hizo de una mujer accidentada, lo inexplicable del hecho pues lo único que a su modo de ver podría haber sucedido era que el viento hubiese levantado la puerta tirándola hacia atrás consiguiendo con ello golpear a la señora, logrando que otro carro le diera a la puerta sin llamar su atención.

Hasta aquí permanece fiel a su enunciado. Pero luego tuerce su camino al criticar al sentenciador por no haber evaluado sus afirmaciones sobre las medidas de seguridad necesarias que pusiera para el transporte de la puerta (cobija cubriéndola, una prenda roja en la parte de atrás y la cabuya que ataba la puerta al techo del carro), así como el haberse bajado del automotor para revisar que el objeto hubiese estado bien colocado.

Según el parecer del casacionista, éstas explicaciones muestran a una persona que obra con seriedad y con responsabilidad, situaciones que no se encuentran desvirtuadas en el proceso. También se ignoraron sus explicaciones del porqué la cuerda no dejó marcas en el carro (la cobija que cubría el techo lo impidió), la revisión que hiciera una cuadra ante del accidente de que la puerta se encontraba adecuadamente colocada y su ignorancia total sobre lo sucedido hasta el punto de que sólo cuando el carro fue trasladado a un CAI pudo entender lo que había pasado.

2.2. De nuevo, como en las objeciones estudiadas en el apartado anterior, el recurrente plantea su inconformidad en el terreno de la credibilidad; pues, a su modo de ver, el juzgador no le dio importancia a sus manifestaciones exculpatorias acerca de haber tenido el cuidado necesario en el transporte de la puerta. Valgan, por consiguiente, –para rechazar el cargo– los comentarios expresados anteriormente, aparte de que no tienen ningún fundamento ya que el reproche penal que se le hizo a *Castro* fue por haber conducido el objeto en un vehículo no acondicionado para ello, lo que, desde un principio, independientemente

del cuidado puesto en ello, determinaba un gran riesgo para los transeúntes. Incluso, las paradas del encartado durante el trayecto, indican la precaria posición de la puerta en el techo del automóvil y el peligro constante que representaba para quienes se encontrara en su camino.

Así las cosas, la objeción, aparte de su proposición contradictoria (error de hecho y de derecho), tampoco tiene razón de ser. Ello provoca su rechazo.

3o. *Quinto cargo:*

Esta vez, la inspección judicial es el motivo de su disenso y también una nueva muestra de su ambivalencia pues, como en los anteriores reproches, comienza su trasegar conceptual con el error de hecho por falso juicio de identidad y lo termina como si se tratara de un error de derecho por falso juicio de convicción. Según el libelista, la inspección fue prolijada parcialmente por el fallador, al tomar como fundamento de su decisión algunos apartes, débiles por demás, que no demuestran la responsabilidad de Castro, y no considerar otros que sacan adelante su versión.

Transcribe a continuación la referencia que se hace acerca de la colocación de la puerta en el techo del vehículo, sin ninguna clase de atadura: “En esa posición y al arrancar el carro en forma despacio y al frenar la puerta se corre hacia adelante...”, lo que, a su modo de ver, es muestra de que el objeto sí estaba amarrado pues no de otra manera se explica que hubiera podido sostenerse por más de un kilómetro, incluso parando en un semáforo, tomando curvas, esquivando huecos y permitiendo el paso de peatones.

También destaca lo comprobado en la diligencia a partir de la versión del copiloto del vehículo, que demuestra la imposibilidad de que en la posición descrita por el testigo de descargo, la puerta hubiese podido golpear a alguna persona.

No obstante, ésta es la única porción de la diligencia que le merece crédito, y por ende, merecedora de la mayor importancia. Para las demás conclusiones reserva su crítica y su rechazo enfático, como también debió haberlo hecho el sentenciador, descartando lo demás, es decir, lo referente

a no haberse encontrado huellas de que la puerta hubiese sido amarrada al vehículo, las distancias escasas que separaban a la víctima del vehículo que transportaba el objeto y la buena visibilidad de la vía.

Como fácilmente se observa, de nuevo es el tema de la valoración el que trae en apoyo de su aserto, cayendo en el mismo error que le critica al Tribunal: tomar la parte de la inspección judicial que más le conviene a sus intereses, rechazando lo demás, luego de explicar el porqué la tesis que defiende es la que debe regir el proceso.

Olvida el recurrente que la inspección judicial no es una verdad en sí misma. Su objetivo dentro del proceso es ilustrar al juez sobre lo acaecido en el lugar donde sucedieron los hechos, materia de investigación. Aparte de las especificaciones que en ella se hagan y que puedan explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo acontecido, se puede solicitar la ayuda de técnicas que ilustren con profundidad algunos aspectos referentes a su especialidad y que puedan servirle posteriormente, como elementos de juicio, a los sentenciadores.

Por consiguiente, dicha prueba, como todas las demás, está sujeta a las reglas de la sana crítica. En la medida que sus asertos compaginen con las restantes probanzas, será tomada en cuenta, sopesada y valorada, convirtiéndose en apoyo de la decisión. Por consiguiente, es claro que las conclusiones de la inspección judicial no atan al juez; apenas le sirven de guía, lo que indica que bien puede servirse de ella, parcial o totalmente, según se lo indique el resto del acervo probatorio.

Lo que no le está permitido al sentenciador es desfigurar su contenido, haciéndole decir lo que no dice. Pero sí es lícito tomar la porción que, a su modo de ver, se acople con los demás medios probatorios. La equivocación del censor se repite también este reproche, el que por lo demás, ni siquiera se encuentra debidamente sustentado, como quiera que no enseña a la *Sala* cuáles fueron en su totalidad los hechos que se aclararon en la inspección judicial, cuáles y de qué manera fueron distorsionados, y, finalmente, cuál su trascendencia en la decisión cuestionada.

Las acotaciones que se hicieran en los otros cargos sobre el particular son válidas también para ilustrar este rechazo.

Y más allá de la deficiente presentación del cargo, que indica la carencia de la claridad necesaria para proponerlo en debida forma y fundamentarlo, tampoco una formulación correcta le habría proporcionado los frutos consiguientes, como en seguida se verá.

En la sentencia de primera instancia se asegura que *Castro* no adoptó ningún tipo de seguridad para transportar la puerta y con razón “en la diligencia de inspección judicial se indicó que no había ninguna señal de que aquella mentada puerta hubiese sido asegurada...”. Más adelante, la inspección también le sirve al juzgador para refutar al procesado sobre la distancia prudente que llevaba respecto del separador, puesto que en ella se estableció “...que éste venía a veinte centímetros del mismo, es decir, que además de no contar con las seguridades del caso, se desplazaba muy cerca del separador sin prever el hecho de que al ir tan cerca del mismo y con una carga sin seguridad sobre su automotor, podría golpear a dicha persona con dicho objeto”. Finalmente, concluye el *a quo*, “Si no se adoptaron las medidas necesarias y si el carro no tenía dispositivos para transportar carga, como se verificara en la inspección judicial, bien se evidencia entonces que CASTRO ACTUO irresponsablemente”.

Como bien se observa, el sentenciador es fiel al contenido de la probanza en comento en lo que se refiere a la distancia que probablemente separaba al automotor del separador, a la ausencia de huellas que evidenciasen la atadura de la puerta al techo del vehículo y la demostración de que dicho techo no tenía un objeto, como una parrilla para transportar cosas. ¿Dónde, pues, se encuentra la distorsión predicada?

Como quiera que estas afirmaciones no fueron refutadas en la segunda instancia, se entienden incorporadas al fallo del Tribunal, el que, para mayor claridad del asunto, se limitó a extraer algunos apartes de la diligencia, en lo tocante a los temas anteriores, agregándole lo referente a la buena visibilidad existente en el lugar.

Es cierto que ninguna mención se hace a los resultados de la demostración hecha por el instructor acerca de la puerta colocada en el automotor sin ninguna ligadura, y a la forma en que iba sobre el techo de acuerdo con lo explicado por el copiloto del carro. No obstante, la omisión no tiene importancia.

Como se dijo atrás, el juicio de desaprobación penal se le eleva al procesado por haber cargado la puerta en un automotor que no se encuentra diseñado para estos menesteres, aparte de haberse desplazado a gran velocidad y cerca al separador. Sobre ello es claro el juzgador de primera instancia cuando advierte que debe entenderse que, un Renault 4, automotor con una distancia entre ejes no mayor de tres metros, es para transportar personas y aunque reconoce que el Código de Tránsito no prohíbe que en él se acarreen cosas, ello no implica que no existan limitaciones como el de llevar consigo una puerta.

El Tribunal, por su parte, califica el actuar de *Castro González* como imprudente, negligente y violatorio de las normas de tránsito. Ratifica que el no haberse hallado tan siquiera una porción de la cabuya que presumiblemente ataba la puerta al carro e inclusive aceptando que los curiosos hurtaron los elementos que la aseguraban, todo esto indica que ello jamás sucedió. También habla de la ineptitud del vehículo para cargar objetos en su exterior y de la alta velocidad a la que se desplazaba. Para demostrarlo muestra que sólo pudo frenar metros adelante y no en el mismo momento del impacto.

También le deduce de sus palabras un indicio grave de responsabilidad cuando asegura que no sintieron que la puerta se hubiese caído y que tan sólo pararon cuando escucharon la gritería de la gente "...pues a todas luces es ilógico que llevando una puerta en el techo de su carro, no estuviesen pendientes de lo que acontecía con ella". A más de ello, también apoya el aserto de la alta velocidad la misma violencia del golpe, la cual encuentra demostrada en el protocolo de necropsia y el álbum fotográfico que reposa en los autos.

Incluso, para abundar en razones y respondiendo a la tesis de un posible caso fortuito provocado por la violencia del viento existente en el lugar, el Tribunal lo desvirtúa con el certificado expedido por el HIMAT en el que informa que en el momento de sucederse los hechos, la fuerza del viento correspondía a la clasificación de "brisa moderada".

Como se observa, múltiples fueron las razones que llevaron a proferir la decisión que hoy se controvierte. Todas ellas tienen el soporte probatorio que habría de esperarse.

No prospera el ataque.

4o. *Sexto cargo:*

Aunque el casacionista no lo menciona expresamente, de su lectura se deduce que lo enmarca dentro del ámbito de un error de hecho por falso juicio de existencia. En efecto, lo fundamenta en haberse ignorado el testimonio del agente de tránsito *Marco Aurelio Niño Valencia*, probanza que demuestra el hurto por parte de los curiosos de los elementos colocados por el procesado para asegurar la puerta. Como no se tomó en cuenta se dedujo por el sentenciador que el extravío de dichos elementos indicaba su inexistencia.

Vistos los fallos de instancia, es verdad que el susomentado testimonio no fue tomado en consideración por los sentenciadores. Pero si bien le asiste razón al casacionista en este aspecto, no puede decirse lo propio respecto de la trascendencia de la omisión. Si se tiene en cuenta que la imputación culposa se le dedujo al acusado por transportar un objeto de gran peso en un vehículo inepto para estos menesteres, al punto de que el conductor debía parar continuamente para examinar que la carga marchaba bien, en nada interesa si los elementos supuestamente colocados como seguridad de la puerta existieron o no.

Independientemente de ellos, como se advirtió en el cargo anterior, lo cierto es que el transporte de la carga era inadecuado (encima del vehículo) y era fácil prever que con la cuerda y la cobija, o sin ellas, existía un riesgo grave de que la puerta se desprendiera del automotor y causara daños a los transeúntes, como efectivamente sucedió, peligro que aumentaba con la velocidad que, como también se dijo, era excesiva, muestra de lo cual es la violencia del impacto, de tal magnitud que provocó el deceso de la víctima.

El silencio guardado sobre el testimonio que se echa de menos no tiene mayor importancia, por lo que el rechazo de la objeción adviene indudable.

5o. *Séptimo cargo:*

En primer término, el Código Nacional de Tránsito Terrestre es el Decreto 1344 de 1970, expedido por el Presidente de la República en

ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiriera la Ley 8a. de 1969, modificado en algunos de sus artículos por leyes posteriores. Por consiguiente, se está frente a un compendio de normas, jurídicamente vigentes, de carácter público y, por ende, de obligatorio cumplimiento. No hay razón, por tanto, para exigir su expresa aparición por escrito en el expediente. Diferente es el caso si se tratara de reglamentos privados o cualquier otro tipo de prueba particular. En este supuesto, para ser tomados en cuenta, forzoso hubiera sido allegarlas al proceso para su examen.

De otro lado, se repite, aunque se habló de una posible transgresión de las normas de tránsito vigentes, de todas maneras y como se dijo al responder el *sexto cargo*, en la primera instancia se destacó que la responsabilidad del procesado se le dedujo por haber transportado la puerta en un vehículo que no brindaba las seguridades necesarias para ello, lo que transformaba su marcha en un peligro inminente para los transeúntes. Por consiguiente, resulta irrelevante su alusión a la presencia de las normas de tránsito en comento, en estos cuadernos.

Tampoco tiene vocación de prosperidad esta objeción.

6o. *Octavo cargo:*

En este punto radica la razón de discrepancia de la Sala mayoritaria con el proyecto presentado por el Magistrado JORGE ENRIQUE VALENCIA, por cuanto la ponencia traía entre otras afirmaciones las siguientes:

“Los argumentos que eleva el actor con fundamento implícito en la causal *tercera* de casación, apenas sirven para trazar un esbozo de su inconformidad, (se nombró y se posesionó al perito sin que se hubieran agotado los procedimientos, asegura) sin que le enseñe a la *Corte* en qué consistió la falencia anunciada, dado que invoca unas normas que nada tienen que ver con el nombramiento y posesión de aquel. Recuérdese que tan sólo se limita a señalar los artículos 267 y siguientes del compendio procesal de 1987, referencia abstracta que ninguna claridad aporta al asunto”.

Y más adelante:

“Como bien se observa, sin soporte argumental ninguno, el actor presenta distintas alusiones al dictamen, sin que a ciencia cierta se sepa cuál de ellas fue la causante de la violación al debido proceso, cuál su trascendencia en la actuación y de qué manera y en qué medida se produjo el agravio.

“De otro lado, y aunque es veraz que la *Corte* tiene la potestad de casar oficiosamente ante la presencia de una nulidad existente en el proceso sometido a su estudio, también lo es, que esto no releva al actor de efectuar el análisis correspondiente, brindando sus ideas, exponiendo sus argumentos, indicando sus alcances y el remedio consiguiente. La causal *tercera* de casación, como la *primera* y la *segunda*, necesita también ser expuesta y sustentada como las demás.

“De todas maneras la *Sala*, obrando con criterio de amplitud y por tratarse de la causal *tercera*, que de prosperar conduciría a la invalidez jurídica de una relación procesal determinada, examinará, *ex officio*, la pieza en cuestión y su contenido...”.

La realidad es que el demandante en ningún momento se refiere a la violación del debido proceso, ni mucho menos a la causal *tercera* de casación, de manera que la mención que sobre este tema hace la ponencia inicial es por vía de inferencia, la cual es equivocada, no sólo porque no hay ningún elemento que permita llegar a esa conclusión, sino porque hacerlo implica un error más, ya que reiterada y uniforme ha sido la jurisprudencia de la *Corte*, en el sentido de que las irregularidades que se cometan en la práctica de una prueba no dan lugar a la nulidad del proceso, sino únicamente a la invalidez de dicha prueba, la cual no debe ser tenida en cuenta para la decisión. Si no obstante su ilegalidad es apreciada, esa falla se demanda por la causal *primera* cuerpo *segundo*, –error de derecho por falso juicio de legalidad–.

En estas condiciones, la razón para desestimar el cargo no es el que no se hubiera fundamentado correctamente la causal de nulidad, pues el libelista no se refiere a ella. Lo que si es evidente, es que el reparo sobre el dictamen pericial en cuanto a la manera como se fijó el monto de los perjuicios, aparece como un agregado fuera del contexto en el que se desarrolla el libelo, hasta el extremo de que no da lugar a ninguna petición, y nada tiene que ver con la pretensión final de que se absuelva al procesado.

El reproche se queda en simples afirmaciones sin demostración, respecto de las cuales no se establece su incidencia sobre la legalidad del fallo, ni de qué modo pueden estar relacionados con la responsabilidad o inocencia del acusado.

Así las cosas, lo dicho es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

7o. Pero la *Sala* aún no termina su tarea. Dentro del texto de la demanda y como último argumento, el censor lanza epítetos, frases equívocas, expresiones injuriosas, acusaciones ladinas, enseñando con ello su ligereza, desdibujando sobremanera su argumentación y concitando el repudio consiguiente.

Primero, en forma atrevida e irresponsable, sin enseñar prueba alguna que respalde sus afirmaciones advierte que “al contestar el traslado, la entonces Fiscal Tercera Superior no sólo justificó la carga que se le hacía a *Castro González*, sino que *coaccionó al perito* a elevar el monto del avalúo” (subrayas de la Corte). El que no se compartan las apreciaciones de un funcionario no autoriza a motejar su actuación como delictiva, ni mucho menos el esgrimir tales acusaciones como apoyo para buscar la casación de la sentencia.

Lo propio hace cuando califica de “situación parcializada” el análisis del *a quo* por ser la hija de la occisa y otras parientes suyas, empleadas de la Rama Jurisdiccional, o cuando señala que el croquis que respalda su aserto “no gustó a los juzgadores” dando a entender una parcialidad manifiesta en sus decisiones. Con estas palabras, el censor mancha el libelo al reducirlo a expresiones desobligantes, producto de apreciaciones personales. Lejano está el recurso de estos menesteres reprobables. Aquí se estudia la argumentación juiciosa, basada en la verdad procesal y la normatividad vigente, ajena por consiguiente a las apreciaciones personales, las hipótesis propias o los agravios lanzados al gairete.

No puede pasarse por alto esta situación en que se agravia sin pausa ni medida a varios funcionarios judiciales, simplemente porque sus conceptos y decisiones no respondieron a las expectativas de la defensa. Callarse sería permitir que el recurso extraordinario se convierta en una

ocasión para que se ultraje impúnemente a la administración de justicia. Por ello, la *Sala* considera conveniente compulsar copias con destino a las autoridades competentes a fin de que se investigue la posible falta disciplinaria en que pudo haber incurrido el libelista con estas expresiones.

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:

1o. *No casar* el fallo impugnado.

2o. *Compulsar* las copias pertinentes, conforme a lo expresado en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, no firma; *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz*, *Gustavo Gómez Velásquez*, *Dídimo Páez Velandia*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, *Jorge Enrique Valencia M.*, salvamento parcial de voto.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PERJUICIOS

(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Es cierto y exacto que el casacionista en ninguna parte de su enrevesada demanda menciona, *in concreto*, la causal tercera de casación y es de ver, que tampoco utiliza todo el erudito aparato de la técnica para mencionar la palabra nulidad. Pero también, lo es, que en el literal G) agita y plantea algunas falencias y yerros que conspiran contra la validez de la diligencia que se cuestiona. Esto merece ligera mención y algún comentario.

Aunque con la imprecisión de lo abstracto denuncia irregularidades en torno al monto de los perjuicios causados con la infracción, adviera que se posesionó al perito “sin que se hubiesen agotado los procedimientos” y que éste no motivó con suficiencia su dictamen. Sobre lo primero, da a entender que no se cumplieron en debida forma los presupuestos exigidos por la ley para tales menesteres. Con ello persigue, a no dudarlo, restarle validez al informe, al cuestionar la idoneidad del experto y con ello, la porción de la condena atinente a los daños y perjuicios. Resulta clara su alusión a una irregularidad sustancial aunque –claro está– sin vocación de éxito por la carencia de fundamentación.

Cuanto a lo segundo, asegura que la pericia se rindió sin especificar “los factores que tuvo en cuenta para obtener ese resultado”, protestando, además, por la acogida que sin reservas hiciera el Tribunal de este dictamen, situaciones que indican a las claras –así el recurrente no lo especifique certermente– que la inconformidad alude a una falta de motivación.

Con base en la comprensión que tengo de las cosas y dejando a un lado la severa ciencia de la forma, desarrolló el proyecto a mi cargo el reproche por nulidad. Se me dijo en el debate oral de la Sala, que ahora se reitera en la sentencia de casación, que semejante modo de pensar –el

mío y obviamente el de la Procuraduría que se identifica con mis desordenados conocimientos— es por completo equivocado y con todos los honores que la descalificación presupone acepto que esto sea así. De todas maneras me adjudico el derecho de disentir de la opinión mayoritaria de la Sala. Con toda la mesura y admiración que sus juicios y apreciaciones me merecen, claro está.

Cuesta trabajo creer que con el repertorio de planteos que ofrece el recurrente —de buena ley o rematadamente malos— no se esté refiriendo a vicios, defectos o desviaciones que afectan a un acto procesal determinado con repercusiones en el resto del proceso. Ya es esto decir bastante aunque no se advierta en la composición de aquellas ideas una elaborada ortodoxia ni una fina sensibilidad hacia las cosas adjetivas bien que casi nadie que acude a la Corte las tiene. Hago, por supuesto, las excepciones naturales.

Certísimo es, entonces, que el casacionista no invoca la causal tercera, y patente que no califica los yerros que presenta como “irregularidades sustanciales” o “falta de motivación”, pero también lo es, que del texto de su escrito se infiere que ésta y no otra es la materia de su disenso. Si ello es cierto, no puede llegarse al extremo de exigir que sólo la literalidad de los vocablos es la única guía que tiene la Corte para estudiar las demandas de casación. Si así fuere, los intentos por arrinconar la forma en beneficio del papel protagónico que debe tener el contenido, habrán fracasado.

Y como tengo la propensión de creer en lo mío cuando me convencen mis razones y no las de los demás cuando sus opiniones no me persuaden, me rindo a las primeras y las transcribo porque en la sentencia de casación se eliminan de cuajo:

“2. *El cargo de nulidad:*

2.1. Los argumentos que eleva el actor con fundamento implícito en la causal *tercera* de casación, apenas sirven para trazar un esbozo de su inconformidad, (se nombró y se posesionó al perito sin que se hubieran agotado los procedimientos, asegura) sin que le enseñe a la *Corte* en qué consistió la falencia

anunciada, dado que invoca unas normas que nada tienen que ver con el nombramiento y posesión de aquel. Recuérdese que tan sólo se limita a señalar los artículos 267 y siguientes del compendio procesal de 1987, referencia abstracta que ninguna claridad aporta al asunto.

2.2. Los temas de estos artículos son variados. Ellos informan desde quién puede prestar el servicio de perito, pasando por los impedimentos y recusaciones que puedan afectarlos, así como lo referente a su posesión, el dictamen en sí, los cuestionarios que debe absolver y el examen del procesado, finalizando con el término para rendir la experticia, su conocimiento por las partes, las objeciones y el procedimiento a seguir cuando éstas se presenten. ¿Cuál de éstas normas fue desconocida? El censor no lo indica. Al parecer considera que bastan unas pocas palabras para lograr su cometido.

2.3. Nada distinto puede pensarse luego de leer los siguientes renglones en los que la *Sala* busca una explicación a sus palabras iniciales para encontrar el sentido que pueda caberle al presunto error de procedimiento. Apenas se refiere a la inclusión en el dictamen de un lote adquirido en un parque cementerio para evaluar los perjuicios y la objeción que el defensor hiciera sobre el particular. Luego señala al técnico nombrado como 'asustadizo estudiante de derecho' y más allá descalifica el avalúo por elevarlo a una suma desproporcionada sin especificar 'los factores que tuvo en cuenta para obtener ese resultado'.

2.4. Aquí, quizás, podría pensarse en una violación al artículo 272 del C. de P.P. que obliga al dictamen a expresar 'clara y precisamente las razones en que se funda'. Sin embargo, la referencia queda en una simple insinuación pues a renglón seguido descalifica al mismo juez de la causa por haberse arrogado la función de 'perito de peritos' al condenar al pago de los perjuicios materiales y morales, en la suma que lo hizo. Incluso en su frase final –por si y ante sí– acusa al administrador de justicia de haber coaccionado al experto para elevar el monto del avalúo.

2.5. Como bien se observa, sin soporte argumental ninguno, el actor presenta distintas alusiones al dictamen, sin que a ciencia cierta se sepa cuál de ellas fue la causante de la violación al debido proceso, cuál su trascendencia en la actuación y de qué manera y en qué medida se produjo el agravio.

2.6. De otro lado, y aunque es veraz que la *Corte* tiene la potestad de casar oficiosamente ante la presencia de una nulidad existente en el proceso sometido a su estudio, también lo es, que esto no releva al actor de efectuar el análisis correspondiente, brindando sus ideas, exponiendo sus argumentos, indicando sus alcances y el remedio consiguiente. La causal *tercera* de casación, como la *primera* y la *segunda*, necesita también ser expuesta y sustentada como las demás.

2.7. De todas maneras la *Sala*, obrando con criterio de amplitud y por tratarse de la causal *tercera*, que de prosperar conduciría a la invalidez jurídica de una relación procesal determinada, examinará, *ex officio*, la pieza en cuestión y su contenido. A folio 266 del C. 1 obra el dictamen pericial rendido por *Antonio Vásquez Ronderos*, estudiante de derecho adscrito a la Universidad Santo Tomás de esta ciudad. En él, como daño emergente colocó los gastos ocasionados en las exequias de la occisa, entre ellos, la compra de un lote en los 'Jardines de Paz' en orden a depositar sus despojos mortales, los cuales, según facturas que se aportaron, ascendieron a la suma de novecientos sesenta y dos mil ciento veintiún (\$962.121.00) pesos.

Cuanto al lucro cesante, el perito se abstuvo de evaluarlo teniendo en cuenta la ausencia de información sobre el punto. Respecto a los daños materiales, le agregó a la suma del daño emergente, los intereses causados desde la fecha de ocurrencia del suceso hasta el instante en que se dicta el peritazgo, arrojando una suma de un millón quince mil treinta y siete pesos con sesenta y cinco centavos (\$1.015.037.65). Con relación al daño moral le dejó al juez el arbitrio de fijarlo dentro de los límites de la ley.

2.8. El defensor del procesado objetó el dictamen advirtiendo que la compra del lote en el cementerio referido no incrementa el patrimonio del titular de la acción civil y, por consiguiente, dicho valor no tiene porqué pagarlo su defendido ‘...ya que se trata de una negociación totalmente ajena al hecho desgraciado que causó la muerte de doña Gladys Ester Arrieta...’. Por tanto, como quiera que el perito está acumulando responsabilidades de distinto origen y clase es que el dictamen padece de error grave.

2.9. Corrido el traslado a las partes, el Ministerio Público consideró que de haberse hecho la negociación del inmueble con posterioridad al suceso punible debe rechazarse la objeción en comentario ‘...por cuanto a ella necesariamente había que darle cristiana sepultura y como tal ese rubro corresponde a una erogación patrimonial que se causó a la persona afectada o a sus familiares con el delito, lo que a la postre viene a constituir el daño emergente del perjuicio material...’. La agencia fiscal considera que el dictamen debe ser complementado con el lucro cesante, aplicándole para ello las tablas de supervivencia. En tal orden de ideas, considera que tasó irrisoriamente el valor de los perjuicios materiales.

2.10. Antes de pronunciarse, el juez de primera instancia ofició a ‘Jardines de Paz S.A.’ para que remitieran al proceso las facturas por la compra del lote en referencia, comprobándose a su recepción que el negocio se hizo el catorce (14) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), es decir, ocho días después del fallecimiento de la víctima. De igual manera suministró una segunda factura sobre los gastos ocasionados con la velación, los que ascienden a la suma de ochenta y siete mil pesos (\$87.000.00).

Con estos elementos de juicio, el Juzgado 3o. Superior de esta ciudad consideró que el negocio en mención ‘...nació por una circunstancia extrema de necesidad humana, cual fue la de dar sepultura a su progenitora...’, hecho que requería al menos de los servicios mínimos de una firma especializada para llevar

a cabo las honras fúnebres, lo que indica que debe tenerse por desvirtuado ‘...que la adquisición de éste (el lote) fuese ajena a la ocurrencia del hecho punitivo como erróneamente lo arguye el incidentante. Por consiguiente, no considera que contra el procesado se estén acumulado dos clases o especies de responsabilidades distintas...’.

Finaliza su intervención solicitando del perito la complementación de su dictamen en lo que refiere al lucro cesante, pues no existe explicación alguna para que abstenga de tasarlo, máxime si se tiene en cuenta que el expediente le brinda los elementos de juicio necesarios para que pueda llegar a una cabal conclusión.

2.11. El perito, dejando en claro que en el expediente no aparece constancia cierta y precisa de las actividades artesanales cumplidas por la fallecida, le otorgó como ingresos mensuales por este concepto la suma de quince mil pesos (\$15.000.00), cantidad a la que le agregó la de la pensión que disfrutaba (\$40.409.00). Teniendo en cuenta que contaba con 54 años y anunciando que aplicaba las tablas de supervivencia de las aseguradoras aceptadas por la Superintendencia mediante Resolución 1439 de 1972, consideró que el lucro cesante ascendía a nueve millones cuatrocientos veintiún mil seiscientos treinta y dos pesos (\$9.421.632.00).

2.12. Como bien se observa, no es cierto que con el dictamen y su posterior ampliación se hubiese violado del debido proceso. Además, respondiendo a una alusión del casacionista, tampoco lo es, que carezca de la fundamentación correspondiente. Por el contrario, el perito nombrado para el efecto, cumplió a cabalidad con la tarea asignada con razones y motivos serios y atendibles. De todas maneras, es de ver, que se observaron las reglas dispuestas por el estatuto procedimental sin que ninguna tacha le pueda caber al efecto”.

Mirando menos un diletantismo superior y sí la verdad encarnada en el reproche, coruscantemente advierto que el actor agita problemas propios

de la nulidad, a buen seguro no con la pureza de la técnica –que puede ser cosa muy buena y excelente aunque yo no lo entienda así pues a veces me parece que es lo menos puro que hay– pero sí con el esbozo y la agitación de realidades que me convencen del todo. Lo que es muy cierto. Por lo demás, he entendido siempre que la técnica es un trámite tan bien intencionado como inútil si no vemos más allá del aspecto formal de las cosas. Al menos a mí me agrada el espíritu rebelde a la lógica formal, no a la otra, la fundamental.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / UNIDAD PROCESAL / TIPICIDAD / ENRIQUECIMIENTO ILICITO

La desarmonía o falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación, constitutiva de la causal segunda de casación, no emerge de la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso sino de la identidad de la conducta imputada como cuando se enjuicia por peculado y se condena por hurto agravado.

2. La ruptura de la unidad procesal de conductas punibles conexas, tenida como excepción al principio general de la unificación del proceso, no genera nulidad por expresa voluntad del legislador (artículo 85 del Decreto 050 de 1987, vigente para la época del juzgamiento y 88 y 90 de Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993), siempre que no resulten afectadas las garantías fundamentales del individuo, en razón a que con dicha medida se busca agilizar la tramitación del juicio evitando dilaciones en la definición de la situación jurídica de quien o quienes enfrentan cargos ante la justicia.

3. No debe perderse de vista que dada la subsidiariedad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, su existencia como infracción penal está condicionada a que la obtención, por parte del empleado oficial, de un incremento patrimonial no justificado por razón del cargo o de las funciones propias de éste, no constituya otro delito y que la concusión como delito formal no requiere para su consumación de la entrega del dinero o la satisfacción de la utilidad indebidos.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.*

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 107.

Vistos:

El 28 de abril de 1993, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó con algunas modificaciones la sentencia dictada por el Juzgado Trece Penal del Circuito de esta capital, que condenó a los procesados JOSE JIM ORTIZ HERNANDEZ y MARIA NENA GOMEZ GUTIERREZ a la pena principal de 26 y 20 meses de prisión, e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas como autor y cómplice, respectivamente, del delito de concusión, en concurso de hechos punibles; decisión recurrida en casación por su defensora.

Hechos y actuación procesal:

Con fundamento en las copias enviadas por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación a la justicia ordinaria, se adelantó por el Juzgado 96 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá, formal investigación penal contra José Jim Ortiz Hernández, Asistente del ex-Senador Carlos Holmes Trujillo y María Nena Gómez Gutiérrez, abogada asesora de la mencionada institución, estableciéndose que durante el año de 1989 José Jim abusando del cargo que ostentaba y mediante la colaboración efectiva de María Nena indujeron a los estudiantes Fernando Higuera y Ricardo Navarro a figurar como beneficiarios de sendas becas o ayudas educativas por valor de quinientos mil pesos cada una, a cambio de entregarles el noventa por ciento de dicha suma destinado al Fondo "Isaías Hernán Ibarra" constituido por el citado ex-Congresista, cuando lo cierto es que tal porcentaje ingresó ilícitamente a su patrimonio.

Sometidos a indagatoria los inculcados y aducida abundante prueba documental y testimonial, el Juzgado de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de José Jim Ortiz Hernández y María Nena Gómez Gutiérrez, como autor y cómplice respectivamente, del delito de concusión, en concurso de hechos punibles y ordenó la reapertura de investigación por la imputación de enriquecimiento ilícito; pronunciamiento cuya reposición fue negada por el Juzgado.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá finiquitó la instancia condenando a los acusados José Jim Ortiz Hernández y María Nena Gómez Gutiérrez a 26 y 20 meses de prisión respectivamente, e interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y a la accesoria de la pérdida del empleo público para el primero de los nombrados. Se abstuvo de condenarlos al pago de perjuicios y les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelado dicho fallo por la defensora de los procesados, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá lo confirmó mediante el que es objeto del recurso de casación, con la única modificación de condenarlos en forma solidaria al pago de perjuicios materiales y morales estimados en \$450.000 y el equivalente en moneda nacional a diez (10) gramos oro, respectivamente.

Demanda de casación:

Con expresa invocación de las causales segunda y primera de casación contempladas en el artículo 220 del C. de P.P. se formulan, en su orden, los siguientes cargos a la sentencia impugnada:

Causal segunda:

Haberse proferido la sentencia encontrándose demostrada la existencia de irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso; reproche que la demandante hace consistir en la ruptura de la unidad procesal para investigar por separado la concusión y el enriquecimiento ilícito endilgados a los dos acusados, pese a la evidente conexidad entre dichas infracciones, la comunidad de pruebas entre las mismas, y la circunstancia de que los funcionarios de instrucción como los juzgadores aludieron el enriquecimiento ilícito obtenido por los inculcados “con los dineros que habían solicitado a los becarios y que efectivamente habían sido entregados por éstos”.

Afirma que la conexidad de tales delitos se predica de aparecer ligados, unidos y concatenados entre sí y que la Juez Noventa y Seis de Instrucción Criminal se precipitó al calificar el mérito del sumario porque

para entonces no se había producido el dictamen de perito contable que sirvió para decretar por separado la extinción de la acción penal por inexistencia del punible de enriquecimiento ilícito y hubiera también servido para desvirtuar el de concusión “porque como ya lo dije primero pido o solicito en este caso dinero y luego lo llevo a mi haber patrimonial”; resaltando que si no hubo enriquecimiento injustificado por parte de sus representados mal podía estructurarse el delito de concusión.

Agrega que en manera alguna ha debido romperse la unidad procesal y si bien es cierto “que la CONCUSION es un delito eminentemente formal de conformidad con lo establecido legalmente, o sea que no se requiere del resultado para su perfeccionamiento, mas sin embargo y pese a ello los señores jueces que conocieron del proceso se empeñaron en que los representados habían obtenido el resultado, o sea habían recibido una suma de dinero igual a CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$450.000.00) de manos de los señores FERNANDO HIGUERA Y ANTONIO (*sic*) NAVARRO, dineros que nunca aparecieron en los fondos o patrimonio económico de los condenados”.

Critica luego el valor probatorio dado a los testimonios rendidos por los estudiantes Higuera y Navarro para referirse a lo que considera irregularidad sustancial del pliego de cargos por aludir a hechos punibles ocurridos durante el año de 1988 cuando es lo cierto que en dicho año no hubo asignación de auxilios para los becarios concluyendo que se violó el principio de consonancia entre la resolución acusatoria y el fallo de condena.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea de los testimonios vertidos por Fernando Higuera, Ricardo Navarro y Gladys Gómez Gómez consistente en habersele asignado por los falladores de instancia un valor incriminatorio que no tienen las declaraciones de los dos primeros y negado credibilidad a la declaración exculpatoria rendida por la tercera de los nombrados.

Argumenta la demandante que las declaraciones de los becarios Higuera y Navarro carecen del crédito que se les atribuye porque Gladys

Gómez, también beneficiaria de ayudas educativas otorgadas con auxilios parlamentarios gestionados por el fallecido senador Carlos Holmes Trujillo negó haber sido objeto de indebidas exigencias por parte de los inculcados y afirmó, en cambio, haber visto a Navarro haciendo cola en el Banco del Comercio, Sucursal San Martín, para cobrar el valor de la beca sin la compañía de los acusados por lo que no se le puede creer al deponente que José Jim y María Nena estuvieron en dicho lugar para exigirle la entrega del noventa por ciento del auxilio.

Confrontados los dichos de los mencionados declarantes emerge que Higuera y Navarro mintieron porque no es cierto que los acusados hubiesen estado en el banco el día que cobraron el valor de la beca agregando que el testimonio rendido por el primero de ellos dentro de la averiguación administrativa adelantada por la Procuraduría General de la Nación fue trasladado al proceso penal en copia inauténtica mientras que el vertido por Gladys sí lo fue en copia autenticada.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pone de manifiesto las falencias de que adolece la demanda de casación presentada a nombre de los procesados recurrentes para concluir que debe desestimarse porque ninguno de los cargos en ella contenidos puede fructificar.

Entre tales fallas señala el desconocimiento que exhibe la demandante en cuanto al sentido y alcance de las causales de casación invocadas al punto de fundamentar la censura por falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación acudiendo a razonamientos propios de la causal tercera por desconocimiento del debido proceso; lo mismo que la ausencia de técnica resultante de alegar errónea valoración de pruebas como el testimonio no sujetas a valor tarifado.

Recuerda que el artículo 85 del anterior C. de P.P. modificado por el Decreto 1861 de 1989, norma vigente para el momento de proferirse el enjuiciamiento, autorizaba el rompimiento de la unidad procesal cuando la resolución de acusación o la cesación de procedimiento no comprendiera todos los hechos punibles o todos los copartícipes, situación

que se dio en el caso de autos, sin que la separación de conductas punibles conexas genere nulidad del proceso, agregando que la censura por equivocada valoración de la prueba testimonial se apoya únicamente en la apreciación personal de la recurrente opuesta a la del fallador.

Consideraciones de la Corte:

Causal segunda:

La desarmonía o falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación, constitutiva de la causal segunda de casación, no emerge de la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, como equivocadamente lo entendió y planteó la recurrente, sino de la identidad de la conducta imputada como cuando se enjuicia por peculado y se condena por hurto agravado.

De manera que si la formulación de cargos a los procesados recurrentes se hizo por el delito de concusión y la sentencia que puso fin al proceso los condenó por dicha infracción, no existe incongruencia sino la más completa armonía o correspondencia entre dichos pilares del juzgamiento.

El ataque a la sentencia, desviado del ámbito natural de la causal invocada, alude a una supuesta nulidad por quebranto del debido proceso, la que tampoco se configura porque la ruptura de la unidad procesal de conductas punibles conexas, tenida como excepción al principio general de la unificación del proceso, no genera nulidad por expresa voluntad del legislador (artículo 85 del Decreto 050 de 1987, vigente para la época del juzgamiento y 88 y 90 del Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993), siempre que no resulten afectadas las garantías fundamentales del individuo, en razón a que con dicha medida se busca agilizar la tramitación del juicio evitando dilaciones en la definición de la situación jurídica de quien o quienes enfrentan cargos ante la justicia.

Es verdad que en el presente caso, la investigación administrativa adelantada por la Procuraduría General de la Nación como la penal dirigida por un funcionario de instrucción, se ocuparon en averiguar la

participación que tuvieron los procesados José Jim Ortiz Hernández y María Nena Gómez Gutiérrez en los delitos de concusión y enriquecimiento ilícito a ellos endilgados; pero también lo es que el mérito probatorio del sumario se calificó con resolución de acusación en su contra por el punible de concusión y reapertura de la investigación respecto al enriquecimiento ilícito (arts. 970, 473 del anterior C. de P.P.); decisión que imponía la investigación por separado de las dos ilicitudes y que a las voces del artículo 85 de la misma codificación, modificado por el Decreto 1861 de 1989 autorizaba la ruptura de la unidad procesal porque la resolución de acusación no comprendía todos los hechos punibles objeto de indagación.

La libelista no adujo ni menos comprobó que el rompimiento de la unidad procesal hubiese incidido desfavorablemente en sus representados afectando o mermando sus posibilidades de defensa y por el contrario, de sus manifestaciones sobre el particular se colige que ellos resultaron favorecidos con la declaración de extinción de la acción penal derivada del delito de enriquecimiento ilícito, proferida por la funcionaria a cuyo cargo se encontraba dicho proceso.

Además, no debe perderse de vista que dada la subsidiariedad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, su existencia como infracción penal está condicionada a que la obtención, por parte del empleado oficial, de un incremento patrimonial no justificado por razón del cargo o de las funciones propias de éste, *no constituya otro delito* y que la concusión como delito formal no requiere para su consumación de la entrega del dinero o la satisfacción de la utilidad indebidos, lo que pone de presente que el valor de los perjuicios materiales reconocidos en la sentencia en nada podría incidir en la configuración del ilícito.

Aducir irregularidad sustancial del pliego de cargos porque la sentencia de condena se refiere exclusivamente a hechos ocurridos durante el año de 1989 mientras que aquél alude a éstos y a los sucedidos en 1988 es colocarse de espaldas a la realidad procesal conforme a la cual sólo tuvieron cabal comprobación las indebidas exigencias endilgadas a los acusados con relación a los auxilios o ayudas educativas otorgados a Higuera y Navarro durante la anualidad de 1989 por lo que la alegación en tal sentido se torna infructuosa e inocua.

No prospera la impugnación.

Causal primera:

Está llamada al fracaso la demanda que acogiendo a la causal primera de casación finca la violación indirecta de la ley sustancial por errónea valoración de la prueba testimonial en apreciaciones puramente personales o subjetivas del recurrente sobre el mérito de la prueba, opuestas a las lógicas, razonables y atendibles motivaciones del Tribunal máxime cuando éste abunda en referencias sumariales y su fallo viene precedido de la doble presunción de acierto y legalidad.

La presunción de legalidad de la sentencia sólo se quiebra demostrándose un error manifiesto y trascendente en la apreciación del acervo probatorio, pero no limitándose a confrontar la opinión personal del recurrente con la del fallador, pretendiendo que la Corte elija cuál de los dos criterios interpretativos debe prevalecer.

El Tribunal sentenciador examinando en conjunto las pruebas recaudadas, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, asignó preponderante credibilidad a las declaraciones inculpatorias rendidas por los presuntos beneficiarios de las becas o ayudas educativas Fernando Higuera y Ricardo Navarro porque a más de sinceras y espontáneas aparecían corroboradas, en parte, con las propias explicaciones dadas por los sindicatos y los resultados de una inspección judicial a la Tesorería Regional del ICETEX en Bogotá y con base en ellas arribó a la certeza del hecho punible y la responsabilidad de los mismos.

El fallador de primera instancia, a su turno, había tenido como sospechosa y poco creíble la declaración de Gladys Gómez Gómez, quien también figura como becaria, por las razones consignadas en la sentencia, opuestas a las de la recurrente, sin que de esta disparidad de criterios evaluativos se evidencie la comisión de un error probatorio manifiesto y trascendente.

Por lo demás, si la declaración rendida con las formalidades legales por Fernando Higuera Rodríguez ante la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación el 20 de marzo de 1990, forma parte integral del expediente cuyas copias fueron enviadas por dicha dependencia a la entonces Seccional de Instrucción Criminal

de Bogotá y con base en ellas el Juzgado Noventa y Seis de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación penal, no se pone en tela de juicio su autenticidad ni su conducencia como prueba trasladada, de acuerdo a las previsiones del artículo 255 del C. de P.P.

Tampoco prospera la impugnación.

Decisión:

En virtud 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 recurrida a nombre de los procesados José Jim Ortiz Hernández y María Nena Gómez Gutiérrez, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, no firmó; *Ricardo Calvete Rangel*, no firmó; *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz*, *Gustavo Gómez Velásquez*, *Dídimo Páez Velandia*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, *Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Es natural que la confrontación de las pruebas arroje resultados adversos para unos hechos, ya sea porque no están debidamente probados o porque las evidencias en contra tienen mayor poder de convicción. Por eso, resulta incompleta la demostración del error por parte del casacionista, para quien solamente las declaraciones a favor del procesado son serias, veraces y creíbles, basado en su personal criterio, con desconocimiento de la objetividad que caracteriza el proceso valorativo realizado por el funcionario judicial, con apoyo en la realidad procesal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 107.

Vistos:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados PEDRO MANUEL ACOSTA PELAEZ y WILLIAM VASQUEZ CORRALES en contra de la sentencia de segunda instancia proferida el 11 de febrero de 1993 por el Tribunal Superior de Barranquilla, decisión que confirmó el fallo de primer grado del Juzgado Once Penal del Circuito de esa ciudad que les condenó por el delito de homicidio, incrementando la pena principal de 10 años 2 meses a 16 años 6 meses de prisión y la indemnización de perjuicios de un mil a mil quinientos gramos oro.

Hechos y actuación procesal:

El viernes 18 de enero de 1991 a eso de las dos de la tarde cuatro sujetos interceptaron a Ubaldo Domingo Pareja Gómez cuando se disponía

a abordar un bus de servicio público en cercanía de la casa de su ex compañera, ubicada en el Barrio Simón Bolívar de la ciudad de Barranquilla, lo esposaron y lo condujeron en un taxi con rumbo desconocido. Poco después José Trinidad Pareja Gómez alertado por una llamada telefónica concurrió al Permanente Seis y por los relatos de los retenidos supo que allí había permanecido su hermano en calidad de capturado por espacio de media hora, siendo retirado por agentes vestidos de civil que lo llevaron alegando su “alta peligrosidad” hacia las instalaciones del F-2, no sin antes tachar el nombre en el registro de entrada del libro de población. Al día siguiente, el cadáver de Ubaldo Domingo apareció en la vía que de Malambo conduce a Caracolí ultimado con arma de fuego.

Con base en la denuncia formulada por José Trinidad Pareja el Juzgado Ochenta y Cinco de Instrucción Penal Militar declaró abierta la investigación y recepcionó las declaraciones de los familiares, la compañera del occiso, el Inspector, los empleados del Permanente y algunos de los retenidos la tarde de los hechos. Además practicó diligencia de reconocimiento fotográfico que permitió el señalamiento de los Agentes de la Policía PEDRO MANUEL ACOSTA PELAEZ y WILLIAM VASQUEZ CORRALES como dos de los integrantes del grupo que llegó ese día al Permanente con el capturado.

La instrucción permaneció en esa jurisdicción hasta que el comandante del Departamento de Policía Atlántico informó que los imputados disfrutaban de franquicia el 18 de enero de 1991. Entonces el Juez Penal Militar remitió por competencia el expediente al Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal, teniendo en cuenta que éste había adelantado diligencias preliminares por los mismos hechos.

Efectivamente, al Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla había correspondido por reparto el acta de levantamiento remitida por el Juez Promiscuo Municipal de Malambo, ordenando por auto del 28 de enero de 1991 adelantar la indagación preliminar que culminó el 10 de abril de ese año con la remisión del diligenciamiento al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, de conformidad con lo previsto por el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal vigente en esa época.

Recibido el expediente, por auto del 19 de abril de 1991 declaró nuevamente abierta la investigación, ordenó agregar las diligencias preliminares adelantadas y fijó fecha para las indagatorias de los agentes imputados, las que cumplió los días 20 y 22 de mayo de 1991, previa citación. La situación jurídica fue resuelta el 20 de agosto de 1991 con medida de aseguramiento de detención preventiva, previa solicitud de suspensión del cargo elevada al Comando del Departamento de Policía del Atlántico. En la misma providencia se ordenó expedir copia para investigar al inspector y al secretario del Permanente Seis por “el presunto delito de favorecimiento”.

Clausurada la investigación fue calificada el 15 de octubre de 1991 con resolución acusatoria en contra de PEDRO ACOSTA PELAEZ y WILLIAM VASQUEZ CORREA como responsables del delito de homicidio agravado. Los recursos de reposición y apelación subsidiaria interpuestos por la defensora contra esta decisión no fueron admitidos por falta de debida sustentación.

De la fase de juicio se ocupó el Juzgado Primero Superior de Barranquilla, ahora Once Penal del Circuito, practicando en la diligencia de audiencia la mayoría de las pruebas ordenadas, para con sentencia del 30 de octubre de 1992 condenar como autores de homicidio simple a los dos acusados, imponiéndoles la pena de prisión 10 años y 2 meses, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas “*por igual tiempo al de la pena principal*” y la obligación de indemnizar perjuicios, los que se estimaron en un mil gramos oro. Inconformes con la decisión, los procesados, el defensor y el apoderado de la parte civil interpusieron el recurso de apelación.

Surtido el trámite de la instancia, el Tribunal Superior de Barranquilla profirió su sentencia confirmando la del Juzgado con incremento de la pena de prisión a 16 años 6 meses al hacer efectiva la agravante de la indefensión de la víctima pregonada en la resolución acusatoria, y ajuste del monto de la indemnización a un mil quinientos gramos oro. Además ordenó compulsar copias para que por separado se investigara el delito de secuestro.

Un nuevo defensor interpuso a nombre de los sentenciados el recurso extraordinario de casación contra el fallo del Tribunal, pero como Acosta

Peláez restituyó el poder a su anterior apoderado, las demandas fueron presentadas por los distintos profesionales del derecho autorizados para ese fin.

Las demandas:

1. Demanda a nombre de Pedro Manuel Acosta Peláez:

En el primero de dos cargos formulados, con apoyo en la causal primera de casación ataca el censor la sentencia por violación indirecta del artículo 294 del Estatuto Procesal por error de hecho al ignorarse por el Tribunal las pruebas legalmente aportadas al proceso, demostrativas de la no participación del acusado en el homicidio por el cual se le acusa.

Se refiere a las declaraciones de Néstor Antonio Sarmiento Varela, Cecilio Hernández Varela y Buanerge Thomas García, que considera merecedoras de toda credibilidad al dar fe de la presencia de ACOSTA PELAEZ el día de los hechos en la finca de unos parientes ubicada en cercanías de Malambó, donde llegó acompañado de su esposa y su hija al promediar la mañana, para retirarse ya entrada la noche.

Coherentes y concordantes resultan estos testimonios con la retractación de la testigo María Luisa Castro Echavarría, expresada primero ante Notario y luego en la diligencia de audiencia, quedando al descubierto el montaje de José Trinidad Pareja para incriminar al procesado que con base en esas pruebas debió resultar absuelto.

En el segundo cargo se acusa la sentencia por violar indirectamente el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal como consecuencia del error de derecho en que incurrió el Tribunal al conferirle valor probatorio a un medio de convicción aportado al proceso sin el cumplimiento de las formalidades legales. La crítica se refiere al reconocimiento fotográfico de Acosta Peláez, prueba que se constituyó en fundamento de la sentencia, pese a que la persona que hizo el señalamiento se retractó.

Dentro del acta respectiva no obra constancia del número mínimo de fotografías utilizadas en la diligencia, el que no puede suplirse con las

especificaciones del álbum utilizado en la diligencia si “No se precisó cuántas fotos tenía... por hoja, o si nada más tenía una foto cada cinco hojas, o si el álbum era ilustrativo, o si en su mayoría eran hojas escritas, o si tenía pocas o muchas hojas”.

Los requisitos legales no pueden ser sustituidos por otros de naturaleza subjetiva. Además, las fotografías no fueron aportadas al proceso como establece la ley y la nomenclatura utilizada para determinar su ubicación en el álbum es contradictoria porque las páginas no corresponden al número asignado a cada una: si la 780 está en la hoja No. 41 no es posible que hasta la hoja No. 5 haya 828 fotos. Finalmente agrega que los retratos hablados no revelan las características físicas de los procesados.

2. *Demanda a nombre de William Vásquez Corrales:*

Con apoyo en la causal primera de casación el censor acusa la sentencia de ser violatoria por vía indirecta de los artículos 5, 21, 323, y 324 del Código Penal, 2, 22 y 445 del Código de Procedimiento Penal, aplicados indebidamente al no apreciar los juzgadores las siguientes pruebas:

a) El testimonio de María Eugena Pino García que demuestra cómo Vásquez Corrales estuvo en su casa durante todo el día de los hechos viendo televisión hasta las seis de la tarde, por eso no pudo haber participado en la retención y conducción de la víctima al Permanente Seis. Además, el señalamiento que hizo la testigo de cargo señaló desvirtuado con su retractación voluntaria durante la audiencia.

b) La peritación grafológica practicada sobre el folio del libro de población en el que se dice fue anotado el ingreso del capturado al Permanente, dictamen revelador de que allí no estaba escrito el nombre de Ubaldo Domingo Pareja Gómez o Roberto Gómez, como posiblemente se identificó. Tampoco se tuvo en cuenta el resultado del dictamen practicado durante la audiencia sobre la escritura de su defendido confrontada con la palabra “Barranquilla” del mismo renglón que carece de características grafológicas coincidentes. Estas pruebas demuestran como la víctima ni el acusado estuvieron en el Permanente Seis, por lo que la sentencia debió ser absolutoria.

c) El informe mediante el cual la Policía puso a disposición del Inspector Primero a Carlos Enrique Mendoza Padilla, capturado en la calle 37 carrera 41 a las 19:00 horas del día 18 de enero de 1991 al apoderarse de los aretes y la cadena de una joven. Con él se demuestra que no le fue posible al testigo presenciar los hechos ocurridos en el Permanente de dos a cuatro de la tarde, por lo que su testimonio, base de la condena, es totalmente falso.

d) Tampoco se tuvo en cuenta que la fórmula de las huellas tomadas al cadáver de N.N., posteriormente reconocido por los familiares como Ubaldo Pareja Gómez, no concuerda con la que aparece en la tarjeta decadactilar utilizada para la expedición de la cédula a nombre de Ubaldo Domingo Pareja Gómez. Esta discrepancia impide afirmar que el occiso y el titular de la cédula fuesen la misma persona.

e) Se apreciaron de manera indebida los testimonios de María Castro y Elizabeth Muñoz de la Hoz al hacerlos coincidir respecto de un mismo capturado. cuando aquel le mostraba a ésta sus manos esposadas por la ventanilla del vehículo en que se lo llevaban cerca de su casa no pudo ser el mismo con las manos atadas por la espalda que vio aquella en el Permanente. La imposibilidad física de mostrar las manos en esa forma cuando se tienen atadas por la espalda y el inexplicable cambio de esposas por ataduras no permiten inferir que fuera la misma persona.

f) Tampoco apreció la sentencia las notables diferencias entre los retratos hablados, elaborados sobre la descripción que hizo la testigo María Castro, y las características físicas de los procesados.

Sobre esta crítica concluye que no fue demostrada la culpabilidad de su defendido, el nexo de causalidad, ni el motivo por el que los encausados hubiesen querido ocasionarle la muerte a Pareja Gómez, menos aún en el caso de su patrocinado que había llegado recientemente traslado del municipio de Soledad, desconociendo los antecedentes del occiso. Por lo tanto pide a la Corte casar la sentencia y absolver a VASQUEZ CORRALES.

Concepto del Procurador:

1. En opinión del Procurador Tercero Delegado en lo Penal la demanda de casación a nombre de PEDRO MANUEL ACOSTA PELAEZ no procede por las siguientes razones:

Primer cargo. Es cierto que el Tribunal no mencionó en la sentencia los testimonios de Néstor Sarmiento Varela, Cecilio Hernández y Buanerge Thomas García, con los que pretende el procesado demostrar que no pudo haber participado de los hechos por encontrarse en lugar distinto esa tarde. Sin embargo, olvida el actor que conforme al criterio reiterado de la jurisprudencia las sentencias de primera y segunda instancia “forman una unidad inescindible”, cuando ésta es confirmatoria de la primera, unidad que se hace aún extensiva a la resolución acusatoria cuando la discusión versa sobre la tipicidad y “la autoría”.

Por esta razón no puede atribuirse al fallo un falso juicio de existencia cuando los medios de prueba que extraña el censor vienen evaluados durante todo el proceso a partir del auto que resolvió la situación jurídica. Allí se dijo que frente a la sana crítica los testimonios de descargo “no ofrecen consistencia”, los deponentes no precisan que hubiesen visto a los procesados de 2 a 4 de la tarde y Buanerge Thomas García al afirmar que vio a Pedro Manuel Acosta Peláez a las ocho de la mañana lo contradice, porque el procesado en su indagatoria afirmó que había llegado a descansar a su casa a las nueve. Valoración que en igual sentido hizo el instructor en la calificación en forma expresa.

Posteriormente, la sentencia de primer grado relaciona las declaraciones de Néstor Sarmiento Varela y Cecilio Hernández Varela y menciona las horas y lugares en que cada uno dice haber visto al procesado. Si bien se omite cualquier referencia al testimonio de Buanerge Thomas García con lo que podría reconocerse razón en parte al casacionista, no se desestima que ya desde la decisión sobre situación jurídica y en la calificación se consideró manifiestamente contradictorio este testimonio. Luego las pruebas que extraña el actor sí fueron valoradas y oportunamente desestimadas dentro del proceso.

Tampoco se dio el error por no haber tenido en cuenta la retractación de María Luisa Castro Echavarría, porque los juzgadores en las dos

instancias consideraron que a la luz de la sana crítica la nueva exposición de la testigo no merecía credibilidad. pues entre esas dos intervenciones medió un atentado contra su vida que, sumado al temor inicial por algunas represalias. produjo en ella intimidación. llevándole al cambio de versión.

Agrega que como nuestro sistema probatorio se funda en el principio de la libre convicción limitado únicamente por los postulados de la sana crítica, se infiere que por sobre las conclusiones a las que llegó el fallador dentro de ese marco y con apoyo en la racionalidad y la experiencia no puede prevalecer el criterio personal del actor, según se pretende en este caso.

Segundo cargo. No es cierto que se hayan pretermitido las exigencias del artículo 369 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la constancia sobre el mínimo de fotografías utilizadas o la aportación de las reconocidas al proceso, pues con la expresa constancia de haberse realizado el reconocimiento sobre dos álbumes que contienen las del personal de la Sijin y del Departamento de Policía del Atlántico se está rebasando el número de seis unidades previsto en la norma.

El reproche a la supuesta contradicción en que incurre el juzgador al relacionar las fotografías de los reconocidos resulta igualmente infundado teniendo en cuenta que la nomenclatura referida corresponde al código de identidad asignado por la policía a los miembros de la institución y no al consecutivo de las fotos dentro del álbum.

Por lo demás, la omisión de requisitos formales en las diligencias de reconocimiento no afecta la validez o existencia de las actas sino la valoración indiciaria que haga el juzgador. Es decir, la inobservancia de las ritualidades no conlleva el derrumbamiento de la actuación “si de ésta se deduce que la identificación no va dirigida a reconocer a una determinada persona. Dicho en otras palabras, la diligencia debe traducir el conocimiento libre y previo del identificador, y no el querer caprichoso del funcionario de incriminar a un sujeto en particular”.

Antes de la diligencia cuestionada la testigo había manifestado que conocía a uno de los policías y que al otro podía identificarlo y lo describió “con relativa precisión”. Por eso, el cargo debe desestimarse, pues no

existe el yerro que anuncia al censor cuando la prueba ha sido válidamente aportada y su valoración carece de vicios.

2. La demanda presentada a nombre de WILLIAM VASQUEZ CORRALE adolece para la Procuraduría de fallas técnicas que impiden el análisis de las inconformidades alegadas y su prosperidad.

Haciendo transcripción de apartes de una sentencia de la Corte del 18 de mayo de 1993 con ponencia del Magistrado Dr. Guillermo Duque Ruiz relacionada con las imprescindibles formalidades que debe reunir una demanda en esta sede, de su parte agrega que:

“...en la demanda no se encuentra esfuerzo alguno de demostración de las pretendida violaciones a la ley sustancial, pues se hacen en ella planteamientos de carácter genérico, que no contienen siquiera la afirmación de la forma como se entiende la violación de la ley”.

“...sostener que se quebrantó lo establecido por los artículos 5, 21, 323, y 324 del Código Penal, así como los artículos 2, 22 y 445 del Estatuto Procedimental, no es más que enunciar un ataque cuya comprobación no puede dejarse a la imaginación o a la interpretación de la Sala de Casación Penal”.

Dice el actor al comienzo de su libelo que encamina sus reproches a demostrar un falso juicio de existencia y enumera las pruebas que considera afectadas por ese yerro, pero más adelante, dentro del mismo cargo, se refiere a la “apreciación indebida” (falso juicio de identidad) de los testimonios de María Castro y Elizabeth Muñoz sin demostrar, en ningún caso, la trascendencia del error en la sentencia.

Sin argumentos sólidos pretende restar credibilidad a los testimonios inculpativos, desconociendo el grado de convicción asignado por los juzgadores. Sobre la declaración de la señora Pino García alega un falso juicio de existencia aduciendo que “no fue analizado o controvertido y mucho menos desvirtuado” basándose únicamente en su criterio personal que quiere hacer prevalecer sobre la valoración que en forma correcta hizo el juzgador.

Su inconformidad con el dictamen grafológico, los retratos hablados, la identificación de la víctima, queda anunciada pero sin demostración. Por eso la Delegada se abstiene de analizar los alegatos, pues considera que el censor cuestiona las pruebas de acuerdo a su interpretación personal, sin tener en cuenta que no existe tarifa legal y el fallador está sometido únicamente a la sana crítica para la valoración integral de las pruebas.

3. Finalmente sugiere a la Corte que de oficio case parcialmente la sentencia declarando su nulidad parcial “por haberse proferido... con grave detrimento de las garantías fundamentales de los procesados y violando el principio de legalidad de la pena”, centrandó su referencia sobre el quantum señalado por los juzgadores para las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por superar el máximo previsto por el artículo 44 del Código Penal.

Consideraciones de la Corte:

1. *Demanda a nombre de PEDRO MANUEL ACOSTA PELAEZ*

1.1. Frente al cargo inicial por falso juicio de existencia que el censor hace consistir en la falta de apreciación de los testimonios de Néstor Antonio Sarmiento Varela, Cecilio Hernández Varela y Buanerge Thomas García, antes de iniciar su examen resulta oportuno recordar con la Delegada que las sentencias de primero y segundo grado integran unidad inescindible cuando ésta se constituye en respaldo y confirmación de aquella.

Con base en este criterio el reproche planteado resulta infundado si se tiene en cuenta que en la sentencia del Juzgado se mencionaron dos de las declaraciones haciendo de ellas la correspondiente valoración probatoria, en los siguientes términos:

“El señor Néstor Antonio Sarmiento Varela, nos dice que vio a Pedro Manuel Acosta Peláez en la finca de su suegro *en la mañana yo lo vi de 11:00 iba con su esposa y la niña de él, y en la tarde como de 6:00 a 6:30*” (lo aquí subrayado en el texto original están entre comillas).

“El señor Cecilio Hernández Varela, nos cuenta que vio a pesar a Acosta Peláez por la esquina de su finca, como a las 10:30 de la mañana y luego lo vio en la tardecita, como a las siete de la noche”.

La estimación valorativa de estos medios aparece luego en el aparte enunciado como “VALORACION JURIDICA DE LA PRUEBA”, donde de modo expreso se indica que con relación al autor, prueba testimonial e indiciaria de notable eficacia, se levanta y destruye las exculpaciones de los procesados, señalándolos como autores de la muerte de Ubaldo Domingo Pareja.

El propósito de esos testimonios, valga recordarlo, era el de corroborar la manifestación explicativa de ACOSTA PELAEZ en su indagatoria, consistente en que el día de los hechos estuvo con su esposa y su hija en Malambo en un predio de su suegra, donde según dice fue visto por las tres personas que confirman su versión. Tales afirmaciones, relacionadas todas con la demostración de ese único hecho, sí fueron tenidas en cuenta por el Juez junto con las demás evidencias, en cumplimiento del artículo 254 del Estatuto Procesal, y valoradas dentro del sistema de la sana crítica de las pruebas que rige en materia penal, como lo revelan los anteriores apartes.

Es natural que la confrontación de las pruebas arroje resultados adversos para unos hechos, ya sea porque no están debidamente probados o porque las evidencias en contra tienen mayor poder de convicción, como en el presente caso. Por eso, resulta incompleta la demostración del yerro por parte del casacionista, para quien solamente las declaraciones en favor del procesado son serias, veraces y creíbles, basado en su personal criterio, con desconocimiento de la objetividad que caracteriza el proceso valorativo realizado por el funcionario judicial, con apoyo en la realidad procesal.

En cuanto a la incidencia que pueda tener en el fallo el no haber sido mencionado por las instancias uno de los tres testigos del procesado, sería relevante si su versión fuese única, novedosa o aportara trascendentales elementos de juicio, pero no cuando las afirmaciones que hace son similares a las de otros declarantes y están referidas

exclusivamente a la comprobación de un hecho que fue debidamente evaluado. El testimonio de Buanerge Thomas García antes que robustecer la versión de Acosta Peláez, confirmada por Sarmiento y Hernández, lo que hace es poner en duda su propia veracidad cuando dice que lo vio llegar al predio de la suegra en Malambo a las ocho de la mañana y a esa hora, según dice el indagado, apenas se dirigía del trabajo a su casa en Barranquilla.

La retractación de María Luisa Castro Echavarría, que el actor hace coincidir con las declaraciones exculpatorias para demostrar la inocencia de su defendido, adolece de vicios que afectan su credibilidad. El de mayor trascendencia es la coerción a la que se vio gradualmente sometida la testigo, pues al natural temor manifestado en su primera declaración se sumaron el encuentro personal con uno de los sindicatos en el Paseo Bolívar donde la trató de sapa, el constante asedio intimidatorio del Agente Herrán y el atentado contra su vida que le atribuye a éste, válido del muchacho que le hizo los disparos.

En cuanto al supuesto montaje incriminador atribuido por el censor al hermano de la víctima, consistente en manipular la versión de la Castro Echavarría, carece de respaldo probatorio y no consulta la realidad procesal.

Basta recordar cómo dos días después de los hechos en la cárcel del Buen Pastor de la ciudad de Barranquilla, donde continuaba privada de su libertad, la testigo en su primera declaración con toda claridad manifestó que distinguía a dos de los cuatro captores, no sabía sus nombres, pero sí que eran policías y que podía reconocerlos en fotografías. Posteriormente, el 5 de abril de 1991, en desarrollo de la diligencia de reconocimiento señaló las fotografías de los hoy procesados y recordó que el primero (Acosta Peláez) le había pegado a Carlos (también retenido) con una vara que portaba, que el otro (Vásquez Corrales) le llevó a la celda un tinto que ella le pidió y que es la misma persona que la abordó en el Paseo Bolívar un domingo por la noche para decirle “Te has metido a sapa, mis compañeros me han dicho que para joderme a mí”.

Seguramente de existir contradicciones entre su primera versión y el reconocimiento, imprecisiones en la aportación de datos o indeterminación

en sus afirmaciones, podría pensarse en un testimonio amañado, pero las expresiones sencillas y directas que utiliza revelan todo lo contrario. Además, no debe olvidarse que entre los hechos y su primera versión mediaron apenas dos días en los que seguía privada de la libertad y entre esa declaración y el reconocimiento transcurrieron más de dos meses, pese a lo cual en las dos diligencias mantiene la misma actitud con relación al conocimiento de los procesados.

1.2. La supuesta ineficacia del reconocimiento fotográfico, que según el casacionista genera el error de derecho alegado en el segundo cargo por haber sido aducido sin el cumplimiento de las exigencias formales, también carece de fundamentos reales.

No es cierta la inobservancia del mínimo de fotografías exigidas por el artículo 391 del Código Procesal Penal para entonces vigente, modificado por el artículo 19 del Decreto 1861 de 1989, pues consta en el acta que a la testigo le fueron entregados dos álbumes fotográficos “uno pequeño que contiene las fotos del personal de sub-oficiales y agentes de la SIJIN y otro álbum que contiene las fotos del personal de sub-oficiales y agentes del Departamento de Policía Atlántico”. Sin duda la exigencia de doce fotografías requeridas para el debido reconocimiento de los dos implicados fue superada con creces, pues ilógico sería pensar que el número de Agentes de la Policía en la ciudad de Barranquilla no sobrepasa esa cifra y la verdad es que la diligencia comprendía a la policía del Atlántico.

Tampoco es cierta la contradicción entre los números de las páginas donde estaban ubicadas las fotografías de los reconocidos y el utilizado para singularizarlas, pues como afirma el propio actor en su libelo, el número de la foto no es otro que “el código interno o nomenclatura identificativa” de los agentes, que en razón de la movilidad del personal no tiene porque aparecer en orden creciente o en forma consecutiva.

Ahora, la diferencia entre las características físicas de los procesados y los retratos hablados es intrascendente cuando su identificación no se obtuvo por ese medio supletorio, sino a través del reconocimiento fotográfico que hizo la testigo María Castro sobre los álbumes antes mencionados.

No prospera la censura.

2. *Demanda a nombre de WILLIAM VASQUEZ CORRALES:*

Comparte la Sala las apreciaciones críticas del Procurador en relación con la presente demanda, en cuanto ella acusa un marcado desconocimiento de la técnica del recurso de casación al incumplir elementales requisitos propios de su naturaleza extraordinaria, convirtiendo el libelo en un informal alegato de instancia.

Plantea en forma unitaria el libelo la ocurrencia de errores de hecho por falsos juicios de existencia al no apreciar el testimonio de María Eugenia Pino García, las peritaciones grafológicas, el informe de policía relacionado con el momento de la captura de Carlos Enrique Mendoza Padilla, la fórmula decadactilar del occiso, las diferencias de los retratos hablados con las características físicas de los procesados y por falso juicio de identidad al apreciar en forma indebida los testimonios de Elizabeth Muñoz de la Hoz y María Castro haciéndolos coincidir sobre un mismo capturado.

El actor se refiere únicamente a las pruebas que en su criterio fueron ignoradas o tergiversadas, cuando la vía escogida requería que el ataque se dirigiera en forma masiva contra la totalidad del acervo probatorio. Tampoco exhibe argumentos demostrativos del error, limitándose a plasmar su punto de vista valorativo, con la pretensión de combatir un fallo amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, y para más, fundado en pruebas que el casacionista no refuta.

Así por ejemplo, afirma que aquel individuo aprehendido visto por la compañera del occiso Elizabeth Muñoz de la Hoz, mostrando las manos esposadas por la ventanilla del vehículo en que iba conducido, no pudo ser el mismo que vio María Castro en el Permanente con las manos atadas a la espalda, porque uno tenía esposas y debía llevar las manos hacia adelante para poderlas mostrar, se indica por la declarante, mientras que el otro presentaba atadas las manos por la espalda, quedando de esa forma en imposibilidad de exhibirlas.

Olvida el libelista que la posición de las manos o el mecanismo de inmovilización utilizado no son factores determinantes de la indivi-

dualización del capturado; como sí lo fueron el aviso que recibió Elizabeth sobre la aprehensión de su compañero por el F-2, la percepción directa del vehículo en que lo transportaban, las señas que aquel le hacía por la ventanilla y, la más importante de todas, la llamada telefónica recibida en la casa de los Pareja Gómez informando que Ubaldo Domingo estaba en el Permanente, donde poco después llegó José Trinidad y constató con los retenidos, que quien minutos antes había sido llevado por cuatro policías de civil a ese lugar efectivamente era su hermano.

Es irrelevante el reproche según el cual la fórmula de las huellas digitales del occiso no coincidió con la tarjeta decodificar de la Registraduría, pues ninguna duda aflora en el proceso en cuanto a la individualización de la víctima. Las circunstancias que rodearon la aprehensión, su paso por el Permanente como capturado y la posterior desaparición coinciden con el ulterior hallazgo de su cuerpo sin vida y el reconocimiento por parte de los familiares, así que tampoco duda alguna asoma con relación a la identidad del occiso.

Para descartar la presencia de Carlos Enrique Mendoza Padilla averiguando los hechos en el Permanente Seis se basa el actor en el oficio con el cual fue puesto a disposición de la Inspectora Primera de Policía en ese lugar el 18 de enero de 1991, sin advertir que el testigo en declaración del 22 del mismo mes había aceptado: “Sí yo estuve allá desde el diecisiete en la noche hasta el día 19 me habían llevado para investigación por el hurto de unos aretes que se habían perdido”.

La afirmación sobre la hora de su ingreso corresponde con la del informe de Policía mas no la fecha de ocurrencia del hurto. Pero es oportuno recordar que generalmente transcurre algún tiempo entre la aprehensión y la elaboración del oficio poniendo a disposición de la autoridad respectiva al capturado; más aun si como en este caso es “aprehendido por varias personas que pasaban por el lugar” y posteriormente entregado a la policía. De acuerdo con las circunstancias anotadas y la afirmación del testigo, fácil se explica que el informe fuera elaborado al día siguiente del hecho.

Los dictámenes grafotécnicos tampoco guardan relación directa con la responsabilidad de VASQUEZ CORRALES, pues la no coincidencia

de rasgos entre su escritura y la palabra “Barranquilla”, que aparece en el mismo renglón donde se dice fue tachado el nombre de la víctima en el libro de población del Permanente, en nada modifica su situación, cuando la imputación que se le hace no es por la autoría de esa anotación, ni su apuntación directa manuscritural resultaba necesaria como hecho indicador de su participación. Menos aún la indeterminación del nombre suprimido, pues no era ese el único elemento demostrativo de la presencia de la víctima en aquel lugar.

Tampoco prospera la censura.

3. Resta tan sólo por considerar la petición del Ministerio Público para que la Sala de modo oficioso salvaguarde el principio de legalidad vulnerado por las instancias al tasar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por encima del límite máximo autorizado por la ley.

En efecto, cuando el *a quo* impuso a los procesados la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, excedió ya el límite legal pues la prisión se señaló para cada acusado en 10 años y 2 meses, cuando el Tribunal por su parte consideró necesario modificar la pena y el monto de los perjuicios, incrementó la privativa de la libertad a PEDRO MANUEL ACOSTA PELAEZ y WILLIAM VASQUEZ CORRALES para fijarla en 16 años 6 meses de prisión y la indemnización de perjuicios en 1.500 gramos oro, lo que elevó en aquel tope el plazo de la interdicción.

Sin duda, como las dos instancias quebrantaron el principio de legalidad, de la pena que por mandato expreso de la ley no podía sobrepasar de los 10 años –art. 44 C.P.– oficiosamente la Corte en sede de casación habrá de corregir el yerro decretando la nulidad parcial de la sentencia, como así lo autoriza el numeral 1o. del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, para imponer la pena de interdicción de derechos y funciones públicas que en derecho corresponde.

Por las razones en precedencia, 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 las demandas de casación materia de este recurso extraordinario.

Segundo. Casar parcial y oficiosamente el fallo motivo de impugnación, declarando que las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas impuestas a PEDRO MANUEL ACOSTA PELAEZ y WILLIAM VASQUEZ CORRALES tendrán una duración definitiva de diez (10) años, y

Tercero. Mantener en lo demás inmodificado el fallo objeto de demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, no firmó; Ricardo Calvete Rangel, no firmó; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandía, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION

El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, en su primer inciso, señala con claridad: “La acción penal prescribirá 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 años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”.

Como bien se observa tres son los lapsos que presenta el precepto. El primero, el fijado taxativamente en la ley; el segundo, los lindes a los que se debe sujetar aquel, pues jamás podrá ser menor a cinco (5) años ni mayor de veinte (20); el tercero, establecido en concordancia con el artículo 84 *ibídem*, aunque establece que la prescripción se interrumpe con la resolución de acusación, el reinicio del conteo se hará por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80.

El fenómeno prescriptivo se rige exclusivamente por el término señalado en la respectiva disposición penal como máximo, atendiéndose como es apenas obvio, las circunstancias específicas que modifiquen el delito mismo.

Por tanto, deben examinarse primero las disposiciones pertinentes que rigen el asunto y luego de hacer las operaciones matemáticas de rigor se establece si se haya dentro de los límites fijados en el artículo 80. Si los supera se debe reducir o aumentar para adecuarlo a dichos mojonos.

Cuando la ley manda que el término prescriptivo tenga una reducción significativa en el evento de que al reo se le haga un pliego de cargos, parte de la premisa de que el Estado necesita menos tiempo para realizar el juicio consiguiente pues ya se han encontrado suficientes elementos tendientes a demostrar su presunta responsabilidad.

La etapa final del proceso, por consiguiente, en aras de una pronta y cumplida justicia ha de ser expedita, dictándose con la prontitud del caso, el fallo correspondiente pues es mucho menor el tiempo que requiere en comparación con la investigación propiamente dicha. No hay razón para que éste se alargue innecesariamente, lo que inevitablemente debe transmitirse también al fenómeno prescriptivo.

Así las cosas, por voluntad de la misma ley, siempre el nuevo término prescriptivo correrá por la mitad del tiempo requerido luego de proferirse la resolución de acusación.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 103.

Vistos:

Sería del caso entrar a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de *José Antonio Acevedo* si no se observara que la acción penal se halla prescrita, fenómeno que obliga a realizar el respectivo pronunciamiento de rigor.

Hechos:

El Tribunal hizo la reseña correspondiente en el fallo recurrido. La transcripción de sus palabras brinda la información requerida:

“La madrugada del 10 de septiembre de 1977, en jurisdicción del municipio de La Calera (Cund.), vereda Los Pinos, se trasladaban por la vía pública dos vehículos automotores en donde se llevaba el dinero destinado al pago de los empleados del ‘Plan Chingaza’, debiendo intempestivamente detener la marcha al encontrar obstáculos en la carretera.

Al intentar despejar la vía, de inmediato se produjeron múltiples disparos de personas emboscadas en los alrededores a consecuencia de lo cual falleció uno de los agentes que colaboraba en la custodia del capital, ANGEL NEFTALI CRUZ DIAZ, en tanto que resultaron heridos JOSE OROZCO y HEBERT LUNA, empleados de la empresa ICA. Los asaltantes procedieron entonces a atemoriar a los restantes ocupantes y acto seguido se apoderaron de parte del dinero transportado, cifra que los afectados finalmente determinaron en \$1.390.126.00.

Ante el pronto aviso dado a las autoridades, en cuestión de horas se logró la captura de HECTOR JOSE HERNANDEZ OROZCO, ABEL CASTELBLANCO ACEVEDO, JOSE ANTONIO ACEVEDO, HERNANDO HELÍOBANDO (agente de policía) y RAMON HERNANDEZ RODRIGUEZ (cabo segundo de la policía), así como de parte de lo hurtado (\$284.398.10); días más tarde, fue también aprehendido MIGUEL ALCIDES GOMEZ ANGEL. Todos los anteriores, oportunamente fueron vinculados mediante indagatoria. En el curso del sumario fue además declarado reo ausente a quien se conocía bajo el nombre de DIOMEDES GONZALEZ”.

Antecedentes:

Las incidencias procesales fueron relatadas con propiedad por la Delegada. Sus palabras se recogen en la siguiente cita:

“El Juzgado Cincuenta y Dos de Instrucción Penal Militar, con fundamento en varios informes de los hechos y oficio del señor Inspector General de la Policía Nacional, declaró abierta la investigación penal mediante auto de fecha septiembre 14 de 1977. Agregadas a la actuación diligencias adelantadas por el Juzgado Promiscuo Municipal de La Calera y recibidas las indagatorias, en auto calendado 23 de septiembre de mil novecientos setenta y siete resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de homicidio y robo agravado a los sindicados Héctor José Hernández Orozco, JOSE ANTONIO ACEVEDO,

Abel Castellanos Acevedo, Hernando Helí Abondano y Ramón Hernández.

En providencia del aludido despacho judicial de fecha 3 de octubre de 1977 resolvió la situación jurídica al procesado Miguel Alcides Gómez Angel por los mismos punibles e idéntica medida de aseguramiento.

En resolución emanada del Comando de Brigada de Institutos Militares de fecha doce de marzo de mil novecientos setenta y nueve, se resolvió convocar Consejo Verbal de Guerra para juzgar a los inculcados –civiles y militares–. Concluido el trámite resolvió condenar: al ex-cabo de Policía Nacional Ramón Hernández Rodríguez a la pena principal de 20 años, cinco meses y cinco días de presidio; al ex-dragoneante de policía nacional Hernando Helí Obando, a los particulares JOSE ANTONIO ACEVEDO RINCON, Héctor José Hernández Orozco, Diomedes González y Miguel Alcides Gómez Angel con la misma pena principal y a Abel Castelblanco Acevedo a la pena principal de diez años de presidio; todos ellos también condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y pérdida de la patria potestad, por el mismo lapso de la pena principal.

Apelada la decisión, en proveído de 24 de agosto de 1981 el Tribunal Superior Militar declaró la nulidad del proceso a partir de la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra y se ordenó compulsar copias para el juzgamiento de los particulares por la jurisdicción ordinaria –Juzgado Superior Reparto–.

El Juzgado Veinte Superior de Bogotá avocó el conocimiento de la actuación mediante auto fechado 21 de noviembre de 1981; el 29 de enero de mil novecientos ochenta y dos ordenó el cierre de investigación y el 26 de febrero del mismo año profirió auto de llamamiento a juicio contra Héctor José Hernández Orozco, JOSE ANTONIO ACEVEDO, Miguel Alcides Gómez y Diomedes González como coautores y Angel Abel Castelblanco Acevedo –cómplice– de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y lesiones personales.

Las diligencias adelantadas en contra de los miembros de la Policía Nacional, fueron enviadas a la justicia ordinaria y se avocó su conocimiento por parte del Juzgado Cuarto Superior, mediante auto de fecha dos de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro revocó la decisión en cuanto hace relación a lo particulares, pues su situación ya se había definido por el Juzgado Veinte Superior y ordenó unificar la actuación para que se adelantara bajo una misma cuerda en el Juzgado 20 Superior.

En providencia del Juzgado Veinte Superior de fecha cinco de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, se ordenó la acumulación del proceso adelantado por el Juzgado Dieciséis del Circuito de Bogotá contra JOSE ANTONIO ACEVEDO, Néstor Fabio Giraldo y Luis Antonio Torres Acero por el delito de hurto agravado.

El Juzgado Superior citado, en providencia del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres –hoy juzgado 64 Penal del Circuito– declaró la prescripción de la acción penal por los delitos de lesiones personales y robo (hurto) y ordenó en consecuencia la cesación de procedimiento.

Superados numerosos inconvenientes para la conformación del jurado de conciencia e inasistencia de los apoderados a las diligencias de audiencia pública, se inició ésta sin jurado sólo hasta el 15 de marzo de 1993 y finalizó el 28 de junio.

Surtida la etapa del juicio, se dictó sentencia de primer grado en los términos anotados, la que apelada fue confirmada, providencia que ahora es motivo de este extraordinario recurso”.

La Corte:

1. Considera el Procurador Delegado que se ha incurrido en causal de nulidad por irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, toda vez que al momento de proferirse el fallo de primera instancia ya se encontraba prescrita la acción penal. Fundamenta su petición en la remisión que hace el artículo 84 del C.P. al artículo 80, *ibídem*, que define dos

términos prescriptivos diversos, siendo el primero el máximo de la pena fijado en la ley, mientras el segundo es de veinte años. Como son obvias sus diferencias, debe determinarse a cuál de los dos plazos se refiere el artículo 84 en comento.

A su juicio debe ser el de los veinte (20) años, dado que "...si por voluntad de la ley se estableció un límite máximo al fenómeno de la prescripción de la acción, es éste el que en todo caso se debe tener en cuenta, pues de otra manera se arribaría a conclusiones que permitirían desbordar las reglas lógicas y los topes señalados en la ley".

Como ejemplo muestra las consecuencias que sobrevendrían de una pena fijada en treinta (30) años. Interrumpida la prescripción, comenzaría correr el lapso por quince (15) años "...con lo que la sola operación matemática demuestra que, en verdad, el sentenciador parte conceptualmente de un límite superior al señalado en el artículo 80, pues si veinte es el límite, su mitad nunca podrá exceder de diez. Cuando ella lo sobrepasa, se contraía el plazo fijado en el artículo 80 del Código Penal y por consiguiente, en este evento, se supera la prohibición legal según la cual *en ningún caso* el plazo prescriptivo se puede extender más allá de veinte años".

Por lo tanto, en el caso en estudio, comoquiera que se trata de un delito de homicidio agravado y que por mandato legal el tracto prescriptivo es de veinte años, éste queda reducido a diez luego de la ejecutoria de la resolución de acusación. Como ésta quedó en firme el 26 de febrero de 1982, se tiene que a la fecha de la sentencia (julio 28 de 1983) habían transcurrido más de diez años por lo que la acción penal se hallaba prescrita.

Así las cosas, solicita de la *Sala* declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del 20 de septiembre de 1992 y, en consecuencia, decretar la cesación de procedimiento en favor de los implicados por el delito de homicidio, materia de esta investigación.

2. Lo primero que ha de aclararse es que de la comparación hecha entre el Código Penal de 1936 y el de 1980, se extrae que la segunda codificación es la más favorable para el encartado en lo que se refiere al

término prescriptivo. Mientras la legislación de 1936, en su artículo 107, en armonía con el art. 105 de la misma obra, para la presente hipótesis señala que el lapso comienza a correr de nuevo pero por 30 años, dado que la pena fijada para este delito es mayor de 20 años, el vigente reduce a la mitad el lapso prescriptivo luego de reiniciarse el conteo.

Así las cosas, el examen de la cuestión se hará con base en el compendio sustantivo que hoy nos rige y el principio de favorabilidad que debe aplicarse preferentemente. No obstante, se requiere de explicaciones adicionales que precisen el real y verdadero contenido de las disposiciones aplicables al caso.

3. El artículo 80 del Código Penal, en su primer inciso, señala con claridad:

“La acción penal prescribirá 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 años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”.

Como bien se observa, y así lo hace notar el Colaborador del Ministerio Público, tres son los lapsos que presenta el precepto. El primero, el fijado taxativamente en la ley, el segundo, los lindes a los que se debe sujetar aquel, pues jamás podrá ser menor a cinco (5) años ni mayor de veinte (20); el tercero, establecido en concordancia con el artículo 84 *ibídem*, aunque establece que la prescripción se interrumpe con la resolución de acusación, el reinicio del conteo se hará por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80.

4. En varias oportunidades la *Sala* ha estudiado el tema que se discute, advirtiendo que el fenómeno prescriptivo se rige exclusivamente por el término señalado en la respectiva disposición penal como máximo, atendándose, como es apenas obvio, las circunstancias específicas que modifiquen el delito mismo.

Por tanto, debían examinarse primero las disposiciones pertinentes que rigen el asunto y luego de hacer las operaciones matemáticas de rigor

se establecería si se hallaba dentro de los límites fijados en el artículo 80. Si los superaba se debía reducir o aumentar para adecuarlo a dichos mojones.

5. Cuando la ley manda que el término prescriptivo tenga una reducción significativa en el evento de que al reo se le haga un pliego de cargos, parte de la premisa de que el Estado necesita menos tiempo para realizar el juicio consiguiente pues ya se han encontrado suficientes elementos tendientes a demostrar su presunta responsabilidad.

La etapa final del proceso, por consiguiente, en aras de una pronta y cumplida justicia ha de ser expedita, dictándose con la prontitud del caso, el fallo correspondiente pues es mucho menor el tiempo que requiere en comparación con la investigación propiamente dicha. No hay razón para que éste se alargue innecesariamente, lo que inevitablemente debe transmitirse también al fenómeno prescriptivo.

Así las cosas, por voluntad de la misma ley, siempre el nuevo término prescriptivo correrá por la mitad del tiempo requerido luego de proferirse la resolución de acusación.

Por consiguiente, una interpretación que consulta la equidad, mientras el legislador no disponga otra cosa, es que el tiempo máximo de prescripción, en la hipótesis de un vocatorio a juicio, es el de diez años, que es la mitad del máximo permitido por el legislador para el instituto.

6. En el supuesto en estudio, –y con base en los asertos que han quedado anotados– se tiene que el reinicio de la cuenta prescriptiva tan sólo podía hacerse por diez (10) años. En tales condiciones, al momento de proferirse la sentencia de primera instancia, esto es, el veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993), se había superado con suficiencia el lapso prescriptivo.

En consecuencia, habrá de declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), decretándose la cesación de todo procedimiento en favor de los implicados.

7. De otro lado, comoquiera que en el presente asunto se registra una prolongación excesiva tanto en la instrucción como en el juzgamiento, la *Sala* considera conveniente compulsar copias con destino a las autoridades competentes a fin de que se investiguen las posibles faltas disciplinarias y comportamientos punibles a que haya lugar.

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

Resuelve:

1. *Declarar* en el presente asunto la prescripción de la acción penal. Por consiguiente, se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), decretándose la cesación de todo procedimiento en favor de HECTOR JOSE HERNANDEZ OROZCO, JOSE ANTONIO ACEVEDO, HECTOR HELI OBANDO, RAMON HERNANDEZ RODRIGUEZ y MIGUEL ALCIDES GOMEZ ANGEL, implicados por el delito de homicidio agravado, juzgados en estas diligencias.

2. *Compulsar* las copias reseñadas en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

POLICIA JUDICIAL / TESTIMONIO MENOR

1. Los informes de la policía, ciertamente que carecen de su específica juramentación, pero no hay duda alguna, también, en que se produjeron oportunamente y tuvieron origen en quienes exhibían condición de autoridad policiva, lo cual le imprime valor de auténticos, nota esta de importancia y que no puede depender, exclusivamente, de haberse dado el juramento echado de menos. El documento, como tal, por su carácter oficial, está dando fe de algo que por sí, por sus otras formalidades, establece una noticia sobre una pesquisa realizada por la autoridad pública. El valor depende no del juramento, que no reviste de la característica de forma *ad solemnitatem* o de imprescindible presencia, sino de la apreciación que de él haga el juzgador, exponiendo para ello las razones pertinentes.

Para la época de los referidos informes, el artículo 336 del C. de P.P., preceptuaba la juramentación del mismo, con indicación de nombres y apellidos y número del documento de identificación como miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial; pero, la previsión se refería, más que todo, a los presentados directamente al juez de instrucción, procurando con ello la autenticidad del documento. Pero nada decía cuando la relación se efectuaba con la intervención del jefe del Organismo al cual pertenecían esos informes, hipótesis en la cual, el jefe de la Sijin o el Comandante de la respectiva Estación de Policía, al estampar ellos sus firmas, ya relevaban de esas otras formalidades, pues ese conducto regular estaba señalando fehacientemente que se trataba de funcionarios públicos con actuación propia de policía judicial.

2. La ley procedimental de 1971 (Decreto 409) en su artículo 237, contiene una orientación igual a la del artículo 282 del Decreto 2700 de 1991. En el interregno (Decreto 050/87), nada se especificó sobre testimonios de menores de edad. De ahí que con antecedente tal y con el silencio subsiguiente se continuó, como costumbre,

prescindiéndose del juramento (el niño no comprende la trascendencia de esa conminación, no es objeto de sanción penal de falso testimonio, una y otra pueden incidir en la espontaneidad de su dicho, etc.) buscándose ambientar adecuadamente esa intervención y evitar abusos o suspicacias, lo cual se propiciaba con el concurso de su representante legal o, en su defecto, de un pariente cercano. La jurisprudencia ha estimado esa práctica como ajena a incorrecciones y encuentra el tema como aspecto de mermada entidad, insuficiente para perder por una supuesta formalidad legal, la eficacia de una versión así producida, apreciándose así su imprescindible sustancialidad. No falta quien anote que el texto del artículo 282 viene a mantener una continuidad legislativa necesaria y conveniente. En situación tal, no es dable pensar ni en un vacío que deba apreciarse como que la persona de reducida edad debe prestar juramento so pena de resultar ilegal su declaración y perder ésta, por tanto, todo mérito.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 106 de 27 de septiembre de 1994.

Vistos:

Se ha recurrido en casación la sentencia (abril 23/93) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante la cual, por un homicidio agravado en Arturo Candamil y John Jairo Ramírez, se impuso a LUIS ALBERTO GARCIA POLO, por lo que respecta a la pena privativa de la libertad, catorce (14) años de prisión.

La demanda fue encontrada conforme a las exigencias legales; según auto de quince de septiembre del citado año.

Hechos:

LUIS A. GARCIA POLO, al regresar de un viaje a la ciudad de Santafé de Bogotá, notó la desaparición de unos dos mil seiscientos

sesenta y dos dólares, que guardaba en su caja fuerte, de lo cual inculpó a su amigo Candamil, quien había vivido en su casa y siempre le reparaba su motocicleta, como mecánico que era, pues éste conocía la clave. Se aprestó a reclamar por este hecho y a tomar severa represalia y de allí que procurara la visita, a su habitación, de estas dos personas, pero antes advirtió a su mucama Margarita Guerra Manuyama, que para ese día, o sea el 20 de diciembre de 1991, varios amigos le habían avisado de un asalto por parte de Candamil y el mono, por lo que debía estar atenta a la llegada de esos visitantes, para dar aviso a la policía. Pues bien, en esa fecha, horas de la mañana, aparecieron los conocidísimos Candamil y Ramírez, en una moto, y penetraron a la casa de García, visto lo cual la muchacha del servicio, atendiendo la orden de su patrón, corrió a dar la noticia a la autoridad. Mientras a ello atendía, el procesado recriminó a Candamil por lo sucedido, respondiendo éste que “yo no fui, yo no fui”, expresiones escuchadas por Yomaira Angélica Zuin Guerra, escuchándose de inmediato varios disparos. GARCIA desapareció del lugar, intentando cruzar la frontera, porque los hechos ocurrieron en Leticia (Amazonas), pero fue prestamente capturado. En su casa se encontraron los cadáveres de Candamil con dos certeros disparos y otros tantos en la humanidad de Ramírez (cabeza y estómago). GARCIA ha sostenido, y esto le valió el reconocimiento, a todas luces improcedente pero irreformable en esta extraordinaria sede de conocimiento, de la diminución de la confesión, que fue asaltado revólver en mano por Candamil, y, que al despojar a éste de tal arma, su compinche le agredió con arma blanca, por lo cual hizo uso múltiple de esa arma de fuego.

Trámite:

Así lo sintetiza el colaborador de la Procuraduría 1a. Delegada en lo Penal:

“El Juzgado Primero Penal Municipal de Leticia por auto del 23 de diciembre de 1991 abrió la investigación y vinculó a la misma mediante indagatoria a LUIS ALBERTO GARCIA POLO y MARGARITA GONZALEZ FERREIRA. Por medio de proveído del 30 de diciembre de 1991 el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Leticia dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de los indagados.

“Cerrada la investigación, el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Leticia por providencia del 7 de abril de 1992 profirió resolución de acusación en contra de LUIS ALBERTO GARCIA POLO y MARGARITA GONZALEZ FERREIRA, el primero como autor y la segunda como cómplice del delito de homicidio del cual fueron víctima ARTURO CANDAMIL AVILA y JOHN JAIRO SANCHEZ.

“Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Leticia, mediante sentencia del 15 de febrero de 1993 condenó a LUIS ALBERTO GARCIA POLO y MARGARITA GONZALEZ FERREIRA, al primero a la pena principal de ciento noventa y dos (192) meses de prisión como autor responsable del punible de Homicidio Agravado en concurso, y a la segunda a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión como cómplice del mismo ilícito de homicidio agravado en concurso. Se impuso a los procesados la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal, y se les condenó al pago en concreto de los daños y perjuicios causados con la infracción.

“Interpuesto el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por providencia del 23 de abril de 1993 modificó el numeral primero, para en su lugar condenar a LUIS ALBERTO GARCIA POLO a la pena principal de catorce (14) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio agravado en concurso. Revocó el numeral segundo y en su lugar absolvió a MARGARITA GONZALEZ FERREIRA de los cargos formulados en la resolución de acusación. Revocó parcialmente y modificó el numeral tercero, en el sentido de condenar a LUIS ALBERTO GARCIA POLO a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez años. Revocó parcialmente el numeral cuarto, para en lugar condenar a LUIS ALBERTO GARCIA POLO al pago en concreto de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción. Ordenó compulsar copias de lo pertinente del proceso, a efectos de que se investigue disciplinariamente a las autoridades del Departamento de Policía de Amazonas que intervinieron en la indagación preliminar de los hechos investigados. Así mismo ordenó expedir copias para que investigue el delito de Porte Ilegal de Armas en que pueda incurrir el procesado LUIS ALBERTO GARCIA POLO.

“Contra la anterior decisión se impetró recurso extraordinario de casación”.

Demanda:

Al amparo de la causal primera del art. 220 del C. de P.P., se impugna la sentencia de condena por ser ésta el resultado de la consideración de pruebas que no podían estimarse ya que se resentían de notoria falta de legalidad.

Sobre el particular se señala:

Las versiones libres de MARGARITA GONZALEZ FERREIRA (compañera permanente del procesado, vinculada como cómplice y como tal condenada en la primera instancia, aunque absuelta por el Tribunal) y Ricardo García Riaño (hijo del sentenciado), no fueron impuestos de la garantía constitucional de estar eximidos de declarar en contra de GARCIA POLO, por razón de los vínculos mencionados; la inspección judicial no se cumplió con observancia de la fundamental indicación legal de tratar de realizarse dentro de las circunstancias propias de los hechos, al caso el mucho ruido, lo que impedía oír a Yomaira Angélica Zuñ Guerra las expresiones “yo no fui, yo no fui”; y, además, la falta de juramentación de esta testigo, vicio igualmente predicable de Margarita Guerra Manuyama. También los informes policivos se expidieron sin el lleno de sus formalidades de rigor.

Quedaría, entonces, dice la recurrente, la versión de Pastor E. Ramírez, que nada importa para un fallo de condena, y, las sinceras manifestaciones del procesado, constitutivas de una privilegiada legítima defensa, justificante que debe reconocerse en ésta sede de casación.

Disquisiciones de la Sala y de su Delegada:

El error de derecho, por falso juicio de legalidad, predicado de varias piezas procesales, no tiene la entidad que pretende la impugnadora. Sobre el tema el colaborador del Ministerio Público, tiene ocasión de precisar, en breve análisis, la impertinencia de esa alegación. En buena parte la Corte acoge y sigue esta forma de raciocinio y de ahí que se anote lo siguiente:

a) De la Inspección Judicial (se supone que se trata no de la de fs. 95 sino de la de fs. 345, con su complemento –fs. 371– sobre ubicación y distancias de la habitación en donde ocurrieron los hechos al solar en donde estaba la testigo Zuin Guerra) imposible decir que se produjo con desconocimiento de las reglas señaladas por los dispositivos legales. Pero, además, el intento de crítica en ésto se queda, ya que no es dable apreciación distinta cuando el memorialista, en relación a la primera, reduce su esfuerzo a señalar que “se dejó de establecer muchos aspectos de gran valor que demostrarían que el procesado jamás tuvo la intención de tomar la dirección hacia el Brasil, que su propósito fue acudir ante la autoridad a dar cuenta de los hechos”, cuestionamiento impreciso, incompleto y de una vaguedad asombrosa, a lo cual hay que agregar que el punto controvertido y destacado como deficiencia de esa actuación, propiamente no se acreditó con base en la misma sino por otras diligencias y estimaciones bien ajenas a la mal referenciada y atacada inspección judicial.

De la segunda, la tacha de haberse cumplido con omisión de condiciones similares, aparece contradicha por el siguiente aparte de esa actuación, que destaca la previsión de tener “...en cuenta que las circunstancias que van a rodear este peritazgo tienen que ser similares a las que se dieron el día en que fueron muertos los señores...”. Mal puede aceptarse ahora que los factores de audición del día de los hechos fueron distintos a los de la diligencia cuestionada. De otro lado, la importancia de esta acotación reside en que la testigo Zuin Guerra, que ignoró el motivo tenido en cuenta para ajusticiar a las víctimas, escuchó expresión que ha sido válidamente interpretada en ese sentido. Cómo, entonces, el que ideara algo trascendente para la investigación, desconociendo el contenido de ésta?; cómo la existencia de esas manifestaciones sin un apoyo en la realidad?

b) Los informes de la policía, ciertamente que carecen de su específica juramentación, pero no hay duda alguna, también, en que se produjeron oportunamente y tuvieron origen en quienes exhibían condición de autoridad policiva, lo cual le imprime valor de auténticos, nota esta la de importancia y que no puede depender, exclusivamente, de haberse dado el juramento echado de menos. El documento, como tal, por su carácter oficial, está dando fe de algo que por sí, por sus otras

formalidades, establece una noticia sobre una pesquisa realizada por la autoridad pública. El valor depende no del juramento, que no reviste la característica de forma *ad solenitatem* o de imprescindible presencia, sino de la apreciación que de él haga el juzgador, exponiendo para ello las razones pertinentes). No debe, pues, la censora mirar tanto, para la decadencia del valor de ese elemento de convicción, en la prestación del juramento, como sí de no responder a una atendible realidad. Y esto no se hizo. La Delegada, después de citar el art. 83 de la C. Nacional, que así no existiera para la fecha en que tal informe se produjo, no deja de ser pertinente en la actual valoración de ese elemento, tanto por su jerarquía constitucional como porque encarna una razón de aceptación integral, advera la improcedencia del reproche.

No sobra adicionar este comentario: para la época de los referidos informes, el art. 336 del C.P.P., preceptuaba la juramentación del mismo, con indicación de nombre y apellidos y número del documento de identificación como miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial; pero, la previsión se refería, más que todo, a los presentados directamente al juez de instrucción, procurando con ello la autenticidad del documento. Pero nada decía cuando la relación se efectuaba con la intervención del jefe del Organismo al cual pertenecían esos informantes, como es el caso de autos, hipótesis en la cual, el jefe de Sijin o el Comandante de la respectiva Estación de Policía, al estampar ellos sus firmas, ya relevaban de esas otras formalidades, pues ese conducto regular estaba señalando fehacientemente que se trataba de funcionarios públicos con actuación propia de policía judicial.

Ahora, que incurrieran en inexactitudes, es otro aspecto y otra la vía de censura, debiéndose prescindir sí de la que tiene por objeto la ilegalidad de la asunción de ese elemento probatorio.

c) La situación relacionada con MARGARITA GONZALEZ FERREIRA y Ricardo García Riaño, en cuanto a que a éstos debió advertírseles la no obligación de declarar en contra de su compañero permanente y su padre, respectivamente, y de la menor Yomari Angélica Manyuma, suscita las siguientes glosas: conviene empezar por la objeción de invalidez del último testimonio (falso juicio de legalidad). Al respecto la Sala no advierte el motivo de disconformidad, pues la libelista se limita

a reproducir un aparte de la sentencia en que se señala la idoneidad para testimoniar por parte de esta impúber y la correlación de sus indicaciones, en la parte pertinente, con otras situaciones y con lo que ha constituido la versión acogida de los sucesos. Luego se reproduce el contenido de la declaración mencionada. Y nada más, por fuera de señalar que, conforme al art. 285 del C.P.P., “toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento el testimonio que se le solicite en el proceso salvo las excepciones legales”, concluyendo de todo ésto, la demandante, que al no imponerse a la menor de esta formalidad, no podía estimarse su dicho. En síntesis, se la relevó del apremio del juramento, como si se tratara de persona sindicada y no de una testigo. Y ésto resulta también aplicable respecto de Margaria Guerra Manuyama, aunque con relación a ésta la referencia es más pasajera (fls. 99, aparte e).

d) La versión recibida a la declarante Yomari Angélica Zuin Guerra, por la policía judicial, el 20 de diciembre de 1991, resulta indemne ante la censura que se formula en la demanda, o sea, condicionar su validez a la imposición del juramento.

Sobre la exigencia del juramento, en declaración de personas de disminuida edad, aspecto que la demandante, en el caso de la testimoniante Yomari Angélica Zuin Guerra, estima requisito sine qua non, la Corte debe advertir lo siguiente: 1) El Tribunal consideró esta objeción, también expuesta en esa instancia, como improcedente citando el artículo 282 del Decreto 2700/91, normatividad a la cual parece haberse ajustado el funcionario que recepcionó esa testificación, y de allí que se hiciera acompañar la menor de su tía María Magdalena Guerra. Específicamente el precepto no compartía la rigurosa aplicación que así se le adjudica, ya que pertenece a un estatuto que si bien fue expedido en el mes de noviembre, antecedente a la fecha de los acontecimientos y de esa nombrada diligencia, solo empezó a regir después, o sea en julio de 1992; 2) La ley procedimental de 1971 (Decreto 409) en su artículo 237, contiene una orientación igual a la del citado artículo 282. En el interregno (Decreto 050/87), nada se especificó sobre testimonio de menores de edad. De ahí que con antecedente tal y con el silencio subsiguiente se continuó, como costumbre, prescindiéndose del juramento (el niño no comprende la trascendencia de esa conminación, no es objeto de sanción penal del falso testimonio, una y otra pueden incidir en la espontaneidad de su

dicho, etc.) buscándose ambientar adecuadamente esa intervención y evitar abusos o suspicacias, lo cual se propiciaba con el concurso de su representante legal o, en su defecto, de un pariente cercano. La jurisprudencia ha estimado esa práctica como ajena a incorrecciones y encuentra el tema como aspecto de mermada entidad, insuficiente para perder por una supuesta formalidad legal, la eficacia de una versión así producida, apreciándose así su imprescindible sustancialidad. No falta quien anote que el texto del artículo 282 viene a mantener una continuidad legislativa necesaria y conveniente. En situación tal, no es dable pensar ni en un vacío que deba apreciarse como que la persona de reducida edad debe prestar juramento so pena de resultar ilegal su declaración y perder ésta, por tanto, todo mérito. Estas anotaciones, que responden la tacha dirigida a la manifestación de la Zuin Guerra conviene cerrarlos con el siguiente pronunciamiento de la Corte:

“Si por testimonio cabe entender, jurídicamente hablando, los hechos circunstancias o cosas que se ponen en conocimiento de la autoridad respectiva y que interesan a una investigación o a un proceso, no se ve por qué un menor esté incapacitado para testimoniar.

“En cuanto al juramento que debe presidir el testimonio, hay que señalar, con la delegada y la doctrina dominante, que su razón de ser no es otra que amenazar con una pena (la prevista para el falso testimonio) a quien mienta en la declaración: en tratándose, como en este caso, de un menor de cinco años, dicha función motivante que cumple el juramento se perdería, pues esa minoría de edad lo excluiría de cualquier medida de carácter penal.

“Tanto por virtud de los arts. 5o., 6o. y 7o. del decreto-ley 1818 de 1964 (vigente para la época en que el menor rindió testimonio o conversó), como el Código del Menor (decreto 2737 de noviembre 27 de 1989), los menores de 12 años que incurran en infracciones penales son objeto de medidas encaminadas a su protección especial y a su formación integral impuestas por el defensor de familia, según los arts. 57, 169 y 277-13 del citado Código.

“Siendo ello así, resulta claro que la asunción del testimonio de J. C. M. al proceso, no adolece de vicio alguno, y entonces no se presenta el error de derecho en que se basa el cargo”. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruíz, junio 19/91.

Por lo que atañe a la versión de MARGARITA GONZALEZ FERREIRA, debe anotarse que ésta, por lo mismo que le aparecía cierta situación de compromiso en los hechos, se le respetó esa condición de probable inculpada y de ahí que se la dejara en absoluta libertad de decir lo que tuviera a bien. Bajo este amparo, es decir, que manifestara lo que estimara procedente, en favor o en contra suya, o guardara silencio, se cumplió toda la diligencia. Es obvio, entonces, que no hay ningún apremio juramentado para referirse a sus propias acciones o a la de terceras personas, incluida en estas lo relacionado con su compañero permanente.

La obligación del funcionario, por estas especiales circunstancias de total libertad en el contenido y alcance de sus manifestaciones, no implicaba el hacerle conocer de manera específica el resguardo constitucional, puesto que este iba ínsito en la exclusión del juramento. Ahora bien, si el sujeto comprometido quiere formular cargos a otro, es situación diferente que impone la advertencia constitucional, ya que en este evento deberá ser juramentado.

Por ello, en el caso de autos, los señalados reproches resultan improcedentes.

Los elementos probatorios comentados, que preservan su validez, así como el análisis que se hace en el fallo de no pocas de las manifestaciones apuntadas por la GONZALEZ, en su exposición ante el juez con el lleno de todas las exigencias legales, y las insinceras explicaciones ofrecidas por el sentenciado, fundamentan por sí la emisión de un fallo de condena. Dentro de este apoyo probatorio, se descarta la situación del menor García Riaño, pues no es dable admitir su dicho en un nivel inculpativo, habiéndose prescindido de la garantía constitucional que le autorizaba para abstenerse de declarar en contra de su padre, de manera directa o indirecta. Pero, se repite, este elemento de convicción, así se repudie, no deja expuesta la sentencia impugnada, pues encuentra otros suficientes medios de comprobación computables a este fin.

En consecuencia, 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 recurrido, ya mencionado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; Ricardo Calvete Rangel, "no"; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Paez Velandia, Juan Manuel Torres F., Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo L. Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS / INDEMNIZACION DE
PERJUICIOS / FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR
EN DOCUMENTO PUBLICO / DEMANDA DE CASACION

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, entendiéndose por “pena” las diversas sanciones que como tales prescribe el estatuto punitivo en el título. IV, artículos 41 y 42: prisión, arresto y multa (principales) y restricción domiciliaria; pérdida del empleo público u oficial; interdicción de derechos y funciones públicas; prohibición del ejercicio de un arte; profesión u oficio; suspensión de la patria potestad; expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas (accesorias).

Por consiguiente, todo incremento como la imposición de una sanción más onerosa o la adición de otra, implican de suyo una agravación de la situación jurídica del sentenciado, punitivamente hablando, la que no podrá modificarse en detrimento suyo cuando sea apelante único. Si alguno de los otros sujetos procesales manifiesta su inconformidad, esta limitante desaparece pues es obvio que son distintos los intereses que se encuentran en discusión y a ellos debe atender el superior en la revisión y evaluación del fallo emitido por el *a quo*.

Es claro que la indemnización de perjuicios, como concepto que apunta hacia el reconocimiento y satisfacción de los derechos del ofendido o perjudicado está por fuera de esta órbita no solo por no estar consagrada como tal dentro de la escala o relación de sanciones que indica la normatividad penal sino también porque con ella no se satisface ninguna de las funciones declaradas de la pena, con las cuales el Estado persigue no solo la prevención que actúa tanto sobre el infractor como la colectividad de que forma parte o la finalidad resocializadora, sino también con las funciones de retribución y protección.

La indemnización se mueve en otro ámbito. Con ella se persigue la reparación del daño causado con la infracción, independientemente del correctivo impuesto por la conducta cometida, bien que debe evaluarse, fijarse y concretarse en la sentencia respectiva. Por consiguiente, si algún motivo de inconformidad surge de su reconocimiento como tal, la vía para alegarla no es la causal tercera, sino la causal primera, por aplicación indebida de los artículos 106 y 107 del Código Penal. Si, se le deduce a partir de un error en su cuantía por torcida evaluación de un medio probatorio, la violación indirecta es el camino a seguir.

2. La normatividad enseña que los cargos deben formularse como reproches separados; no obstante, podría pasarse por alto el desacierto si de todas maneras, cada cual guarda independencia conceptual, es decir, es sustentado en debida forma, deslindando campos con el otro.

3. Cuando el notario manifiesta en el escrito que las firmas que allí aparecen junto con las huellas digitales corresponden a las identidades que los mismos manifiestan, no está avalando o modificando el documento del cual hacen parte. Simplemente le está otorgando credibilidad a sus firmas, con independencia del contenido del escrito. Por ello, este texto notarial conserva su total autonomía y por ser suscrito por un funcionario público, adquiere tal carácter pues lo está haciendo en ejercicio de su cargo.

Por consiguiente, cualquier alteración que en este escrito se haga tipifica una falsedad material de particular en documento público, sin que pueda predicarse respecto de ello una falsedad personal dado que este tipo penal es de carácter residual.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., octubre tres de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 107 de septiembre 28 de 1994.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada Ana Lucía Terreros de Domínguez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fé de Bogotá de fecha junio veintidós (22) del año en curso, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 2o. Penal del Circuito de la misma ciudad quien la condenó a título de autora intelectual de los delitos de falsedad material de particular en documento público y falsedad en documento privado a purgar treinta (30) meses de prisión y a las accesorias de rigor, imponiendo también a Diego Bedoya López quince (15) meses de prisión como cómplice en la comisión del concurso de delitos antes citado.

Hechos:

La síntesis la realizó con propiedad el Tribunal en los siguientes términos:

“ANA LUCIA TERREROS DE DOMINGUEZ casada con MILCIADES DOMINGUEZ GONZALEZ –fallecido en septiembre 26/86– pero con sociedad conyugal liquidada y disuelta desde julio 26/74 por escritura pública No. 1239 de la Notaría 16 de Bogotá, con posterioridad a la muerte de su cónyuge vendió el Chevrolet Monza, modelo 86, placas LM 5274, del cual era copropietario aquel, e hizo traspaso del mismo a DIEGO BEDOYA LOPEZ, su cuñado. Se imitó la firma del interfecto en el respectivo formulario y en la diligencia de reconocimiento celebrada ante el notario 37 de la misma ciudad, a la vez que la impresión dactilar plasmada en aquella, como de MILCIADES resultó no corresponderle (folio 276 a 283). Estos hechos fueron denunciados por HERMINDA SANCHEZ VILLALBA, compañera permanente del extinto MILCIADES en los últimos tres años, en cuya unión procrearon dos hijos, uno de ellos reconocido por aquel”.

Actuación procesal:

Una visión de sus avatares la presenta la Delegada. La transcripción recoge sus palabras:

“Surtida la indagación preliminar que por auto del 4 de febrero de 1989 ordenó el Juzgado ochenta y seis de Instrucción Criminal, la investigación formalmente se abrió el 26 de mayo del mismo año.

“Vinculados en legal forma al proceso la señora Ana Lucía Terreros de Domínguez y su cuñado Diego Bedoya López se les resolvió situación jurídica el 9 de febrero de 1990 sin imponérseles medida de aseguramiento alguna.

“Practicadas algunas pruebas donde sobresale el envío a Medicina Legal del formulario de trámite de traspaso del vehículo para que se estableciera si las firmas y huellas allí contenidas correspondían a Milciades Domínguez, se cerró la investigación mediante proveído calendado el 1 de octubre de 1991.

“Calificado el sumario –diciembre 12 de 1991– con resolución acusatoria y decreto de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de los encartados como autores responsables del delito de falsedad material de particular en documento público agravado por el uso, tal pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal el 19 de mayo de 1992 con la aclaración que se trataba de los punibles de falsedad en documento privado y falsedad de particular en documento público, debiendo responder como autora la dama, mientras Diego Bedoya como cómplice.

“Por competencia el 12 de junio de 1992 el Juzgado Segundo Penal del Circuito avocó conocimiento y abrió juicio a prueba celebrada la audiencia el 17 de noviembre de 1992 dentro de cuyo desarrollo se recibieron los testimonios ordenados por auto de septiembre 28 de la misma anualidad, se dictó la sentencia de primera instancia con los resultados ya anotados”

Apelada ésta, al desatarse el recurso el tribunal confirmó en lo esencial y adicionó en el punto atrás reseñado.

La demanda:

1. En lo que el escrito llama las “bases prácticas comunes de los cargos”, y con el fin de lograr una mayor claridad en su exposición, el censor critica al Tribunal por no realizar esfuerzo alguno tendiente a enriquecer la investigación, violando con ello el art. 249 del C. de P.P. Como prueba de ello muestra como calificó de impertinente el recaudo del testimonio del notario que autenticó el documento calificado como espurio y, además, no ordenó la práctica de una inspección judicial dirigida a constatar si los sellos y las graffas presentes en el dicho escrito son los utilizados por la notaría. La falencia fue de tal magnitud que los juzgadores “...partieron de la existencia real y legal de los sellos y graffas contenidos en los formularios de trámite de traspaso ante las autoridades respectivas.”

Después habla de pretermisión del artículo 273 del C. de P.P. por cuanto al concluir el dictamen pericial que no atribuyó a los procesados la autoría de la falsedad, los falladores, de todas maneras, predicaron lo contrario valiéndose de deducciones ilógicas y de hechos indicadores no probados dentro del proceso. Por consiguiente, advierte el casacionista, dado que la experticia es prácticamente la única prueba obrante en el plenario, los sentenciadores dedujeron su responsabilidad con base en indicios que no reúnen los requisitos de precisión, concordancia y gravedad.

Luego niega que la acusada no hubiese estado interesada en iniciar el proceso de sucesión. Recuerda que ya había sido liquidada la sociedad conyugal y que el único bien en común era el automóvil, cuya mitad era propiedad suya por ser bien propio y no objeto de ganancial alguno. A esta mitad debían descontársele las deudas de la sucesión, quedando una mínima cantidad, que a la postre no alteraría una distribución del activo líquido social que pudiese ocasionar grandes daños a los herederos, razón que explica la actitud de su poderdante de no iniciar el juicio en comento. Hubo, por consiguiente, una valoración errónea de esta probanza.

Respecto al indicio de oportunidad, en su opinión debe excluirse pues la imputada era dueña del cincuenta por ciento del rodante y como quiera que Dominguez tenía una heredera legítima con la encartada a ésta le habría bastado iniciar el proceso sucesorio y hacerse reconocer como acreedora de

la sucesión. Cuanto al indicio de mala justificación pone en relieve las obligaciones apremiantes de los familiares del causante, razón que obligó a vender el automotor para cubrirlas. En lo que se refiere al otro procesado, Diego Bedoya López, no es motivo atendible el predicar que por razón de ser un asalariado no estaba en condiciones de adquirirlo ya que, casi inmediatamente lo enajenó con el fin de obtener alguna ganancia con la transacción. Por consiguiente, tales indicios carecen del requisito de la certeza, rompiéndose la conexión lógica al no poderse demostrar quién fue el autor y “...la eliminación de las circunstancias inculpantes...”

Luego enjuicia el proceso de adecuación típica, pues, según su parecer, los hechos se acomodan a lo descrito en el artículo 226 del C.P., tal como lo aclaró el salvamento de voto.

2. Agotado el acápite anterior, el demandante entra a lo que denomina “Causales aducidas para revocar el fallo”, presentando un cargo principal y dos subsidiarios.

El primero lo enuncia en el ámbito de la causal primera, fragmento final. Hubo un error de hecho en la apreciación del dictamen de grafología, el que si bien no atribuyó ni descartó la autoría de la procesada en los hechos, fue distorsionado su sentido, aseverando el Tribunal lo contrario, con lo cual le hizo producir efectos probatorios que no contiene ni se derivan de su contexto. Se violaron con ello los artículos 247, 267, 273 y 302 del C. de P.P., conduciéndose a la vulneración de los artículos 220 y 226 del C.P. Solicita, por tanto, se case la sentencia, disponiendo se declare la inocencia de su defendida por no haber prueba plena que demuestre lo contrario “...además que a su favor le es irrogado el beneficio del in dubio pro reo, habida consideración de lo expuesto.”

En lo referente a los cargos subsidiarios, el primero lo enmarca dentro de la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 220 del C. P. y falta de aplicación del 226 de la misma obra, como quiera que se está en presencia de un documento privado exhibido por la procesada ante un funcionario público para suplantar a su extinto esposo.

El segundo lo ubica en el ámbito de la causal tercera pues, a su modo de ver se violaron los artículos 31 y 33 de la Carta, 107 del C.P. y 217 del

C. de P.P., al condenar a su defendida al pago de la indemnización. Esta medida no restableció el derecho, asegura, pues en este evento no se perdió ningún bien ya que el activo sucesoral no ascendía a más de cuanto la procesada le entregó a su contradictora a título de coparticipación en la venta del rodante. Y si se refiere a los gastos ocasionados con el proceso, el censor recuerda que el apoderado de la parte civil trabajó a cuota litis, es decir "...que la expectativa de haber más bienes que abrigaba la denunciante se los trasladó al profesional del derecho contando con la poca suerte de que el causante únicamente poseía un bien". Más adelante explica que en el supuesto de haberse instaurado un proceso sucesorio, se habría inventariado exclusivamente el cincuenta por ciento del automóvil, que ascendía a la cantidad de \$1.685.000.00, suma que quedaba reducida a un monto mínimo luego de descontarse los gastos funerarios, y distribuirse entre los herederos. Termina su intervención afirmando: "El fundamento estriba en que el pago de dinero cuando no se ha demostrado perjuicios con la infracción y en el proceso no aparece prueba alguna, se está en presencia de una pena, que es de tipo económico, tan cierto que el ordenamiento punitivo lo contempla como primera obligación, pero en concordancia con lo que se demuestre y se pruebe dentro del proceso". Así, solicita de la Corte se case la sentencia y se abstenga de decretar la condena en gramos oro a la que ha hecho referencia.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

En lo que se refiere a la causal de nulidad, la Delegada considera que no le asiste razón al recurrente, pues la indemnización de perjuicios no tiene el carácter de pena como que, fuera de no estar consignada como tal en la legislación vigente, el Estado con ella no cumple las funciones asignadas a las sanciones, como son, la retribución, la prevención, la protección y la resocialización. Únicamente se busca la reparación del perjuicio ocasionado con el hecho punible. Por consiguiente, resulta un imposible atacarla por la vía de la nulidad. Le corresponde al censor, si su inconformidad reside en su monto excesivo, acudir a la vía de la violación directa por aplicación indebida de los artículos 106 y 107 del estatuto punitivo, y si el error estriba en torno al acervo probatorio, lo conducente sería hacerse presente en los terrenos de la violación indirecta.

Respecto al primer cargo excluyente, el Ministerio Público advierte sobre las fallas técnicas que exhibe en su formulación. Aparte de la simpleza en su enunciado al tocar el tema de la adecuación típica, erró en la vía elegida pues escogió la violación directa pese a estar planteando un error en la denominación jurídica de la infracción, materia propia de la causal tercera, por ser una medida atentatoria del debido proceso. A su juicio, la improsperidad del cargo es evidente no sólo por las dichas falencias sino también al compararse las decisiones de las instancias, lo cual hace con las transcripciones correspondientes.

En lo que tiene que ver con el ataque elevado con fundamento en la violación indirecta sufre su descalificación por los antagonismos que exhibe en la exposición del reproche. Mientras en unos casos funda sus críticas en los hechos indicadores, en otros su desacuerdo tiene que ver con la inferencia lógica, para culminar cuestionando indicio por indicio, olvidando que su concordancia y confluencia no sólo se debe dar entre sí sino con el resto del material probatorio. Respecto a la prueba grafológica resalta la contrariedad que la signa al predicar al mismo tiempo su tergiversación y suposición a la que se le une su carencia de sustentación, sin llegar a demostrar que en realidad la inferencia lógica realizada por el juzgador hubiese sido equívoca al extraer su conclusión. Destaca, además, que al actor no sólo se le olvidó probar la existencia o deformación de los hechos indicadores sino que luego entró a cuestionar la valoración que de ellos hiciera el Tribunal, olvidando la inexistencia de la tarifa legal para justipreciarlos.

Finalmente critica la simple alusión que hiciera el impugnante sobre la negativa del instructor a practicar pruebas importantes para el esclarecimiento de los hechos, dado que no la presenta en un cargo aparte, ni pone en relieve su importancia, con indicación de los aspectos que dejaron de investigarse, fuera de que tampoco señala con precisión a la Corte, las razones concretas y necesarias para desquiciar el fallo. Aparte de esto, la Delegada advierte que la diligencia de inspección judicial que echa de menos es facultativa del juez, siéndole permitido prescindir de ella cuando los elementos de convicción insertos en el proceso ofrecen certeza y suficiencia.

Por tales razones solicita no casar el fallo impugnado.

La Corte:

En orden a la prelación de las causales la Sala abordará en primer término el cargo relacionado con la causal tercera de casación.

1. La nulidad:

La intención del censor es que se case la sentencia por haberse desconocido el mandato constitucional que prohíbe agravar la pena en la segunda instancia cuando el procesado es el apelante único, toda vez que el Tribunal le impuso el pago de una indemnización por perjuicios materiales (40 gramos oro) so pretexto de restablecer un derecho.

El libelo sostiene que la víctima de la infracción no perdió ningún bien ni su patrimonio sufrió merma o menoscabo dado que el activo sucesoral para el evento de la sucesión no ascendía a más de cuanto la procesada le entregó a aquella a título de coparticipación en la venta del rodante.

Para responder a la inquietud del casacionista lo primero que debe aclararse es el alcance de la preceptiva del artículo 31 de la Carta, tema que en varias ocasiones ha tratado la Corte. Según su tenor (“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”, entendiéndose por “pena” las diversas sanciones que como tales prescribe el estatuto punitivo en el título IV, artículos 41 y 42: prisión, arresto y multa (principales) y restricción domiciliaria; pérdida del empleo público u oficial; interdicción de derechos y funciones públicas; prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio; suspensión de la patria potestad; expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas (accesorias).

Por consiguiente, todo incremento como la imposición de una sanción más onerosa o la adición de otra, implican de suyo una agravación de la situación jurídica del sentenciado, punitivamente hablando, la que no podrá modificarse en detrimento suyo cuando sea apelante único. Si alguno de los otros sujetos procesales manifiesta su inconformidad, esta limitante desaparece pues es obvio que son distintos los intereses que se encuentran en discusión y a ellos debe atender el superior en la revisión y evaluación del fallo emitido por el *a-quo*.

Es claro, entonces, que la indemnización de perjuicios, como concepto que apunta hacia el reconocimiento y satisfacción de los derechos del ofendido o perjudicado está por fuera de esta órbita no sólo por no estar consagrada como tal dentro de la escala o relación de sanciones que indica la normatividad penal sino también porque con ella no se satisface ninguna de las funciones declaradas de la pena, con las cuales el Estado persigue no sólo la prevención que actúa tanto sobre el infractor como la colectividad de que forma parte o la finalidad resocializadora, sino también con las funciones de retribución y protección.

La indemnización se mueve en otro ámbito. Con ella se persigue la reparación del daño causado con la infracción, independientemente del correctivo impuesto por la conducta cometida, bien que debe evaluarse, fijarse y concretarse en la sentencia respectiva. Por consiguiente, si algún motivo de inconformidad surge de su reconocimiento como tal, la vía para alegarla no es la causal tercera, sino la causal primera, por aplicación indebida de los artículos 106 y 107 del C.P., como tinosamente lo señala la Delegada. Y si, se le deduce a partir de un error en su cuantía por torcida evaluación de un medio probatorio, la violación indirecta es el camino a seguir).

Ante la errónea vía escogida para la formulación del reproche y teniéndose en cuenta el principio de limitación que rige el recurso, la Sala despachará adversamente la objeción.

2.1. Primer cargo:

Se alega que el fallador incurrió en un error de hecho en la apreciación de dictamen grafológico realizado por el Instituto de Medicina Legal, al tergiversarlo dándole un alcance que no tenía, amén de que "...presumió pruebas que no obran en la actuación procesal". Examinadas así las cosas, es de ver que el actor indica dos clases de errores de hecho: uno por falso juicio de identidad y otro por falso juicio de existencia.

La primera falencia que se advierte es la proposición de estas dos clases de tropiezos en un mismo cargo. (La normatividad enseña que ellos deben formularse como reproches separados; no obstante, podría pasarse por alto

el desacierto si de todas maneras, cada cual guarda independencia conceptual, es decir, es sustentado en debida forma, deslindando campos con el otro).

Sin embargo, una escasez argumental temprano frustra el propósito de sacar avante la propuesta. Respecto al primero, el libelista sustenta sus apreciaciones en tres renglones; cuanto al segundo, apenas presenta la simple referencia abstracta a la que se aludió antes, sin ningún tipo de ilustración que haga ver a la Corte la verdad de su aserto.

En efecto, cuando se refiere al mencionado peritazgo grafológico únicamente manifiesta que en ella "...el organismo competente Medicina Legal –Grafología– no atribuyó ni descartó la autoría de la procesada en el documento señalado como expúreo (*sic*) el tantas veces referido traspaso...": Quizás la parquedad de su pensamiento se explica por la mención del tema que hizo en el acápite denominado "Bases prácticas comunes a los cargos", en el que advierte que la citada pericia "...señala en forma INEQUIVOCA que NO ES POSIBLE atribuirle la autoría a los procesados de la presunta falsedad y en ausencia de otros elementos probatorios, tejieron deducciones no lógicas e infirieron la existencia de hechos indicadores NO PROBADOS DENTRO DEL PROCESO...".

Aparte de su poquedad argumental, la confusión del actor es mayúscula. Habla de distorsión de la pericia, lo que indica que su obligación es demostrarle a la Corte que el contenido de aquella fue tergiversado. Para ello le bastaba comparar lo que expresa dicha evidencia y lo que de ella dijo la Corporación. El actor, sin embargo, luego de advertir sobre la capital importancia del examen grafológico advierte que para predicar la autoría de la señora Terreros de Domínguez en las conductas reprochadas, la Corporación tuvo en cuenta probanzas que no habían sido arriadas a los autos. Si ello es así, por fuerza ignoró el peritazgo, lo cual es un contrasentido como lo anota con acierto la Delegada, pues no se puede tergiversar lo que se ignora.

Ahora bien: si su intención era criticar la sentencia por el análisis que hizo de los indicios, es claro que debió hacerlo en un capítulo separado y no mezclándolo con el de la prueba pericial, que aparte de todo no tiene mayor importancia pues si bien no señaló con seguridad a la inculpada como la autora material de la falsedad, de todas maneras su

responsabilidad se demostró a título de determinadora por medio de prueba indiciaria plural y de carácter grave.

No obstante, toda la inquietud del demandante se centra en que sólo esta prueba técnica era la única capaz de ser el sostén estructural de la decisión y, por consiguiente, ante la ambigüedad de su resultado, el juzgador ha debido absolver. Así las cosas, el problema se reduce a la valoración que de ella hizo el sentenciador, no dándole la importancia debida y prefiriendo, sobre ésta, la prueba indiciaria, la que consideró como de mayor estima.

La vía escogida, por consiguiente, es errónea, aunque de todas formas una presentación en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción tampoco le habría reportado el éxito consiguiente, merced a la ausencia de tarifa legal para la calificación de las pruebas, criterio reemplazado por las reglas de la sana crítica, único mojón que tiene el juzgador para estimar los elementos de juicio recaudados en un proceso.

Ahora, también vale la pena resaltar la impropiedad con la que el recurrente asume el tema de los indicios. Recuérdese que la médula de su planteamiento la encierra en “Las bases prácticas comunes de los cargos”, la que enfrentada al reproche en comento, revela de inmediato su impropiedad, producto de su carencia de lógica y razón.

En su caótica exposición sobre la prueba circunstancial unas veces ataca los hechos indicadores, otras la inferencia lógica, sin saberse a ciencia cierta cuál es el real motivo de su inconformidad, ni tampoco si fue la expresión de ellos o su justiprecio la materia de la falencia. Primero niega que la procesada no hubiese tenido interés en tramitar la sucesión, sin destacar si en este caso fue el hecho indicador o la inferencia lógica el motivo del error, pues apenas se limita a enunciarlo. Aparte de esta imprecisión, en seguida habla del yerro del Tribunal al “...valorar en forma errada el anterior indicio...”. De acuerdo con la redacción se estaría en presencia de un error de derecho por falso juicio de convicción pues centra el problema en torno a la dicha valoración. El planteamiento no es claro pues lo que el Tribunal hizo fue deducir a partir del desinterés de la procesada la intención de ocultar la maniobra dolosa que culminaría con la venta del rodante. Aquí no tiene razón de ser una tacha en torno al falso juicio de convicción, ignorando de paso que la inexistencia de

la tarifa legal conlleva el fracaso consiguiente pues –como bien se conoce– el conocimiento del Juez, su ponderación y su capacidad razonadora son las guías que tiene el juzgador para evaluarlos.

Lo propio puede decirse del indicio de oportunidad y de mala justificación. El primero, según su parecer, debe excluirse porque se reduce a una simple “sospecha”, con lo cual pretende minusvalorar el hecho indicador y con él situar la cuestión de nuevo en el ámbito del error de derecho, pues entonces la discusión se centraría en torno a la credibilidad que merece la prueba. Sobre el segundo, ya habla de la inferencia lógica (por ser Bedoya un empleado no tenía la capacidad para comprar el automóvil), dando su personal interpretación. El desacierto es indudable pues como lo resalta la Delegada:

“...el recurrente, quizás por su precipitud, al intentar concretar sus desacuerdos, incurre en fatales antagonismos pues en unos casos funda su inconformidad en los hechos indicadores, –predicando su falta de prueba en el proceso– a tiempo que en otros espacios discute la inferencia lógica para culminar cuestionando indicio por indicio, proponiendo respecto de cada uno su particular interpretación de los hechos olvidando su concordancia y confluencia no sólo entre sí sino con el resto del material probatorio obrante en el proceso”.

Más adelante entra a reseñar las “prevenciones injustificadas” del sentenciador, con lo cual reduce su argumentación a un inventario de frases equívocas que simplemente revelan su desacuerdo con el análisis que de las probanzas hiciera el sentenciador, las cuales debieron haber sido vistas y examinadas de otra manera. Enfrentamiento de criterios, sin duda, propios de las instancias pero ajenos al recurso extraordinario de casación, instituido para corregir las sentencias judiciales que no se ajusten a la ley, pero no para remediar interpretaciones o evaluaciones que de los hechos tienen los sujetos procesales.

El fracaso del ataque es ostensible.

2.2. Segundo cargo:

Lo presentó como excluyente, con el de nulidad estudiado arriba. En éste habla de una violación por aplicación indebida del artículo 220 del

C.P. y falta de aplicación del 226, *ibídem* "...que es el tipo que en mi sentir se adecúa a los hechos". Como respaldo del aserto advierte que el documento tachado de falso tiene carácter de privado, exhibido ante funcionario público, recordando como elemento descriptivo del tipo consagrado en el artículo 226: "El que para obtener un documento público", amén de que los documentos adquieren la naturaleza de públicos cuando se está en presencia del artículo 252 del C. de P.C.

Lo primero que se observa es la magra argumentación en que pretende fundamentar el cargo. Como lo resalta la Delegada, apenas dedica unas cuantas palabras al yerro denunciado, advirtiendo solamente que el artículo 226 es la hipótesis penal que en su sentir se adecúa a los hechos. Más no ilustra a la Sala, como es su deber, acerca de la determinación del Tribunal, detallando con precisión cuál es la falencia, cómo se produjo, en qué especie casacional se enmarca, cuál su alcance y qué perjuicio le causa a los intereses de la procesada. Apenas, como ya se dijo, expresa su opinión sobre el modelo de ilicitud al que debe adecuarse la conducta investigada.

Pero si no precisa la falencia, mucho menos hace lo propio con la especie de falsedad que, a su modo de ver se estructura en el proceso. Simplemente advierte que si no se está en presencia de una falsedad material en documento público sino de una falsedad personal para la obtención de documento público. Y así discurre: "...como quiera que estamos en presencia de un documento privado que es exhibido ante un funcionario público con la supuesta "SUPLANTACION" de su extinto esposo y debe recordarse que el Legislador previó la norma, y en ella los siguientes elementos descriptivos del tipo: "El que para obtener un documento público" y los documentos adquieren la naturaleza de públicos cuando estamos en presencia del artículo 252 del C.P.C....".

Con estas pocas palabras el censor entiende agotado el fundamento de su objeción, sin que en su sentir considere necesario referirse a los argumentos esgrimidos por el Tribunal sobre el tema. Sin embargo, esta simple alusión no basta para que la Corte escuche sus palabras. Su obligación era referirse en detalle a todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por el fallador y luego, rebatirlos con la normatividad en la mano y la correspondiente interpretación apoyada en la jurisprudencia, la doctrina y los propios razonamientos.

Con esta parquedad, patrimonio de todo el libelo, no discutió el porqué consideró el Tribunal que la diligencia de reconocimiento de firmas ante notario es un documento público autónomo y diferente del formulario de traspaso, así aquella esté impresa a su respaldo, argumentación que la Colegiatura respaldó con una cita doctrinal.

Referirse simplemente al documento de traspaso, a la falsedad personal o al art. 252 del C. de P.C. no contribuye en nada a la discusión, pues, se repite, no es motivo de la polémica este documento sino el reconocimiento del notario de las firmas. Y es tan descuidada la elaboración del libelo que ni siquiera acierta en la cita de la disposición civil pues el referido 252 habla de “documento auténtico” que nada tiene que ver con el tema. Debió haber citado el anterior, el art. 251, cuyo texto no deja la menor duda sobre el particular al señalar entre sus especies al instrumento público, el cual “...consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo notario”.

Es claro para la Sala que (cuando el notario manifiesta en el escrito que las firmas que allí aparecen junto con las huellas digitales corresponden a las identidades que los mismos manifiestan, no está avalando o modificando el documento del cual hacen parte. Simplemente le está otorgando credibilidad a sus firmas, con independencia del contenido del escrito. Por ello, este texto notarial conserva su total autonomía y por ser suscrito por un funcionario público, adquiere tal carácter pues lo está haciendo en ejercicio de su cargo.

Por consiguiente, cualquier alteración que en este escrito se haga tipifica una falsedad material de particular en documento público, sin que pueda predicarse respecto de ello una falsedad personal dado que este tipo penal es de carácter residual y en el presente caso como quiera que la conducta se adecúa al supuesto de hecho prevenido en el artículo 220, en él se considera subsumido.

Así las cosas, ni aún cumpliendo con una presentación adecuada, el cargo habría tenido vocación de prosperidad.

Se rechaza el ataque.

2.3 Por último, debe señalarse la alusión que hace a la presunta inercia del instructor en practicar pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos. Sin raciocinios concretos, sin mostrar la trascendencia de las probanzas echadas de menos en el expediente, pretende que la Sala case el fallo impugnado. Pero no solo la débil argumentación conspira contra sus palabras. También su deficiente presentación, refundida en lo que él denomina “bases prácticas comunes a los cargos”, tampoco ayuda a su cometido. Debió mostrar y defender sus inquietudes en un cargo separado para que se efectuara su respectivo estudio. No haberlo hecho reduce sus palabras a una simple constancia de inconformidad, ajena al recurso que impetra.

Así las cosas, tanto los vicios de técnica anotados como la carencia de razones impiden la prosperidad de la objeción.

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.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen,

Edgar Saavedra Rojas, “no”; Ricardo Calvete Rangel, “no”; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION

El inciso primero del artículo 80 del Código Penal establece que “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la Ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”.

Y el artículo 84 del mismo estatuto señala que el término de prescripción de la acción se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado y se empieza a contar otra vez, por un término igual a la mitad del previsto en el citado artículo 80, tracto que nunca podrá ser inferior a cinco años.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C. octubre tres de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 103 de 20 de septiembre de 1994.

Vistos:

Decide la CORTE sobre la cesación de procedimiento que por prescripción de la acción penal demanda el defensor de HENRY GIRALDO FUQUENE.

Antecedentes:

1. El nueve (9) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) en la localidad de Flandes (Tolima), Gratiniano Núñez Palomino perdió la vida debido a múltiples fracturas ocasionadas al ser atropellado por un vehículo que conducía GIRALDO FUQUENE.

La investigación penal estuvo a cargo del Juzgado 40 de Instrucción Criminal del Espinal (Tolima), Despacho que mediante providencia del treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), calificó el mérito sumarial profiriendo resolución acusatoria contra el indagado como autor de un delito de homicidio culposo, decisión apelada en forma extemporánea por el defensor. Así lo declaró el instructor el veintitrés (23) de agosto del mismo año.

2. Ejecutoriado en estas condiciones el auto calificadorio, las diligencias pasaron al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la citada ciudad. Celebrada la audiencia pública, culminó el trámite de la primera instancia con sentencia condenatoria en contra del inculpado como autor responsable del delito atribuido en la resolución acusatoria, sancionándolo a purgar la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, tres mil (\$3.000) pesos de multa; las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de conducir vehículos automotores.

3. Apelada esta determinación por el defensor y la representante de la parte civil, el Tribunal le impartió íntegra confirmación mediante sentencia del tres (3) de marzo del año en curso, decisión contra la cual la defensa continua mostrándose inconforme, demandándola en casación.

4. En curso la impugnación extraordinaria, el mismo profesional del derecho impetra se declare prescrita la acción penal y, de consiguiente, se archiven las diligencias, toda vez que a la fecha han transcurrido más de cinco (5) años desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que haya quedado en firme la sentencia en contra de su prohijado.

La Corte:

1. El inciso primero del artículo 80 del Código Penal establece que “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la Ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”.

Y el artículo 84 del mismo estatuto señala que el término de prescripción de la acción se interrumpe por el auto de proceder, o su

equivalente, debidamente ejecutoriado y se empieza a contar otra vez, por un término igual a la mitad del previsto en el citado artículo 80, tracto que nunca podrá ser inferior a cinco años.

2. Con la anterior reseña normativa, para la SALA es claro que razón asiste al defensor en su pedimento. No se remite a dudas que contra el procesado GIRALDO FUQUENE se profirió resolución acusatoria mediante providencia del treinta y uno (31) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989) por el delito de homicidio culposo sin agravantes de ninguna especie, descripción típica para el cual se tiene prevista una sanción privativa de la libertad cuyo máximo se señala en seis (6) años de prisión.

4. Ahora, siendo evidente que esta decisión cobró ejecutoria el quince (15) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), interrumpiéndose de esta manera el término de prescripción, el nuevo lapso por descontar para los mismos efectos y que en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años quedó agotado el día quince (15) de agosto del año en curso cuando, como lo advierte el peticionario, la sentencia aún no ha encontrado firmeza.

5. Cumple, por tanto, sin más consideraciones, admitir que la acción punitiva del Estado para continuar tramitando el presente asunto ha prescrito. Así lo declarará la Sala, ordenando cesar el procedimiento en favor del acusado.

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

Resuelve:

Primero: Declarar prescrita la acción penal dentro del proceso que por el delito homicidio culposo se le venía adelantando a HENRY GIRALDO FUQUENE de conformidad con lo puntualizado en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se ordena cesar el procedimiento a favor de aquel.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, regresen las diligencias al Tribunal de origen y archívese el proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, secretario.

DEMANDA DE CASACION / INVESTIGACION PENAL

El casacionista incurre en el error de mezclar dos causales de casación, pues buena parte de la demanda está dedicada a controvertir la prueba, cosa que daría lugar a sustentar una violación indirecta de la ley, pero también el actor arguye motivos de invalidez del proceso, cargos estos que evidentemente se excluyen, como que en un proceso se haya afectado sustancialmente el debido rito y sea, por tanto, nulo, no cabe aducir equivocaciones acerca de la valoración probatoria, ataque éste que procede siempre y cuando se hayan respetado las garantías constitutivas del debido proceso, y que en el mejor de los casos sí podría hacerse, pero “separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria” (art. 225 del C. de P.P.).

En torno a la investigación integral, reiterase que ésta, en rigor, consiste en la obligación que tiene el funcionario judicial de llevar al proceso todas las pruebas que tengan que ver con el esclarecimiento del hecho punible (y las consecuencias derivadas de éste) y con la responsabilidad que le pueda caber al procesado en el mismo. Con la simple observación resulta lógico que las pruebas que no tengan relación con ninguno de esos tópicos, devienen improcedentes y, por lo mismo, deben ser rechazadas por el funcionario que conozca del proceso (art. 250 C. de P.P.).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 109.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 27 de septiembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Cali condenó a JOSE GABRIEL ROJAS TORRES a 11 años y 6 meses de prisión, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Antecedentes:

1. En Cali, Departamento del Valle, desde tempranas horas del día 27 de julio de 1992, José Gabriel Rojas Torres y otro individuo no identificado merodeaban por la calle 73A con carrera 2C. Alrededor de las 9 de la mañana ambos penetraron en la residencia de José Ariel Orozco Sánchez y le propinaron un balazo que le interesó órganos vitales, causándole la muerte.

Idelfonso Moncada, vecino del lugar, quien oyó el disparo y vio cuando Rojas Torres huía, salió en su persecución, hasta que Rojas Torres fue capturado por una patrulla policial, que le encontró un revólver calibre 38 sin salvoconducto y “una vainilla de tiro disparada” (fls. 8).

2. La Fiscalía Cuarta de Permanencia llevó a cabo la diligencia de “inspección judicial, reconocimiento y levantamiento” en el hospital “Joaquín Paz Borrero” de dicha ciudad (fls. 2 y 3), y luego escuchó en declaración al referido Idelfonso Moncada (fls. 6 y 7), quien dice haber visto “al agresor” cuando salió corriendo y haberlo perseguido hasta cuando fue aprehendido por la policía.

También Juan Tique Plazas y Manuel Antonio Caicedo Ramos, policiales que intervinieron en la captura, rindieron su correspondiente declaración (fls. 9 y ss.).

La Unidad de Fiscalía “Vida, Libertad y Pudor Sexual” abrió la respectiva investigación (fls. 20) y escuchó en indagatoria de Rojas Torres, quien negó enteramente haber sido aprehendido cuando corría, afirmando que tampoco es cierto que llevara consigo arma alguna (fls. 21 y ss.).

Rindieron testimonio varias personas que estaban en el lugar de los hechos, manifestando que vieron huir a una persona con sombrero de paja color café, quien guardaba un arma de fuego (fls. 46 y ss.).

Dictado auto de detención por el delito de homicidio (fls. 55 y ss.), la abogada del sindicato pidió pruebas en repetidas ocasiones, siéndole negadas unas y ordenadas otras (fls. 68 y ss.). Con posterioridad el procesado amplió su injurada y admitió, ahora si, que efectivamente iba corriendo, explicando que lo hacía porque la gente gritaba “cójnlo” y él pensó que corría peligro y porque además portaba un revólver sin salvoconducto que le había prestado su hermano. Así mismo, acepta que tenía puesto el sombrero al cual se refirieron los testigos (fls. 90 y ss.).

3. Cerrada la investigación se la calificó mediante auto de 18 de noviembre de 1992 (fls. 146 y ss.), con resolución de acusación por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, según los artículos 323 del Código Penal y 1o. del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali asumió el juicio, etapa en la que la defensora, nuevamente, solicitó pruebas, de las cuales se ordenaron algunas y otras se negaron por improcedentes (fls. 167 y ss.).

Un peritaje concluyó que el proyectil que mató a Orozco Sánchez no fue disparado por el arma incautada al procesado (fls. 201 y ss.).

En el curso de la audiencia pública celebrada el 22 de abril de 1993 (fls. 217 y ss.), el procesado Rojas Torres dijo que los sujetos “Ito” y “El gordo”, le propusieron “un negocio”: el homicidio de autos, pero que ya en el lugar factual él no entró al sitio donde se encontraba la víctima.

Se dictó sentencia el 11 de mayo de 1993 (fls. 229 y ss.), mediante la cual, en armonía con la acusación, el procesado Rojas Torres fue condenado a la pena principal de 11 años y 6 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, y al pago de los perjuicios. Finalmente, se dispuso el decomiso del revólver y la expedición de copias respecto del otro individuo participante en el hecho.

El procesado apeló el fallo y el recurso fue sustentado por un nuevo defensor. El Tribunal, al desatarlo, en sentencia que ahora recurre en casación un nuevo defensor, modificó la pena accesoria de interdicción

de derechos y funciones públicas, rebajando su duración a 6 años (por el principio de proporcionalidad). Igualmente adicionó el fallo “en el sentido de compulsar copias contra Jesús Rojas Torres, “para que se investigue el porte ilegal de armas en que pudo incurrir, antes de prestarlo a su hermano José Gabriel para cometer este homicidio”.

La demanda:

Antes de hacer formalmente el cargo contra el fallo, el casacionista insiste en que según el peritaje que se llevó a cabo, el arma hallada en poder del procesado no fue la misma con la cual fue ultimado José Ariel Sánchez Orozco, motivo por el cual estima que no puede tenerse a su representado como autor del homicidio.

Ya al anunciar la censura el actor invoca la nulidad contemplada en el artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal. Se refiere a las normas que regulan la “prueba para condenar”, los “medios de prueba”, la “imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba”, al “principio de contradicción” y a la “apreciación de las pruebas” (arts. 247, 248, 249, 251 y 254 C. de P.P.), cita los artículos 29 de la carta política, 333, 303 y 294 del premencionado Código sobre “la investigación integral” la “apreciación de los indicios” y los “criterios para apreciación de testimonios”, y más adelante precisa: “Todas las normas invocadas han sido violadas, causando una comprobada existencia de irregularidades sustanciales del debido proceso y violación al derecho de defensa”, agregando que “no se sabe cuáles son los verdaderos agentes que practicaron la captura y cuáles son los nombres de los verdaderos testigos”, y señala que los dos informes que sobre los hechos existen no son coincidentes al respecto. Añade en seguida que los testimonios fueron evaluados “sin tener en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo las percepciones, cumpliendo los criterios para apreciación de testimonios” (fls. 357).

Se queja el censor de que “se recepciona el testimonio de Idelfonso Moncada, quien con anterioridad dijo llamarse Alfonso Moncada, ambos tienen la misma cédula de ciudadanía, aunque cambian de nombres en los informes, la diligencia de levantamiento de cadáver y en sus declaraciones” (fl. cit.).

Indica que la Fiscalía y luego el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali no realizaron “una investigación integral” (ibid), y enfatiza que fueron negadas unas ampliaciones de testimonios no obstante existir contradicciones entre éstos.

Hace un comentario abstracto acerca de la valoración que merece la prueba indiciaria y sostiene que, además, “se violaron los derechos que tiene todo capturado, pues, se le captura, se le indaga, sin conocer los motivos de su captura, siendo indagado sin saber cuál es el motivo, violando el artículo 377 del C. de P.P., el debido proceso” (fls. 358), aparte de aseverar que no se verificaron algunas de las citas que hizo el procesado en su indagatoria.

Esa alegada no investigación integral la reitera como violación al derecho de defensa y al debido proceso.

No hace finalmente petición ninguna a esta Sala.

Alegato del Procurador 61 en lo Judicial:

Dentro del término de traslado a los no recurrentes, dicho funcionario se opone a los planteamientos de la demanda de casación por considerar que éstos “no son más que consideraciones muy subjetivas sobre la apreciación de las pruebas convirtiéndose, en últimas el escrito, en un alegato de instancia completamente ajeno a las reglas que rigen el extraordinario recurso” (fls. 365). “Por otro lado –continúa– la negada inspección judicial y la no ampliación de los testimonios pedidos, que parecen ser el soporte de la nulidad por violación al derecho de defensa (sin que le corresponda a la Corte resolver bajo supuestos) ni inciden en la declaratoria de responsabilidad ni, en últimas, la demanda se presenta con las exigencias formales propias para ser tenida en cuenta pues en ninguna parte se observa un juicio jurídico que permita precisar el atentado procedimental”. Señala por último que el actor, en “confuso escrito sólo repite los alegatos presentados en las instancias previas y, para colmo de males, ni ataca el fallo del Tribunal Superior (que sólo muy tangencialmente se menciona) siendo que contra éste es que debe ir dirigida la casación, ni precisa, en caso de que su demanda hubiera prosperado, el estado en que debiera quedar el proceso”.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice primeramente que se contradice el casacionista cuando critica el aspecto probatorio y luego afirma que el proceso adolece de nulidad, a más de que las irregularidades que aduce “no pasan de ser formulaciones por completo carentes de contenido, sin ninguna incidencia procesal y que así como no comportan siquiera anomalías de trámite, mucho menos tienen la entidad de viciar el proceso al punto de hacer imperiosa su anulación” (fls. 11 cuaderno Corte).

Señala que unos fueron los agentes que participaron en la captura del procesado y otros los que se presentaron al hospital al momento de cumplirse el levantamiento del cadáver.

En cuanto al “cambio de nombre” que aparece con relación al testigo Idelfonso Moncada, dice que no existe la menor duda de que así se llama el declarante que trabaja en una fábrica aledaña al sitio de los hechos, y que “la referencia que sobre él se hiciera en los informes policiales como ‘Alfonso Moncada’ simplemente se debió a una equivocación de la autoridad”, por lo cual “ninguna seriedad tiene el enunciado del actor en querer hacer confuso lo que es bastante claro y mucho menos cuando por esta vía se pretende en tal circunstancia hacer residir un vicio in procedendo”.

Agrega que el actor se dedica a disentir del criterio del fallador sobre el mérito de la prueba, cosa que hace con “argumentos que desde luego son ajenos a la nulidad que ha sido propuesta y que por ende no ameritan ninguna consideración por la Delegada” (fls. 13).

En cuanto a la investigación integral dice la Delegada que ésta “no es un postulado meramente formal, sino que debe tener una teleología material, es decir que el recaudo de pruebas debe estar verdaderamente orientado a procurar medios que permitan establecer la realidad de los hechos investigados” (fls. 14), aparte de que el censor no demostró “el carácter vinculante” de las pruebas que echa de menos y que se solicitaron.

En torno a la afirmación de que el procesado no fue enterado de sus derechos ni de la imputación cuando se le capturó, dice que ocurre “todo lo contrario. El hecho de haber sido informado de todas ellas, le permitió

en su inicial indagatoria negar enfáticamente su participación en el hecho” (fls. 15).

Solicita entonces no casar la sentencia recurrida.

Se considera:

1. Lo primero que debe la Sala hacer ver es que, como dijo la Delegada, (el casacionista incurre en el error de mezclar dos causales de casación, pues buena parte de la demanda está dedicada a controvertir la prueba, cosa que daría lugar a sustentar una violación indirecta de la ley, pero también el actor arguye motivos de invalidez del proceso, cargos éstos que evidentemente se excluyen, como que en un proceso donde se haya afectado sustancialmente el debido rito y sea, por tanto, nulo, no cabe aducir equivocaciones acerca de la valoración probatoria, ataque éste que procede siempre y cuando se hayan respetado las garantías constitutivas del debido proceso, y que en el mejor de los casos sí podría hacerse, pero “separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria” (art. 225 C. de P.P.).)

2. Una segunda glosa: literalmente las alegaciones del censor resultan generales y abstractas, sin referencia concreta al caso que se encara y, sobre todo, haciendo silencio sobre la incidencia de las irregularidades arguidas, incidencia que es obligatorio demostrar cuando se hace uso de este recurso extraordinario. Es así como ni de lejos dice en qué hubieran modificado el fallo las pruebas solicitadas repetidamente por la defensora del procesado, algunas de las cuales negó la Fiscalía y luego el Juzgador, haciendo valer la facultad legal de considerar esas pruebas como improcedentes. Téngase en cuenta, además, que ninguna de estas decisiones sobre la práctica de pruebas fue recurrida por la peticionaria, que se allanó a las mismas, dejando ver implícitamente su acuerdo con ellas.

3. Sin perjuicio de lo que acaba de decirse, la Sala hará algunas consideraciones que estima por lo menos convenientes:

En relación con la captura del procesado José Gabriel Rojas Torres, basta decir que éste fue capturado en flagrancia, cuando huía del sitio de los hechos portando un revólver. Ahí mismo, en dicho momento, según

informe de la Policía (fls. 8), apareció “Alfonso” Moncada y manifestó que “había sido testigo de que este sujeto que teníamos retenido, momentos antes había herido con arma de fuego, en compañía de otro sujeto, al señor José Ariel Orozco Sánchez”.

Ahora bien, hubo un error de la policía (error que también se cometió en el “libro de guardia” del hospital Joaquín Paz Borrero –fls. 2 vto.–) al consignar que ese testigo se llamaba “Alfonso”, cuando está probado que su nombre es “Idelfonso”, como quedó claramente escrito en la declaración que rindió inmediatamente después de los hechos (fls. 6 y 7). Ello comporta una equivocación fácilmente explicable si se tiene en cuenta la similitud fonética de los referidos nombres.

En cuanto a los policiales captos corre sumamente claro en el expediente que fueron Miguel Antonio Caicedo Ramos y Juan Tique Plazas, como aparece en el informe de folios 8 y en las sendas declaraciones que el mismo día rindieron en la Fiscalía (fls. 9 y ss.). De suerte que este reproche resulta del todo inane, máxime si se tiene en cuenta (pues también menciona esta circunstancia el censor) que los policiales que concurrieron al citado hospital, para efectos de reconocer y levantar el cadáver, fueron otros distintos a los prenombrados.

Respecto del peritaje que excluyó el arma encontrada al procesado como la que se utilizara para el homicidio (aspecto tratado por el casacionista en el resumen de la actuación procesal previo a los cargos), dijo atinadamente el sentenciador de primer grado que tal cosa “no varía en nada la participación de Rojas Torres en el homicidio investigado, pues recordemos que fueron dos las personas que penetraron en el local donde se encontraba Ariel, que ambos portaban arma (...) pues adentrándonos en una participación criminosa estamos frente a una coautoría...” (fls. 245).

Por su lado, el Tribunal en el fallo de segunda instancia también examinó, extensamente por demás, el punto, enfatizando en la facultad legal que tiene el juzgador para apreciar los peritajes (fls. 359 y ss.).

En torno a la investigación integral, reitérase que ésta, en rigor, consiste en la obligación que tiene el funcionario judicial de llevar al proceso todas

las pruebas que tengan que ver con el esclarecimiento del hecho punible (y las consecuencias derivadas de éste) y con la responsabilidad que le pueda caber al procesado en el mismo. Con esta simple observación resulta lógico que las pruebas que no tengan relación con ninguno de esos tópicos, devienen improcedentes y, por lo mismo, deben ser rechazadas por el funcionario que conozca del proceso (art. 250 C. de P.P.).

De ahí que el Tribunal, al encarar ese principio procesal (art. 249) estimara que “no es obligatorio realizar esfuerzos ingentes, cuando se advierte la presencia de coartadas inadmisibles o, como en este caso, realizar citas de personas imaginarias, porque esa actitud busca inequívocamente entorpecer la investigación” (fls. 354). Luego anotó el fallador:

“A esta Sala le parece que la Juez falladora obró con lógica al sentenciar a José Gabriel Rojas Torres, a título de dolo directo, porque le creyó a pluralidad de testigos, a los que este cuerpo colegiado también les otorga plena credibilidad, descartando la veracidad de la coartada, pues en ello no sólo la respalda el compendio con largueza, sino que la Corte, en la última sentencia referenciada, dijo ‘que los medios de convicción para un Juez son suficientes para dar por establecidos los hechos motivo de investigación, y en tales circunstancias no está en la obligación de decretar las pruebas, sin que por esa omisión se pueda llegar a pensar que se ha afectado el derecho a la defensa’” (fls. 355 y 356).

Por último, en relación con el reparo que hace el actor al terminar el libelo, en el sentido que se violó el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal (Derechos del capturado), dígame que si bien no se dejó constancia escrita sobre lo contemplado en dicha disposición (derecho a entrevistarse con un defensor, a dar aviso de su aprehensión a determinada persona, a rendir versión y a no ser incomunicado), de todas maneras ya se dijo que al procesado se le capturó en estado de flagrancia y concretamente cuando era perseguido por Idelfonso Moncada, quien arribó a donde estaban agentes policiales con el aprehendido y “nos dijo que este muchacho, en compañía de otro, había herido con arma de fuego a un señor”, según testimonio del Agente Tique Plazas (fls. 9), quien además refirió que al capturado se le preguntó sobre el motivo de su huída y “dijo que no sabía nada” y además “no quiso dar ninguna explicación”

respecto de los hechos (fl. cit. vto.). Por su parte, el policial Caicedo Ramos declaró que una vez fue capturado el procesado, éste manifestó que “el en ningún momento había disparado el arma” (fls. 11).

De otro lado, en la indagatoria el acusado dijo no tener abogado para que lo asistiera en esa diligencia, razón por la cual la Fiscalía procedió a designarle una apoderada. Y cuando se le interrogó sobre el motivo por el cual estaba siendo indagado, contestó: “No sé el motivo” (fls. 21).

Sustancialmente, pues, en nada se afectaron los derechos del aprehendido ni del sindicado, resultando de este modo no verdadera la afirmación que en tal sentido hace el casacionista.

Por último, y sin perjuicio de lo dicho, es palpable que aún frente a la omisión de dejar las referidas constancias por escrito, no se ve de qué manera esa omisión haya afectado las garantías del imputado, ni mucho menos cómo incide la misma en el fallo de condena impugnado.

De lo dicho, infiere con facilidad que la sentencia es jurídica y que fue proferida en un proceso válido. O al menos el casacionista dista mucho de demostrar algo distinto u opuesto. Estas razones conclusivas son suficientes para que el fallo continúe intacto.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, “no”; Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

NULIDAD / PECULADO POR APROPIACION

Un supuesto error en el proceso de adecuación típica que involucre tipos penales correspondientes a diferentes bienes jurídicos tutelados, es cuestión que en sede de casación debe plantearse dentro del ámbito propio de la causal tercera, pues teniendo en cuenta la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, ninguna solución distinta a la nulidad puede ofrecerse para restablecer el debido proceso cuando haya sido vulnerado por la irregularidad sustancial consistente en apreciar equívocamente la conducta investigada y subsumirla dentro de un tipo penal que además de no adecuarse a la realidad fáctica, tiene por objetivo proteger un interés jurídico distinto del verdaderamente afectado en el caso concreto.

2. Peculado por apropiación, es delito contra la administración pública, hurto agravado por la confianza es delito contra el patrimonio económico.

“La expresión utilizada por la Ley en la definición de peculado y que dice ‘en razón de sus funciones’, hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con

la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado”.

“Las facultades de manejo en el empleado público no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado cargo las ejercita”.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 107 de 28 de septiembre de 1994.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada LIGIA ESTHER PERALTA GUEVARA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo el 12 de marzo de 1993, mediante la cual condenó a ésta a la pena principal de 4 años de prisión y multa de veinte mil pesos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por lapso de dos años, al hallarla responsable del delito de Peculado por Apropiación.

Hechos:

Fueron consignados en la sentencia impugnada así:

“Se desprende de la referida denuncia –la formulada por el doctor Harold Avila Castillo, Director Interventor del Hospital Regional de Sincelejo, lo mismo que del acervo probatorio aportado a los autos, que atendiendo una llamada telefónica anónima que se recibiera el día 10 de abril del citado año –1991–, en la oficina del Director del referido centro asistencial, en la cual se informaba que funcionarios al servicio de esa institución se estarían apropiando dineros, que por disposición legal le correspondía liquidar y recaudar por concepto de impuesto de Registro y anotaciones, se reunió el doctor HAROLD AVILA CASTILLO con el Coordinador Técnico del Hospital doctor RAMON QUINTERO LOZANO, el auditor ADOLFO MEZA HERNANDEZ y el Asesor Jurídico doctor RAFAEL SANTIAGO MORENO CUELLO, a fin de indagar la veracidad de las irregularidades enunciadas, pudiendo constatar al practicar una inspección interna, confrontando los recibos originales con las respectivas copias, diferencias entre los valores supuestamente recibidos y la relación diaria de ingreso por el mismo concepto. Los citados funcionarios fueron a las oficinas de Davivienda donde la Gerente les facilitó las distintas escrituras que habían pagado impuestos por intermedio de VIBUR Ltda., las cuales tenían anexo la boleta de Registro y anotaciones, a las que le tomaron copias fotostáticas, y después de autenticarlas las compararon con las copias que de dichas boletas reposaban en la oficina de la Dirección, detectando la diferencia de los valores consignados en los dos recibos.

“Algunos casos citados por el denunciante, de los cuales existe la prueba documental en el expediente, son: a) La liquidación referente a la escritura de compraventa celebrada entre la señora MARIA AMARIS y la sociedad ‘VIBUR’, apareciendo el recibo original No. 13783 del 27 de febrero de 1991 por la suma de \$156.750, y la copia por \$1.567; b) En relación con la escritura 257 celebrada entre la mencionada sociedad y el señor HERNANDO ARROYO, se liquidó el recibo No. 13740 del 21 de febrero de 1991 por \$53.925, y la copia del mismo por \$539, habiendo sido liquidado ambos por la funcionaria LIGIA PERALTA. Menciona también el denunciante el caso de la escritura celebrada entre la sociedad ‘VIBUR’ y el señor MAURICIO GOMEZ, liquidándose

el recibo No. 13946 de marzo 14 de 1991 por \$94.050, y la copia al carbón por \$94. Así mismo la liquidación hecha, al igual que la anterior, por la funcionaria ROSALBA MONTERO, respecto de la escritura celebrada entre CESAR AUGUSTO CASTILLA y 'VIBUR', según recibo No. 13947 por \$120.384, apareciendo la copia al carbón por \$120, siendo este último el verdadero ingreso para el hospital”.

Antecedentes procesales:

En palabras del Tribunal, la actuación procesal se cumplió de la siguiente manera:

“El Juzgado Octavo de Instrucción Criminal Radicado en Sincelejo, el 28 de mayo de 1991 profirió auto de apertura de investigación penal. Una vez fueron escuchadas en indagatoria Ligia Peralta Guevara, Rosalba Montero de Monterroza y Sara Vergara de Cabrales, el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Ambulante de la misma ciudad, despacho al que fueron remitidas las diligencias, por auto del 12 de julio de 1991 les resolvió su situación jurídica absteniéndose de decretar medida de aseguramiento en su contra por considerar que aún no obraba indicio grave que comprometiera su responsabilidad”.

“El mérito del sumario fue calificado el 12 de diciembre de 1991 con resolución de acusación en contra de Ligia Peralta Guevara y Rosalba Montero de Monterroza como autoras del delito de peculado por apropiación; y reapertura de investigación en favor de Sara Vergara de Cabrales”.

“El proceso pasó a conocimiento del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sincelejo, donde se adelantó el período probatorio y practicada en legal forma la audiencia pública de juzgamiento dictó sentencia de primera instancia el 15 de diciembre de 1992, cuyo resultado principal ya quedó consignado”.

“Apelado el fallo, al desatarse el recurso concluyó con la confirmación integral de la condena por parte del Tribunal

Superior de Sincelejo, en sentencia que ahora es motivo del presente recurso extraordinario”.

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación el censor formula un único cargo contra la sentencia del Tribunal, acusándola de ser violatoria de una norma de derecho sustancial por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 349 y 372-2 ibídem.

Afirma el recurrente que en este caso no se configura el delito de peculado por apropiación ya que brilla por su ausencia uno de sus elementos estructurales, cual es que los bienes objeto de la apropiación le hayan sido confiados al agente en custodia o administración por razón de sus funciones.

Agrega que no se puede considerar que su defendida cumplía la función de recaudar dinero por el simple hecho de liquidar impuestos y elaborar recibos, pues no estaba facultada para recibir, custodiar y menos administrar tales bienes, sino que su labor primordial era la de una simple mecanógrafa adscrita al hospital. Y por consiguiente, al no derivarse de sus funciones ningún poder dispositivo sobre los dineros que ingresaban a las arcas oficiales, mal podría considerarse que la apropiación de los mismos constituye el delito de peculado consagrado en el artículo 133 del estatuto punitivo, sino más bien la conducta típica contra el patrimonio económico prevista en el artículo 349 en concordancia con el artículo 372-2 ejusdem, por la cual no se le hicieron cargos en la resolución de acusación.

Para respaldar su argumentación cita una sentencia de la Sala de Casación Penal fechada 30 de mayo de 1991, de la cual fuera magistrado ponente el Dr. Ricardo Calvete Rangel.

Finaliza el demandante solicitando a la Corte casar la sentencia impugnada, dictando en su lugar la que en derecho corresponda de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 229-1 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Sala:

Como acertadamente observa la Procuraduría Primera Delegada, el ataque se centra exclusivamente en la adecuación típica del hecho delictivo, aceptándose tácitamente su materialidad, imputación y responsabilidad atribuida a LIGIA PERALTA GUEVARA, aspectos debidamente acreditados en el proceso.

Siguiendo la doctrina de la Corte, (un supuesto error en el proceso de adecuación típica que involucre tipos penales correspondientes a diferentes bienes jurídicos tutelados, es cuestión que en sede de casación debe plantearse dentro del ámbito propio de la causal tercera, pues teniendo en cuenta la congruencia que debe existir entre la acusación y la sentencia, ninguna solución distinta a la nulidad puede ofrecerse para restablecer el debido proceso cuando haya sido vulnerado por la irregularidad sustancial consistente en apreciar equívocamente la conducta investigada y subsumirla dentro de un tipo penal que además de no adecuarse a la realidad fáctica, tiene por objetivo proteger un interés jurídico distinto del verdaderamente afectado en el caso concreto).

Y precisamente este es uno de aquellos eventos donde se invoca error en la denominación jurídica de la infracción por la cual se llamó a juicio a la procesada, toda vez que la inconformidad del demandante con el fallo atacado radica en el supuesto yerro cometido por el sentenciador al adecuar la conducta de LIGIA PERALTA GUEVARA en el tipo de peculado por apropiación, que es delito contra la administración pública, y no en el de hurto agravado por la confianza, que es delito contra el patrimonio económico y que, según el demandante, fue el que realmente infringió su defendida.

Y como quiera que el demandante formuló dicho cargo con amparo en la causal primera (violación directa), resulta inevitable su fracaso por desconocimiento de la técnica establecida para el correcto ejercicio de este recurso extraordinario.

No obstante lo anterior, se estima conveniente precisarle al casacionista que en tratándose del punible consagrado en el artículo 133 del Código Penal, la Corte ha venido sosteniendo que para su configuración basta que el agente

se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, cuya administración o custodia se le hubieren confiado por razón de las funciones propias de su cargo o de otras distintas que le hayan sido asignadas, así sea a través de una simple orden administrativa, como sucedió en el caso de LIGIA PERALTA GUEVARA, quien siendo mecanógrafa adscrita al almacén del Hospital Regional de Sincelejo fue trasladada a la sección de pagaduría de la misma entidad asignándosele la función de liquidar las nóminas y el impuesto de registro y anotaciones, en ejercicio de la cual cometió la ilicitud de que trata este proceso.

Al efecto, en sentencia de 3 de agosto de 1976, dijo la Corte:

“La expresión utilizada por la Ley en la definición de peculado y que dice ‘en razón de sus funciones’, hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado”.

Y sobre el mismo tema se pronunció la Corte, en sentencia de septiembre 8 de 1981, así:

“Las facultades de manejo en el empleado público, que son las que en este caso considera ausentes el casacionista, no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado encargo las ejercita”). M. P. Dr. Fabio Calderón Botero.

Por maneras que en el aspecto de fondo tampoco estaría llamada a prosperar la demanda, pues, contrario a lo considerado por el recurrente, en el caso a estudio sí se reúnen a cabalidad todos los elementos constitutivos del delito de peculado por apropiación por el cual ha sido condenada su representada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con éste,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada de fecha y naturaleza consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Edgar Saavedra Rojas, no firma; Ricardo Calvete Rangel, no firma; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

**DEFENSOR / INDIVIDUALIZACION / UNIDAD PROCESAL
/ DERECHO DE DEFENSA / INDEMNIZACION DE
PERJUICIOS**

De ninguna manera la simple inactividad de los defensores dentro de alguna de las etapas del proceso penal puede llegar a considerarse como vulneración del derecho de defensa, siendo estrategia válida y de recibo la simple tolerancia en el recaudo de las pruebas, el consentimiento de algunas providencias y aún la permisividad del simple transcurso inactivo del tiempo, pues de todas esas circunstancias pueden válidamente esperarse beneficios procesales para el vinculado (libertad, prescripción, duda pronunciamientos más favorables o más rápidos, etc.), lo que frecuentemente torna esa aparente pasividad en efectivo mecanismo defensivo, a la espera del pronunciamiento de los juzgadores, ora en la expectativa de que así se procederá éste de modo más benigno, o se hará vulnerable frente a pruebas ya obrantes, cuando no a vacíos importantes y difícilmente superables.

2. Nada interesa que el sujeto pasivo de la acción penal se presente con una pluralidad de nombres o de documentos de identidad, lugares o fechas de nacimiento, mecanismos fraudulentos que ninguna duda alcanzan a generar cuando se tiene la certeza respecto del individuo único y concreto sobre el cual recae la acción punitiva del Estado.

Ya en su momento el artículo 127 del Decreto 050 de 1987 establecía que la necesidad de determinar la identidad del procesado imponía al instructor la obligación de practicar con preferencia las pruebas orientadas a obtenerla, siempre y cuando “surgieren dudas” sobre ella, y dentro del mismo sentido el artículo 128 clarificaba que “La imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras

generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución de la sentencia, cuando no exista duda sobre su individualización física” (subrayado de la Sala), condiciones que hoy subsisten aplicadas a los diferentes estadios procesales como sucede para comenzar cuando el 319 del Código de Procedimiento Penal, impone como objeto de la averiguación preliminar la determinación de la “identidad o individualización de los autores o partícipes de la infracción, el artículo 352 solo autoriza oír en indagatoria a quien sorprendido en flagrancia o señalado por los antecedentes y circunstancias contenidos dentro del proceso se pueda tener como autor o partícipe del hecho, y concordantemente el artículo 356 advierte que no podrá emplazarse “a persona que no esté plenamente identificada”, en una clara prohibición a la vinculación de personas indefinidas, de una pluralidad de homónimos o de sujetos simplemente señalados como n.n., hasta culminar en la exigencia de que la redacción de la sentencia contenga los datos de la “identidad o individualización del procesado” (artículo 180 *ibídem*).

3. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, a menos que por esa razón se lleguen a vulnerar derechos fundamentales.

4. Refiriéndose con exclusividad los dos cargos contenidos al resarcimiento de perjuicios, debe ceñirse a las exigencias y requisitos previstos en la codificación procesal civil, no a la penal.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., cinco de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 110.

Vistos:

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá mediante fallo del 29 de mayo de 1992, condenó a los acusados PEDRO SIMON VARGAS SAENZ, HERNANDO RUEDA HERNANDEZ, DANIEL

GILBERTO RUEDA NIETO y JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO a la pena principal de diez y ocho meses y diez días de prisión y multa de cinco mil pesos, como autores de los delitos de daño en bien ajeno y perturbación de la posesión sobre inmueble.

La sentencia, fue revisada y confirmada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 3 de noviembre de 1992 con algunas modificaciones respecto de la pena principal y la condenación de los perjuicios; determinación que ahora es sometida al recurso extraordinario de casación por parte del representante de la parte civil y por el acusado VARGAS SAENZ.

Hechos y actuación procesal:

1. Con apego a lo sucedido, los hechos fueron expuestos de la siguiente manera por el *ad-quem*:

“Afirmó el denunciante Hernando Francisco Osorio que el día 28 de octubre de 1985, en las horas de la tarde la Inspección Primera B de Policía se presentó en la avenida 15 No. 120.45 de Bogotá para dar cumplimiento a un despacho comisorio proveniente del juzgado 7o. Civil del Circuito de la ciudad, que ordenaba la entrega de un lote de terreno. En esa diligencia Hernando Rueda, propietario del lote comenzó a dar órdenes a unas personas para que con pintura taparan los avisos del establecimiento comercial que allí funcionaba denominado ‘Tecnico Centro Servinorte’, mientras otras gentes sacaban la mercancía y dañaban las máquinas de alineación y balanceo, inclusive llegaron a sacar rodados los carros que se encontraban en reparación. Como consecuencia de estos hechos se perdió lo que se proponía, quien daba las órdenes, era sacar a las personas que usufructuaban el negocio como si se tratara de un lanzamiento. Afírmase que en la mencionada diligencia, se trataba de hacer entrega del lote porque las mejoras que allí existían eran de propiedad del señor Jorge Luis González, persona a quien se le pagaba el arriendo del local. Con los anteriores acontecimientos, el denunciante se vio obligado a suspender las labores comerciales con una parálisis colectiva de

los trabajadores, pérdida de clientela que se había hecho en el lapso de tres años. Dichos actos de perturbación continuaron puesto que los señores Rueda colocaron celadores para impedir la entrada de cualquier persona o vehículo al establecimiento. Igualmente se afirma que resultó también perjudicado el establecimiento comercial denominada 'AUTO NIZA LTDA.', lo cual fue causa para que el señor Carlos José González Infante formulara la respectiva denuncia por daño en bien ajeno y perturbación de la posesión.

“Así mismo el señor Jorge Luis González, propietario de las mejoras denunció penalmente a Mario Rueda Hernández, por daño en bien ajeno porque una vez realizada la diligencia se hizo presente en el terreno con obreros, volquetas y retroexcavadoras rompiendo las placas de concreto, desmantelando el tejado, debiendo quedar en claro que en ese momento González no ocupaba el inmueble, ya que había subarrendado a: 'Servi Note' y 'Auto Niza Ltda.'”.

2. Lo anteriormente narrado fue puesto en conocimiento de las autoridades por el señor Hernando Francisco Osorio, denuncia que correspondió por reparto al Juzgado 88 de Instrucción Criminal de Bogotá. Este despacho ordenó la apertura de la investigación y la vinculación al proceso mediante indagatoria de los señores: HERNANDO RUEDA HERNANDEZ, DANIEL GILBERTO RUEDA y MARIO RUEDA HERNANDEZ; en marzo 18 de 1988 decidió el cierre de la investigación, pero posteriormente en junio 10. del mismo año revocó la anterior determinación al advertir que faltaba vincular al proceso a José Cayetano Rojas Niño y PEDRO SIMON VARGAS SAENZ, en contra de quienes existían pruebas suficientes de incriminación.

A ROJAS NIÑO se le oyó en indagatoria, mientras que a VARGAS SAENZ hubo de declarársele persona ausente, designándosele defensor de oficio. Se practicaron múltiples pruebas y despacharon negativamente las solicitudes respecto de la cesación de procedimiento que formularan los apoderados de la defensa; lo que motivó la interposición del recurso de apelación resuelto por el Tribunal Superior de esta ciudad mediante providencia confirmatoria de noviembre 3 de 1988.

Nuevamente el Juzgado de Instrucción ordenó el cierre de la investigación, y calificó el mérito del sumario el 31 de enero de 1989 profiriendo resolución de acusación en contra de los procesados por los punibles de ejercicio arbitrario de las propias razones, violación de la libertad de trabajo, perturbación de la posesión sobre inmueble y daño en bien ajeno; al tiempo que les decretó medida de aseguramiento de caución prendaria. En el mismo auto se dispuso la reapertura de la investigación en favor de Mario Rueda; e igual medida respecto del delito de hurto, infracción que complementaba la sindicación.

La anterior decisión motivó a la defensa la interposición del recurso de alzada, lo mismo que al representante de la parte civil. En el Tribunal, la Magistrada sustanciadora acogió el concepto del Fiscal regresando el expediente al Juzgado para que subsanara algunas irregularidades relacionadas con la falta de pronunciamiento sobre la renuncia del defensor de oficio del inculcado PEDRO SIMON VARGAS SAENZ y la posesión del representante judicial de los sindicatos HERNANDO y DANIEL RUEDA.

Corregidos los enunciados vicios, el expediente regresó al Tribunal y en el trámite de la instancia emitió el Fiscal su concepto el 31 de julio. Transcurridos diez meses sin que la Sala hiciese su pronunciamiento de fondo, la señora Marina Serpa de Osorio urgió la decisión acompañando copia de un memorial enviado a la Procuraduría donde se quejaba por la mora.

El 13 de junio de 1990 uno de los Magistrados integrantes de la Sala declaró su impedimento para intervenir en la decisión, y aceptado que le fuera el mismo día, el 15 de junio siguiente se le impartió confirmación a la resolución de acusación precisando que los delitos imputados eran los de perturbación de la posesión sobre inmueble, y daño en bien ajeno, determinación que a su vez interrumpió la ya próxima operancia de la prescripción.

El proceso pasó al conocimiento del Juzgado Quinto Penal del Circuito, que inicialmente tuvo que pronunciarse denegando el insinuado decreto de nulidad, superando a continuación la etapa probatoria y la diligencia de audiencia, para emitir el fallo de condena de contenido conocido.

La determinación fue recurrida en apelación y confirmada por el Tribunal mediante el fallo motivo ahora de impugnación extraordinaria, que introdujo a la decisión adversa las siguientes modificaciones: la pena principal se redujo a 18 meses y 10 días, previo reconocimiento de la rebaja establecida en la Ley 48 de 1987; el lucro cesante en favor de Marina Serpa de Osorio y de la firma Autoniza Ltda. se fijó definitivamente en el equivalente a un mil gramos oro, y los perjuicios morales en el equivalente a 500 gramos del mismo metal, señalando como plazo para el pago del resarcimiento el término de seis meses.

Las demandas:

1. El acusado PEDRO VARGAS SAENZ en su condición de abogado inscrito impugna la sentencia de segundo grado a través del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, formulando en su contra cuatro cargos, los tres primeros por la vía de la causal tercera de nulidad, y el cuarto por la vía de la causal primera por error de hecho.

El *primer cargo* comienza por hacer mención a fallos de esta Corporación de agosto 30 de 1961 y octubre 22 de 1992 para afirmar que en este proceso no contó con la debida defensa técnica, ya que quienes fueron designados para representarlo de manera oficiosa acusaron silencio, pasividad, indiferencia y quebrantamiento de las obligaciones que les correspondían, siendo mudos testigos de la acusación como aparece de los folios 401, 447, 448, 472, 467 y 475.

El segundo cargo se hace consistir en el hecho de haberse vinculado a PEDRO SIMON VARGAS mediante declaratoria de ausencia con el número de cédula 6.670.151 de Tunja, dígitos que no corresponden con los asignados al impugnante como documento de identificación, pues su cédula es la número 6.760.151 de Tunja. Lo anterior constituye

“no un simple lápsus intrascendente o error mecanográfico, sino una causa de anulación de lo actuado, que vició no solo la actuación surtida en la parte epíloga de la instrucción, sino los fallos proferidos en primera y segunda instancia, con afectación igualmente de mi derecho de defensa, en estricto sentido, pues de haberse agotado el mecanismo destinado a la identificación

oficial por parte de la Registraduría, no solo no se hubiera incurrido en este error, sino que, en la respectiva tarjeta, junto con los datos particulares, obra la dirección residencial del suscrito en la ciudad de Tunja, que me hubiese permitido el ejercicio pleno de mi derecho de defensa, por que con esa información, el Juzgado Instructor hubiera conocido dónde localizarme, evitando recurrir a los infieles abogados que oficiosamente me nombró como defensores”.

Y como prueba de lo acotado se hace cita de las piezas procesales obrantes a folios 393, 394, 397, 398, 400, 401, 433 y 445 del cuaderno No. 1

El *tercer cargo* se presenta por el quebrantamiento del principio de la unidad procesal descrito en el Artículo 14 del Decreto 050 de 1987, reformado por el Decreto 1861 de 1989; ya que no se vinculó al proceso a la Inspectora de Policía que realizó la entrega del inmueble. De esa manera fueron omitidos los artículos 20 y 21 del Código Penal en concordancia con el artículo 2o. ibídem.

La conducta de la Inspectora de Policía encuadraba dentro de las previsiones del artículo 21 del Código Penal por huidiza e irresponsable, pues estando investida de autoridad y acompañada de la fuerza pública no atendió los llamados de quienes le solicitaban su intervención para evitar los procedimientos de hecho que dieron origen a la presente acción penal. De haberse ordenado su vinculación,

“claramente hubieran identificado a la persona a la cual se refirió como que ‘...era aparte de la diligencia...’, que se le anunció, como Juez, etc., y sobre la cual reposaba acusación en mi contra, dentro de los fallos impugnados y aún antes, dentro de la defensa que asumí en la Audiencia Pública, la causa de nulidad que desechada en esas instancias, no hace ni ha hecho mérito al debido proceso, al respeto a los principios rectores y viola flagrantemente mi derecho fundamental de defensa a que alude el art. 29 de la Constitución Nacional.

“En síntesis, este cargo se estructura partiendo de la omisión a la aplicación contra la Inspectora de Policía, del art. 21, 20 y 2

del Código Penal, que ocasionó la nulidad descrita en el art. 14 del C. de P.P., anterior al actual, con afectación a mi derecho de defensa, pues de aquella hubiere derivado consecuentemente la claridad en cuanto a la descripción e identificación por rasgos físicos y demás características, de la persona a quien he manifestado se refirió en su declaración y que hasta ahora se me endilga, encuadra y enmarca, como plena prueba; de la cual se motivó en mi condena, vulnerando igualmente mi derecho a que se investigara con igual celo, tanto lo favorable, como lo desfavorable, incurriendo ambos fallos en odiosa discriminación, que se familiariza a principios desechados, como el de la responsabilidad objetiva e incluso, el jamás aceptado de presunción de responsabilidad, que antes de desarrollar la obligación de la administración de justicia a obtener fallos justos, sobre la base de la verdad histórica, se convierta en la intermediana del Estado para la violación del debido proceso y el art. 29 de la Constitución Nacional”.

En cuanto al *cuarto y último cargo*, el accionante lo enuncia bajo la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, al aseverar que “No existe una incriminación directa, como tampoco una sola enunciación de la que sea lógico deducir interés y capacidad del suscrito, para tenerse como coautor de los hechos, apartándose del art. 302 del C. de P.P., en forma ostensible...”

Concretándose a la prueba, cita primero el testimonio rendido por la Inspectora de Policía para criticarlo de hetéreo, asegurando que las citas probatorias que identifica en la descripción fáctica resultaron reprobadas, con lo cual quedó sin piso ni apoyo la condena.

Las pruebas indiciarias son precarias, y hasta su señalamiento por su nombre resultó insuficiente como que no se le llegó a individualizar plenamente por su ropa, lunares, color de piel, forma de hablar, ni a señalarle como la persona que llegó en el carro con la Inspectora. De tal manera, continúa,

“la sentencia descansa entre otros, sobre identificados errores de hecho, desechándose pruebas igualmente indiciarias

o conraindicios en mi favor, que permitirían anular con base en el principio de in dubio pro reo, la calificación onerosa...”

Crítica que pese a conocerse en el proceso como abogados de MARIO RUEDA HERNANDEZ a Salomón Gómez López, José Cayetano Rojas Niño y Eduardo Almanza Baquero quien lo representó en la diligencia de entrega, se ha predicado extrañamente que PEDRO VARGAS SAENZ fue uno de los apoderados de RUEDA HERNANDEZ, lo que constituye un error de derecho por falso juicio de convicción, sin que con esa aseveración esté confundiendo dos cargos distintos; lo que implicaría hacer la propuesta en capítulos separados. La cita, la hace dada la necesaria interacción en la afectación de sus intereses; remata su exposición con la siguiente afirmación:

“Se encuentra sustento probatorio a esta anterior censura, entre otros, en el Folio 81, correspondiente a la injurada de HERNANDO RUEDA HERNANDEZ, folio 87, de DANIEL RUEDA, hijo del anterior; folio 138, versión del Doctor JOSE CAYETANO ROJAS NIÑO, folio 171, con la versión de la Inspectora de Policía, folio 409, 428, 429, contentivos de la Resolución Acusatoria, sobre la que reitero fue dirigida contra el PEDRO VARGAS SAENZ, con la cédula de ciudadanía No. 6.670.151, y no contra el suscrito que tiene la cédula de ciudadanía No. 6.760.151 de Tunja”.

Con base en los anteriores razonamientos solicita de la Corte case la sentencia demandada, y dicte el fallo que en derecho corresponda y/o decrete la nulidad de la actuación.

2. En el libelo de la parte civil se le formulan a la sentencia de segundo grado dos cargos, el primero por violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, y el segundo –subsidiario–, por violación indirecta derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia.

En la *primera censura* dice el recurrente que el fallador incurrió en error de derecho al valorar indebidamente el juramento del denunciante prestado en la ampliación del 20 de noviembre de 1987, donde con apego al artículo 364 del decreto 050 de 1987 determinó el monto de los

perjuicios recibidos. Por esa razón se aplicaron indebidamente los artículos 107, 103 y 104 del Código Penal y 50 del Decreto 050 de 1987, pues apartándose de las citadas disposiciones, el *ad-quem* consideró indebidamente que el Juez podía distanciarse de esa información si la consideraba manifiestamente injusta.

En criterio del casacionista, “dicha norma señala que en tratándose de delitos contra el patrimonio económico resulta plena prueba, la estimación que de ellos haga el perjudicado, siempre y cuando no sean objetados por la contraparte, caso que se examina dentro de la totalidad del plenario, pues en ningún momento, ésta estimación hecha bajo la gravedad del juramento, es objetada por los implicados”; por lo tanto, considera que el artículo 364 citado es una norma de carácter especial referida a un género de delitos, y por lo tanto el Juzgador no podía desatenderla, debiendo valorarla de acuerdo al mandato en ella consignado.

Como fruto de ese error, en lugar de reconocer en favor de los ofendidos y por lucro cesante la suma de \$32.121.159.00 pesos, se fijó el equivalente a un mil gramos oro; razón suficiente para que se case la sentencia y en su lugar se emita la que corresponda.

En el *cargo subsidiario* dice el censor que el Juzgador no consideró la existencia de las pruebas relacionadas con la indemnización de perjuicios obrantes en el informativo; y por ello aplicó indebidamente el artículo 107 del Código Penal que solo autoriza la tasación en gramos oro atendiendo la naturaleza del hecho punible, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de la capacidad productiva y los gastos ocasionadas en razón del hecho punible.

Para el recurrente, el Tribunal prescindió de las fotografías que aparecen a folios 7 a 15 y la inspección judicial obrante a folios 37 a 39, desatendiendo el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal e inaplicando el artículo 107 del Código Penal.

Tampoco fueron tenidas en cuenta las declaraciones de Carmen Osorio de Arango, Carlos Humberto Chaparro Aguilar, Gilberto Antonio Méndez Buitrago, José Leonidas Chávez González y Carlos Julio González Rativa relacionadas con la ocupación habitual del ofendido, y

la merma o disminución de su capacidad productiva, ni las manifestaciones de Hernando Francisco Osorio Fortoul y Marina Serpa de Osorio que hubieran permitido establecer como único medio de subsistencia de la familia el ingreso producido por el establecimiento de comercio denominado Tecnicentro Servinorte. Por ello fueron infringidos los artículos 294 del Código de Procedimiento Penal relacionado con la apreciación del testimonio, y 107 inciso segundo del Código Penal.

Así mismo se transgredió el artículo 254.2 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el Juzgado no tuvo en cuenta que los actos perturbatorios de la posesión se prolongaron hasta el 4 de febrero de 1987, y que los perjudicados durante ese tiempo dejaron de percibir el lucro que debía producir su negocio.

Consecuente con lo enunciado debe atenderse lo dispuesto en los artículos 254 y 107 para fijar la indemnización de perjuicios en el límite de los cuatro mil gramos oro, sentido en el cual solicita se case el fallo recurrido.

Alegatos de los no recurrentes:

El defensor del acusado HERNANDO RUEDA dentro del término de traslado a los no recurrentes se opuso así a las pretensiones del representante de la parte civil:

En lo que concierne al *primer cargo* rechaza la afirmación de falta de objeción al estimativo los perjuicios, pues al no aceptarse el juramento del afectado, el juzgado ordenó la práctica de dictámenes periciales que una vez practicados merecieron la objeción de la defensa debido a error grave, dado que la tasación se hizo en forma simbólica e inadecuada.

Respecto del *segundo cargo* agrega que los perjuicios morales no llegaron a demostrarse dentro del proceso y por lo tanto no existen fundamentos probatorios que respalden las pretensiones del recurrente en casación.

Concepto del Ministerio Público:

El Señor Procurador Tercero Delegado se refiere a las demandas subrayando su falta de técnica e impropiedad con relación al *petitum*:

“Así, por ejemplo, el representante de la parte civil solicita la ruptura de la sentencia y el proferimiento del fallo ‘que en derecho corresponda’, como si la Corte pudiera entrar a aplicar un derecho no reclamado en la demanda –salvo, claro está el restablecimiento de las garantías fundamentales– o como si de lo alegado surgiera sin discusión cuál ha de ser el sentido de la condena.

“En el escrito formulado por el procesado recurrente, se utiliza similar expresión a la que se adosa la solicitud de nulidad sin especificación de la etapa de la actuación o la providencia que merecen ser invalidadas. Perpleja se queda así la Corte, pues aún en caso de que se hubieran comprobado los vicios enunciados, no tendría puntos concretos de referencia a los cuales remitir su decisión y sobre los cuales edificar su análisis. Dictar el fallo que corresponda, es solicitud que, en últimas, traslada la obligación del impugnante al juez de casación, y es afirmación indicativa que nada se ha logrado acreditar con solidez con el escrito de demanda”.

Al abordar sin embargo los temas de la demanda presentada por el acusado PEDRO SIMON VARGAS SAENZ, dice la Delegada frente al *primer cargo*, que al contrario de lo sostenido por el censor, en nuestra legislación no constituye motivo de invalidación de la actuación cualquier circunstancia en apariencia atentatoria de la garantía constitucional del debido proceso o del derecho de defensa.

En el presente caso el acusado fue vinculado mediante declaración de ausencia el 28 de noviembre de 1988, designándosele como defensor de oficio al abogado Héctor Fabián Hernández quien tomó posesión el mismo día. Este profesional renunció al encargo el 23 de febrero de 1989, cuando ya se había producido la resolución de acusación en contra de VARGAS SAENZ.

Llegado el proceso al Tribunal para resolver la alzada, devolvió el expediente al percatarse que el Juzgado no había decidido sobre la renuncia del citado profesional, ni respecto de la sustitución presentada por el defensor de otro de los acusados. El instructor procedió a designarle

al abogado Raúl Duarte Fajardo como defensor de oficio, y aceptar la sustitución pendiente del otro defensor.

Resalta la Delegada que la vinculación del acusado recurrente se hizo mucho después de la de los hermanos RUEDA, y a su declaratoria de ausente se llegó por su renuncia a atender el llamado de la justicia. Aún cuando en el período comprendido entre el 12 de diciembre de 1988 y el 23 de octubre de 1989, el defensor de oficio no desplegó una actividad concreta, sí fue consciente de la importancia del encargo, al punto de manifestar en su renuncia que ella obedecía a “la trascendencia de la decisión tomada, la voluminosidad de la actividad procesal y, esencialmente, por la carencia de tiempo dado el alto grado de compromisos personales que en este momento debo atender en procesos de mi directa incumbencia...” rogando la designación de “un nuevo defensor que verdaderamente propenda por una defensa justa y oportuna del encasillado”.

En criterio de la Delegada, lo anterior indica que el profesional no se despreocupó de la misión que se le había encomendado, sino que imposibilitado para continuar cumpliéndola y a fin de evitar el desamparo del procesado, prefirió renunciar admitiendo el inconveniente que le embargaba. Tampoco es de recibo que el dejar de presentar alegatos revista la suficiente virtualidad para predicar una ausencia de defensa técnica. Si se admitiera ese postulado, agrega, igual reclamación hubieran podido elevar los restantes procesados, pues solamente el representante de la parte civil presentó un memorial con precedencia al calificadorio.

En lo que corresponde a la etapa del juicio, a partir del 10 de septiembre de 1990 se resolvieron varias solicitudes que invocaban la nulidad de lo actuado, denegadas por el *a quo* mediante providencia confirmada por el Tribunal. El juicio a prueba apenas pudo abrirse el 29 de abril de 1991, sin que alguno de los sujetos procesales hubiese solicitado la práctica de aquellas.

Con lo anterior se quiere significar que todos los acusados se hallaban en igualdad de condiciones, y apenas se limitaron a esperar la celebración de la audiencia, oportunidad en la cual el defensor del acusado PEDRO VARGAS SAENZ vino a ser el mismo en quien sustituyera Gómez López

la defensa de los hermanos RUEDA (folios 461 primer cuaderno y 132 segundo cuaderno). Lo anterior:

“hace resplandecer que todos los procesados siempre estuvieron debidamente asistidos por abogados durante la instrucción, en el momento del cierre de la investigación, en el juicio y en la audiencia, acto éste que merece particulares referencias. Veamos.

“En el acto el procesado siempre estuvo asistido del abogado de confianza; incluso en la primera sesión éste lo interrogó a tiempo que en la continuación del rito con inigualable energía el propio acriminado asumió su defensa desbordando su prédica en los temas que ahora apoyan su censura en casación. Por consiguiente, de esta prolija relación de la actuación procesal cumplida por las instancias, bien se ve que el acopio probatorio fue abundante y recogido antes de ser vinculado al proceso el impugnante, profundizándose en la investigación de los hechos a punto que como consecuencia de tal labor fue vinculado el doctor Vargas, y no tardíamente, sino como producto de la labor investigativa que inicialmente no se dirigió en su contra”.

Si el reproche se basa en la inactividad de los abogados que de manera oficiosa representaron al contumaz en proceso, en parte alguna se vislumbra ese abandono de las obligaciones defensivas, ni se advierte que requiriéndose la presencia del abogado en la práctica de alguna prueba hubiese dejado de asistir.

Por el contrario, durante la audiencia el procesado tuvo el pleno derecho de explicar su comportamiento y contar con amplias posibilidades y medios de protección para sus intereses, lo cual en su momento valoró el juzgador; sin que la predicada ausencia de defensa técnica, pudiera superar la contundente realidad procesal que posteriormente sirviera de fundamento para emitir el fallo de condena. En consecuencia, el reproche a la actividad de los abogados de oficio no tiene la suficiente fuerza para invalidar lo actuado, careciendo de respaldo la tesis anulatoria.

Al *segundo cargo* contesta el Procurador que la nulidad basada en la hipótesis de que una fuera la persona vinculada al proceso y otra distinta la finalmente condenada, se requiere demostrar la magnitud del error, o sea, que se haya fracasado en la individualización del procesado. En el presente asunto añade, el yerro se hace consistir en la diferencia de dos de los dígitos correspondientes al número del documento de identidad del acusado, lo que no es suficiente para que el cargo pueda prosperar; pues ha de tenerse en cuenta que a folio 146 del expediente aparece la declaración rendida por el doctor PEDRO VARGAS SAENZ donde expuso que su papel dentro de la diligencia consistió en transportar al personal comisionado. Allí se identificó con la cédula de ciudadanía No. 6.670.151 de Tunja y lugar de residencia la carrera 5a. No. 136-08 Norte.

Las citas y la vinculación al proceso se hicieron teniendo en cuenta los anteriores datos, y de la misma manera se describió el número del documento de identidad en la resolución de acusación. En el poder que le otorgara al Doctor José Agustín Suárez aparece que el acusado se identifica con la cédula de ciudadanía número 6.760.151 de Tunja (folio 132 segundo cuaderno), y sin embargo en la sentencia se repitió el número que se había consignado en el pliego de cargos. Sin embargo, fácil es deducir que el benigno error partió de la información que inicialmente suministrara el propio imputado.

De todas maneras para la Delegada, en el proceso fluye sin alternativa que fue al procesado a quien se sindicó de dar las órdenes tendientes a perturbar y dañar, siendo particularizado y singularizado como PEDRO VARGAS, el mismo que ahora aparece recurriendo en casación. Para corroborar su aseveración transcribe apartes de lo expuesto por el Tribunal que le permiten concluir cómo el citado abogado siempre estuvo identificado dentro de los protagonistas de los hechos, siendo la misma persona declarada ausente, y en contra de quien se dictaron la resolución de acusación y la sentencia de condena. En esas condiciones, el cargo es improcedente.

En lo que tiene que ver con el tercer reproche presentado por la misma vía de la nulidad con invocación de una violación al derecho de defensa por resquebrajamiento del principio de la unidad procesal por falta de vinculación de una copartícipe, el concepto se emite adverso a la censura.

Según la Delegada, la individualización del procesado no se logró con base en el dicho de la Inspectora de Policía, sino de muy diversos elementos de convicción. Además, porque debe tenerse en cuenta la doctrina de la Corte en cuanto, “la desatención al imperativo legal de que los delitos conexos deben investigarse y fallarse en la misma cuerda procesal no implica inexorablemente la declaratoria de nulidad de lo actuado, salvo que dicha ruptura produzca flagrante transgresión al derecho de la defensa de los procesados” siendo de reconocer que en el presente asunto la no vinculación al proceso de la citada funcionaria jamás llegó a lesionar las garantías de los inculpados.

De otro lado, si hubiera sido necesaria la vinculación al proceso de la Inspectora, bastaría compulsar las respectivas copias para que por separado se adelantara la investigación en su contra, ya que el reproche en ese evento surgiría de manera autónoma e independiente a la condena proferida en contra de los ahora sentenciados.

Del *cuarto cargo*, formulado por la vía de la causal primera, la Delegada dice que su presentación adolece de desaciertos técnicos que ni siquiera en una mínima opción permiten desentrañar, –según la óptica del recurrente–, cuáles fueron las normas transgredidas. De su lectura surge un desafortunado esfuerzo final en el cual el actor muestra su desacuerdo con la sentencia utilizando para ello una mezcla de hipótesis, que de manera parcializada traslada de los mismos conceptos utilizados a manera de soporte de los cargos propuestos a través de la nulidad.

La afirmación del recurrente relacionada con las declaraciones de la Inspectora y del indagado Hernando Rueda Hernández según la cual sostiene que fueron consideradas para apoyar las muy modestas conjeturas que promueven la condena, apenas constituyen para el Procurador un motivo de inconformidad.

“respecto del grado de credibilidad dado a las citadas pruebas sin compromiso para la sentencia pues además de ser endeble la postura del censor en aras de su cometido, no advierte cómo los citados elementos pudieron ser motivo del error de hecho sino que abruptamente irrumpe indicando que en el proceso no hay hechos indicadores de su responsabilidad, como

que tampoco fue identificado por su nombre, etc., lo que para él evidencia el error de hecho por haberse desechado contraindicios en su favor.

“Pero es que allí no cesa la incorrección, habida cuenta de que sin mencionar por lo menos uno de los que llama contraindicios, en tal aserto hace consistir un falso juicio de existencia por omisión cuando en realidad constituye error de derecho por falso juicio de convicción dado que las pruebas sustentadoras de la acusación no tienen a su juicio plenitud o autonomía suficiente para derivar su responsabilidad, existiendo circunstancias que muestren al proceso cómo los abogados de Mario Rueda Hernández fueron José Cayetano Rojas, Salomón Gómez López y Eduardo Almanza –presente en la diligencia de la entrega–, más no él.

“Significa lo anterior que así el recurrente quiera esquivar la confusión que tiene entre el error de hecho y el de derecho, no logró superarla porque lo que en pura verdad hizo fue valerse en la invocación del primero, para desarrollar su ataque sobre criterios valorativos que son patrimonio del segundo”.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, estima que el cargo no debe prosperar

2. Sobre el *primer cargo* formulado en la demanda del representante de la parte civil, el Ministerio Público considera que no es válida la afirmación de que el artículo 364 del Decreto 050 de 1987, debió aplicarse por el juzgador, porque se trataba de un delito contra el patrimonio y la estimación del valor de los perjuicios no fue impugnada durante la investigación. Si ello fuera cierto, se desconocería la potestad juzgadora del Estado, e igualmente

“la actividad de los sujetos procesales –en especial la parte civil– y, por contera, principios básicos de la actuación tales como la apreciación racional de las pruebas, la igualdad de las partes y la necesaria existencia de medios de convicción que determinen el contenido de la sentencia.

“La defensa total de una interpretación exegética de la norma que se comenta, como ocurre en la demanda, llevaría además a la afirmación de que la ley, en contra de los principios rectores del moderno derecho penal y aún de los contenidos de los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), ha querido implantar una tarifa legal que privilegia la afirmaciones de la víctima por sobre los demás medios probatorios, lo que no resulta compatible con los principios que orientan un estado social y democrático de derecho, como es el colombiano”.

En otra incorrección incurre el actor al concretar la censura por la vía del error de derecho por falso juicio de convicción, pues aunque el precepto ofrece un elemento al juzgador para cuantificar la indemnización de los perjuicios aludidos, eso no implica que se propicie la inercia absoluta en la dinámica que deben tener los sujetos procesales para la aportación de las pruebas encaminadas a la demostración de su monto. En las instancias se tuvieron en cuenta los escritos obrantes a folios 356, 357 y 358 donde uno de los perjudicados estimó indistintamente los daños causados, entre los que se incluía el valor correspondiente a unos elementos extraviados; pese a que la investigación se redujo a los delitos de perturbación de la posesión y daño en bien ajeno; ya que con respecto del posible delito de hurto se ordenó la reapertura de la investigación.

Además, mucho antes del juramento estimatorio ya obraba en el proceso el avalúo del 22 de octubre de 1986 donde se consignaron datos que le permitieron a los juzgadores cuantificar el valor de los perjuicios causados. En consecuencia, para la Delegada la pretensión del actor no tiene vocación de prosperidad.

Independiente de lo antes expuesto agrega que así el demandante no quiera aceptarlo, en su oportunidad no tuvo el cuidado de aportar las pruebas necesarias que le permitieran avalar la pretensión indemnizatoria, y el *a-quo* tampoco las ordenó oficiosamente, llegando a desestimar lo relativo con el daño moral. El Tribunal por su parte previo un somero análisis elevó el monto correspondiente al daño emergente, y reconoció el *pretium doloris* en beneficio del perjudicado.

A renglón seguido el Procurador transcribe el aparte pertinente del fallo de segunda instancia para concluir manifestando que el juramento estimatorio fue estudiado por los juzgadores dentro de los parámetros que impone la sana crítica, lo cual en este orden de ideas convierte la censura en una opinión personal del demandante quien invocó el error, pero dejó de ofrecer los argumentos necesarios para obtener la ruptura del fallo, razón por la cual se permite sugerir la improsperidad del cargo.

Sobre la *segunda censura* donde el censor sugiere que el juzgador dejó de considerar las fotografías demostrativas de los daños materiales, la inspección judicial practicada el 7 de septiembre de 1985, así como las varias declaraciones y el auto de detención que la inspección 3C Penal de Policía profiriera en contra de HERNANDO RUEDA, y que en sentir del recurrente serían pruebas suficientes para demostrar la naturaleza del hecho, halla el Ministerio Público que la afirmación de la demanda quedó trunca por omitir la demostración de la trascendencia del error que se le endilga al juzgador, esto es, de qué manera esas probanzas relevaban que el juez al cuantificar dentro de su discrecionalidad el valor de los perjuicios, incurrió en error por inaplicación del máximo previsto como indemnización.

Tampoco se ocupó el libelista de acreditar el contenido exacto de las pruebas, pues apenas las anuncia, ni de examinar frente a la norma citada, de qué manera fue infringida. No se demuestra como era exigido, cuál fue el monto exacto de los perjuicios cuya indemnización se reclama, y antes por el contrario, se olvida “que en este tema la ley ha entregado al juzgador un amplio margen de discrecionalidad y que, cuando se pretende atacar la forma como él fue ejercido, resulta más exigente el proceso de demostración del yerro porque han de derrumbarse contundentemente, las razones del sentenciador”.

Las precedentes observaciones llevan a la Delegada a sugerir la desestimación del cargo; y a su vez, le solicita a la Corte no casar la sentencia motivo de impugnación.

Consideraciones de la Corte:

Antes de entrar a considerar las demandas de casación interpuestas en el presente asunto, aclarará la Sala que si bien los delitos de daño en

bien ajeno y perturbación de la posesión sobre inmueble que motivaron el presente proceso tienen consagradas penas de prisión máximas de cinco y dos años respectivamente, inferiores a la establecida en el artículo 35 de la Ley 81 de noviembre 2 de 1993 reformatorio del 218 del C. de P.P. el recurso extraordinario se hace viable al procesado por principio de favorabilidad, dado que su interposición y reconocimiento ocurrieron en vigencia y al amparo de normas más amplias que para entonces lo regían. También es viable el recurso de la parte civil, porque en el caso presente se supedita a la cuantía, no a la pena, rigiéndose entonces por el artículo 220 del Decreto 050 de 1987 (hoy 221 del Código de Procedimiento Penal).

Atendiendo entonces el orden de prioridades, dado que en la demanda presentada por el acusado PEDRO SIMON VARGAS SAENZ se formulan cargos por la vía de la nulidad, la Sala abordará en primer término su análisis.

1o. Se queja en el *primer cargo* el recurrente de no haber contado en el curso del proceso con una adecuada defensa, y porque los abogados asignados oficiosamente apenas fueron testigos mudos de la acusación que le fuera formulada. Fue así como el primeramente designado apenas si se tomó el trabajo de posesionarse, reduciendo su actuación a presentar el memorial de renuncia de su cargo. El segundo asumió el 26 de abril de 1989 y se notificó de la resolución de acusación, pero el 25 de junio de 1991 fue desplazado, cuando PEDRO SIMON VARGAS designó su defensor de confianza.

Sobre el aspecto planteado comparte la Sala las apreciaciones de la Procuraduría Delegada, ya que de ninguna manera la simple inactividad de los defensores dentro de alguna de las etapas del proceso penal puede llegar a considerarse como vulneración del derecho de defensa, siendo estrategia válida y de recibo la simple tolerancia en el recaudo de las pruebas, el consentimiento de algunas providencias y aún la permisividad del simple transcurso inactivo del tiempo, pues de todas esas circunstancias pueden válidamente esperarse beneficios procesales para el vinculado (libertad, prescripción, duda, pronunciamientos más favorables o más rápidos, etc.), lo que frecuentemente torna esa aparente pasividad en efectivo mecanismo defensivo, a la espera del pronuncii-

amiento de los Juzgadores, ora en él expectativa de que así se producirá éste de modo más benigno, o se hará vulnerable frente a pruebas ya obrantes, cuando no a vacíos importantes y difícilmente superables.

De otra parte, el casacionista deja trunco su reproche al no indicar de qué manera fueron efectivamente vulnerados sus derechos defensivos, cuáles las pruebas que dejaron de solicitar sus representantes, o la actuación vital para sus intereses a la cual inasistieron, callando irremediablemente sobre la incidencia y sustancialidad que cualquiera de los mencionados defectos pudo tener en el fallo acusado.

En contraste con la precariedad de la censura, halla la Sala que los intereses del acusado se vieron siempre a salvaguarda: en el curso del sumario se convocó por todos los medios legales a PEDRO SIMON VARGAS para que concurriera a vincularse, rendir explicaciones y hacerse representar por su defensor de confianza, sin que hubiese atendido los emplazamientos del instructor; sin embargo, en el curso de la diligencia de audiencia tuvo aún la oportunidad exponer y excusar su conducta, allí a folios 196 y 197 cuaderno No. 2, destacó la gran amistad que tenía con el Doctor Salomón Gómez López, la frecuencia con la que visitaba su oficina, explicando que había sido por cortesía con éste profesional que concurrió a la diligencia de Inspección. Luego dice al folio 202, que como el anteriormente citado, también con el Doctor José Cayetano, le unían lazos de compañerismo y de amistad, y que aquellos sabían de su radicación y localización en la ciudad de Tunja.

Dice mucho, entonces, la rebeldía del procesado a comparecer oportunamente o hacerse representar con quien quisiera, siendo fácilmente inferible su enteramiento sobre el curso del proceso porque su amigo el Doctor Salomón Gómez López fue apoderado de HERNANDO Y DANIEL RUEDA, aquí coacusados, ratificándose ese entendimiento en el hecho de que el abogado sustituto del doctor Gómez viniese a ser precisamente el mismo a quien confiara su final representación VARGAS SAENZ cuando por fin decidió concurrir a este proceso –Folios 461 y 471 Cuaderno No. 1 y 132 del cuaderno No. 2–.

Con lo señalado quiere la Sala destacar que el acusado contó con la oportunidad de enterarse del proceso y de sus posibilidades y necesidades

defensivas, bien con su abogado de oficio, cuando no por intermedio de sus amigos los Doctores Salomón Gómez López y José Cayetano Rojas Niño, situación que abunda para hacerle perder toda seriedad a los reclamos.

El cargo no prospera.

En el *segundo reproche* afirma el censor que la nulidad también asoma al vincular a la investigación a un PEDRO VARGAS SAENZ con número de cédula 6.670.151 de Tunja, contra quien se dictó la resolución de acusación y la sentencia, cuando él se identifica con el número de cédula 6.760.151 de Tunja. De haberse cumplido con los requisitos legales y el aporte al proceso de su tarjeta decadactilar, no sólo habría contado el juzgador con sus datos particulares, sino que al figurar allí su dirección, a ella se le debió citar para que compareciera al proceso y efectivizara el pleno derecho de defensa.

Confunde el censor en este aspecto la individualización del procesado con su identificación, aspectos de connotación bien diversa, y como consecuencia de su desacierto desconoce las verdaderas consecuencias del yerro que desataca, intrascendentes para alcanzar la sugerida invalidación de lo actuado, con mayor razón si a todo lo largo del proceso ninguna duda surgió respecto de la persona cuya vinculación se disponía, de su real participación en los hechos perseguidos, ni mucho menos con relación al individuo en quien se quería hacer recaer el fallo adverso, presupuestos frente a los cuales poco y nada interesa que el sujeto pasivo de la acción penal se presente con una pluralidad de nombres o de documentos de identidad, lugares o fechas de nacimiento, mecanismos fraudulentos que ninguna duda alcanzan a generar cuando se tiene la certeza respecto del individuo único y concreto sobre el cual recae la acción punitiva del Estado.

Ya en su momento el artículo 127 del Decreto 050 de 1987 establecía que la necesidad de determinar la identidad del procesado imponía al instructor la obligación de practicar con preferencia las pruebas orientadas a obtenerla, siempre y cuando “surgieren dudas” sobre ella, y dentro del mismo sentido el artículo 128 clarificaba que “La imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus

otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución de la sentencia, cuando no exista duda sobre su individualización física” (subrayado de la Sala), condiciones que hoy subsisten aplicadas a los diferentes estadios procesales como sucede para comenzar cuando el 319 del Código de Procedimiento Penal, impone como objeto de la averiguación preliminar la determinación de la “identidad o individualización de los autores o partícipes” de la infracción, el artículo 352 sólo autoriza oír en indagatoria a quien sorprendido en flagrancia o señalado por los antecedentes y circunstancias contenidos dentro del proceso se pueda tener como autor o partícipe del hecho, y concordantemente el artículo 356 advierte que no podrá emplazarse “a persona que no esté plenamente identificada”, en una clara prohibición a la vinculación de personas indefinidas, de una pluralidad de homónimos o de sujetos simplemente señalados como n.n., hasta culminar en la exigencia de que la redacción de la sentencia contenga los datos de la “identidad o individualización del procesado” (artículo 180 *ibídem*).

En el caso del procesado PEDRO SIMON VARGAS SAENZ es dable resaltar que ninguna duda surgió a lo largo de toda la actuación relacionada con su individualización, pero tampoco atinente con su identificación, de modo que si en algún momento llegaron a variarse en su orden dos dígitos de la numeración de su cédula de ciudadanía, ello obedeció al suministro de datos errados por parte del mismo imputado, pero sin incidencia alguna en cuanto a la certeza debida sobre la persona que se requería vincular y a quien efectivamente se tuvo como procesado a lo largo de la actuación y dentro de las sentencias de instancia.

Es así como en la diligencia de declaración rendida ante el Juzgado 88 de Instrucción Criminal el 5 de noviembre de 1985 en los folios 146 y siguientes VARGAS SAENZ sostuvo bajo la gravedad del juramento que era abogado y titular de la tarjeta de reservista de segunda clase número 6.670.151, el mismo de su cédula. Allí mismo dijo además que conocía a los RUEDA por ser clientes de la oficina profesional de abogados donde prestaba sus servicios, y sobre su intervención en los hechos aquí Juzgados, operó su señalamiento por parte de HERNADO RUEDA VARGAS a folio 57 del cuaderno No. 1, y por la Inspectora de Policía aunque sin precisar su nombre –folio 172– lo mismo que por el abogado Víctor Velásquez Reyes –folios 202 y 204–, mencionándose que inclusive

al día siguiente de la diligencia, cuando llegaron al sitio con el Alcalde, PEDRO se encontraba allí, siendo descrito con características semejantes a las que luego fueron consignadas en la diligencia de audiencia pública –folio 209–.

De ese indicio de presencia hizo mérito el propio procesado, así hubiese añadido algunas circunstancias bajo las cuales pretendía su favor, de modo que resulta inequívoco que el sujeto a quien se dispuso emplazar y el ahora acusado y condenado fueron dentro del proceso y en el fallo una misma e idéntica persona, aquella a quien se refirieron la Inspectora y el abogado como el mismo PEDRO que participara en los sucesos, porque en el hecho se estaba haciendo pasar como juez, oficio que VARGAS SAENZ reconoció haber desempeñado en varios municipios, circunstancias todas que para mayor certeza se corroboran dentro de la intervención del acusado en la diligencia de audiencia donde una vez más admite su relación con la diligencia, sus intervinientes y los motivos que lo llevaron a concurrir, desvaneciéndose cualquier trascendencia del predicado error numérico dentro del emplazamiento, completamente irrelevante frente al grado de certeza obtenido para tener al condenado como la misma persona a quien por diferentes datos y por su propio nombre aluden los cargos del proceso.

En condicione tales, la censura se desestimaré.

Cargo tercero. Como lo recuerda el Procurador, la Sala insistentemente ha venido sosteniendo que la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, a menos que por esa razón se lleguen a vulnerar derechos fundamentales.

En el caso de ahora, el vicio sugerido carece de toda demostración en la demanda o en el informativo que lleve a inferirle otra consecuencia distinta de su total irrelevancia. Para mejor ilustración es de observar que planteado ya ante las instancias, el tema había sido superado adversamente a las pretensiones del libelista, leyéndose por vía de ejemplo en el fallo lo que sigue:

“Sólo resta agregar que atinado estuvo el juzgado de instancia cuando afirmó que no podía aceptarse causal de nulidad

en este proceso por no haber vinculado a la Inspectora de policía que practicó la diligencia de entrega del lote, Dra. Nohora Beatriz Rodríguez Pantaleón porque como bien se argumenta, este hecho que de aceptarse sería una irregularidad, no afecta el derecho de defensa de los acusados y por lo demás podría remediarse ordenando compulsar copias para la investigación si la conducta no estuviere prescrita. La responsabilidad es individual y la actuación de la funcionaria en nada afectó ni afecta el debido proceso...”.

Por otro aspecto, los argumentos expuestos por el libelista para invocar la vinculación al proceso de la Inspectora de Policía que llevó a cabo la diligencia de entrega del lote carecen de asidero. De la declaración rendida por la funcionaria se deduce que los perjudicados recurrieron a ella cuando ya se encontraba en su despacho, siendo informada del desalojo y los daños que se estaban causando. Su actuación se limitó a sugerirle a los quejosos que recurrieran a la Subestación de Policía, o pusieran el hecho en conocimiento de las autoridades. El Dr. Velásquez Reyes a folio 202 corrobora el dicho de la anterior, al afirmar que los desmanes se suspendieron con la llegada de un carro de la Policía y por la orden verbal impartida por el oficial que lo comandaba, todo lo cual concuerda para excluir siquiera motivos de incriminación, que el casacionista no demuestra, pero que aún de haberse dado, en nada afectaban su situación como acusado, llamado a responder directa y personalmente por un comportamiento individual y desligado de orden, mandato o sugerencia de la funcionaria distrital.

Una vez más, el cargo se desecha.

Respecto del *cuarto cargo* en que el censor acusa una violación de la ley sustancial por error de hecho considerando que de las pruebas aportadas no se deduce una incriminación directa en su contra, ni se demuestra su interés, o la capacidad que en el hecho endilgado pudiera tener. Le basta a la Sala para refutar la censura con remitirse a las consideraciones críticas expuestas por el Procurador Tercero Delegado, tanto porque la demanda omite precisar a cuál de las formas del error de hecho se acoge: si el falso juicio de existencia por suposición o inadvertencia de la prueba, o falso juicio de identidad por tergiversación

de su contenido material, como porque nada se analiza ni expone sobre la norma sustancial vulnerada, fundamento del ataque por la escogida causal primera. Por el contrario, atentando contra la logicidad que exige el discurso y desconociendo el principio de no contradicción, lo que se intenta a la postre es el traslado a este cargo de una síntesis desordenada de los argumentos utilizados en los tres ataques anteriores, para terminar con una referencia al error de derecho por falso juicio de convicción que nada tiene que ver con el cargo enunciado, y que mejor evidencia la desatención total de las exigencias lógicas y técnicas de una demanda de casación.

Como también lo señala el Ministerio Público, el dicho de la Inspectora de Policía no fue la única prueba estimada por los juzgadores para determinar la participación del acusado en los hechos investigados. Tampoco las implicaciones que hicieron en conjunto los testigos que le involucraron, pueden considerarse como la base única de precarios indicios en su contra como lo afirma el censor. Menos se tiene una desconexión de su actuación con la de otros coacusados.

A lo expuesto en el concepto de la Delegada sobre la debilidad y contradicciones del ataque que insalvablemente confunde los errores de hecho y de derecho, pero que ni siquiera muestra en qué consisten los contradindicios que anunciaba como fundamento para desquiciar el fallo adverso, limitándose a esbozar una frágil postura subjetiva desarraigada de la técnica de la impugnación extraordinaria, conviene agregar que para los falladores fueron inclusive las propias manifestaciones del acusado las que contribuyeron a incriminarle gracias a la vocación de mentir que entrañan sus contradicciones. De tal modo se ve que en su declaración bajo juramento exhibió una libreta militar cuya numeración debía corresponder con la de su cédula; afirmó ser abogado en ejercicio al servicio de la oficina del Doctor Salomón Gómez López, circunstancia que medió para que conociera a los Rueda, y que tenía pleno conocimiento del desarrollo de la diligencia de entrega, a tal punto, que en su poder conservaba copia de la misma que aportó como consta al folio 149.

Pero en la diligencia de audiencia dijo que para el momento de los hechos no se había graduado y no podía litigar, razón por la cual el Doctor Salomón encargó al doctor José Cayetano Rojas Niño; que su presencia obedecía a

una simple colaboración con los referidos abogados, ya que carecía de interés, lo que no obstó para que de su propio peculio costeara el valor del taxi para trasladar hasta el sitio a los policías, ausentándose momentáneamente a comprarles cigarrillos, motivo que le impidió dar razón respecto de algunos detalles particulares de esa actuación –folios 196 y 206–.

Lejos quedó entonces la censura, además de la imperfección lógica y técnica de este cargo, de referir a los fundamentos del fallo de condena y de probar la ajenidad alegada del acusado, quien deja con ello en descubierto la torcida actitud desplegada tanto en la ocurrencia de los hechos como en las diferentes intervenciones que hiciera en el presente proceso, las que a su vez lo llevaron a incidir en la defectuosa demanda presentada, impidiéndole toda vocación de prosperidad.

2o. La demanda que se presenta a nombre de la parte civil obliga un primer pronunciamiento aclaratorio, pues refiriéndose con exclusividad los dos cargos contenidos al resarcimiento de perjuicios, debía ceñirse a las exigencias y requisitos previstos en la codificación procesal civil, no a la penal, como que tal era la advertencia expresa del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (hoy casi textual en el artículo 221 del Código vigente):

“Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria; deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil”.

Tanto el Tribunal al conceder el recurso como la Corte al declarar la admisibilidad de la demanda coinciden en cuanto la cuantía del interés viabilizaba el recurso, aún descontada la suma reconocida en el fallo. En relación con los requisitos de forma del libelo, se dieron los indicados en el artículo 374 del C. de P.C., así se observe que el libelista no lo invocó porque invariablemente se atuvo a los preceptos del Código de Procedimiento Penal.

Esa sola equivocación en la invocación de los preceptos formales, como la del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal en lugar del

368 del Código de Procedimiento Civil respecto de la causal de casación que se invocaba no pueden considerarse suficientes para desestimar prematuramente la censura, en cuanto la acudida causal primera en las dos codificaciones se refiere por igual a ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial por errores de hecho o de derecho, cual es, efectivamente, la razón de ser de los dos cargos presentados.

Son otras, sin embargo, las razones que llevan a la desestimación de las pretensiones del casacionista, conforme pasa a verse, siendo parejamente destacable que por no existir período probatorio dentro del trámite de casación, no podrá tener en consideración la Sala las certificaciones y constancias médicas que para apoyo de un reconocimiento económico mayor se aportan por esa parte ante la Corte, siendo evidente la preclusión de la oportunidad para su allegamiento, como la imposibilidad de suplirla en esta sede. Obrar en contrario significaría una indebida reapertura de los debates probatorios con desconocimiento del debido proceso, cuando no el sorpresimiento de los demás intervinientes procesales que por carecer ahora de la oportunidad de controvertir los nuevos medios verían conculcados sus derechos.

Hechas las anteriores clarificaciones, se ha de responder al *primer cargo* formulado, dentro del cual se acusa la sentencia como violatoria de la ley sustancial por error de derecho al valorar indebidamente el juramento que hizo el denunciante en diligencia de ampliación de denuncia, donde con apego a las prescripciones del artículo 364 del Decreto 050 de 1987 fijó el monto de la indemnización de los perjuicios causados con la infracción. Por esa razón, agrega el libelo, el Tribunal en vez de aceptar la suma estimada de \$32.121.159.00 como lucro cesante, fijó ese quantum en el equivalente en moneda nacional a un mil gramos oro.

Parte aquí el casacionista de una premisa equivocada cuando considera que la norma convierte en plena y única prueba la manifestación que el perjudicado hace bajo la gravedad del juramento en las averiguaciones por delitos contra el patrimonio económico. De aceptarse tal aseveración, como lo advierte la Procuraduría Delegada, se estaría desconociendo la potestad juzgadora del Estado, y la armonía que con todo el conjunto de disposiciones aplicables debe tener en cuenta el

fallador, partiendo del hecho mismo de no contenerse en el artículo 364 invocado una remisión absoluta a la iniciativa del ofendido, pues allí mismo se advierte que esa tasación puede ser objeto de discusión y controversia, correspondiendo al funcionario la sopesación de las circunstancias que en cada caso se exijan (y aquí el ofendido involucraba en su estimación otros delitos).

La tarifa legal predicada por el casacionista había desaparecido de la legislación procesal penal ya antes de la ocurrencia de los hechos, siendo sustituida por el artículo 253 del Decreto 050 de 1987 (hoy 254 Decreto 2700 de 1991) mediante la consagración de una apreciación probatoria en conjunto y sometida a las relas de la sana crítica. A su vez el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal de entonces –hoy 55 ibídem–, ya exigía que el reconocimiento de perjuicios contara con la demostración de su existencia.

Precisamente para la tasación de esos perjuicios se habían dispuesto dentro del proceso varios dictámenes periciales a los cuales refirió el Juzgado dentro del análisis pertinente, acogidos en su mayoría. Sólo que correspondiendo la mayor cantidad de los perjuicios al lucro cesante, por tratarse de establecimientos de comercio que dejaron de prestar sus servicios súbitamente, se extrañó la ausencia de los libros de contabilidad, que para el comerciante serían la prueba más determinante y consistente para acreditar el quantum de la baja económica. Tampoco se pudo dar por demostrado, por falta de elementos sólidos y oportunos, que la muerte de uno de los ofendidos se produjo “por tristeza” y como consecuencia del atropello sufrido y la ruina derivada. Por ello el Juzgado omitió imponer la obligación de resarcir daños morales, pero el Tribunal rectificó su postura fijando en quinientos gramos oro los derechos que por este rubro correspondían a María de Osorio (artículo 106 del C.P.).

No era, pues, única ni exclusiva la estimación del denunciante en este aspecto para forzar su reconocimiento exacto en la sentencia, y por no serlo, la solución que los juzgadores dieron al caso de la controversia antes que merecer las objeciones que le formula el impugnante, cuenta con el aval normativo de los preceptos que en el Código Penal facultan la oficiosa estimación del juez, cuyos parámetros no se cuestionan en el cargo formulado, que bajo este entendimiento no puede prosperar.

Respecto del *segundo reproche* ha de aclararse de entrada que sin embargo de su formulación subsidiaria, hipótesis ajena al procedimiento civil donde todos los cargos se consideran principales, esa sola informalidad no basta para inhibir su análisis, pues una advertencia tal resulta inocua según lo tiene advertido la jurisprudencia en materia de casación civil.

La impugnación en este caso apunta a censurar la indebida aplicación del artículo 107 del Código Penal, pues no se consideraron para la tasación las pruebas capitales que demostraban la dimensión del daño como fueron las fotografías, la diligencia de inspección y los diferentes testimonios que describieron su magnitud.

También en este punto ha de reconocer la Sala que sobra de razón asiste a la Procuraduría cuando descubre que el casacionista omitió demostrar la trascendencia del error, y acreditar el contenido exacto de las pruebas, pues la verdad es que tratándose de establecimientos de comercio, las dudas surgidas para demostrar el monto de la merma en su productividad hacían útil y complementario el aporte de los respectivos comprobantes y libros de contabilidad, ya que no se consideraron suficientes las afirmaciones que sobre el particular hacían terceros o los directamente perjudicados.

Por otra parte, cuando el censor objeta que no se tuvieron en cuenta pruebas que acreditaran el perjuicio material, su afirmación es inexacta, porque precisamente al reconocer los juzgadores que ese daño material (emergente y lucro cesante) sí se había dado, fue por lo que recurrieron a tasarlo dentro de los márgenes que autoriza el artículo 107 del Código Penal, primero en quinientos gramos para cada uno de los establecimientos perjudicados, y luego en un mil según ajuste de segunda instancia, y ello porque la parte civil no acreditó oportuna y certeramente una suma diferente, estimación judicial que por no acreditarse en esta sede equivocada, debe quedar en firme como ejercicio de la discrecionalidad que le concede el legislador al juez dentro de su propósito de procurar un restablecimiento del derecho quebrantado con la infracción.

Tampoco esta censura está llamada a prosperar.

Pese a quedar resaltada una demora por parte del Tribunal en la tramitación del recurso de alzada en contra de la resolución acusatoria, se abstendrá la Sala de disponer las comunicaciones pertinentes a su averiguación disciplinaria, considerando que el hecho aparece como se relata, trasladado oportunamente por la ofendida a la Procuraduría General de la Nación.

Con fundamento en lo consignado, 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 el fallo impugnado por el acusado PEDRO SIMON VARGAS SAENZ y el representante de la parte civil.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, no firma; Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Si bien es cierto que el artículo 501 del anterior estatuto procedimental penal autorizaba al juez del conocimiento para variar la adecuación típica del hecho punible, dentro del correspondiente título del Código Penal, atendiendo a las diligencias practicadas durante el término probatorio del juicio o en la audiencia pública, también lo es que según ha sostenido esta Corporación:

“El artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, amplió las facultades del funcionario sentenciador, para modificar la calificación provisional sin sujeción a nuevas diligencias y dentro o fuera del título inicialmente considerado.

“Estas facultades permiten, en primera instancia, subsanar el error cometido en la resolución de acusación, respecto a la adecuación típica, sin necesidad de decretar nulidad. Pero es posible que la irregularidad solo se advierta en segunda instancia, en virtud de apelación o de consulta, caso en el cual es procedente decretar la nulidad, pero a partir de la audiencia, para que el juez del conocimiento, utilizando el procedimiento del artículo 501 del C. de P.P. varíe la calificación”.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco de octubre de mil novecientos noventa y cuatro

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 110.

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por el defensor del procesado José René Vargas Rojas la sentencia de 14 de abril de 1993 mediante la cual el

Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó, con algunas reformas, la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Soatá que lo condenó a la pena principal de 10 años de prisión por hallarlo responsable del delito de homicidio voluntario en la persona de José Antonio Salazar.

Hechos y actuación procesal:

En la madrugada del 30 de abril de 1990, José René Vargas Rojas, su amigo José Antonio Salazar y otras personas se dedicaban al juego de naipes en las instalaciones donde funciona la piscina municipal de la población de Tipacoque (Boyacá) cuando de improviso surgió una diferencia entre los nombrados por el valor de una apuesta, a consecuencia de la cual, el perdedor Vargas Rojas disparó el revólver que portaba contra el ganador José Antonio Salazar ocasionándole graves heridas que le produjeron la muerte.

Por estos hechos, el Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal radicado en Soatá oyó en indagatoria al sindicado José René Vargas Rojas, definiéndole la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio voluntario.

Perfeccionada la investigación y producida su clausura, el mencionado Juzgado de Instrucción Criminal calificó del mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado por homicidio simple; decisión recurrida en reposición por su defensor, quien propugnaba por el reconocimiento de la ira, un exceso en la legítima defensa, o una preterintención en el actuar de su patrocinado.

Mediante providencia calendada el 9 de agosto del citado año, el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal radicado en Soatá, que sustituyó el anterior, revocó parcialmente el enjuiciamiento impugnado en el sentido de reconocer que el sindicado José René Vargas había obrado en estado de ira causado por comportamiento ajeno grave e injusto (fls. 184 a 192 del C.P.)

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo, sin tener en cuenta la diminuyente de la ira reconocida al acusado Vargas Rojas, lo condenó

como responsable de homicidio simple o voluntario; fallo apelado por la defensa.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo por auto del 3 de julio de 1991 declaró la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la audiencia pública, argumentando que si el juez del conocimiento no compartía el criterio del funcionario calificador y consideraba viable prescindir de la aminorante punitiva de la ira, reconocida en el pliego de cargos, porque no existía prueba atendible para su reconocimiento, “lo conducente era aplicar el art. .32 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del art. .501 del C. de P.P., para corregir el error cometido en la Resolución de Acusación. Esto es, que si consideraba que la investigación no cuenta con pruebas suficientes para reconocer el estado de ira o el intenso dolor causado por comportamiento ajeno grave e injusto, en el que presuntamente actuó José René Vargas Rojas y que le fue reconocido en le Resolución Acusatoria, para suprimir la atenuante referida debió observarse lo previsto en la norma supra-citada, pero como aquí se eliminó sin cumplir este requisito y sin que obre en el proceso prueba que respalde éste acontecer, debe decretarse la nulidad a partir de la audiencia pública para que el señor Juez del conocimiento corrija el error cometido en el pliego de cargos utilizando el mecanismo del art. .501 del Estatuto Procedimental”.

Devuelto el expediente al Juez Superior, éste atendiendo las sugerencias del Tribunal Superior varió la calificación provisional del hecho punible descartando la existencia de la ira porque las pruebas aducidas no ameritan su reconocimiento, reafirmando una vez mas su convicción de que se trataba de un homicidio simple, sin atenuantes ni agravantes; pronunciamiento objeto de impugnación por parte de la defensa a través de los recursos de reposición y apelación subsidiaria, resueltos desfavorablemente por el Juzgado como por el Tribunal Superior.

El Juzgado Penal del Circuito de Soatá al que correspondió conocer del caso, por cambio de legislación, celebró nueva audiencia pública y finiquitó la instancia condenando al acusado José René Vargas Rojas a la pena principal de 10 años de prisión, a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados;

fallo apelado por su defensor y confirmado por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo mediante el que es objeto del recurso de casación, con la única modificación de imponerle como sanción accesoria la prohibición de ingerir bebidas embriagantes, por el término de un año.

Demanda de casación:

En el marco de la causal segunda de casación, se acusa la sentencia impugnada por no estar en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, toda vez que no habiendo variado la calificación dada al hecho punible por el funcionario de instrucción que reconoció la atenuante de la ira en favor del procesado, mediante prueba sobrevenida, o por haberlo solicitado la parte civil o el Ministerio Público en uso de la atribución conferida por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, reformativo de 501 del anterior estatuto procedimental penal (Decreto 050 de 1987), o por haberse declarado oficiosamente, el Juez Superior de Santa Rosa de Viterbo ignoró la atenuante punitiva reconocida en providencia judicial ejecutoriada y profirió sentencia condenatoria en desacuerdo con el pliego de cargos.

A su turno, el Tribunal Superior de ese Distrito al decidir el recurso de apelación interpuesto contra el mencionado fallo, “inventó” una nulidad contraviniendo el principio de taxatividad que las rige, por lo que toda la actuación posterior a dicha declaratoria “es consecuencia directa de este lamentable error judicial, ya que el proceso ha debido concluir en forma lógica si la Sala Penal del Tribunal, al desatar el recurso de apelación modifica la sentencia condenatoria imponiendo al proceso la pena principal que corresponde a un Homicidio Voluntario cometido en estado de IRA, tal como se había calificado en la Resolución de Acusación”.

Agrega que la sentencia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Soatá, como la emitida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, tienen origen en la declaratoria de nulidad de la audiencia pública, la que a su juicio es inexistente y violatoria del derecho de defensa.

Solicita casar la sentencia y dictar la que deba reemplazarla.

Concepto del Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en breve pero tajante réplica se opone a las pretensiones del libelista porque la demanda se torna insuficiente para predicar la inconsonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, así como para “develar la existencia de un error in procedendo”.

Afirma en efecto, que si la resolución de acusación que reconoció la circunstancia de la ira en el actuar del inculcado fue modificada mediante el mecanismo contemplado en el artículo 32 de Decreto 1861 de 1989, reformativo del 501 del anterior C. de P.P. (Decreto 050 de 1987), en el sentido de descartar la diminuyente punitiva, la sentencia que no la tuvo en cuenta “resulta en un todo armónica con el pliego de cargos y se revela, de esta forma, la nítida improsperidad de la censura”.

Asiste razón al representante del Ministerio Público, como al Tribunal Superior que en la oportunidad debida se pronunció por la invalidez de la actuación porque si bien es cierto que el artículo 501 del anterior estatuto procedimental penal autorizaba al Juez del conocimiento para variar la adecuación típica del hecho punible, dentro del correspondiente título del Código Penal, atendiendo a las diligencias practicadas durante el término probatorio del juicio o en la audiencia pública, también lo es que según ha sostenido esta Corporación:

“El artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, amplió las facultades del funcionario sentenciador, para modificar la calificación provisional sin sujeción a nuevas diligencias y dentro o fuera del título inicialmente considerado.

“Estas facultades permiten, en primera instancia, subsanar el error cometido en la resolución de acusación, respecto a la adecuación típica, sin necesidad de decretar nulidad. Pero es posible que la irregularidad solo se advierta en segunda instancia, en virtud de apelación o de consulta, caso en el cual es procedente decretar la nulidad, pero a partir de la audiencia, para que el juez del conocimiento, utilizando el procedimiento del artículo 501 del C. de P.P. varíe la calificación” (Casación de 5 de julio de 1990 M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel).

De modo que si el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo se acogió a las facultades que le otorgaba el mencionado artículo 32 para enmendar el error cometido por el Juzgado de Instrucción Criminal que reconoció la atenuante de la ira al sindicado cuando la verdad procesal proclama que no hubo ofensa o provocación alguna por parte de la víctima, a fin de que el Juez Superior variara la calificación en tal sentido, no hizo otra cosa que ajustar su decisión a las previsiones legales entonces vigentes.

Atemporada de tal modo la adecuación típica a la realidad que emerge del proceso, era obvio que la sentencia de condena debía proferirse de acuerdo o en consonancia con la calificación dada al hecho punible en la resolución de acusación, descartando la aminorante punitiva del artículo 60 del Código Penal por encontrar la desavenida con las pruebas obrantes en autos.

No se ve en dicho proceder ningún desajuste o incongruencia, sino por el contrario, la más armoniosa consonancia entre la acusación plasmada en el pliego de cargos y la sentencia que puso fin a la actuación.

De ello tampoco se puede colegir una supuesta violación al derecho de defensa como trata de insinuarlo veladamente el recurrente porque una visión retrospectiva del expediente, especialmente lo acontecido durante el debate de audiencia, pone de manifiesto que el procesado José René Vargas Rojas gozó a plenitud de todas las prerrogativas inherentes a su defensa pues tanto su vocero como el defensor (cargo confiado al mismo profesional recurrente en casación) abogaron por el reconocimiento de un exceso en la legítima defensa o en subsidio, por la atenuante de la ira. No prospera la impugnación.

Decisión:

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 recurrida a nombre del procesado José René Vargas Rojas, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Mejía Escobar, "no"; Dídimo, Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA / FALSO JUICIO DE
EXISTENCIA / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / FALSO
JUICIO DE LEGALIDAD / FALSO JUICIO DE
CONVICCION / NULIDAD

El derecho de defensa encuentra su fundamento en la oportunidad plena y permanente que tiene el procesado para demostrar que es inocente o penalmente responsable en determinado grado.

Individualmente o por medio de apoderado puede hacer efectiva esta garantía superior.

2. La causal primera, segundo cuerpo, versa sobre una errónea interpretación de las pruebas, bien en lo que tiene que ver con su expresión, ora en lo atinente a su evaluación.

En el uno, se presenta el error de hecho por omisión, suposición o tergiversación de la probanza, es decir, por falsos juicios de existencia e identidad. En el otro, tiene cabida los juicios de legalidad y convicción, en el caso de que se tenga en cuenta una prueba que no reúne los requisitos legales para su aducción o se rechaza uno porque si los posee o no se le da la valoración que prescribe la ley. En cambio, la causal tercera tiene que ver con el adelantamiento de un juicio viciado de nulidad, por haberse desconocido las garantías fundamentales que prescribe la ley procesal y la Carta.

Son dos fenómenos distintos, cada uno dotado de su propia esencia y, por ende de sus naturales efectos. Como quiera que su ámbito es diferente, necesita cada cual de una alegación acorde con su contenido. Entremezclarlos indica la inconsistencia de la objeción y el absoluto desconocimiento que se tiene sobre los dos motivos, amén de que oscurece su pensamiento precipitando el fracaso de la censura.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., seis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 111.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por los procesados Arbey Dario Tirado Caro y Jaime Andrés Londoño Vanegas u Oswaldo Guarín Vanegas, contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Nacional, confirmatoria de la dictada por un Juzgado de Conocimiento de Orden Público, de ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), que los halló responsables al primero, de un delito de homicidio agravado, perpetrado en la persona de Héctor León Ruiz Posada, al segundo también de un delito de homicidio calificado cometido en la humanidad de Wilson Mario Muriel Serna, de una tentativa de homicidio cometida en la persona de José Manuel Montoya Usma, y de un delito de concierto para delinquir, condenándolos a purgar las penas de dieciséis (16) años de prisión y de veintiséis (26) años de prisión, respectivamente. Como pena accesoria se les impuso la interdicción de derechos y funciones públicas por diez años y se les condenó a pagar solidariamente cien (100) gramos oro por perjuicios materiales y otro tanto por perjuicios morales para los herederos de *Ruiz Posada*. Guarín debe hacer lo propio con los herederos de Muriel con una cantidad de doscientos (200) gramos oro a favor del lesionado *Montoya Usma*. Por el monto de la sanción de prisión impuesta se les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

En los siguientes términos realizó el Tribunal el resumen de rigor:

“Dado que la sentencia recurrida involucra hechos delictuosos investigados en dos procesos diferentes, se precisó analizar primero la forma como se generó dicha acumulación.

“Uno de los antiguos Juzgados de Instrucción de Orden Público de la ciudad de Medellín, adelantaba diligencias sumarias contra OSWALDO GUARIN VANEGAS o JAIME ANDRES LONDOÑO VANEGAS por los delitos de homicidio agravado cometido en la persona de WILSON MARIO MURIEL SERNA, tentativa de homicidio contra JOSE MANUEL MONTOYA USMA y además concierto para delinquir.

“En este proceso se profirió resolución de acusación contra el inculcado, por todos los delitos denunciados, según consta en providencia visible a folios 26 y ss., calendada el 3 de octubre de 1991: por esta misma época el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad de Medellín informó al despacho judicial anteriormente citado la existencia de otro proceso contra el mismo implicado OSWALDO MARIN VANEGAS y contra ARBEY DARIO TIRADO CARO por el cargo de homicidio agravado en la persona de HECTOR LEON RUIZ POSADA. En estas sumarias se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública, según se evidencia en los folios 167 y ss del cuaderno No. 2, conocido el informe anterior, un Juzgado de Conocimiento de Orden Público, competente en ese momento, decretó la acumulación (folio 258 Cdo. 1).

“Para el análisis de los hechos y pruebas de los dos procesos, se distinguían las diligencias adelantadas por la antigua Jurisdicción de Orden Público, como proceso No.1 y las adelantadas por el Juzgado 2o Superior de Medellín, como proceso No. 2.

“Proceso No. 1: Inculcados: OSWALDO GUARIN VANEGAS o JAIME ANDRES LONDOÑO VANEGAS delito: homicidio agravado en la persona de WILSON MARIO MURIEL SERNA, tentativa de homicidio en JOSE MANUEL MONTOYA USMA y concierto para delinquir.

“Relata la historia procesal en el presente caso que el día 22 de julio de 1990, en la ciudad de Medellín, en la casa ubicada en la carrera 65 E con calle 25 (Barrio Antioquia) se encontraba

WILSON MARIO MURIEL SERNA y JOSE MANUEL MONTOYA USMA y de pronto penetraron sorpresivamente a ella OSWALDO GUARIN VANEGAS (alias Lecherita) y un individuo apodado 'Piolín' y sin mediar palabra alguna, OSWALDO empleó (*sic*) a disparar contra WILSON y ante la protesta de JOSE MANUEL por lo injusto de la agresión 'Piolín' disparó varias veces contra él. De inmediato ambos agredidos fueron trasladados al Hospital General. Pero al llegar allí WILSON ya había dejado de existir. José Manuel se recuperó a los pocos días.

“Proceso No. 2: Incriminados: OSWALDO GUARIN VANEGAS y ARBEY DARIO TIRADO. Delito: homicidio en la persona de HECTOR LEON RUIZ POSADA.

“Los hechos ocurrieron el el día 19 de noviembre de 1990 en la carrera 65 G No.24-52, Barrio Trinidad de la ciudad de Medellín, aproximadamente a las 7 y media de la noche, cuando estando HECTOR LEON RUIZ POSADA viendo televisión en el interior de su residencia, llegaron hasta allí varios individuos que empezaron a disparar contra RUIZ POSADA y creyéndolo muerto se alejaron. Trasladado al Hospital Central, falleció allí el 21 de noviembre de 1990, como consecuencia de las heridas recibidas. Fue testigo presencial de éste hecho la madre ALBA ROSA POSADA GOMEZ, quien señaló desde un principio a ARBEY DARIO TIRADO CARO, como uno de los autores del homicidio y a otros sujetos determinados por sus 'alias' entre los cuales se encuentra 'Lecherita' o sea OSWALDO GUARIN VANEGAS”.

Actuación procesal:

Con propiedad la Delegada acomete la tarea de realizar la correspondiente síntesis:

“El Juzgado 55 de Instrucción Criminal de Medellín, con base en la diligencia de levantamiento del cadáver de quien en vida respondía al nombre de Wilson Mario Muriel Serna, ordenó

adelantar diligencias preliminares mediante auto de fecha junio 24 de 1990 a fin de establecer la identidad de los presuntos autores del ilícito. Recibidas varias declaraciones, en proveído de 10 de octubre del mismo año, dispuso abrir investigación penal y con fecha 9 de noviembre ordenó vincular mediante indagatoria a OSWALDO GUARIN OCHOA (alias Lechera), contra quien libró orden de captura. Como quiera que no se efectuó la aprehensión requerida, en providencia de 11 de enero de 1991 se ordenó su emplazamiento y declaró persona ausente en proveído de fecha 21 de enero de 1991”.

Ocurrido lo anterior el Juzgado de Instrucción resolvió la situación jurídica del implicado con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, en auto calendado el 5 de febrero de 1991.

Reiterada la orden de captura, el 10 de febrero de 1991 se logró la aprehensión de quien dijo llamarse JAIME ANDRES LONDOÑO VANEGAS, cuyos datos de filiación aportados, su apodo y la presunta vinculación a la banda “El Chispero”, forzó concluir que se trataba del mismo GUARIN OCHOA, identidad que se comprobó mediante diligencia de reconocimiento en fila de personas.

El 1º de abril de 1991 el juzgado 11 de Instrucción Criminal de Medellín comunicó al 55 de la misma especialidad que allí se adelantaba en contra de GUARIN VANEGAS o LONDOÑO VANEGAS otro proceso por el delito de homicidio en la persona de HECTOR LEON RUIZ POSADA en el que por auto del 9 de abril de ese año se declaró clausurada la investigación.

El 3 de mayo de 1991 el Juzgado 55 instructor, profirió resolución acusatoria contra el sindicado en mención, como autor del delito de homicidio. En firme la decisión pasaron las diligencias al Juzgado 5º Superior de esa capital, quien en providencia de 4 de junio de 1991 declaró la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación como quiera que del acontecer procesal, también surgía mérito para imputar al procesado las lesiones producidas a José Muriel Montoya Usma, así como el hacer parte de un grupo de sicarios, ilícitos estos que no se tuvieron en cuenta en la providencia mencionada.

El 20 de junio de 1991 el Juzgado 55 de instrucción criminal ordenó el envío del proceso a la Subdirección de orden público, por competencia.

El antes denominado Juzgado de Orden Público de Medellín, con auto del 30 de julio de 1991 avocó el conocimiento de la investigación y el 8 de agosto del mismo año decretó la nulidad a partir del auto de cierre de investigación. El 3 de octubre de 1991 profirió resolución de acusación en contra de OSWALDO GUARIN VANEGAS o JAIME ANDRES LONDOÑO VANEGAS u OSWALDO GUARIN OCHOA “como responsable de los delitos de homicidio agravado y tentativa de homicidio”... “y artículo del Decreto 180 de 1988”.

En comunicación emanada del Juzgado 2o Superior, de fecha 15 de octubre de 1991, se indicó la existencia en ese despacho, del proceso adelantado en contra de OSWALDO GUARIN OCHOA o VANEGAS apodado “Lecherita, Leche o lechera”, con resolución acusatoria debidamente ejecutoriada.

El 28 de noviembre de 1991 se decretaron las pruebas solicitadas por el representante del Ministerio Público y mediante auto del 18 de febrero de 1992 el Juez de conocimiento de Orden Público ordenó la acumulación del proceso que por el delito de homicidio venía adelantando el Juzgado Segundo Superior de Medellín contra OSWALDO GUARIN OCHOA y ARBÉY DARIO TIRADO, a la causa que cursara en ese despacho por los delitos de Homicidio y concierto para delinquir en contra de GUARIN OCHOA, indicando que previo a ello, se llevara a cabo la diligencia de audiencia pública en el Juzgado Superior.

“Surtida la etapa del juicio se dictó sentencia de primera instancia en tiempo y contenido ya anotados la que, apelada oportunamente, fue confirmada en su totalidad por el Tribunal Nacional, sentencia que ahora es motivo de este recurso extraordinario”.

Las demandas:

Primera:

Fue presentada a nombre de Oswaldo Albeiro Guarín Vanegas o Jaime Andrés Londoño Vanegas. Metodológicamente, el censor separó los cargos

tomados como referencia cada uno de los punibles que se le endilgan a su patrocinado:

1. Homicidio de Wilson Mario Muriel

1.1 Invoca la primera causal por haberse violado indirectamente la ley sustancial debido a haberse conferido valor probatorio a las declaraciones de *José Manuel Montoya Usma*, *Luz Marina Usma de Montoya* y *Alba Rosa Posada* pese al parentesco que tenían con la víctima. Como prueba de sus afirmaciones, a renglón seguido se dedica al análisis de cada uno de los testimonios que señala.

Sobre la deposición de *Luz Marina* resalta que se trata de la madre de crianza del occiso y que la enemistad de éste con el procesado fue el motivo para que ella lo señalara como el autor de la muerte de su hijo, amén de que la historia clínica pone en duda y contradice sus afirmaciones (*José Manuel* no fue recluido ni tratado entre el 22 de julio de 1990 y los días subsiguientes). De igual manera relieves el indicio que se desprende de su renuencia junto con *José Manuel Montoya* de acudir a Medicina Legal a efectuarse el reconocimiento de rigor.

Respecto a *José Manuel* resalta que en un principio no señala al procesado como homicida y sólo lo hace tiempo después. A más de ello afirma que tampoco se tuvieron en cuenta “contradicciones profundas” (no precisa cuáles), por lo que considera que el juzgador pasó por alto estas falencias y no les dio el valor que merecen. En cambio, de *Alba Rosa Posada* destaca su declaración en contra de su prohijado después de dieciocho (18) días de haberse cometido también el homicidio de su hijo *Héctor León Ruiz*, influida por las palabras de *Luz Marina Usma de Montoya*, tal como lo dijera en su intervención procesal.

De otro lado, destaca la personalidad de *José Manuel Montoya*, a quien califica como “... bastante mala persona, drogadicto, enfermizo violento, con antecedentes criminales, sin actividad lícita conocida, de pésimas condiciones psicofísicas”. De *Luz Marina* subraya el no conocerle profesión u oficio, ser una “ama de casa despreocupada”, con hijos viciosos, algunos de los cuales han muerto en circunstancias violentas.

Culmina esta porción de su escrito advirtiendo que el sentenciador se apartó de los principios generales de las pruebas, en especial de la sana crítica, violando el artículo 294 del C. de P.P. y los artículos 4o, 5° y 35 del C.P.

1.2 El segundo reproche de esta especie lo propone en el ámbito de la causal tercera. Descalifica el fallo de segunda instancia por ignorar "... el trabajo elaborado por los dos defensores que litigan en este proceso...", violando con ello el derecho de defensa. Para sustentar sus afirmaciones se remite a las palabras del fallo que, "en forma irresponsable", señalan que como quiera que los defensores no sustentaron su impugnación se remite a los alegatos realizados en la audiencia pública acaecida en junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

No obstante, advierte que en su oportunidad, presentó el escrito correspondiente, señalando el dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), dentro del término de traslado, por lo cual rechaza el que se le haya dicho lo contrario a los procesados, poniendo en entredicho su honestidad y su ética profesional hasta el punto de provocar en los procesados la ira consiguiente. Uno de ellos, lo cita como ejemplo, luego de descalificar al sistema procesal, decidió asumir por cuenta propia su defensa.

Con este proceder, considera, se infringió en forma directa el artículo 304-3 del C. de P.P. e indirectamente los artículos 8o del C.P. y 28 y 29 de la Carta fundamental.

2. Homicidio de Héctor León Ruiz Posada y tentativa de homicidio de José Manuel Montoya Usma.

Para cada punible presenta dos reproches, el primero por violación indirecta, el segundo, por nulidad. Como en los cargos anteriores se refiere a los testimonios antes señalados repitiendo el rechazo que le produce la valoración que de ellos se hiciera, endilgándole al Tribunal el haber desconocido los alegatos de la defensa cuando conoció del asunto en segunda instancia, violando con ello el derecho de defensa. Como se observa que guardan idénticos fundamentos con los anteriores, amén de que señalan como normas infringidas las mismas, basten las palabras anteriores para el resumen de rigor.

3. Concierto de sicarios o terroristas

Lo eleva con base en la causal primera de casación. Aparte de aludir de nuevo al trío de declarantes y de descalificarlos en igual forma a como lo hizo en los anteriores reproches, critica el fallo por haber valorado testimonios allegados en forma ilegal al proceso, los que califica de anónimos, aunque no precisa a cuáles se refiere. De todas formas, como lo hizo en los cargos precedentes, desestima el que se les haya calificado como ejemplos cívicos y no haber tenido en cuenta el parentesco entre los declarantes, la enemistad existente, los antecedentes (no dice cuáles) y la personalidad. Luego de señalar que el Tribunal se alejó de los verdaderos principios generales de la sana crítica señala como vulnerados los artículos 4o, 5º y 35 del C.P.

Segunda demanda:

La presenta el procurador judicial de Arbey Darío Tirado Caro, desarrollándola en un único cargo. Según su parecer, la prueba testimonial ha sido mal apreciada, razón que lo lleva a invocar "...la causal 1ª del art. 220 del C. de P.P. en concordancia con el #3...", transcribiendo al efecto los textos de las causales primera y tercera de casación.

Cita a continuación los arts. 246 y 247 del estatuto procedimental y a renglón seguido formula una proposición sobre la cual gira su argumentación: "No existe ningún medio probatorio autorizado por la ley que conduzca a la certeza y legitime la conducta de Arbey Darío Tirado Caro". Para apoyar esta categórica afirmación señala las declaraciones de Alba Rosa Posada Gómez y Luz Marina Usma de Montoya como insuficientes frente a las exigencias del art. 247 en cita sobre la prueba plena de la infracción y de la responsabilidad del procesado.

Después se refiere a las varias bandas que operan en la localidad, aparte de la del "Chispero", como la de "Chung" y la de "Los Chinos", criticando el que no se hubiese hecho nada en este proceso por averiguar si el occiso pertenecía a la última. Le bastó a la justicia –asegura– la declaración de Luz Marina, quien conocía de todas las fechorías cometidas por los miembros del "Chispero" y servía de testigo de ellas, para edificar la sentencia condenatoria en contra de su cliente pese al desconcierto

que provocan sus palabras sobre haber visto sin luz los hechos a cuadra y media de distancia. Califica su actitud como apasionada, producto de la pérdida de un hijo en forma violenta y otro, víctima de grave atentado.

Luego recalca la diferencia que presenta con la versión de Alba Rosa, respecto al número de personas presentes allí. Mientras ésta habla de veinte, Luz Marina tan sólo contó nueve, por lo que, en su parecer, "... viene el otro raciocinio en contrario; ante la imposibilidad de distinguir las personas, bien las pudo CONFUNDIR y ante una duda de esta magnitud no cabe sino dar aplicación al In dubio pro reo...", máxime cuando la misma Alba Rosa admite que no vio a nadie cuando se asomó porque todos los vecinos estaban escondidos, entre los que es claro, se encontraba Luz Marina. Es por ello que, a su modo de ver, era un imperativo la diligencia de reconstrucción de los hechos, la que infortunadamente no fue practicada por el instructor.

Más adelante dedica sus comentarios a la declaración de Aidé Merchán Galvis quien señala a la banda de "Chung" como la autora del homicidio, pese a lo cual, el funcionario de instrucción no hizo nada para comprobar el aserto. Era de vital importancia indagar por las razones que podían tener los integrantes de aquella agrupación para quitarle la vida a Héctor León Ruiz, con lo cual se hubiese terminado por absolver a su patrocinado y se excluía la participación de la banda del "Chispero". Esta falla probatoria a su modo de ver beneficia al procesado porque no hay forma de esclarecerla.

En lo que se refiere a la diligencia de reconocimiento que se practicó en el expediente explica sus resultados positivos por ser los procesados personas conocidas con suficiencia en el vecindario. A más de ello resalta el contraindicio que se desprende de la investigación adelantada por el Juez Quinto (5º) de Orden Público quien no encontró méritos para indagar a Arbey Dario Tirado por no pertenecer a la banda del "Chispero". Por consiguiente, si no pertenece a este grupo y si la sindicación es contra sus integrantes, el recurrente no se explica su vinculación a este proceso.

Finaliza destacando que a Luz Marina le asiste un espíritu retaliatorio contra Arbey, lo que en sana lógica procesal y probatoria, jamás podrá servir de prueba "desapasionada" a la luz del art. 294 del C. de P.P.

Respecto a lo dicho por Alba Rosa, advierte sobre la posible “conturbación sicológica” producida por el ataque armado a su casa, por lo que su exégesis no ofrece visos de seriedad. Por consiguiente, llama la atención sobre lo dicho por María Mercedes quien informa al proceso que la gente del barrio le dice a Luz Marina que le “quite” el cargo a Arbey porque ella bien sabe que él nada tiene que ver con los hechos porque aquel día él se encontraba en su casa, a lo que ella responde que alguien tiene que pagar por la muerte de su hijo.

Remata su intervención advirtiéndole que la plena prueba para condenar brilla por su ausencia en el expediente, el que sólo se basa en conjeturas que provocaron el error que hoy le critica al sentenciador. Así pues, pide se case la sentencia, se invalide la actuación y se diga en qué estado queda el proceso, disponiendo su remisión al Tribunal Nacional para lo de su cargo.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Respecto a la demanda presentada a nombre de *Oswaldo Guarín Vanegas* o *Jaime Londoño Vanegas*, habla en primer término de los cargos primeros, elevados por violación indirecta de la ley sustancial, por errores en torno a la valoración probatoria, aquiescencia de un medio de prueba irregular y la aceptación por el juzgador de pruebas arrimadas en forma ilegal.

En lo que se refiere a las pruebas testimoniales, y a la crítica que se eleva sobre su poder de convicción, sostiene que el reproche no encuentra sustento lógico ni jurídico en el actual sistema de la sana crítica a lo cual se agregan las presunciones de acierto y legalidad con las que arriba a esta sede la sentencia de segunda instancia. Ahora, aunque el casacionista va más allá, aduciendo que se desobedecieron las reglas de la sana crítica, de todas maneras no indica cuáles fueron las preceptivas desconocidas dedicándose apenas a lanzar sus apreciaciones personales para restarles mérito probatorio a los testimonios anotados.

La prueba técnica que critica el casacionista por carecerse de la historia clínica que hubiese permitido establecer la entidad y naturaleza de las lesiones recibidas por Montoya Usma, calificando a las probanzas

existentes en el proceso como irregulares e inidóneas pero legales, le indica a la Delegada que el motivo de la inconformidad del recurrente, es la carencia de pruebas suficientes para el proferimiento de una sentencia condenatoria. De todas maneras pone de presente las contradicciones en que incurre el recurrente al admitir la posibilidad jurídica de que se hubiese producido la sentencia condenatoria aún sin la presencia de las probanzas técnicas que echa de menos.

Más adelante destaca la libertad probatoria que rige para el establecimiento de los elementos constitutivos del hecho punible y advierte que el descuido del funcionario instructor no encuentra ningún respaldo en la demanda y aún cuando así lo hubiera demostrado, de todas maneras con otros medios probatorios se suplió la carencia anotada. Por consiguiente, solicita la desestimación de los cargos de esta especie.

En lo que se refiere al último, aunque señala los testimonios anónimos que se allegaron en forma ilegal “Ningún esfuerzo hace por demostrar la ilegalidad de la prueba, pero ni siquiera señala cuáles de las varias que obran en el expediente son las que responden a su criterio de ilegales”. Así las cosas –concluye la Delegada–, la demanda es etérea, carente de precisión, lo que impide hacer el análisis correspondiente conduciendo al fracaso el reproche.

Con relación a los cargos segundos, elevados en el ámbito de la causal tercera de casación, critica su falta de demostración reduciéndose a la tacha a una simple expresión de descontento del impugnante. De todas maneras, estudiados los alegatos que la defensa presentara en la primera instancia y confrontándolos con los que allegó en la segunda, observa que son similares, excepto por algunas consideraciones que hace en el último respecto a la sana crítica. Por tanto, cuando el Tribunal se remitió a los primeros, cobijó los aspectos relacionados en el segundo, por lo cual desaparece la posibilidad de haberse quebrantado en alguna manera la defensa técnica a que tiene derecho el acusado.

No termina su intervención sin antes referirse a los artículos 8o. del C. P. y 28 de la Carta, que no guardan concordancia alguna con el cargo formulado pues el uno se refiere a la igualdad ante la ley y el otro consagra el principio de legalidad.

Dada la inconsistencia de todos los reparos, la Delegada sugiere desestimar este libelo.

Respecto a la demanda presentada a nombre de Arbey Dario Tirado Caro, señala en primer término la inseguridad que deja entrever el escrito como quiera que reflexiona sobre la violación de una norma sustancial en concordancia con la causal tercera de casación que trata sobre los vicios de nulidad que pueden afectar los fallos instanciales.

Aún pasando por alto la confusión en que incurre, el Ministerio Público advierte que la censura, al hablar sobre los testimonios que al unisono trata con la primera demanda, no los relaciona con las demás pruebas que tuvo en cuenta el fallo para edificar su decisión. De otra parte, al evocar el texto del artículo 247 del C. de P.P. "...omite demostrar el quebranto de la norma por parte del juzgador; su critica se orienta a la credibilidad otorgada a los testimonios tantas veces señalados...", valoraciones éstas que no pueden ser objeto de ataque en casación.

"De este modo –concluye la Delegada– el recurrente pregona la existencia de una nulidad por violación de una garantía constitucional, sin determinar como se exige en sede de casación, de manera clara y precisa los fundamentos, base del reclamo, las disposiciones infringidas y para este particular caso, la garantía constitucional transgredida, cuya mención no torna técnicamente a la demanda, apta para su estudio de manera oficiosa."

En razón de estas falencias, el Colaborador del Ministerio Público solicita mantener incólume el fallo cuestionado.

La Corte:

I. Primera demanda:

Como quiera que los cargos presentados respecto de los punibles endilgados a Oswaldo Guarín Vanegas o Jaime Londoño Vanegas pueden agruparse en varios grupos merced a la identidad de que gozan, la Sala los responderá de esta manera.

1. El primer reproche que eleva el actor sobre cada delito endilgado a su poderdante contiene un fundamento idéntico: las declaraciones de *José Manuel Montoya Usma, Luz Marina Usma de Montoya y Alba Rosa Posada*, a las cuales se les da un valor probatorio superior al que en verdad merecían, dados sus pésimos antecedentes personales, familiares y sociales, amén de su parcialidad manifiesta.

Lo primero que se observa es la imprecisión de la demanda. Advierte en un comienzo que se trata de una violación indirecta de la ley sustancial pero calla sobre la especie del error y el falso juicio que le dio origen. No obstante, de sus palabras se extrae con suficiencia que su intención es colocar su prédica en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción pues en torno al tema de la credibilidad es que edifica su argumentación.

Personas de baja condición social, con el vicio entronizado en su hogar, deseos de vindicta, aflicción por la pérdida de los seres queridos, en fin, toda una cadena de actitudes poco edificantes que unidas al dolor, al asalto a la buena fe (en el caso de Alba Rosa) por fuerza le restan confiabilidad a sus actuaciones. Por todo ello su credibilidad se resiente notoriamente a juicio del censor, convirtiéndose este enfoque en la médula de las falencias.

Si existiera la tarifa legal para medir y sopesar las pruebas, quizás el éxito habría sido el fruto a los esfuerzos del casacionista, pues bastaba una comparación entre lo dicho por la ley y lo otorgado por el sentenciador, y en estas circunstancias, cualquier diferencia habría provocado el desquiciamiento del fallo. Sin embargo, su desaparición al entrar en vigor como guías las reglas de la sana crítica tornan inanes los razonamientos que se hagan sobre el particular. En cambio de la rigidez normativa están la ponderación, la experiencia, los conocimientos, en fin, el buen juicio junto con la íntima convicción, lindes dentro de los cuales debe moverse el fallador. Imposible realizar una confrontación de su pensamiento pues la única medida que podría presentarse sería aportada por el actor, provocándose un enfrentamiento de criterios ajeno al recurso de casación.

Recuérdese –y esto parece olvidarlo el recurrente– que la sentencia arriba a esta sede con la doble presunción de acierto y legalidad. Por ello,

solamente cuando existe una violación de la normatividad su fortaleza se resquebraja pues desobedece el imperio de la ley. Pero una apreciación de un sujeto procesal, por más importante y juiciosa que ella sea, no es sino eso, una interpretación individual incapaz de triunfar ante una proferida de acuerdo con el otorgamiento legal, cuyo vigor siempre será mayor frente a la intelección de los particulares.

Por esta razón no son de recibo en casación, las hipótesis personales o los puntos de vista propios pues aquí no se reabre el debate de las instancias para estudiar a quien le asiste razón o cual de las alegaciones está mejor estructurada por contener una mayor fuerza conceptual. Se analiza simplemente, si el fallo proferido y con él la interpretación y valoración que el fallador hizo de los hechos, las pruebas y las normas, se ajustan a la ley. Por consiguiente, si se le otorgó a unos testimonios una mayor credibilidad en desmedro de otros, tal labor es el fruto de la íntima convicción a la que llegó el sentenciador luego de sopesarlos apoyado en las reglas de la sana crítica. Por ello resulta inmedible la convicción que le arrojó a su espíritu el examen juicioso e imparcial de las probanzas. Si pese al parentesco o a sus deficientes condiciones familiares llega al convencimiento de que sus palabras muestran la verdad, este es un raciocinio válido que no puede ser desconocido al no vulnerar la ley.

Ahora bien, el censor al determinar su exposición trasciende el examen mismo de las probanzas para criticar abiertamente al Tribunal por alejarse "...de los principios generales de las pruebas, en especial de la sana crítica...". Para su infortunio, a este nuevo enfoque de la cuestión, le dedica apenas dos renglones por lo que el presunto desconocimiento de las reglas que ahora gobiernan la valoración de las normas queda en una simple alusión al margen.

Si en verdad creyó que se había desconocido estos cánones debió haber hecho la demostración correspondiente, señalándole a la Corte cual de ellos fue el desconocido y de qué manera incidió en la decisión impugnada. No basta decir que los testimonios son sospechosos, o que fueron sobreestimados. A la par con esto debe enseñar que, de acuerdo con el examen de todo el recaudo probatorio, se desprende su ligereza, parcialidad o mendacidad, es decir, cómo, luego de hacer el estudio de la

actuación, su fortaleza se resiente de tal manera que desecharlo queda como la única posibilidad que resta.

Sobre el particular, bienvenidas son las palabras de la Delegada:

“Es que la apreciación probatoria no está exigiendo –como se imponía en algunos casos dentro del esquema tarifado– que se rechacen las versiones provenientes de mujer, de niño o de parientes del acusado o de la víctima: la libre estimación supone que tales condiciones sean miradas en el contexto general de las pruebas, para descubrir en una en particular su propia racionalidad y no tratando de determinar a través de condiciones objetivas extrañas a la prueba, su credibilidad.

Para el censor el parentesco y un supuesto interés de los declarantes –el que no demuestre– así como la enemistad que existe entre víctima y victimario (que sin explicación ninguna hace extensiva a los testigos), son bases suficientes para desechar como verídicas las versiones de los testigos por él mencionados. Este planteamiento, en lugar de acreditar un yerro del juzgador, lo que pone de presente es una particular visión del sistema de apreciación de la sana crítica, por fuera de los marcos legales actualmente vigentes y de las reglas de la lógica y la experiencia que han decantado, a lo largo de los años, otros criterios más importantes y convenientes para adquirir el convencimiento”.

2. Allende a las pruebas testimoniales, y respecto del homicidio en grado de tentativa cometido en la humanidad de *José Manuel Montoya Usma*, se encuentra una tacha diferente. También el ámbito escogido para formularla es la violación indirecta de la ley sustancial, pero esta vez aunque insiste en los testimonios en referencia, presenta un sesgo argumental: la carencia de una prueba técnica idónea (historia clínica) y el reconocimiento médico legal definitivo único medio eficaz para demostrar la naturaleza y consecuencias de las lesiones inferidas.

En un primer momento expone claramente que su deseo es el de mostrar la falencia alegando error de derecho por falso juicio de convicción. Según su parecer, la infracción se produjo porque el “...fallador admitió y confirió

valor probatorio a un medio de convicción...”. No obstante, de inmediato introduce una frase equívoca que siembra la confusión sobre el alcance de su pensamiento. Califica el medio de convicción como “...Irregular y no idóneo aunque legal...”.

Como quiera que su crítica se centra en demostrar que las declaraciones ya mencionadas no tienen el poder suficiente para edificar la decisión condenatoria y que solo con la presencia de las pruebas técnicas aludidas habría sido posible dilucidar el asunto, advierte la Corte que el pensamiento del libelista continúa aferrado al falso juicio de convicción. Muestra de ello es una oración posterior en la que afirma que las deposiciones tenían por fuerza que haber sido corroboradas, probándose “... en forma legal las lesiones, negándole de igual forma el valor que la misma ley asigna y/o dándole una valoración diversa a la que le señala la ley”.

Es decir los testimonios debían necesariamente encontrar eco en las pruebas técnicas para poder predicar la certeza sobre la existencia del punible reprochado. No obstante, estas palabras enfáticas las borra recién empezados los renglones siguientes cuando aclara: “Y no es que diga que una tentativa de homicidio no se puede probar por medio de testimonios, no, esto es completamente posible...”. Entonces, –se pregunta perpleja la Sala– cual es la razón de su ataque en este segmento? Para qué denuncia el que no se hubiese allegado la prueba técnica si, de todas maneras, versiones testimoniales podrían reemplazarla con eficiencia?

La inseguridad del recurrente es manifiesta cuando endereza su ataque simplemente a criticar al fallador por no requerir dichas pericias. Más que una contradicción se nota en el impugnante un completo desenfoque del asunto, un ir y venir de aquí para allá y de allá para acá, tratando de encontrar una salida adecuada a la defensa que está haciendo, corrigiendo sobre la marcha los tropiezos sin fijarse que con ello agranda el exabrupto hasta las fronteras de lo irrazonable.

El remate no puede ser más lamentable, y ante el fracaso de lo concreto, acude a las abstracciones para tratar de sacar avantes sus ideas. Ahora advierte que lo más grave aún es que “... existen pruebas que acreditaban plenamente que tales lesiones nunca existieron...”. Pero cuáles son estas pruebas?: Lastimosamente el cesor considera que con esta

simple afirmación ha cumplido su tarea y por ello deja en el interior de su ser las aclaraciones pertinentes.

El fracaso de la objeción es evidente.

3. Resta por establecer lo relativo al acápite que trata sobre el punible de “concierto de sicarios o terroristas”. Aquí, aparte de insistir sobre la incredulidad que despiertan los dichos de los tres testigos a que ha venido aludiendo a lo largo de su escrito, introduce un elemento adicional: Las declaraciones anónimas que acreditaron tal condición. Según su parecer, se arrimaron en forma abiertamente ilegal, pese a lo cual el fallador las tuvo en cuenta para sustentar su decisión. Es evidente que el ataque se trasladó al error de derecho por falso juicio de legalidad.

Sin embargo, como ya parece constituir una regla del escrito, sus palabras continúan sumidas en las ideas indeterminadas, pues fuera de este señalamiento, nada más agrega sobre el tema. Cuáles fueron estas pruebas anónimas? De qué manera influyeron en la determinación que hoy impugna?. Sin ellas habría sido posible proferir el fallo condenatorio? Fueron un elemento indispensable o simplemente accesorio? Ni la más mínima mención realiza sobre el asunto. Mucho menos se preocupa, como era su deber, por examinar con detalle y fruición la realidad procesal y el examen que de ella hace la sentencia, extrayendo así el papel que cumplieron en este análisis las pruebas que tilda como ilegales.

Imposible, frente a este vacío argumental, intentar cualquier tipo de estudio. El fracaso también acompaña a esta censura, y como ya se dijo en su momento, a todas las demás que han sido vistas en precedencia.

2. Causal tercera.

Idénticos argumentos en torno a una posible violación al derecho de defensa son los expuestos en los tres primeros reproches. Según su parecer, los alegatos con los que sustentó el recurso de apelación ante la segunda instancia no se tuvieron en cuenta por el Tribunal, llegando al extremo de decir la Corporación que no se presentaron, pese a que fueron allegados oportunamente según las constancias que aparecen en el proceso.

Lo primero que debe decirse es que en verdad el Tribunal erró al afirmar que ante su sede el impugnante no había sustentado su apelación. En efecto, según lo expresó a folio 27:

“Aunque dentro del término de traslado otorgado por esta Corporación para alegar y sustentar el recurso de apelación, ninguno de los defensores presentó escrito alguno, esta Sala tendrá como memoriales de sustentación los que aparecen a folios 335 y 337 del cuaderno No.1, presentados en la ciudad de Medellín con fecha 18 de junio de 1992”.

Es de ver que a folio 5 del cuaderno del Tribunal aparece un memorial presentado por el actor en el que expone sus tesis frente a los argumentos plasmados en la primera instancia, en procura de que se favorezca a su defendido con una sentencia absolutoria. Hasta aquí le podría asistir razón al recurrente, pues en verdad no se atendieron sus palabras. No obstante, esta omisión no tiene trascendencia mayor, pues en el escrito ignorado no se aportaban nuevas ideas capaces de modificar el fallo apelado. Apenas se reiteraron argumentos anteriores como el de atacar la credibilidad de los declarantes tantas veces mencionados.

En efecto, según se lee en el escrito que consideró el Tribunal (folio 337 y ss) se califica a *José Manuel Montoya* como drogadicto, problemático y mentiroso. Después se habla del occiso también como una persona entregada al vicio, para luego referirse a *Luz Marina y Alba Rosa* en parecidos términos a los expuestos en la demanda de casación. Luego acomete el examen del homicidio en grado de tentativa aliviando la ausencia de reconocimiento médico legal y de la historia clínica correspondiente, así como la renuencia del lesionado para ser examinado, finalizando su intervención sobre el concierto para delinquir y los informes cuestionables que sirvieron de fundamento contra los intereses de su poderdante.

Si bien se repara, el memorial ignorado por el *ad quem* se advierte que sus ideas son idénticas a los argumentos que ha venido agitando el recurrente en los folios. Las mismas tachas y similares pedimentos conforman el sustrato de su escrito. Únicamente, como lo pone de presente la Delegada, le agrega unas consideraciones en torno a la sana crítica.

Era, por consiguiente, una simple repetición de razonamientos anteriores por lo que el desconocimiento de su contenido es por completo intrascendente.

De otro lado, es menester explicarle al censor la equivocación en que incurre al plantear una posible violación al derecho de defensa. Según lo ha expuesto la Corte en varias oportunidades, esta garantía encuentra su fundamento en la oportunidad plena y permanente que tiene el procesado para demostrar que es inocente o penalmente responsable en determinado grado. individualmente o por medio de apoderado puede hacer efectiva esta garantía superior. En el caso de la especie, en lo que se refiere a su procurador judicial, jamás estuvo desatendido ni se vio privado de sus luces y dinamismo. Por el contrario, una mirada detenida al expediente muestra a un profesional activo, diligente, presente en los momentos cruciales, atento a exponer sus tesis, rebatir las contrarias, proponer nuevas visiones de la controversia, etc. Tan solícita presencia jamás puede dar origen a una violación de la defensa técnica.

Finalmente, queda por resaltar –como con tino lo expresa la Delegada– la inexplicable mención, entre las normas vulneradas, de los artículos 8o y 28 de la Carta Fundamental, pues nada que ver con el derecho de defensa la igualdad ante la ley o el principio de legalidad.

Vistas las anteriores consideraciones, estos reproches también están destinados al fracaso y con ellos el escrito en su totalidad.

Segunda demanda:

De entrada, apenas enunciando el motivo de casación, el libelista comete una impropiedad que siembra el desconcierto en la Sala. Según sus palabras se dictó un fallo “...en un juicio donde la prueba testimonial ha sido mas interpretada...”. Hasta aquí no existe ningún problema y se entiende que el ámbito de su censura se encuentra en la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial. Sin embargo, a renglón seguido introduce una confusión mayúscula al advenir: “De ahí el que invoque la causal 1ª del art. .220 del C. de P.P. en concordancia con el #3...”, transcribiendo a continuación los respectivos textos.

El desatino es mayúsculo. Como bien se sabe la causal primera, segundo cuerpo, versa sobre una errónea interpretación de las pruebas, bien en lo que tiene que ver con su expresión, ora en lo atinente a su evaluación. En el uno, se presenta el error de hecho por omisión, suposición o tergiversación de las probanzas, es decir, por falsos juicios de existencia e identidad, En el otro, tienen cabida los falsos juicios de legalidad y convicción, en el caso de que se tenga en cuenta una prueba que no reúne los requisitos legales para su aducción o se rechaza uno que si los posee o no se le da la valoración que prescribe la ley. En cambio, la causal tercera tiene que ver con el adelantamiento de un juicio viciado de nulidad, por haberse desconocido las garantías fundamentales que prescribe la ley procesal y la Carta.

Son dos fenómenos distintos, cada uno dotado de su propia esencia y, por ende, de sus naturales efectos. Como quiera que su ámbito es diferente, necesita cada cual de una alegación acorde con su contenido. Entremezclarlos indica la inconsistencia de la objeción y el absoluto desconocimiento que se tiene sobre los dos motivos, amén de que oscurece su pensamiento precipitando el fracaso de la censura.

Pero, incluso, pasando por alto esta falencia y asumiendo que se trata de un lapsus calami la controversia se reduce a restarle credibilidad a las versiones de *Alba Rosa Posada* y *Luz Marina Usma de Montoya*. Son insuficientes, asevera, pues su presencia no acredita la plena prueba necesaria para dictar sentencia condenatoria.

Dos anotaciones merece esta argumentación. La primera, el ámbito en lo que lo introduce que no es otro que el error de derecho por falso juicio de convicción. La inexistencia de la tarifa legal reemplazada por las reglas de la sana crítica, donde –como atrás se anotó– la ponderación, la experiencia, los conocimientos, en fin la íntima convicción que le arroje el estudio y evaluación de los medios de prueba, fruto de la investigación, son los regentes de la actividad judicial. Por ello, se torna inadmisibles una alegación de este tipo pues resulta imposible confrontar el valor dado por el fallador con un estimativo que ya no señala la ley.

La segunda glosa que resulta es la inconsecuencia misma del reproche al acometer el estudio del proceso pero en forma parcial. Una lectura

desprevenida del libelo, sin confrontar sus palabras con la realidad probatoria, indicaría que en la actuación tan sólo existe estas dos declaraciones, cuya solitaria presencia bastó al fallador para edificar su sentencia condenatoria.

Ello no es así.

En realidad hubo una copiosa prueba testimonial, parte de la cual fue recaudada a instancias de la defensa. Con ella se pretendía demostrar que el procesado se encontraba en lugar diferente al que sirvió de escenario al suceso criminoso. No obstante, las divergencias que presentaban entre sí, le sirvieron al sentenciador de primera instancia –el Tribunal aprobó su razonamiento– para desecharlas por su mendacidad. Y es que mientras unos declarantes situaban a *Tirado* en el taller de su padre, otros lo recordaban jugando bingo, mientras los restantes lo ubicaban comiendo.

Esta fue la razón para que se les calificara como un vano intento de establecer una coartada, evaluación que demuestra con claridad el estudio completo que se hizo en las instancias de las pruebas recaudadas, desechando las que pretendían desfigurar la verdad y anotando este intento como una razón más para fundamentar la decisión condenatoria.

No es cierto, por consiguiente, que a la decisión se hubiese llegado simplemente estudiando las dos declaraciones de los testigos de cargo. A fortalecerlas coadyuvaron las incongruencias de quienes pretendían exculpar al inculcado y fue todo el universo procesal reunido el que le permitió llegar a los juzgadores a la conclusión que hoy se reprocha.

Ahora bien aunque el actor señala la vulneración del artículo 247 del C. de P.P., aparte de la alusión hecha en un comienzo, no profundiza sobre el particular demostrándole a la Corte de qué manera se produjo su atropello. Creyó cumplida su misión con la sola crítica en torno a la credibilidad, ámbito que no es de recibo en sede de casación como ya se dijo.

Lo propio puede decirse de la nulidad alegada, por violación al debido proceso. Salvo sus palabras iniciales, en el desarrollo de la censura se olvidó de acometer el tema con el rigor conceptual que era de esperarse,

mostrando de qué manera fueron desconocidas las garantías fundamentales y cuáles fueron las normas vulneradas, como era su obligación, pues la nulidad, al igual que las otras causales precisa de una exposición lógica de quien la invoca y de unos fundamentos serios y completos. Su sola mención, por consiguiente, condena al fracaso el reproche.

No prospera la demanda.

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.

Cópiese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario; "no".

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO / DEMANDA DE CASACION

El error de hecho toca con el examen material de la prueba, al paso que el de derecho hace referencia a su contemplación jurídica, lo que exige que la demanda previamente determine la clase de error que va a alegar, y escogida esta se respete los presupuestos lógicos de su proposición porque cuestionar los medios de convicción con fundamentos jurídicos cuando se afianza la censura en error de hecho, o viceversa, lanzar críticas referidas a la materialidad de las pruebas cuando de les ha invocado el error de derecho, resulta incompatible.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., seis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 111.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de JUAN CARLOS PANESSO contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó el fallo dictado en su contra por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de la misma ciudad, en el que se le encontró penalmente responsable del delito de Homicidio, imponiéndole una pena de diez (10) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la anterior.

I. Hechos y actuación procesal:

El 27 de junio de 1992, siendo aproximadamente las siete y cuarenta cinco de la noche, el señor JUAN CARLOS PANESSO en avanzado estado

de ebriedad, se desplazaba por la ciudad de Medellín, conduciendo un Nissan de color Rojo y marfil.

A la altura del cruce entre Calibío con Carabobo, estuvo muy cerca de atropellar a un peatón, por lo que aquél le reviró, ante ese hecho el conductor se bajó y empezó a darle patadas a su contradictor y como viera que éste se le enfrentó, PANESSO hizo el ademán de sacar un arma, por lo que el transeúnte decidió correr hacia el CAI más cercano, circunstancia que llevó a que el conductor se subiera nuevamente a su vehículo lanzándolo contra el mencionado señor al que finalmente atropelló. Una vez ocurrido el suceso ya relatado se dio a la fuga, pasándose un semáforo en rojo, siendo finalmente capturado calles más adelante.

Como consecuencia del impacto el peatón perdió la vida mientras era atendido en un centro asistencial de la ciudad.

La investigación fue iniciada por la Fiscalía Primera de la Unidad Especializada de Vida Número dos de Medellín, la cual vinculó mediante indagatoria a JUAN CARLOS PANESSO PANESSO, definiéndole la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Cerrada la instrucción se calificó el sumario con resolución de acusación, por el delito de homicidio. Apelado el pliego de cargos fue confirmado por la Fiscal Sexta Delegada ante los Tribunales Superiores.

Al Juzgado Veintinueve Penal del Circuito le correspondió el trámite de la causa, Despacho que una vez realizada la diligencia de audiencia pública, profirió sentencia de primera instancia en la que al encontrar penalmente responsable a JUAN CARLOS PANESSO del delito de homicidio le impuso una pena de diez (10) años de prisión.

Apelada esta decisión fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

II. Demanda:

Acudiendo a la causal primera de casación, se presenta un único cargo, al estimarse que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar

la prueba de responsabilidad del procesado en forma parcial, dejando de lado la apreciación lógica del dictamen pericial, considerando que existía certeza sobre la responsabilidad de su defendido, a pesar de no ser esto cierto, violándose los artículos 329 del Código Penal, 247 y 254 del estatuto procesal, sustentando el cargo en las siguientes apreciaciones:

Al analizarse las pruebas a través de la sana crítica, el Juez goza de libertad en la evaluación de las mismas, que se encuentra limitada en la medida que esa libre apreciación está orientada más que a un juicio de carácter subjetivo a un juicio a partir de las premisas establecidas en el proceso penal.

“No puede el fallador en ningún momento limitarse a tomar en su análisis los aspectos que ‘simplemente’ le pueden dar un convencimiento superficial, o carente de la correlación que se debe dar en cuanto a la coherencia que permite la absoluta certeza de una situación, en este caso de la responsabilidad del procesado.

“En los diferentes análisis realizados por los falladores de las diferentes instancias, en forma por demás ilógica encontramos que se toma como sustento de ese libre convencimiento solamente lo que permite determinar la responsabilidad del procesado, dejando de lado la relación con los aspectos que implican una posible situación en cuanto a los hechos como es el caso de la prueba pericial”.

Acorde con lo estipulado por el artículo 254 de C. de P.P., el fallador al hacer su análisis no puede dejar de lado ningún aspecto probatorio y menos asumir que solamente deben ser analizadas las pruebas que incriminan al procesado, como quiera que por mandato constitucional se deben apreciar igualmente las que lo favorecen.

“En el estudio que es motivo de esta impugnación es necesario expresarlo de una vez por todas: En los aspectos sustanciales que permiten (*sic*) la sentencia condenatoria dejó de lado el estudio claro y preciso a la luz de la sana crítica de la prueba pericial, por cuanto sin mayores razones de peso y dejando de lado principios científicos irrefutables no se consideró lo planteado, por el perito del tránsito en cuanto tiene que ver con una relación del hecho narrado por los testigos de cargo y lo efectuado por el sindicato”.

Los jueces de primera y segunda instancia se limitan a indicar que el experticio técnico nada aporta a la realidad del fenómeno presentado, “descargando toda la factibilidad de lo acontecido a unos testimonios incuestionablemente excitados de dos ciudadanos que aparte de su violento comportamiento fueron y son imprecisos y contradictorios en la medida en que ninguno de los dos acierta en sus apreciaciones a pesar del esfuerzo incriminatorio. Y no aciertan por cuanto es el informe científico en que se encarga de demostrar sus contradicciones”.

En su motivación el tribunal escasamente relaciona la prueba técnica, limitándose a señalar que en este caso es más importante la prueba testimonial, “lo que está violando la apreciación de la prueba ordenada por el estatuto adjetivo penal”.

Cuando el perito señala que es imposible en la distancia establecida en la diligencia de Inspección judicial que el vehículo desarrolle la velocidad que narran los testigos, es este un aspecto que debe ser tenido en cuenta al momento de hacer el juicio de responsabilidad.

“Y es que es profundamente cuestionable que mientras los testigos indican en el proceso que el conductor arrancó a una gran velocidad pues parece que así ‘lo percibieron’, el perito indica que en ese espacio es absolutamente imposible desarrollar tal velocidad. Además nótese que plantean la existencia de diferentes golpes por cuenta del conductor al occiso y el informe médico plantea la existencia de un solo golpe”.

Al dejarse de lado estos aspectos, no existió en el razonamiento del Tribunal el principio establecido en el artículo 254, porque su decisión es contraria a la realidad procesal e histórica, por lo que solicita a la Corte se case parcialmente la sentencia para que se deduzca su responsabilidad pero por el delito de homicidio culposo.

III. Concepto del Ministerio Público:

Considera el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que de manera confusa, carente de técnica y sin que le asista razón el censor formula el cargo con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo.

No obstante estimar que se configura un error de hecho, no precisa la modalidad del yerro fáctico a que se refiere, esto es, si se halla originado en falsos juicios de existencia o en falsos juicios de identidad; empleando en el desarrollo de la censura conceptos ambiguos, que no alcanzan a llenar estos vacíos, como que el juzgador apreció parcialmente la prueba de la responsabilidad, o dejó de lado la apreciación lógica de la experticia técnica.

Por otra parte aunque señala la transgresión de los artículos 329 del C. P. 247 y 254 del C. P.P. la proposición jurídica resulta incompleta, porque como demanda que a su defendido se le deduzca responsabilidad por homicidio culposo, debió incluir dentro de la misma los artículos 323 en concordancia con el 36 del C.P., y al no indicar la infracción y el sentido de estos, la tacha se aprecia incompleta.

A lo anterior se suma que en párrafo siguiente, la fundamentación del reparo se encamina a replicar la valoración probatoria que de los medios referidos por el censor, hizo el sentenciador.

“El error de hecho planteado, no corresponde a esta argumentación, a través de la cual no se llega a demostrar que el sentenciador hubiese falseado el contenido fáctico de los medios testimoniales o pericial que cuestiona el censor –falso juicio de identidad–, o los hubiese omitido existiendo legalmente aducidos al proceso, o sin haberse allegado en legal forma, los hubiese supuesto creado o imaginado –falso juicio de existencia por omisión y/o suposición de prueba–, únicos supuestos que en desarrollo del reproche por error fáctico, podría el casacionista alegar”.

Por el contrario las razones expuestas, ponen al descubierto que el recurrente desplaza la censura hacia el terreno del error de derecho originado en un falso juicio de convicción, al afirmar que no hubo un estudio claro y preciso de la prueba pericial a la luz de la sana crítica, en cuanto no consideró lo planteado por el perito acerca de que es imposible de que en la distancia establecida en la diligencia de inspección judicial, el vehículo desarrollara la inmensa velocidad que narran los testigos, limitándose el juzgador a señalar que la experticia no aporta nada al fenómeno en cuestión.

Con estos argumentos solo se polemiza sobre las razones que tuvo el juzgador para conferir el mérito asignado a cada elemento señalado por el actor, construyendo una controversia probatoria propia de las instancias.

Lo cierto, es que el sentenciador concluyó que el dictamen ningún aporte ofrecía a efectos de esclarecer la intención homicida, y de acuerdo con las inquietudes planteadas por la defensa, deducción que realiza lógica y racionalmente dentro de un juicioso análisis de la prueba.

Finalmente y siendo evidente que el fundamento de la censura sólo pretende oponerse a las conclusiones de la sentencia de instancia, por fuera del marco del yerro alegado, sugiere a esta Sala no casar el fallo impugnado.

IV. Consideraciones de la Sala:

Reiteradamente ha expresado la Corte, que cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, para que pueda prosperar el cargo, el casacionista está en la obligación de demostrar que el fallador supuso una prueba inexistente, o que dejó de considerar una legal y materialmente hace parte del proceso –falso juicio de existencia–, o que tergiversó su contenido fáctico –falso juicio de identidad–, así como la incidencia que el yerro invocado tiene en la decisión tomada por el sentenciador.

En la demanda el censor empieza afirmando que el Tribunal incurrió en “error de hecho y violó indirectamente la ley sustancial, al apreciar la prueba de responsabilidad del procesado, pues no solo la apreció parcialmente sino que dejó de lado la apreciación lógica de la prueba pericial, considerándola además como suficiente para conducir a la certeza de esa responsabilidad, sin existir realmente fundamento para ello”.

Y al entrar a desarrollar el cargo sostiene que en la “sentencia condenatoria se dejó de lado el estudio claro y preciso a la luz de la sana crítica de la prueba pericial”, ya que los jueces se limitaron a indicar que el “experticio técnico nada aporta a la realidad del fenómeno presentado”, con lo cual traslada su inconformidad al error de derecho por falso juicio de convicción, faltando con ello a las exigencias de claridad y precisión,

requisitos formales exigidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, cuya pretermisión conduce a la desestimación del cargo.

Al respecto olvida el casacionista que el error de hecho toca con el examen material de la prueba, al paso que el de derecho hace referencia a su contemplación jurídica, lo que exige que la demanda previamente determine la clase de error que va a alegar, y escogida esta se respeten los presupuestos lógicos de su proposición porque cuestionar los medios de convicción con fundamentos jurídicos cuando se afianza la censura en error de hecho, o viceversa, lanzar críticas referidas a la materialidad de la prueba cuando se ha invocado el error de derecho, resulta incompatible.

Por otra parte la proposición jurídica no fue completa ni correcta en su configuración, al afirmarse genéricamente que se violaron los artículos 329 del C. P. 247 y 254 del C. P.P., porque como demanda que a su defendido se le deduzca responsabilidad por homicidio culposo, debió incluir dentro de ella los artículos 323 y 36 del estatuto punitivo, así como el sentido de vulneración de todas estas normas, esto es, si fueron dejadas de aplicar, aplicadas indebidamente o interpretadas erróneamente.

Pero tampoco resulta cierto que se indique que el dictamen pericial no fue valorado acorde con las reglas de la sana crítica.

Al respecto observemos el juicioso estudio realizado por el Juez Veintinueve Penal del Circuito en su fallo, que además fue acogido por el Tribunal.

“Precisamente de la prueba técnica solicita la defensa consideración sobre el fenómeno físico aludido por los peritos en cuanto a velocidad, fuerza de impacto, distancia, frente a la velocidad absoluta de los testigos. Se refiere a los dictámenes que obran a folios 98 y 116 pero conforme su contenido no corresponden a las inquietudes planteadas por el mismo –fls. 89– al faltar un dato como punto de partida: huella de frenada del automotor, que no existió y además el proceso no brinda elementos de juicio para saber el desplazamiento de la víctima con 70 kilogramos de peso al impacto y referente a la velocidad, un Nissan Patrol modelo 67, puede alcanzar en recorrido en terreno plano 10 kilómetros por hora. En conclusión, la prueba

técnica ningún aporte hace para los efectos de pretensión del procurador del procesado, de desvirtuar la intención homicida y declinarla en propósito del lesionar.

“Es que la velocidad que hubiera, posido (*sic*) desarrollar ese vehículo en espacio mínimo de 15 metros y en primera (toda potencia), fue suficiente, no solo para alcanzar al peatón que era su objetivo, en un corto recorrido, sino para producir el impacto, el golpe fue tan fuerte que lo desplazó como mínimo 6.80 metros (fls.86) por el aire, pues al caer fue su cabeza la que impactó contra el pavimento, produciendo fractura de huesos frontal y temporal izquierdo, hematoma extradural agudo izquierdo y las normales laceraciones en cadera y abdomen lado izquierdo, resultado del contacto violento del cuerpo y pavimento. A estas circunstancias se suman las manifestaciones posteriores que hace JUAN CARLOS PANESSO a autoridad, de haberle tirado el carro a un peatón porque lo había agredido de palabra y hecho, como motivo para su atravesado comportamiento. No hay factor alguno que desvirtúe o enerve la falta de intención homicida, ni siquiera el mismo estado de alicoramiento”.

En ese caso aunque se aceptase el desconocimiento del dictamen del perito o su equivocada valoración, esto no tiene incidencia en el resultado final del proceso, porque independientemente de la velocidad que hubiese podido desarrollar el vehículo lo cierto es que PANESSO atropelló al hoy occiso cuando éste trataba de ponerse a salvo, en una clara manifestación de querer acabar con su vida como en efecto ocurrió. El tema podría ser importante si se tratara de un homicidio culposo, pero no en este caso en donde la responsabilidad imputada es a título de dolo.

Finalmente resulta pertinente señalar que la fundamentación del cargo debe corresponder al propuesto y no consistir en una argumentación aislada, con lo que no se demuestra ningún error del fallador y que a lo que conduce es a evidenciar que se desconoce que las pruebas se valoran de acuerdo a la sana crítica, lo cual permite al juez determinar el valor de los medios de convicción, en la medida que respete las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

El cargo y en consecuencia la demanda no prosperan.

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.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Mejía Escobar, “no”; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario; “no”.

IMPEDIMENTO / ACCION DE TUTELA / HABER DICTADO PROVIDENCIA

Los impedimentos están instituidos en nuestra legislación procesal como garantía de imparcialidad que deben tener los funcionarios judiciales en la difícil labor de impartir justicia, es decir, libre de sombras, de sospechas que puedan cercenar la recta y debida administración de justicia.

Entendidas así las cosas, no hay duda que la causal escogida por las magistradas para fundamentar el impedimento descorda el contenido de la preceptiva, pues la expresión “que el funcionario judicial hubiere participado dentro del proceso” hace relación a que éste haya intervenido en la actuación, en la etapa sumarial o en la del juicio, en calidad de Fiscal, juez o sujeto procesal. Ello porque así se evitan posibles prejuzgamientos en que puede incurrir al conocer nuevamente del proceso, más aún, cuando nuestro sistema procesal tiene tendencia acusatoria y las etapas se encuentran bien delimitadas. Recuérdese que el objeto de la acción de tutela es bien distinto del que persigue la acción penal, por cuanto la primera ha sido creada por la constituyente con el fin de que los jueces amparen con un procedimiento breve y sumario la amenaza o violación de algún derecho fundamental de personas jurídicas o naturales, ocasionadas por medio de actos u omisiones por alguna autoridad o un particular, con base en los eventos que ha consagrado la Constitución y la ley.

La segunda, es una facultad subjetiva de la actividad jurisdiccional del Estado como forma de control y defensa social, cuya titularidad recae de manera exclusiva en la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes en la del juicio, salvo contadas excepciones legales.

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá,
D.C., octubre seis de mil novecientos noventa y cuatro (1994)*

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 111.

Vistos:

De plano decide la Corte el impedimento manifestado por las Doctoras Patricia Duque Sánchez y Ana Gudziol Vidal para separarse del conocimiento del presente proceso que se adelanta por el delito de Prevaricato contra el doctor Amed Girón Ramos.

Antecedentes Inmediatos:

Conforme a la denuncia presentada por el señor Tito Tejada Muñoz ante el juzgado de Instrucción Criminal (reparto), se sabe que éste en compañía de otras personas compraron un terreno rural ubicado en el corregimiento de Villacarmelo del municipio de Cali, en el cual venían ejerciendo la posesión quieta y pacífica.

Se afirma, igualmente, que contra las anteriores personas se inició un proceso ejecutivo ante los Juzgados Civiles del Circuito de Cali, en el cual se ordenó el embargo y secuestro de las mejoras del bien que tienen en comunidad.

Sin embargo, los señores Jorge Tascón, Fabio Morón y Gloria Escobar iniciaron contra aquellos un proceso ante la inspección de policía a cargo del hoy procesado señor Amed Girón Ramos, el cual culminó con la orden de desalojo de los copropietarios del terreno, lo que motivo la presente denuncia.

El Juzgado 34 de Instrucción Criminal de Cali, quien luego de adelantar diligencias preliminares, profirió auto de apertura formal de la investigación con pronunciamiento que lleva fecha 23 de agosto de 1991.

Aceptada la demanda de constitución de parte civil y escuchando en diligencia de indagatoria Amed Girón Ramos, le fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, proveído en el que también se ordenó la restitución del inmueble a los presuntos

propietarios de este, pronunciamiento que fue confirmado por la Unidad de Fiscalías ante el Tribunal Superior de Cali el día 27 de julio de 1992.

Cerrada la investigación por la Fiscalía Veinticuatro, el mérito de la instrucción se calificó con resolución de acusación contra el procesado como autor del delito de Prevaricato por acción.

El expediente paso al Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali, quien por auto del 20 de agosto de 1993 dio inicio al trámite del juicio de conformidad a la estipulado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Celebrada la audiencia pública, el fallador de primera instancia profirió la sentencia respectiva en la cual se absolvió al procesado.

Apelado el anterior pronunciamiento por la parte civil y dentro del trámite de ella, la magistrada doctora Patricia Duque Sánchez manifiesta el impedimento de integrar la Sala de decisión para desatar el recurso interpuesto con el argumento de que el objeto del proceso en revisión es el mismo de la acción de Tutela que conoció y falló en primera instancia el día 25 de septiembre de 1992 y por tanto dijo “considero que debo declararme impedida para conocer de este asunto, en segunda instancia, como primera revisora, al tenor de lo previsto en el numeral 6o. del artículo 15 de la ley 81 de 1993 que modificó el artículo 193 del C. de P. Penal”.

De igual manera, la doctora Ana Hilda Gudziol Vidal se declaró impedida para integrar la Sala, habida cuenta que se desempeñó como revisora en la decisión de Tutela que falló la anterior magistrada y además, fue ponente de otra acción de la misma naturaleza que instauró el denunciante en contra el inspector de policía de Villacarmelo y “cuyo trámite implicó la revisión y estudio tanto del negocio por el delito de Prevaricato por Acción en que ahora se procede, como de otro, adelantado por Falsedad Documental promovido al igual que el anterior por el señor Tito Tejada”.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali declaró infundado los impedimentos propuestos por las magistradas. El argumento central lo hizo consistir en que éstos no tienen soporte legal, habida cuenta

que la sentencia de Tutela que dictó la doctora Patricia Duque Sánchez no tiene relación con “la investigación penal por Prevaricato que se surte contra el Inspector acusado de ese comportamiento” y además en ese fallo se negó la tutela del derecho al debido proceso, cuyo accionante no es parte del proceso penal.

Y en cuanto a la Tutela que falló y que es motivo de impedimento de la doctora Ana Hilda Gudziol Vidal considera que ésta “hace referencia exclusivamente al derecho de petición, por no haberse cumplido la comisión impartida por la Fiscalía en orden a la restitución del predio reclamado...”.

Por lo anterior, concluye el Tribunal que “No puede afirmarse por lo tanto que este hecho implique examen, valoración o juicio alguno respecto a la culpabilidad de Amed Girón Ramos, conforme a la denuncia penal instaurada contra el mismo por el señor Tito Tejeda Muñoz, tratándose por lo tanto de supuestos de hecho completamente diferentes y por ello se estima que esa actuación en modo alguno genera la causal de impedimento consagrada en el numeral 6o. del art. . 103 del C. de P. Penal”.

Consideraciones de la Corte:

Las argumentaciones de las magistradas del Tribunal Superior de Cali para declararse impedidas se pueden sintetizar en el hecho de haber fallado como Jueces de Tutela dos acciones que a juicio de ellas tienen relación indirecta con el objeto del proceso.

En la primera acción de tutela, las personas que fueron lanzadas en la acción policiva, y que en el proceso penal por prevaricato se constituyeron en parte civil, invocaron el derecho de petición para que se cumpliera la orden de la Fiscalía de restituirlas el bien inmueble (contenida en la medida de aseguramiento contra Amed Girón Ramos), por cuanto que el Inspector de Policía comisionado para hacerlo no la cumplió en las varias oportunidades que el Fiscal así lo dispuso.

Y la segunda, la presenta un tercero ajeno al proceso penal, por una presunta violación del debido proceso, ya que se sintió lesionado con la

orden de restitución del inmueble expedida por el funcionario judicial, cuando dictó la medida de aseguramiento contra el procesado.

Ahora bien, los impedimentos están instituidos en nuestra legislación procesal como garantía de imparcialidad que deben tener los funcionarios judiciales en la difícil labor de impartir justicia, es decir, libre de sombras, de sospechas que puedan cercenar la recta y debida administración de justicia.

Entendidas así las cosas, no hay duda que la causal escogida por las Magistradas para fundamentar el impedimento desborda el contenido de la preceptiva, pues la expresión “que el funcionario judicial hubiere participado dentro del proceso” hace relación a que éste haya intervenido en la actuación, ya sea en la etapa sumarial o en la del juicio, en calidad de Fiscal, Juez o como sujeto procesal. Ello, porque así se evitan posibles prejuizgamientos en que pueda incurrir al conocer nuevamente del proceso, más aún, cuando nuestro sistema procesal tiene tendencia acusatoria y las etapas se encuentran bien delimitadas.

Recuérdese que el objeto de la acción de tutela es bien distinto del que persigue la acción penal por cuanto la primera ha sido creada por el constituyente con el fin de que los jueces amparen con un procedimiento breve y sumario la amenaza o violación de algún derecho fundamental de personas jurídicas o naturales, ocasionadas por medio de actos u omisiones por alguna autoridad o un particular, con base en los eventos que ha consagrado la Constitución y la ley.

La segunda, es una facultad subjetiva de la actividad jurisdiccional del Estado como forma de control y defensa social, cuya titularidad recae de manera exclusiva en la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes en la del juicio, salvo contadas excepciones legales.

Pasando al asunto que ocupa la atención de la Sala, las acciones de tutela tenían como finalidad, una que se atendiera la petición sobre el cumplimiento de la restitución ya ordenada. Y la otra pretendía que la restitución no incluyera una parte del terreno, supuestamente de propiedad del accionante.

Por su parte, el proceso penal contra el Inspector de Policía de Villacarmelo se adelanta para establecer si el funcionario al momento de proferir la resolución por medio de la cual ordenó el desalojo de los ocupantes del predio denominado “Los Olivos”, lo hizo contrariando las preceptivas legales que el caso ameritaba y el grado de culpabilidad en que pudo haber incurrido.

Luego, es nítido que las magistradas no han comprometido su imparcialidad con respecto al proceso de prevaricato en el cual manifiestan el impedimento, por el hecho de haber conocido y fallado las tutelas impetradas, toda vez que en los respectivos procedimientos de amparo, los fallos se circunscribieron a verificar los efectos que pudo haber producido la orden de restitución del inmueble; mientras que la investigación penal trata de establecer la responsabilidad del Inspector por expedir una orden distinta, cual es el desalojo de los dueños comunitarios del mismo predio rural.

Así las cosas, no se da el impedimento propuesto por las Magistradas de la Sala de Decisión del Tribuna Superior de Santiago de Cali.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento declarado por las doctoras Patricia Duque Sánchez y Ana Hilda Gudziol Vidal para separarse del conocimiento del presente proceso que se adelanta por el delito de Prevaricato contra el doctor Amed Girón Ramos.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, “no”; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / REFORMATIO IN PEJUS / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / PENA

El falso juicio de identidad implica demostrar que el juzgado alteró el contenido material de la prueba dándole un alcance que no tiene, o en otras palabras, poniéndola a decir lo que realmente ella no dice.

2. El criterio reiterado de la Sala, es que el artículo 31 de la Carta no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que a la par consagra el artículo 29, pues la primera disposición no se ha constituido en mecanismo que le de una competencia especial al Juez de primer grado para apartarse de la preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e ineludibles consagradas en la ley, ni ese desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en un derecho a condición de que actúe como recurrente, toda vez la armonización de los textos superiores que no podrían interpretarse en pugna, indica que la prohibición hace referencia a la “pena legal” y no a una tasación convencional o judicial que carecía de cabida dentro del ordenamiento vigente propio de un estado de derecho.

Cabe precisar como lo ha sostenido la Corte que la legalidad de la pena constituye no solamente garantía con relación al procesado, sino igualmente para el Estado, puesto que el ejercicio del poder punitivo que a su nombre cumple la autoridad judicial legítima, ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorando por el juez que jerárquicamente es competente para revisar el pronunciamiento en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

El artículo 230 de la Carta consagra la independencia del juez, al disponer inequívocadamente que “los jueces en sus providen-

cias, solo están sometidos al imperio de la ley”, pero no les da una independencia tal que los coloque por encima o al margen de la misma.

El juez a-quo debe imponer las penas de acuerdo con la ley (legalidad de la pena), y cuando ese supuesto no se da en la decisión de primera instancia ello legitima al Juez de alzada para corregir el error de legalidad de la dosificación punitiva, lo cual no implica ciertamente una agravación de la pena sin una corrección de la misma para ajustarla al marco legal que la define.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., seis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 111.

Vistos:

Se procede a resolver sobre la demanda la casación presentada por el defensor del procesado HERNANDO CASTRO BONILLA, contra la sentencia proferida por el Tribuna Superior de Ibagué, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Lérica, que impuso al recurrente la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión como coautor responsable de los punibles de falsedad y peculado.

I. Hechos:

Tuvo origen la presente investigación de la denuncia penal presentada por funcionarios de la Contraloría General del Tolima, quienes debidamente comisionados para hacer una visita fiscal a la granja de la Universidad de ese Departamento ubicada en Armero, dieron cuenta de las siguientes irregularidades:

1. Se encontró un comprobante de pago de una cuenta a nombre de la firma Barrios y Caicedo Ltda., por la suma de doscientos siete mil pesos (\$207.000), por concepto de la adquisición de una correa motriz y

un filtro de aire externo; elementos que no ingresaron al almacén de la granja, ya que ese dinero fue utilizado para el pago de prestaciones sociales a Hernando Ramírez..

Este hecho lo corrobora la almacenista DIVA ALVIS DE MUÑOZ, quien en su declaración dice que le entregó la suma anotada al doctor ALVARO BONILLA PARIS, director de la granja, la cual utilizó para cancelar las prestaciones ya dichas.

2. Aparece presentada y cancelada una cuenta de cobro a nombre de HELBER SANDOVAL, por valor de ciento ocho mil pesos (\$108.000), por concepto de unos servicios prestados a la granja, consistentes en el tapado de semillas de algodón en un extensión de 54 hectáreas a razón de dos mil pesos (\$2.000) cada una.

Al ser interrogado el auditor de la contraloría ante el municipio de Armero-Guayabal, HUMBERTO PEÑUELA VARILA, para lo cual la comisión visitadora le puso de presente fotocopia autentica de la referida cuenta, respondió que la firmó porque había una orden de servicio y una constancia del ordenador del gasto certificando que la labor estipulada allí fue recibida a entera satisfacción y visada por el revisor FERNEY CARRILLO, quien fue el que constató la obra, que realmente nunca se hizo.

PEÑUELA VARILA fue además claro en manifestar que él recibió el cheque de manos de la tesorera pagadora de la granja, para lo cual firmó “el recibí” de la cuenta a nombre de HELBER SANDOVAL, anotando un número de cédula inventado; luego endosó en cheque con una firma ilegible y el mismo número de cédula, y le solicitó a su amiga MARIA CRISTINA RODRIGUEZ –Tesorera del Municipio de Armero– que lo hiciera efectivo en la Caja de Crédito Agrario. Agrega que el valor de la cuenta, que previos los descuentos correspondientes quedó en cien mil novecientos setenta y nueve pesos (\$100.979), fue utilizado para sufragar unos gastos de actos políticos, y que el contenido de la cuenta es ficticio haciéndose uso indebido de su producto, actuación de la cual eran concedores la tesorera pagadora ANGELA TELLEZ DE BERNAL, el director de la granja ALVARO BONILLA PARIS y el jefe de campo de la misma HERNANDO CASTRO BONILLA.

Se constató que el número de la cédula utilizada en la cuenta de cobro y el cheque girado a nombre de HELBER SANDOVAL no corresponde a éste, según constancia expedida por el registrador municipal de Armero Guayabal, en la cual se informa que el número 14.272.187 pertenece a la cédula expedida a nombre de Mauricio Rondón.

3. En ampliación de la denuncia se hace referencia a la adquisición irregular de un tractor por valor de quinientos mil pesos (\$500.000), sin reunir los requisitos fiscales.

II. Actuación procesal:

Previa indagación preliminar, el Juzgado Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal radicado en Armero-Guayabal abrió la correspondiente investigación y vinculó al proceso mediante indagatoria a ALVARO BONILLA PARIS, HERNANDO CASTRO BONILLA, FERNEY CARRILLO ARIAS, DIVA ALVIS DE MUÑOZ y ANGELA TELLEZ DE BERNAL, y previo emplazamiento declaró persona ausente a HUMBERTO PEÑUELA VARILA.

Precluida la etapa sumarial se calificó el mérito del sumario en providencia de marzo 29 de 1990, con resolución de acusación contra los anteriormente nombrados como presuntos coautores de los delitos de falsedad en documento, en concurso material con peculado, excepto FERNEY CASTILLO respecto del cual se cesó procedimiento. Además se ordenó reapertura de investigación contra BONILLA PARIS, PEÑUELA VARILA y ALVIS DE MUÑOZ por el presunto delito de contratar sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó únicamente el llamamiento a juicio proferido contra ALVARO BONILLA PARIS, HERNANDO CASTRO BONILLA y HUMBERTO PEÑUELA VARILA, como coautores de los punibles de falsedad y peculado cometidos en relación con la cuenta de cobro de ciento ocho mil pesos (\$108.000) a nombre de HELBER SANDOVAL, y la reformó en el sentido de revocar el pliego de cargos por los delitos endilgados a DIVA ALVIS DE MUÑOZ y MARIA ANGELA TELLEZ DE BERNAL, para declarar la reapertura de investigación respecto de la primera y cesación de

procedimiento en favor de la segunda. Además ordenó la reapertura de investigación contra BONILLA PARIS, PEÑUELA VARILA y ALVIS DE MUÑOZ y en relación con la cuestionada compra de la correa automotriz y el filtro de aire externo, elementos presuntamente adquiridos en la firma comercial Barrios y Caicedo.

Celebrada la audiencia pública el Juzgado Primero Penal del Circuito de Lérida profirió sentencia condenatoria contra los tres acusados por los delitos de falsedad y peculado, imponiéndole a HUMBERTO PEÑUELA VARILA treinta y ocho (38) meses de prisión, y a ALVARO BONILLA PARIS y HERNANDO CASTRO BONILLA treinta y seis (36) meses, otorgando a estos últimos condena de ejecución condicional. Además les impuso multa de veinte mil pesos (\$20.000) e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad. No fue impuesta condena en perjuicios por haber sido resarcidos por los procesados en oportunidad.

Interpuesto el recurso de apelación por parte del defensor de HERNANDO CASTRO BONILLA, el Tribunal le impartió confirmación, adicionándolo en el sentido de ordenar expedir copias de lo pertinente del proceso, a fin de que se investigue: a) Penal y disciplinariamente al Juez a-quo y al Fiscal de la Primera instancia, por la conducta en que pudieron incurrir al desconocer el principio de la legalidad de la pena; y b) Por presunto delito de falso testimonio a los declarantes Eduardo Perdomo, Fabio Pineda y Camilo Cruz.

III. La demanda:

El impugnante acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, “POR ERROR DE HECHO POR CUANTO LA SENTENCIA TERGIVERSA EL SENTIDO DE LA PRUEBA, PRODUCIENDO EFECTOS PROBATORIOS QUE NO SE DERIVAN DE SU CONTEXTO”.

Expresa que se tergiversó el sentido de la orden de trabajo “al determinar que con ella se estaba dando el visto bueno a la obra por ejecutar”. Se presentó error “al señalar, que HERNANDO CASTRO BONILLA había dado certificación o constancia de la realización de la

obra señalada en la orden de trabajo”, cuando dicha certificación se suscribió por ALVARO BONILLA PARIS y HUMBERTO PEÑUELA, como director administrativo y auditor, respectivamente por lo que se tergiversó ese aspecto. Se afirmó por los juzgadores de instancia, que en la obra mencionada en la orden de trabajo 135 no se hizo, cuando las pruebas aportadas al proceso demuestran y confirman que sí se realizó.

En la resolución de acusación y fallos de instancia, se tergiversó la apreciación de las pruebas existentes, endilgándole a CASTRO BONILLA una responsabilidad que jamás se estableció en el proceso, pues siempre se partió de la base de su responsabilidad, produciendo con ello efectos probatorios que no se derivan de su contexto y desconociendo la presunción de inocencia. Se tuvo un falso juicio, al indicar que HERNANDO CASTRO BONILLA, era coautor de unos delitos que jamás se cometieron por persona alguna, porque los documentos relacionados con el trámite de la cuenta o comprobantes respectivos, todos son auténticos, ya que sólo se presentó la falsedad en cuanto tiene relación con la firma de HELBER SANDOVAL en el comprobante de pago y el cheque girado para la cancelación.

Seguidamente el demandante presenta tres cargos así:

Primero: argumenta el censor que “se le ha dado un falso juicio a las pruebas aportadas para señalar, una debida aplicación del art. . 219 del C. Penal, con relación a HERNANDO CASTRO BONILLA por las siguientes razones:

“1. HERNANDO CASTRO BONILLA, como Jefe de Campo, lo único que hizo fue darle el visto bueno a una orden de trabajo, la 0135, y no signó con su puño y letra para dar fe de un hecho que nunca se hubiera realizado, ya que la certificación la dio el 17 de marzo de 1989 el DIRECTOR ADMINISTRATIVO DE LA GRANJA DE ARMERO DE LA UNIVERSIDAD DEL TOLIMA, en la que se indica “el señor HELBER SANDOVAL, prestó sus servicios a la granja Armero de la Universidad del Tolima, consistentes en las labores de tapada de semilla de algodón, en los lotes sembrados en la granja Armero, en una extensión de 54 has. A razón de \$2.000.00, “cada ha” y que “estos servicios se recibieron a entera satisfacción” o sea por ALVARO BONILLA PARIS,

como director administrativo y HUMBERTO PEÑUELA con sello de auditoría, folio 33, en la que no aparece la firma de HERNANDO CASTRO BONILLA.

“Esta certificación o constancia se hizo, en razón a que esos funcionarios director y auditor establecieron que la labor se había ejecutado, como claramente se afirma en la injurada por ALVARO BONILLA PARIS y HERNANDO CASTRO BONILLA”.

2. Afirma que “no es cierto que exista un falso trabajador HELBER SANDOVAL, ya que esa persona con ese nombre, fue quien estuvo laborando con seis o siete trabajadores, en la granja de Armero..., cumpliendo la labor de tapada de la semilla de algodón como lo refieren los testigos MARCO AURELIO PACHECO, JORGE ELIECER PEREZ, LUIS CARLOS PACHECO, HENRY BASTO MORALES, MIGUEL ANTONIO LOZANO, LUIS EDUARDO PERDOMO PARDO, ALONSO MARTINEZ, FABIO PINEDA ZAPATA, CAMILO CRUZ Y EDUARDO HERNANDEZ QUIÑONEZ”.

3. Asevera que su defendido como jefe de campo no estaba obligado a exigir a los trabajadores documentos de identificación y que su responsabilidad solo se limitaba a establecer si se hizo o no la obra.

4. Se comprobó que a la granja si se presentó un individuo de nombre HELBER SANDOVAL, a quien se aceptó sin exigírsele la cédula de ciudadanía, persona esta que dirigió la labor de tapado de semilla, con un grupo de trabajadores, mas o menos en el mes de marzo de 1989.

5. -Dice que su defendido efectivamente firmó la orden de trabajo No.135-, y que la labor si se realizó como se demostró en la constancia antes referida, “que en ningún momento firmó resolución alguna, disponiendo la labor”, como tampoco la cuenta de cobro ni el comprobante de pago, “luego no puede determinarse que exista una falsedad ideológica o documental por parte de CASTRO BONILLA”, ya que la circunstancia de darle el visto bueno a una orden de trabajo no implica una falsedad, puesto que luego se cumplieron los tramites administrativos correspondientes, en lo que no tenía ningún ingerencia su representado.

6. Si HUMBERTO PEÑUELA lo que hizo fue apropiarse de un dinero que pertenecía a HELBER SANDOVAL, firmando la cuenta de cobro, el comprobante de pago y el cheque a nombre del antes citado, “se estructuró un delito diferente” al suplantar a SANDOVAL y al darse cuenta que había sido descubierta su acción, inculpó a otras personas, como a CASTRO BONILLA y BONILLA PARIS, como si supieran de su actuación “comportamiento mentiroso”.

7. CASTRO BONILLA, no cometió ningún delito de falsedad por cuanto la labor señalada en la orden de trabajo se cumplió y los demás documentos no son falsos, todos son legales.

8. Manifiesta que no es cierto lo que dice el Tribunal en la sentencia, respecto a que su defendido “contribuyó en forma decidida para que se realizarán las ilicitudes imputadas, si se tiene en cuenta que con ello (su visto bueno) se autoriza el pago de la obra realizada; circunstancia esta expresamente advertida por el procesado en su indagatoria cuando dice ‘como jefe de campo de la granja debo dar visto bueno, para que se haga el pago del contrato respectivo, eso va dentro de la orden de trabajo’, basta observar los documentos de folios 30 al 34, para encontrar que solo aparece el visto bueno de su representado en la orden de trabajo en la que también aparecen las firmas del director administrativo y del auditor. Dicha firma implicaba únicamente que era una labor necesaria de realizar en ese momento, pero quienes dieron la constancia de haberse ejecutado el trabajo fueron ALVARO BONILLA y HUMBERTO PEÑUELA.

9. La falsedad que se presenta, según el Tribunal, no tiene ninguna relación directa ni indirecta con CASTRO BONILLA, porque la apropiación de los dineros de esa cuenta, firmando con el nombre de HELBER SANDOVAL y el consiguiente cobro del cheque, son hechos ajenos a este y porque “él cumplió su labor de vigilar y observar que el trabajo se realizara, en su condición de jefe de campo”.

10. Para su defendido la obra la ejecutó HELBER SANDOVAL y no como lo afirma el Tribunal que “aceptando el gracia de discusión que el trabajo se realizó, no fue por obra de HELBER SANDOVAL, porque como no se conoce, éste tan sólo fue un personaje inventado, en el que urdieron la trama para dar el tramite requerido en la consecución de la

orden de pago, visos de legalidad y obtener en tal forma la apropiación y aprovechamiento de dineros exclusivos de la universidad”, conclusión con la que no esta de acuerdo el censor, porque no hubo ninguna trama ni se quiso dar visos de legalidad para la apropiación que hizo PEÑUELA, si se observa detenidamente que el comportamiento de este fue unilateral y nunca se demostró que hubiera sido efectivamente para un homenaje a SANTOFIMIO BOTERO como le dijo a los investigadores de la Contraloría, o para premios en una exposición de pintura como le dijo a FERNEY CARRILLO.

Tampoco hubo prueba alguna que señalara que hubo acuerdo entre los procesados para que se le entregara la cuenta y el cheque a PEÑUELA para llevárselo a SANDOVAL, pues nótese que quien lo autorizó, fue la tesorera, “todo ello fue solo suposiciones de los funcionarios que intervinieron en el proceso”.

Segundo: Aduce el libelista que “se ha dado un falso juicio a las pruebas aportadas para señalar una debida aplicación del art. . 133 del C. Penal, con relación a HERNANDO CASTRO BONILLA, a quien se le endilga el delito de peculado, por el hecho de haberse cancelado la cuenta cuando solo era jefe de campo de la granja de Armero-Guayabal, dependiente de la universidad del Tolima por hecho de haber dado el visto bueno a la orden de trabajo, el que fue ejecutado como se demostró en el proceso y los funcionarios que han intervenido en el mismo, han hecho caso omiso de las pruebas sobre el particular.

Mal puede señalarse como coautor del peculado a su defendido puesto que no se apropió de ninguna suma de dinero, –lo que si se puede predicar de PEÑUELA VARILA, quien si recibió el cheque y lo hizo cambiar de un tercero– no fue participe de esta acción en forma directa o indirecta, su función no era la custodia de dineros pues ellos se encontraban en la Caja Agraria y las únicas personas que podían realizar el giro era la tesorera y el auditor Peñuela Varila, luego del cumplimiento de las formalidades legales administrativas, como se dieron en el presente caso.

Tampoco se demostró en el proceso que su representado fuera coautor, cómplice o encubridor del delito porque este no se puede tipificar en relación con él, pues no tenía póliza de manejo y cumplimiento.

Tercero: Plantea el libelista que “se ha dado un falso juicio a las pruebas aportadas para señalar una debida aplicación del artículo 247 del C. de P.Penal, con relación a HERNANDO CASTRO BONILLA, por las siguientes razones:

“-En el proceso no se ha determinado la existencia de los delitos de FALSEDAD Y PECULADO en cabeza de su representado. En ningún momento existe la certeza de los hecho punibles ni la de la responsabilidad de CASTRO BONILLA en su condición de coautor, luego no ha debido proferirse condena en su contra.

“Si en algún momento llegó a existir el punible de falsedad, quien tiene que responder es HUMBERTO PEÑUELA por la “posible suplantación que hizo de SANDOVAL”.

-No se puede comprometer a su representado por lo que expresa PEÑUELA ante los visitadores de la Contraloría, porque no se demostró que se pusieran de acuerdo para la elaboración de la cuenta pues se acreditó que quienes contrataron a SANDOVAL fueron BONILLA y PEÑUELA.

-Por el hecho de no haber exigido CASTRO a SANDOVAL una identificación con número de cédula, es posible que exista falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus funciones, “pero ese comportamiento no es doloso, podría ser culposo, lo que en nuestra legislación no se toma como una conducta antijurídica y culpable o responsable”.

-Nunca se demostró que entre BONILLA, PEÑUELA, CARRILLO, TELLEZ, BELTRÁN y su poderdante, se hubiera presentado acuerdo para elaborar la documentación señalando que se había ejecutado la labor por parte SANDOVAL, sin haberla realizado.

-Demostrado está que se sembró el algodón en forma mecánica, que era necesario buscar personal para tapan la semilla y había presupuestado para ello. Lo contrario sería que se hubiera demostrado que la obra no se hizo, o que se cobró dos veces, o que ya se hubiera pagado.

-Cuando se giró y se pagó la cuenta el dinero pertenecía a SANDOVAL por la labor ejecutada y con el comportamiento de

PEÑUELA al firmar el comprobante de pago y cobrar el cheque, cometió un delito “totalmente distinto” en que no se podía involucrar a su representado. Los falladores al condenar a CASTRO violaron la presunción de inocencia.

–Se pudo determinar que en la granja existía un desarrollo de programa agrícola, estaba presupuestada la siembra y tapada de la semilla de algodón; como aparece en la orden de trabajo y con ella CASTRO solo acreditaba la necesidad de la labor, “comportamiento que jamás puede determinarse como doloso”.

–CASTRO no violó la ley por lo que se imponía una sentencia absolutoria, pero siempre se consideró de mayor valor lo expresado por PEÑUELA ante los visitadores de la Contraloría, olvidando que no podía ser aceptado ni tiene el valor de plena prueba dentro del proceso penal sino tenía suficiente respaldo y este no se encontró en la investigación, “pues ella fue solo el producto de la irresponsabilidad de PEÑUELA VARILA, buscando o pretendiendo apoyo en las demás personas que no podía lograrlo”.

–La prueba tomada en la investigación administrativa no se puede aceptar en el mismo plano de igualdad que la recepcionada en el proceso penal, así sea trasladada con las formalidades legales porque PEÑUELA no compareció al proceso a confirmar lo expresado en aquella investigación y si sólo es sospechoso, no tiene valor para obtener la certeza que se requiere para fundamentar una condena penal, “porque si fue cierto lo manifestado por PEÑUELA VARILA ante los visitadores de la Contraloría... esa manifestación se desvirtuó dentro del proceso por quienes vieron a una persona que se presentó como HELBER SANDOVAL, ejecutando la labor.

–No fue posible determinar con prueba idónea, quién firmó la cuenta de cobro y el comprobante de pago por la labor a que se refiere la orden de trabajo No.135.

Como normas transgredidas señala los artículos 2 del C. P.P. vigente o 3 del anterior, 23,24,26,28,133 y 219 del C.P. y 243 del C. de P.P.

Solicita que se case la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a CASTRO BONILLA de los cargos por los que fue condenado .

IV. Concepto de Ministerio Público:

1. El Procurador Primero delegado en lo penal considera que ninguno de los cargos tiene vocación de éxito y juiciosamente destaca las varias inconsistencias de la demanda para sugerir que sea rechazada.

Observa que los tres cargos formulados se refieren a un solo aspecto, cual es haber incurrido el juzgador el errónea apreciación de la prueba (error de hecho por falso juicio de identidad), razón por la cual lo examina en conjunto para señalar lo siguiente:

Los argumentos del impugnante consisten en afirmar que el procesado como jefe de campo autorizó la orden de trabajo, lo cual no lo hace responsable de lo sucedido con posterioridad.

Que el trabajador SANDOVAL si insistió, de modo que al considerarlo “un falso trabajador” se incurrió en un distorsión de la prueba. Que el acusador recurrente no tenía disponibilidad jurídica ni material de los dineros, ni se apropió de ellos, por lo que el peculado no puede serle atribuido. El recurrente pasa por alto la esencia de la imputación penal del sentenciador, que se basa no en la demostración de los aspectos referidos de manera directa en relación con el procesado CASTRO BONILLA, sino que se lo ha estimado como coautor –junto con otros sentenciados– tanto de la falsedad documental pública como del delito de peculado por apropiación.

Teniendo en cuenta la parte de la sentencia que transcribe señala que para resolver la demanda son dos las conclusiones:

a) Que no se trata de un falso juicio de identidad objetiva de la prueba la cual ha sido tomada en su contexto exacto en cuanto al desarrollo de la situación de facto, ya que siempre se ha tenido definido que CASTRO BONILLA –subalterno de la granja– apenas dio autorización y visto bueno de la orden de trabajo No.135, y con ello participó en la falsedad ideológica

de modo material (pues no hubo tal trabajo), lo cual se ajusta a lo probado en los autos. b) Que en cuanto al delito de peculado concurrente, es evidente que se admite que conocía del plan y estuvo actuando “dolosa y mancomunadamente” y de “consuno” con los demás autores de falsedad y peculado.

Advierte que aquí ya no se trata de una tergiversación de lo objetivo de la prueba sino el criterio teórico–doctrinal sobre la atribución de hechos delictivos cuando se participa en ellos subjetivamente, por hacer parte de una obra criminal colectiva propia del grupo en el cual se participa, como integrante de la agrupación. En resumen, no existe distorsión del sentenciador respecto a la objetividad de la prueba examinada, pues la situación factica recibida por él es exacta a los sucesos reales. La atribución de los delitos a todos los procesados –entre ellos el recurrente– como delito de grupo, es un tema diverso de orden doctrinario que mira a la aplicación de la ley de modo directo (reglas de autoría, determinación, complicidad o genéricamente de participación), lo que no es tema de la demanda.

Señala que el recurrente no identifica de manera clara y precisa los fundamentos que aduce, ni demuestra la trasgresión a las normas de derecho sustancial que invoca y la incidencia que ello hubiera podido tener en el fallo desfavorable al procesado. Si bien argumenta que el sentenciador incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad frente a algunas probanzas, este ataque carece de fundamentación, como se desprende de lo expresado en la demanda.

Del examen de los argumentos del libelo, observa que el demandante en nada se refiere al falso juicio de identidad que plantea, pues no menciona los aspectos de doctrinaria y jurisprudencialmente han sido considerados como constitutivos del tal yerro. En el fondo lo que el impugnante hace es cuestionar el análisis y valoración que de los medios de prueba efectuó el fallado, lo cual no es de recibo en casación, por cuanto el sentenciador tiene la libre apreciación racional de las diferentes probanzas obrantes en el proceso conforme al principio de la sana crítica que informan su conocimiento lo que prima frente a los particulares criterios del casacionista, y por estar la sentencia amparada de la doble presunción de legalidad y acierto.

2. El representante del Ministerio Público, solicita a la Sala que se case la sentencia por vulneración del debido proceso, ya que este exige la imposición de un pena de acuerdo con la responsabilidad demostrada del autor y las ilicitudes que le fueron endilgadas en la acusación, y ello no se observó en el caso que nos ocupa.

Al respecto hace las siguientes observaciones y planteamientos:

Advierte que el Tribunal se ocupa inextenso de la agravación de la pena por el Juez de segundo grado, por vía del recurso de alzada propuesto por el condenado como apelante único.

Recuerda que como se trata de concurso de delitos de falsedad ideológica en documento público que tiene un mínimo de tres años –art. . 219 del C. P.– y de peculado que tiene pena mínima de 2 años por la cuantía –artículo 133 del C.P.–, el fallador de primer grado incrementó la pena según el art. .26 ibídem “hasta en otro tanto”, es decir, la dobló imponiéndole otros tres años para un total de seis años. “allí ya había un problema de legalidad de la pena, visto según el art. . 28 del C.P. el incremento no puede ser superior a la suma aritmética de las penas, y si se dosificaba por los mínimos solo cabía llegar hasta los dos años de incremento: o sea cinco años (60 meses). Pero a continuación se comete otro error de legalidad de la pena, como que producido el aumento por el incremento del concurso, como se reintegró la suma apropiada en el peculado, por mandato del art. . 139 del C.P. se redujo la punibilidad hasta la mitad de la pena que corresponde al peculado, obviamente. El sentenciador de primer grado rebajó la mitad de la pena total (seis años) con lo que eliminó completamente la pena correspondiente al peculado y con ello se llevó de calle el concurso de delitos, y ciertamente –como lo observó el Tribunal– dejó sin punibilidad así fuera mínima el delito concurrente –y rétorró la pena de tres años (36 meses) que es la que corresponde a la falsedad ideológica en documento público. Mal dosificada la pena, en ambos sentidos, por lo que efectivamente no se pensó por el concurso de delitos que se juzgaba. El juez de segunda instancia lo advierte con claridad, insiste en la ilegalidad de la pena, pero acatando la jurisprudencia de la Sala, confirma lo sentenciado sin modificar ni corregir la puntualidad para este caso de concurso. En verdad si hubiera seguido estrictamente el criterio de la jurisprudencia –hasta

su última consecuencia— debió anular la sentencia de primer grado para que se regulara la punibilidad de acuerdo con las reglas de la ley desatendidas. Sería sencillo solicitar a la Sala de anulación de las sentencias a partir de la primera, para lograr la corrección de la punibilidad en el caso, a fin de ajustarla al concurso de delitos atribuido al recurrente en la forma ya dicha.

“No obstante valga la pena insistir —con el respeto siempre reiterado— en que siempre será esta forma de proceder un circunloquio jurídico sobre el tema de la prohibición de la agravación de la pena, y que con ello no se avoca de modo directo el problema central que parece subsistir a pesar de la solución ya adoptada por la Sala: la que el juez de primer grado debe imponer las penas de acuerdo con la ley (legalidad de la pena), y que cuando ese supuesto no se da en la decisión de primera instancia, ello legitima al juez de alzada para corregir el error de legitimidad de la dosificación punitiva, lo cual no implica ciertamente —en opinión de la delegada— una agravación de la pena impuesta sino una corrección de la misma para ajustarla al marco legal que la define. No deja de inquietar, H. Magistrados, que admitiendo que la sentencia del juez *a-quo*, contenga pena ilegal, solo pueda ser anulada por el *ad-quem* para ser enviada al juez de primer grado a fin de que vuelva a dosificar la pena, cuando de modo directo ello pudiera enmendarse por el juez de la apelación. Es más grato al principio de la economía procesal y no creemos que pueda entenderse como un quebranto del principio constitucional del art. 31 de la Carta, esto último, como que la corrección del error de la legalidad de la pena no implica agravar la misma, pues el mandato constitucional exige como petición del principio que la pena de primera instancia esté dentro de los límites permitidos al propio juez, y no por fuera de ellos, como que vendría a ocurrir que lo ilegal exorbitante en ese punto quedará en firme por la extensiva interpretación del principio de no agravación ya referido o exigiera el ingente esfuerzo procesal de recomenzar cada vez el proceso para adecuar la pena a la ley. Con situaciones tales como un doble trámite y hasta una doble casación, como se ha visto ya en la corporación. Más aún, siempre se pensará en que bajo la anulación de las sentencias para incrementar la punibilidad a fin de adecuarla a la legalidad, existirá de todas maneras una agravación de lo cumplido por el sentenciador de primer grado en aquello que fue cubierto por la nulidad.

“Esencialmente da igual que la pena se aumente después de la anulación a que ello se produzca en el momento de la alzada ante el *ad-quem*. El argumento de que no se agravó o aumentó la pena de la primera instancia porque se encuentra arrasada por la nulidad y por tanto es como si no existiera, si bien es válido, no deja de ser puramente formal. Con otro aditamento, el que los jueces que dictaron las sentencias de primero y segundo grado las repetirán sujetando la punibilidad al criterio del superior que decreta la anulación lo cual planteará temas como el de la inconveniencia y el prejuzgamiento de hechos y punibilidad”.

Por las razones anotadas el Procurador solicita a la Sala casar la sentencia del Tribunal, para en cambio dictar la de reemplazo que corresponda, según el buen criterio de la Corte y atendiendo que la imputación penal fue por dos delitos (falsedad art. 219 y peculado art. 133 de C. P.), y que aquí faltó la imposición de la pena por este último punible. Según artículo 61 *ibídem*.

V. Consideraciones de la Corte:

1. El demandante formula tres cargos en los que plantea error de hecho por tergiversación de las pruebas por parte del sentenciador.

Metodológicamente hace una mezcla inadecuada de todas las pruebas antes a desarrollar cada cargo en particular, lo que impide saber en definitiva en qué consiste la tergiversación de cada una, que es la forma como debe hacerse para la demostración cuando se invoca este tipo de error, pues solo cita algunas probanzas, y se limita a hacer afirmaciones sin ninguna fundamentación, para finalmente concluir que en la resolución de acusación y los fallos de instancia “se tergiversó la apreciación de las pruebas existentes, endilgándole una responsabilidad, que jamás se estableció en el proceso, a mi defendido..., pues siempre se partió de la base de su responsabilidad, produciendo con ello efectos probatorios que no se derivan de su contexto y desconocimiento la presunción de inocencia”.

El falso juicio de identidad implica demostrar que el juzgador alteró el contenido material de la prueba dándole un alcance que no tiene, o en otras palabras, poniéndola a decir lo que realmente ella no dice.

En lugar de esta demostración, pues en ninguna parte del escrito intenta al menos precisar en qué consistió la presunta tergiversación, lo que hace el censor es manifestar su inconformidad con las consideraciones y conclusiones a que llegó el fallador luego de analizar el conjunto de pruebas recaudadas, para tratar de imponer las suyas desde su particular óptica, poniendo de presente que desconoce que este recurso no es para confrontar el criterio personal con el del Juez, sino para demostrar la existencia de un error in procedendo o in iudicando.

Cabe en este punto observar, que la crítica a las consideraciones y conclusiones de la sentencia, no es otra cosa que una reiteración a la insistencia del actor en hacer de la demanda de casación un alegato de instancia, incurriendo en el despropósito de pretender desconocer un hecho debidamente probado, como lo es el que el procesado recurrente con su “visto bueno” en la orden de trabajo No.135 con destino a HELBER SANDOVAL, estaba autorizando el pago de la obra realizada, pasando por alto que esta circunstancia fue expresamente advertida por el mismo acusado en su indagatoria cuando dice textualmente: “Como Jefe de Campo de la Granja, debo dar un visto bueno, para que se haga el pago del contrato respectivo, eso va dentro de la orden de trabajo” (fl.201).

Es importante advertir, que el Tribunal en la sentencia recurrida jamás señaló “que HERNANDO CASTRO BONILLA había dado certificación o constancia de la realidad de la obra señalada en la orden de trabajo” refiriéndose a la suscrita por los otros dos procesados en sus calidades de Director Administrativo y Auditor, como equivocadamente lo interpreta el censor, pues la consideración que hace el sentenciador respecto a la orden de trabajo con el visto bueno es independiente de la referida a la constancia antes citada.

Los falladores de instancia siempre han tenido definido que CASTRO BONILLA, como empleado subalterno de la Granja, únicamente dio la autorización y visto bueno a la orden de trabajo No.135 –como lo reconoce el censor al entrar a desarrollar el primer cargo que formula, contrariando su inicial afirmación–, y que con ello participó en la falsedad ideológica de modo material pues no hubo tal trabajo, lo cual se ajusta a lo probado en los autos.

Y al referirse al delito de peculado concurrente, el Tribunal se pronunció así:

“...ha de considerarse que con base en la falsedad de documentos público en la que en forma directa participó y contribuyó CASTRO BONILLA, al dar fe o ‘visto bueno’ de la orden de trabajo No.135 en favor de Helber Sandoval; fue esencial, para obtener el fin delictuoso que se había propuesto, ya que sin ese documento, no había podido tener existencia los subsiguientes documentos falsos creados por los otros dos coautores para obtener la apropiación y aprovechamiento de la cantidad de \$108.000,00, que según HUMBERTO PEÑUELA VARILA, fueron destinados en favor de la campaña política de ALBERTO SANTOFIMIO BOTERO...”

Si se mira la esencia de los argumentos del impugnante, según el resumen de la demanda inicialmente reseñado, la Sala necesariamente tiene que concluir de acuerdo con el concepto del Procurador, que aquí ciertamente no se trata de un falso juicio de identidad objetiva de la prueba, pues no existe distorsión del sentenciador respecto de la objetividad de la prueba examinada, ya que la situación fáctica percibida por él es exacta a los sucesos reales.

Lo que ocurre es que el casacionista pasa por alto la esencia de la imputación, que como ya se vio, se basó no en la demostración de aspectos referidos en forma directa en relación con el procesado CASTRO BONILLA, sino en que se lo ha estimado como coautor junto con los otros sentenciados –tanto de la falsedad documental pública como delito de peculado por apropiación–.

Si lo que pretendía demostrar el censor es su inconformidad con la atribución de los delitos a todos los procesados –entre ellos el recurrente– como delito de grupo, ha debido hacerlo en un cargo separado, pues eso ya es un tema diverso que se refiere a la participación, y que no se logra demostrar con simples afirmaciones entremezcladas que ninguna relación guardan con la violación indirecta de la ley sustancial que invoca.

La confusión de la demanda impide precisar el verdadero alcance de las censuras, como pasa a verse:

Afirma el censor en forma totalmente contradictoria, que se incurrió en falso juicio al indicar que su representado “era coautor de unos delitos que jamás se cometieron por persona alguna, porque los documentos relacionados con el trámite y comprobantes respectivos, todos los auténticos, ya que solo se presentó falsedad en ...la firma de HELBER SANDOVAL en el comprobante de pago y cheque girado para la cancelación”.

En el primer cargo asevera respecto de su representado que , “su responsabilidad solo se limita a establecer si hizo o no la obra”, y a renglón seguido niega tal circunstancia cuando aduce que no existe falsedad por dar el “visto bueno” a la orden de trabajo, porque se cumplieron los trámites correspondientes, en lo que no tenía injerencia su representado.

Luego afirma que se estructuró otro delito diferente al “suplantar” PEÑUELA a SANDOVAL y que al inculpar aquél a CASTRO BONILLA como conocedor de su actuación, tuvo un “comportamiento mentiroso”, cuestionando así la valoración de la prueba, sin argumento valedero, Agrega que nunca se demostró que “la apropiación del dinero” que hizo PEÑUELA hubiera sido efectivamente para un homenaje a Santofimio Botero, argumento que de trascendencia.

En el segundo cargo aduce que el trabajo fue ejecutado como se demostró en el proceso y que los funcionarios que han intervenido en el mismo han hecho caso omiso de las pruebas sobre el particular, planteamiento completamente ajeno al falso juicio de identidad que invoca.

No obstante que el cesor reconoce que el giro sólo se podía hacer, luego del cumplimiento de las formalidades legales administrativas, como se dieron en el presente caso, argumenta que no se demostró en el proceso que su representado fuera “coautor, cómplice o encubridor” del delito de peculado porque este no se puede tipificar en relación con él, pues no tenía póliza de manejo y cumplimiento.

Como si fuera poco, el libelista mezcla en el último cargo afirmaciones y argumentos referentes a la existencia de los hechos punibles, a la responsabilidad de su defendido en ellos, al dolo, a la

antijuridicidad, aspectos que no solamente no es posible aducir en un mismo cargo como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, sino que además resultan totalmente contradictorias y carentes de lógica como se desprende de los siguientes planteamientos de la demanda.

Luego de afirmar que no existe certeza de los hechos punibles, dice el censor que si en algún momento llegó a existir el punible de falsedad, quien tiene que responder es Peñuela por la “posible suplantación que hizo de Sandoval”, y que como cuando se pagó la cuenta el dinero pertenecía a este último, el comportamiento de aquél al firmar el comprobante de pago y cobrar el cheque es un delito “totalmente distinto”, para sostener luego que “No fue posible determinar, con prueba idónea quién firmó la cuenta de cobro y el comprobante de pago...”, planteamientos evasivos y contradictorios.

Según el libelista tampoco existe certeza de la responsabilidad de su defendido, pues según su personal criterio la prueba tomada en la investigación administrativa no puede aceptarse en el mismo plano de igualdad que la recepcionista en el procesado penal, así sea trasladada con las formalidades legales, y según su apreciación totalmente subjetiva y carente de razón, como Peñuela no compareció al proceso a confirmar lo expresado en aquella investigación, solo es “sospechoso” y no tiene valor para fundamentar una condena.

Para cerrar con broche de oro su desatinada alegación, el casacionista afirma en forma totalmente desenfocada del error que invoca que el comportamiento de su representado “no es doloso, podría ser culposo, lo que en nuestra legislación no se toma como una conducta antijurídica y culpable o responsable”.

Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo con la sana crítica para tomar una decisión, es función que corresponde al juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación, máxime cuando en este caso concreto, además de que este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición de criterios del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo, es evidente la falta de lógica y

la contradicción en que se incurre en el libelo, lo que es verdaderamente inaceptable.

Los desaciertos de la demanda antes anotados, resultan más que suficientes para desechar los cargos formulados.

2o. El Procurador Delegado demanda la casación oficiosa del fallo del Tribunal, bajo la consideración de que se ha vulnerado el debido proceso, ya que éste exige la imposición de una pena de acuerdo con la responsabilidad demostrada del autor y las ilicitudes que le fueron endilgadas en la acusación.

Los procesados BONILLA PARIS y CASTRO BONILLA fueron condenados en primera instancia, a la pena privativa de la libertad de treinta y seis (36) meses de prisión como responsables del concurso de delitos de falsedad ideológica en documento público –art. 219 C.P.– que tiene una pena mínima de 36 meses, y de peculado por apropiación –art. 133 C.P.– que tiene un mínimo de 24 meses por la cuantía, concediéndoseles el subrogado de la condena de ejecución condicional. El procesado PEÑUELA VARILA fue condenado a treinta y ocho (38) meses de prisión por el mismo concurso de delitos incluido además el de falsedad en documento privado –art. 221 C.P.– cuya pena mínima es de 12 meses, se le dedujeron las circunstancias de agravación punitiva 9a., 11 y 15 reseñadas en el artículo 66 ibídem; se le negó la condena de ejecución condicional.

Ahora bien, el Juez de primer grado incrementó la pena del delito de falsedad “hasta en otro tanto” según la disposición del art. 26 del C.P., para un total de 72 meses para CASTRO y BONILLA, y 76 meses para PEÑUELA, y teniendo en cuenta que el dinero apropiado fue reintegrado antes de proferirse sentencia, rebajó a la mitad la pena total, incurriendo en un error, pues es evidente que la circunstancia de atenuación punitiva contemplada en el artículo 139 del C.P., solamente podía ser aplicable a la pena que corresponde al peculado, ya que el delito contra la fe pública no tiene establecida disminución específica alguna por concepto de reparación del daño.

El Tribunal Superior al conocer la sentencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por los procesados CASTRO y BONILLA, no

obstante considerar que la sanción impuesta era violatoria del principio de legalidad de la pena, dado que a los condenados no se les sancionó sino por un solo delito (falsedad art. 219 C.P.), quedando impune el peculado, estimó que por no haberse impugnado la sentencia por parte del Fiscal de los Juzgados del Circuito de Lérida como en realidad era su deber hacerlo, la segunda instancia carecía de oportunidad para restablecer el orden jurídico quebrantado, y que ya nada podía hacerse para enmendar esta irregularidad por expresa prohibición de la ley (arts. 31 inciso 2o. Constitución Política y 17 del C.P.P.), por ser los procesados antes mencionados, apelantes únicos.

Para respaldar su posición, el Tribunal trae a colación jurisprudencia de agosto 5 de 1992, en la cual la Corte se pronuncia en el sentido de que “El endurecimiento de la pena, que contempla como vedado la Constitución, cuando el único recurrente es el procesado, se da tanto cuando una pena determinada se intensifica, como cuando mediante la revocatoria de la absolución se abre camino para imponer una sanción que no se dio en la primera instancia”.

El caso que nos ocupa es bien diverso al que se trata en la jurisprudencia en mención, pues aquí no se puede considerar como agravación de la pena el hecho de que el Tribunal hubiese hecho vigente el principio superior de legalidad de la pena que fue vulnerado por el Juez *a-quo*.

El criterio reiterado de la Sala, es que el art. 31 de la Carta no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que a la par consagra el artículo 29, pues la primera disposición no se ha constituido en mecanismo que le dé una competencia especial al Juez de primer grado para apartarse de la preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e ineludibles consagradas en la ley, ni ese desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en un derecho a condición de que actúe como recurrente, toda vez que la armonización de los textos superiores que no podrían interpretarse en pugna, indica que la prohibición hace referencia a la “pena legal” y no a una tasación convencional o judicial que carecía de cabida dentro del ordenamiento vigente propio de un estado de derecho.

Cabe precisar como lo ha sostenido la Corte, que la legalidad de la pena constituye no solamente garantía con relación al procesado, sino igualmente para el Estado, puesto que el ejercicio del poder punitivo que a su nombre cumple la autoridad judicial legítima, ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el juez que jerárquicamente es competente para revisar el pronunciamiento en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

Debe agregarse, que el criterio expuesto ha sido contenido por la Corte en varios pronunciamientos: julio 29/92 M.P. Dídimo Páez Velandia, agosto 9/93 M.P. Juan Manuel Torres Fresneda.

El artículo 230 de la Carta consagra la independencia del juez, al disponer inequívocamente que "los jueces en sus providencias, sólo están sometidas al imperio de la ley", pero no les da una independencia tal que los coloque por encima o al margen de la misma.

Razón le asiste al Procurador Delegado cuando señala que el Juez *a quo* debe imponer las penas de acuerdo con la ley (legalidad de la pena), y que cuando ese supuesto no se da en la decisión de primera instancia ello legitima al Juez de alzada para corregir el error de legalidad de la dosificación punitiva, lo cual no implica ciertamente una agravación de la pena sino una corrección de la misma para ajustarla al marco legal que la define.

Hechas las anteriores precisiones, observa la Corte la necesidad de su intervención oficiosa en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, para hacer efectivo el principio de legalidad de la pena, garantía fundamental consagrada en la Constitución Política, y la decisión se extenderá a todos los procesados, recurrentes o no, tal como lo dispone el artículo 243 del estatuto procesal.

Para determinar la sanción privativa de la libertad que corresponde a los procesados, se partirá de la pena impuesta en la sentencia de primera instancia confirmada por el Tribunal, así: Para los procesados BONILLA PARIS y CASTRO BONILLA, se parte de 36 meses por el delito de falsedad, con un incremento de 8 meses por

razón del concurso con el peculado, disminuidos a la mitad (4 meses) conforme a lo dispuesto en el art. 139 del C.P., para una pena total de cuarenta (40) meses de prisión. Esta determinación trae como consecuencia la revocatoria del subrogado de la condena de ejecución condicional concedida en las instancias, por no darse el primer requisito contemplado en el art. 68 del C.P. Para el procesado PEÑUELA VARILA, se parte de 38 meses por el delito de falsedad en documento público, con un incremento de 2 meses por el punible de falsedad en documento privado y 8 meses por el peculado, disminuidos a la mitad (4 meses) por habersele reconocido la circunstancia de atenuación punitiva señalada en el art. 139 del C.P., para un total de cuarenta y cuatro (44) meses de prisión. La pena accesoria de la condena a la interdicción de derechos y funciones públicas se modificará en el sentido de que sea por un período igual al de la pena principal señalada en este fallo.

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:

Primero: Desestimar la demanda presentada por el defensor del procesado HERNANDO CASTRO BONILLA.

Segundo: Oficiosamente CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, para modificarla en el sentido de IMPONER al procesado HUMBERTO PEÑUELA VARILA la pena privativa de la libertad de cuarenta y cuatro (44) meses de prisión, como coautor del concurso de delitos por el que fue condenado, y a los inculcados ALVARO BONILLA PARIS y HERNANDO CASTRO BONILLA, la pena de cuarenta (40) meses de prisión, como coautores del concurso de delitos que se les imputa en el fallo impugnado.

Tercero: La pena de interdicción de derechos y funciones públicas será por el mismo tiempo de la sanción privativa de la libertad señalada en el numeral anterior.

Cuarto: Como consecuencia de que la pena de prisión supera los tres años, se REVOCA la condena de ejecución condicional que se había concedido a los procesados BONILLA PARIS Y CASTRO BONILLA, y en su lugar se niega el otorgamiento de este beneficio y se ordena librar las correspondientes órdenes de captura.

Quinto: Confirmar en todo lo demás la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario, "no".

CASACION DISCRECIONAL

El recurso extraordinario de casación por vía excepcional a que se refiere el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (hoy subrogado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993), previsto para los delitos que no acceden a la casación ordinaria, sólo proceden en aquellos casos en que la Corte lo considere “necesario para el desarrollo de la Jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

Así mismo, ha sido uniforme la jurisprudencia al indicar que es al impugnante a quien corresponde demostrar aquella condición de procedibilidad, en forma tal que al interponer el recurso, debe, así sea en forma breve, señalar a la Corte cuáles son los aspectos relacionados con el caso *sub-lite*, que estima necesarios sean desarrollados por la Jurisprudencia de la Sala de Casación, o cuáles los derechos fundamentales vulnerados, pues sólo de esa manera resulta posible a la Corporación decidir sobre la admisibilidad del recurso.

En cuanto a la oportunidad para presentar tales argumentaciones, se ha dicho que lo es dentro de la oportunidad legal para recurrir la sentencia de que se trate.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., seis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas, Presidente.

Aprobado Acta número 111.

Inadmitirá la Sala el recurso de casación discrecional interpuesto contra la sentencia de agosto 22 último, por medio de la cual el Juzgado Setenta y Tres Penal del Circuito confirmó la dictada por el Juzgado

Setenta y Tres Penal Municipal de esta ciudad, que condenó a NELSON ACHURI GARZON por los delitos de lesiones personales y hurto calificado y agravado.

Consideraciones de la Sala:

1. Dentro del término legal, el defensor del procesado Achuri Garzón manifestó su inconformidad frente a lo decidido por el *ad-quem*, expresando su voluntad de recurrir en “casación”; tal determinación, sin precisar si acudía a la casación ordinaria o a la discrecional previstas en el artículo 218 del C.P.P., pero sin agregar razón adicional que sustente la impugnación.

El Juez del Circuito imprimió correctamente el trámite atinente a la casación discrecional y fue así como mediante auto de septiembre 26 de 1994 dispuso la remisión del expediente a la Corte.

2. Ha expresado con anterioridad la Sala y ahora lo reitera, que el recurso extraordinario de casación por vía excepcional a que se refiere el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (hoy subrogado por el art. 35 de la Ley 81 de 1993), previsto para los delitos que no acceden a la casación ordinaria, sólo procede en aquellos casos en que la Corte lo considere “necesario para el desarrollo de la Jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”.

Así mismo, ha sido uniforme la Jurisprudencia al indicar que es al impugnante a quien corresponde demostrar aquella condición de procedibilidad, en forma tal que al interponer el recurso, debe, así sea en forma breve, señalar a la Corte cuáles son los aspectos relacionados con el caso *sub-lite*, que estima necesario sean desarrollados por la Jurisprudencia de la Sala de Casación, o cuáles los derechos fundamentales vulnerados, pues sólo de esa manera resulta posible a la Corporación decidir sobre la admisibilidad del recurso.

En cuanto a la oportunidad para presentar tales argumentaciones, se ha dicho que lo es dentro de la oportunidad legal para recurrir la sentencia de que se trate.

En el caso de la especie, el Juez del Circuito decidió remitir el expediente a la Corte, atendido al hecho de que el defensor del procesado expresó su disenso con la sentencia de segundo grado, el que llega a la Corporación con la simple manifestación de inconformidad y por ende sin aquellas mínimas razones que sirvan de impulso a la labor de la Corte, que sobre ellas debería sopesar la viabilidad de conceder el recurso, ya por la vulneración de “derechos fundamentales”, ya por la necesidad de unificar la Jurisprudencia.

Como la comentada expresión de disenso, no se acompañó de la necesaria fundamentación, así fuera en forma breve, ello conlleva a decir que no se demostró, y ni siquiera se intentó hacerlo, la necesidad del recurso excepcional habrá de ser negada.

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

Resuelve:

Inadmitir el recurso de casación discrecional interpuesto contra la sentencia de fecha y origen anotados.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos Mejía Escobar, “no”; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

**DEMANDA DE CASACION / LEGITIMA DEFENSA /
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY**

La mezcla indiscriminada de censuras con respecto a una misma prueba, resulta totalmente desafortunada pues no es posible determinar cuál es en definitiva la inconformidad del recurrente.

Plantear simultáneamente un falso juicio de identidad, falta de apreciación de una prueba e incorrecta valoración de la misma, es un buen ejemplo de una de las fallas que no se deben cometer en casación.

2. Es propio de la legítima defensa, que el injustamente agredido actué con la intención de producir daño a su agresor, para evitar que con su conducta lesiones el bien jurídico que se intenta proteger, de modo que no es lógico negar la intención para atribuir la muerte del atacante a sus inesperados movimientos, ya que eso conduce es a una causal de inculpabilidad –caso fortuito–.

La legítima defensa exige que la agresión además de actual e inminente sea injusta, esto es, contraria a derecho.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., seis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.*

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 111.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de RUBEN DARIO GUTIERREZ QUINTERO contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la

cual confirmó el fallo dictado en su contra, en el que se lo encontró responsable del delito de homicidio reconociéndole exceso en una causal de justificación, pero modificándolo en el sentido de condenarlo al pago en concreto para indemnización de perjuicios de \$12.630.000 y 150 gramos oro.

I. Hechos y actuación procesal:

Los primeros fueron resumidos por el Tribunal Superior así:

“La investigación giró en torno a hechos sucedidos en esta ciudad . en la zona de estacionamiento del edificio ubicado en la calle 18 sur No. 5A-31, en la mañana del sábado 8 de diciembre de 1990. Conforme a las narraciones procesales, en uno de los parqueaderos que le habían asignado, el acusado GUTIERREZ QUINTERO dispuso levantar unos muros para su cerramiento, hecho que fue duramente criticado por el hoy occiso y también copropietario DANILO ANTONIO MUÑOZ MAHECHA, al punto que en días previos al de los acontecimientos, procedió a derribarlos por su propia cuenta y riesgo.

“En las primeras horas de la madrugada del 8 de diciembre ya citado, cada uno de los prenombrados ingresó al edificio; la víctima se alojó en su apartamento dejando su vehículo estacionado en la zona correspondiente, en tanto que GUTIERREZ QUINTERO, se alojó en el consultorio médico que tenía allí establecido, para iniciar temprano sus labores, estacionando el automotor de manera tal que quedó obstruida la salida para el carro de MUÑOZ. A su turno éste y cerca de las 7 de la mañana se vio precisado a solicitar al celador LUIS ADALBERTO GUZMAN que ubicara a GUTIERREZ para movilizar la maquina. Cuando este individuo acudió se inició la contienda verbal que finalmente desembocó en enfrentamiento físico mutuo concluyendo con el accionar de un arma de fuego por parte de GUTIERREZ y en contra de la humanidad del ahora obitado; este individuo emprendió la huida valiéndose de una puerta interior de su consultorio.

“El herido fue conducido a un centro hospitalario en estado de inconsciencia del cual no se recuperó y falleció. Concluye la

necropsia en la correlación directa entre la lesión sufrida por penetración de proyectil de arma de fuego en la región fronto-parietal derecha, como origen a su vez de la muerte”.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal de esta ciudad, pasando con posterioridad las diligencias al Juzgado Cincuenta y Nueve de Instrucción Criminal al producirse el fallecimiento del señor MUÑOZ MAHECHA. Vinculado mediante indagatoria GUTIERREZ QUINTERO se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Cerrada la investigación penal, el Juzgado instructor calificó el sumario con resolución de acusación en contra del procesado por el delito de homicidio, reconociendo exceso en una causal de justificación.

Al Juzgado Veintitrés Superior le correspondió el trámite de la causa. Despacho que al entrar en vigencia el Decreto 2700 de 1991 se convirtió en Sesenta y Siete Penal del Circuito el cual, con posterioridad a la realización de la audiencia pública, profirió sentencia condenatoria contra GUTIERREZ QUINTERO imponiéndole una pena de veinte meses de prisión al encontrarlo responsable del delito de homicidio consumado en la persona de Danilo Antonio Muñoz Mahecha pero con la atenuante del exceso en la legítima defensa.

El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación confirmó la sentencia pero con las modificaciones antes anotadas.

II. La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación, argumenta el censor la violación del artículo 29 numeral 4o. del Código Penal, que proviene de error en la apreciación de la injurada del imputado y la falta de apreciación de las declaraciones de IVAN RICARDO MUÑOZ y LUIS ADALBERTO GUZMAN, así como de las fotografías tomadas al cadáver de DANILO ANTONIO MUÑOZ MAHECHA, argumentando lo siguiente:

- A) Se violó el artículo 29 numeral 4o. del Código Penal.

Desde su indagatoria, el procesado planteó la legítima defensa subjetiva u objetiva.

En la historia clínica está consignado el aliento alcohólico del occiso. La necropsia se realizó veinte días después de la ocurrencia de los hechos por lo que no es posible que el cadáver presente numerosa escoriaciones.

El mismo Tribunal aceptó, que tanto el reconocimiento efectuado al ingreso al hospital, como la necropsia fueron efectuados en forma defectuosa.

Por último las fotografías son imperfectas, todo lo cual genera dudas que favorecen al inculpado.

B) El indagado contestó todo lo que sabía sobre los hechos, todo lo que recordó y todo lo que se le preguntó el día 4 de febrero de 1991.

Es factible que no haya relatado que el occiso también cayó al suelo y que antes de ocurrir la lesión del occiso ambos se dieran golpes, como lo afirma el tribunal. Pero su defendido no hizo ninguna manifestación porque no se le ocurrió o porque no se le preguntó al respecto. Tampoco sobre este hecho fue claro Luis Adalberto Guzmán en sus tres versiones.

De la insuficiencia sobre este aspecto no se puede inferir que el procesado no se encontraba en indefensión y que había a su alcance otro medio diverso al utilizado para defenderse.

Este aspecto no fue justamente apreciado por el juez de segunda instancia.

C) La providencia atacada señala en su folio 6 que la afirmación del médico implicado no encuentra respaldo en cuanto al momento en que su vida corría peligro, pues la víctima amenazaba con aplastar su cráneo contra el piso, al tener un bloque de los que había en el suelo, correspondientes a la pared que había derribado.

La Sala no observó que al lado del cadáver se hallaban gran cantidad de bloques, olvidando que la diligencia de levantamiento de cadáver se efectuó en otro lugar y momento.

Pero en el expediente a folio 254 o 299 –existe doble numeración– se ve claramente que el día de los hechos había bastantes bloques de la pared destruida.

D) La exposición de Luis Adalberto Guzmán –celador del edificio– fue analizada en forma ineficaz, ya que éste afirma haber visto que el médico cayó y se incorporó rápidamente a lo cual siguió la detonación.

Entre la discusión, que debió durar unos minutos y la pelea que sostuvieron transcurrió un tiempo que el juzgador no puede determinar. No fue inmediato el disparo al momento de levantarse el inculcado, transcurrieron minutos que no fueron contemplados por el Tribunal. Pero además, el testigo no determinó la posición del sindicado al momento de producirse el disparo.

E) El Tribunal no apreció en forma correcta lo afirmado por el técnico de la división criminalística, grupo de balística forense, concluyendo sin criticar la declaración de Guzmán y mucho menos el experticio técnico, ya que éste señaló que no es posible determinar la posición de víctima y victimario al momento del disparo por tratarse de cuerpos en movimiento.

Al no haberse producido nueva escenificación con testigos y sindicado como lo solicitó el perito debe aceptarse el dicho del sindicado al no existir medio de dilucidar este hecho.

F) El Juzgado Cincuenta y Nueve de Instrucción Criminal desechó la declaración del sobrino del occiso –Iván Ricardo Escobar Muñoz– al confundir el ruido de un disparo con el que puede provocar una varilla al ser golpeada en una persona. Además porque desde el cuarto piso donde se encontraba no se percató de la agresión física de Danilo hacia el médico, sin poder explicar en consecuencia las versiones que el inculcado presentaba.

En el mismo sentido el Juzgado Sesenta y Siete desechó este testimonio al incurrir en contradicciones.

Declaración que se ve preparada en la medida que Jhon Fredy Muñoz Mahecha –hermano del occiso– al formular la denuncia afirmó no haber

testigos de los hechos, siendo relevante que este señor habite el mismo apartamento de su sobrino.

El Tribunal no se ocupó de este interrogante y por ello aceptó que esa declaración no es del todo contradictoria.

G) Luis Adalberto Guzmán depuso en tres oportunidades y en ellas admite que no presenció todas las incidencias de los hechos y que no vio otro testigo en el lugar de los acontecimientos. Afirma que la agresión la inició Danilo siendo el provocador de los hechos dado su estado de nerviosismo, que se desprende del aliento alcohólico que presentaba al ser recibido en la clínica.

La legítima defensa encuentra todos sus elementos probados.

La agresión o violencia injusta la comprueba Luis Adalberto Guzmán, quien afirmó que el agresor fue Danilo, pues mientras el occiso hablaba éste le daba patadas.

La antijuridicidad está comprobada, ya que Danilo no debía derribar la pared embriagado, ufanándose del acto al escribir un papel en el que se declaraba autor del hecho. Con el ataque a puntapiés se muestra la antijuridicidad de la conducta.

La actualidad o inminencia del ataque se estructura cuando GUTIERREZ caído por la acción de Danilo estaba amenazado por su atacante con un bloque de tal suerte que consideró que su vida corría peligro.

Que el acto defensivo, sea indispensable para su defensa es de valoración subjetiva sólo por quien se halló en esas circunstancias.

Gutiérrez no tenía otro medio para defenderse distinto al de disparar. Su actitud obedeció al deseo de intimidad, herir, asustar, mas no al de matar.

Solicita la absolución de su defendido acorde con lo alegado.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su condición de representante de la sociedad estima que si bien el Decreto 2700 de 1991, no precisa la obligación para el demandante que acude a la vía indirecta, de distinguir si el quebrantamiento de la ley devino por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, no por ello cualquier alegación que se oponga al criterio valorativo expuesto por los falladores debe ser considerado como una demanda de casación.

Siempre se ha sostenido, que no basta alegar la causal primera, sino que se hace necesario precisar el motivo y sentido de la violación, esto es, que el supuesto quebrantamiento encuentra demostración por vía directa o indirecta, para que así se pueda admitir bien invocada la causal. Estos aspectos permiten distinguir si el escrito puede ser considerado como demanda o como simple alegato de instancia.

El defensor de GUTIERREZ QUINTERO, escasamente señala que acude a la causal primera, siendo fácil colegir que la sustentación no será más que un alegato instancial. En efecto el ataque muestra una particular visión de los hechos y las pruebas presentadas por el libelista, contrario al criterio del juzgador que pretende descalificar por no corresponder con el propio.

En el afán de hacer triunfar ante la Corte su particular crítica probatoria, contraría las elementales reglas de lógica. Véase, el planteamiento en relación con las declaraciones de Luis Adalberto Guzmán e Iván Ricardo Escobar Muñoz, de quienes en principio predica error por “falta de apreciación” para posteriormente sostener que fueron analizados en “forma ineficaz”.

Si determinado medio probatorio no fue apreciado en el fallo –error de hecho por falso juicio de existencia–, riñe contra la lógica sostener que fue analizado en forma ineficaz –error de hecho por tergiversación o distorsión– pues resulta desatinado pensar que se pueda tergiversar lo omitido.

Resulta incomprensible la postura del demandante en relación con la versión de Luis Adalberto Guzmán, al desconocer cuál es el yerro que

pretende demostrar. Igual réplica se presenta en relación con la inconformidad planteada frente a la declaración de Iván Ricardo Escobar, pues no obstante haber alegado omisión en su análisis, su inconformidad radica en no atenderse los interrogantes eventuales que de las afirmaciones del deponente podrían surgir. Esto corresponde a un falso juicio de convicción que fue entremezclado indebidamente con un falso juicio de existencia.

Frente al punto central de la impugnación: la absolución por la existencia de una causal de justificación el demandante introduce afirmaciones que configuraran quizás una causal de inculpabilidad que no una de justificación, ya que GUTIERREZ QUINTERO, en su concepto lo único que pretendió fue intimidar a su contrincante con tan mala fortuna que fueron sus desordenados movimientos los que encontraron el disparo tirado al aire por aquel.

En la legítima defensa, es elemental que se acepte el dolo homicida, en quien no tenía otra alternativa de repeler un peligroso, inminente e injustificado ataque hacia su integridad.

Finalmente la Delegada solicita que se case parcialmente la sentencia en la medida que se impuso la pena accesoria de “suspensión de la patria potestad” sin ninguna motivación, olvidando el sentenciador que éstas también exigen sustentación.

IV. Consideraciones de la Corte:

1o. Son tan graves las fallas de técnica en que incurre el censor en la proposición y desarrollo de esta censura, que la Corte necesariamente tiene que llegar a la conclusión de la desestimación del cargo. Veamos por qué:

Lo primero que se advierte es que el demandante no distingue si el quebrantamiento de la ley se produjo por vía del error de hecho o de derecho, y si bien es cierto que el estatuto actualmente vigente no exige que el error planteado se califique en uno u otro sentido –de hecho o de derecho– si se debe indicar en qué consiste la inconformidad, para así mismo saber a qué debe apuntar su fundamentación. La claridad en la

presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, es lógico concluir que el cargo y en este caso la demanda no tiene vocación de prosperidad.

El planteamiento inicial radica en que el Tribunal no apreció las declaraciones de Luis Adalberto Guzmán e Iván Ricardo Escobar Muñoz, es decir alega en este punto un falso juicio de existencia por omisión; no obstante esto olvidando su argumento en el desarrollo de la demanda y analizando la sentencia del Tribunal, el censor manifiesta:

“...ahora en lo referente a la exposición del señor LUIS ADALBERTO GUZMAN, celador del edificio, cuya manifestación está analizada en forma ineficaz, pues el testigo dice haber visto que el médico cayó y que se incorporó rápidamente y a lo cual siguió la detonación” (fls. 6 y 7 demanda - negrilla extratextual).

“F) El H. Tribunal, para sustentar sus anteriores afirmaciones dice que:

‘...No en todo es contradictoria e inverosímil (*sic*) esta declaración, tal y como se propuso (se refiere al dicho de IVAN RICARDO ESCOBAR MUÑOZ (fl. providencia atacada)’.
.

“El *ad quem*, no se ocupó de ese interrogante y por ello acepta esa declaración que ‘no en todo es contradictoria e inverosímil’ (*sic*). Esta omisión la considero errada apreciación de la prueba” (negrillas extratextual).

Como se desprende de los apartes transcritos, ahora el censor no alega la falta de apreciación de las versiones de Iván Ricardo Escobar Muñoz y Luis Adalberto Muñoz, sino que estima que una fue analizada en forma ineficaz esto es, que no se le reconoció credibilidad, argumento propio del error de derecho, y de la otra dice que fue apreciada en forma errada, alegación del falso juicio de identidad.

La mezcla indiscriminada de censuras con respecto a una misma prueba, resulta totalmente desafortunada pues no es posible determinar cuál es en definitiva la inconformidad del recurrente.

Plantear simultáneamente un falso juicio de identidad, falta de apreciación de una prueba e incorrecta valoración de la misma, es un buen ejemplo de una de las fallas que no se debe cometer en casación.

2o. Dentro de la demanda el libelista hace afirmaciones que no corresponden a la realidad de la actuación.

a) Al analizar el testimonio de JHON FREDY MUÑOZ MAHECHA, aduce que este señor bajo juramento afirmó que no hay testigos de las lesiones producidas a su hermano y que finalmente conllevaron su muerte, sin embargo lo que textualmente dijo el declarante fue lo siguiente:

“PREGUNTADO: Diga al Despacho qué personas se dieron de cuenta del hecho que está denunciando?. CONTESTO: No puedo informar eso pues yo no estaba pero sí debe de haber testigos, yo no sé”. (Fol. 3 vuelto cuaderno principal).

No es lo mismo manifestar que no hay testigos, a señalar que sí debe haber testigos, porque éstas son dos afirmaciones distintas, en la primera se niega categóricamente un hecho, en la segunda se desconoce su existencia pero se cree que sí puede haberse presentado.

Pero toda duda se disipa al leer la ampliación de la denuncia en la que afirma:

“PREGUNTADO: Ha averiguado qué personas fueron testigos de los hechos? CONTESTO: Estaba el portero, porque, él tuvo que llamar al agresor para que corriera el carro y mi sobrino, quien fue el que me informó sobre los hechos” (fol. 6 vuelto cuaderno principal).

b) En relación con la versión de Luis Adalberto Guzmán señala que el testigo afirmó que quien inició el ataque fue Danilo, porque mientras el médico le hablaba éste le mandó unas patadas.

Miremos lo afirmado por el testigo:

“En ese instante salía un carro yo fui a abrir el portón de salida cuando escuché voces que discutían el señor RUBEN DARIO con el señor DANILO, se decían cosas, entonces yo voltié a mirar a ver que era lo que pasaba y vi que don RUBEN DARIO le mandó un bofetón a don DANILO y él, don DANILO le mandó una patada, (*sic*) creo que hay (*sic*) don RUBEN DARIO se cayó pero al instante se incorporó otra vez y siguieron discutiéndose y hay (*sic*) pelidándose” (fol. 15 cuaderno principal - negrilla extratextual).

Es claro que quien inició la agresión fue Ruben Darío y no Danilo como lo afirma el libelista ya que su defendido fue el primero que golpeó –dio el bofetón– y esta actitud tiene gran importancia frente legítima defensa que se viene invocando.

c) Arguye que la Sala de decisión no observó que al lado del cadáver se hallaban abundantes bloques de la pared derruida. circunstancia que fue alegada por el indagado para demostrar que con ellos el hoy occiso lo trató de golpear cuando se encontraba en el piso indefenso.

Revisemos el texto de la sentencia del Tribunal:

“Se probó entonces indefectiblemente, que ambos contrincantes se dieron de golpes y es aquí donde la Sala discrepa de la valoración probatoria hecha, toda vez que el último aspecto visto no fue en debida forma estudiado, orientándose el enfoque de manera principal sobre la situación física del procesado para llegar a ubicarlo en la plena indefensión cuando lo cierto es que repelió en forma ineficaz los golpes recibidos, antes de hacer uso del arma. Dice el señor defensor que se probó la existencia de unos bloques o ladrillos en el lugar del insuceso y ello no se niega, pero de ahí a que se dé por sentado que con uno de estos elementos, MUÑOZ MAHECHA se lanzara sobre GUTIERREZ cuando yacía en el piso es imposible, máxime si se tiene en cuenta que las personas que acudieron inmediatamente al sitio, e incluso el mismo testigo GUZMAN a fol. 142, nada

encontraron cerca del cuerpo de la víctima, que supuestamente esgrimía el objeto contundente cuando recibió el disparo. En concreto víctima y victimario se trenzaron voluntariamente en lucha, en riña, lo cual de por sí ya elimina la legítima defensa mientras no se varíen esas condiciones iniciales y como en este evento no se modificaron, la figura no tenía cabida” (fol. 6 sentencia tribunal - negrilla de la Corporación).

El Tribunal sí tuvo en cuenta y valoró la afirmación de GUTIERREZ QUINTERO en relación con la existencia de los bloques de ladrillo en el lugar de los hechos, situación diferente es que no hubiese llegado a las conclusiones de la defensa. Al respecto se debe recordar que analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo con la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al Juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición del criterio del demandante al del Juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo.

3o. En lo que tiene que ver con el planteamiento de fondo, varias son las precisiones que se deben hacer.

a) Equivocado y por demás contradictorio resulta, sostener que su defendido obró amparado por la causal de justificación legítima defensa, teniendo en cuenta que:

“Estando caído o semicaído, no tenía a su alcance otro medio para impedirle a DANILO su intención homicida y por eso actuó como lo consideró oportuno ante el peligro que amenazaba su vida, pero sin intención de herir o matar; lo ocurrido fue por los movimientos inesperados del atacante, movimientos propios de las circunstancias de ambas partes” (fol. 13 demanda).

Es propio de la legítima defensa, que el injustamente agredido actúe con la intención de producir daño al agresor, para evitar que con su conducta lesione el bien jurídico que se intenta proteger, de modo que no es lógico negar la intención para atribuir la muerte del atacante a sus

inesperados movimientos, ya que eso conduce es a una causal de inculpabilidad –caso fortuito–.

b) La legítima defensa exige que la agresión además de actual o inminente sea injusta, esto es, contraria a derecho. En el caso en estudio no sólo la actitud agresiva partió del procesado quien en el transcurso de la discusión le dio una bofetada al hoy occiso lo que motivó su reacción, sino que además del material probatorio lo que se desprende es una simple riña donde la acción de los adversarios es recíprocamente injusta. Naturalmente si en el transcurso de la pelea cambian los medios de ataque y defensa, es lógico pensar que la persona tiene el derecho a defender el bien jurídico que está en inminente peligro de ser menoscabado, circunstancia que no está probada en este asunto.

En conclusión, lo que se observa es una decisión muy benévola, pues el reconocimiento del exceso en la legítima defensa resulta bastante discutible, pero inmodificable en las circunstancias en que se desarrolla el recurso:

4o. Finalmente, la Corporación estima acertada la sugerencia del Procurador Delegado sobre la Pena accesoria de suspensión de la patria potestad, ya que efectivamente se impuso sin ninguna motivación, como si ella fuera inherente a la pena de prisión.

Pero de otra parte, no existe fundamento alguno para su imposición, pues no se ve de qué manera el hecho cometido pueda conducir a que resulte inconveniente el ejercicio de la patria potestad, de modo que la irregularidad se subsanará casando parcialmente la sentencia y revocando la aplicación de esa sanción accesoria, en ejercicio de la facultad oficiosa que otorga a la Sala el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

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: Desestimar la demanda presentada.

Segundo: Casar parcial y oficiosamente la sentencia recurrida revocando la pena accesoria de suspensión de la patria potestad.

Tercero: En todo lo demás se mantiene el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario, "no".

DELITOS CONEXOS / DEMANDA DE CASACION

El recurso extraordinario de casación se instituyó para reparar el agravio inferido por un fallo de segunda instancia proferido por los diferentes Tribunales del país contra cualquiera de los sujetos procesales. Sin embargo, su medida la dan los delitos que fueron materia del proceso, cuya importancia se mide por las penas máximas que les asigna la normatividad penal.

El Código de Procedimiento Penal de 1991 señalaba en un comienzo que los delitos por los que se había procedido debían tener como máxima una pena privativa de libertad de cinco o más años. Luego la Ley 81 de 1993 elevó el monto a seis (6) años. La reforma conservó la extensión del recurso a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la dicha anteriormente.

Respecto de los delitos conexos es menester una aclaración adicional. Cuando el fallo versa sobre varios delitos, basta que uno solo de ellos cumpla con las exigencias del recurso extraordinario para que éste se extienda a todos los demás que, en condiciones normales no serían susceptibles de estudio en la Corte.

Puede suceder, sin embargo, que por alguno de ellos se absuelva y por los demás se condene a los imputados. En este caso, el recurso de casación, si es interpuesto por la defensa, procedería únicamente por los delitos, objeto de la condena. Si la conducta que fue materia del reproche penal continúa cumpliendo con las exigencia casacionales, no existe dificultad alguna. Pero si el punible que otorga la competencia a esta sede es objeto de absolución es claro que los restantes, que son los que exigen la reparación por medio de la impugnación, al tener una menor entidad de la exigida por el artículo m218 en comento, quedan

de por sí excluidos, pues la ofensa presuntamente inferida y el resarcimiento consiguiente al través de la casación del fallo, es menor a la que exige el instituto para actuar.

Diferente es el caso cuando cualquier otro de los sujetos procesales impugna el fallo respecto del delito que otorga la competencia a esta Sala. En este supuesto, los demás delitos conexos serían objeto del recurso, pues la presunta afrenta causada con el fallo corresponde a la normatividad.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diez de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 112.

Vistos:

Al examinar la Sala si el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados *Edgar Medina Rendón, Miguel Ulises Aedo y Ana Lilia Méndez Lasso* reúne los requisitos establecidos en el artículo 218 del C. de P.P., se observa que el delito por el que se procede no admite dicha impugnación extraordinaria. Por consiguiente, procede la Corporación a subsanar la irregularidad anotada.

Antecedentes:

El Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Cali, el dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992) formuló resolución de acusación contra los imputados, así: en contra de Edgar Hernán Medina Rendón por los delitos de falsedad material en documento público y falso testimonio; respecto de *Ana Lilia Méndez Lasso y Miguel Ulises Aedo* por el punible de falso testimonio.

El Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali, el quince (15) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), dictó fallo condenatorio contra los procesados por el ilícito de falso testimonio al tiempo que absolvía a

Medina Rendón por el injusto de falsedad material en documento público. El Tribunal confirmó esta decisión según sentencia de noviembre 9 del mismo año y contra ella el defensor de los imputados recurrió en casación.

El Tribunal Superior de Cali, en principio desechó el recurso argumentando "...que la pena máxima señalada para el ilícito de falso testimonio por el que se declaró penalmente responsable a los aquí condenados, es de cinco años, lo cual nos indica que no reúne el requisito sustancial exigido en la norma en comento, hoy modificado por la Ley 81/93 en su artículo 35".

Contra esta decisión interpuso recurso de reposición el impugnante con fundamento en lo preceptuado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 218 del C. de P.P., que extiende el recurso de casación a los delitos conexos. Tal razonamiento lo acogió la Colegiatura *ad quem* con fundamento en haberse investigado también una falsedad material de particular en documento público cuya pena máxima es de ocho (8) años de prisión "...y aunque del mismo fue absuelto Edgar Hernán Medina Rendón, único procesado al que se le formuló tal cargo, para efectos del recurso extraordinario resulta indudable la conexidad...".

La Corte:

1. El recurso extraordinario de casación se instituyó para reparar el agravio inferido por un fallo de segunda instancia proferido por los diferentes Tribunales del país contra cualquiera de los sujetos procesales. Sin embargo, su medida la dan los delitos que fueron materia del proceso, cuya importancia se mide por las penas máximas que les asigna la normatividad penal.

El Código de Procedimiento Penal de 1991 señalaba en un comienzo que los delitos por los que se había procedido debían tener como máxima una pena privativa de libertad de cinco o más años. Luego la Ley 81 de 1993 elevó el monto a seis (6) años. La reforma conservó la extensión del recurso a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la dicha anteriormente.

2. Respecto a los delitos conexos es menester una aclaración adicional. Cuando el fallo versa sobre varios delitos, basta que uno sólo de ellos cumpla con las exigencias del recurso extraordinario para que éste se extienda a todos los demás que, en condiciones normales no serían susceptibles de estudio en la Corte.

Puede suceder, sin embargo, que por alguno de ellos se absuelva y por los demás se condene a los imputados. En este caso, el recurso de casación, si es interpuesto por la defensa, procedería únicamente por los delitos, objeto de la condena. Si la conducta que fue materia del reproche penal continúa cumpliendo con las exigencias casacionales, no existe dificultad alguna. Pero –el presente asunto es un ejemplo– si el punible que otorga la competencia a esta sede es objeto de absolución, es claro que los restantes, que son los que exigen la reparación por medio de la impugnación, al tener una menor entidad de la exigida por el artículo 218 en comento, quedan de por sí excluidos, pues la ofensa presuntamente inferida y el resarcimiento consiguiente al través de la casación del fallo, es menor a la que exige el instituto para actuar.

Diferente es el caso cuando cualquier otro de los sujetos procesales impugna el fallo respecto del delito que otorga la competencia a esta Sala. En este supuesto, los demás delitos conexos serían objeto del recurso, pues la presunta afrenta causada con el fallo corresponde a las exigencias de la normatividad.

3. En varias oportunidades la Sala ha hecho claridad sobre el asunto. Por ejemplo, en marzo diez (10) del año en curso con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia precisó:

“Es cierto que el inciso segundo de dicho precepto permitía (se refiere al art. 218 del C. de P.P.) y lo sigue permitiendo hoy la reforma (Ley 81/93), extender el recurso a ‘los delitos conexos aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior’, pero ha de entenderse tal precepto siempre que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite, o por lo menos, cuando se haya condenado por él al recurrente así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos (por ser este aspecto solamente conocido en el escrito de demanda).

“Además de lo expresado en precedencia, existen otras razones que permiten arribar a idéntica conclusión, a saber: a) En materia penal la responsabilidad es siempre individual y por consiguiente la conexidad delictiva para efectos de viabilidad del recurso extraordinario cuenta independientemente para cada procesado, y b) Porque de no ser así, se estaría desconociendo el interés legítimo para recurrir, en la medida en que no podría impugnar un procesado condenado por el delito conexo cuyo máximo punitivo no admite la casación a nombre del coprocesado condenado por el delito cuya pena sí la admite”.

4. Por consiguiente, dado que el fallo por el que se procede fue dictado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 81 de 1993 que elevó la procedencia del recurso de casación a delitos con pena privativa de la libertad de seis años o más y que en este proceso únicamente se recurre por el delito de falso testimonio cuya pena máxima es de cinco (5) años de prisión, habiéndose proferido fallo absolutorio por el de falsedad particular en documento público, la Sala ha de declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que concedió el recurso extraordinario de casación (febrero 18 de 1994), toda vez que aquel se encuentra penalizado con una sanción inferior a la señalada por la ley para dar vía libre a la impugnación. El proceso se devolverá al Tribunal de origen para lo de su cargo.

5. Así las cosas, la actuación surtida respecto al trámite y concesión del recurso de casación se encuentra viciada de nulidad, la cual habrá de declararse, quedando el fallo cuestionado en firme, haciendo tránsito a cosa juzgada.

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

Resuelve:

Declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto que concedió el recurso extraordinario de casación, de fecha febrero 18 de 1994, visible a folios 581 y siguientes del cuaderno original. En

consecuencia, dada la improcedencia del recurso, el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali queda ejecutoriado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA

Hoy por hoy no existe en nuestro ordenamiento jurídico procesal norma alguna que regule el valor de verdad en materia probatoria. En esta labor, el juzgador goza de amplia discrecionalidad, tan sólo limitado por la lógica, la razón, las reglas de la experiencia y el sentido común que son los ingredientes del principio de la sana crítica.

El perfil del recurso extraordinario de casación, no es otro que el de un juicio lógico-jurídico que realiza la Corte en torno de la legalidad de la sentencia acusada.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta número 113.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación penal que presentó oportunamente el señor defensor del condenado NELSON SORED ACÓSTA IZQUIERDO contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del distrito judicial de Santafé de Bogotá, D.C., mediante la cual confirma la del Juzgado 68 Penal del Circuito de la misma ciudad, dictada el 19 de febrero de 1993 en el proceso que se adelantó a los imputados Javier Vargas Velásquez y NELSON SORED ACOSTA IZQUIERDO, la cual les impuso la pena principal privativa de la libertad de 16 años de prisión más la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 10 años, como coautores responsables del homicidio agravado en Gilberto González Arias.

Hechos:

Cerca de la media noche del sábado 15 de marzo de 1992, en el sitio conocido como "El Callejón de la Muerte", ubicado en la calle 1C con carrera 7a. de este distrito capital, murió Gilberto González Arias a manos de Javier Vargas Velásquez y NELSON/SORED ACOSTA IZQUIERDO, quienes le infligieron 12 heridas contusas en el cráneo, ocasionadas con un ladrillo y una botella, la mayor de 12 cms. y la menor de 0.5 cms.; una herida ocasionada por arma corto-punzante de 4 cms. de longitud por 3 cms. de profundidad, localizada en la región lateral izquierda del cuello; 3 lesiones con arma cortopunzante, la mayor de 1.5 cms. y la menor de 1 cm.; en antebrazo cara dorsal de mano derecha y falange proximal del dedo índice izquierdo; y 4 heridas con arma de igual naturaleza, la mayor de 2.5 cms. y la menor de 0.5 cms. localizadas, tres de ellas, en la región supraescapular, y la otra en el área deltoidea.

En resumen, el fallecimiento se produjo por hipertensión endocraneana secundaria a trauma craneo-encefálico severo por elemento contundente.

Actuación procesal:

Por tales hechos, el Juzgado 58 de Instrucción Criminal de esta ciudad abrió la correspondiente investigación, a la cual fueron vinculados con indagatoria los imputados Javier Vargas Velásquez y NELSON SORED ACOSTA IZQUIERDO, quienes fueron capturados debajo de una cama en destartalada habitación distinguida con el No. 7-57, a donde conducían, a 20 ó 30 metros de distancia, las huellas de sangre que partían de la escena del crimen, y en cuyo interior, concretamente en el patio de ropas, dentro de un balde y encima de vestimenta de Vargas Velásquez, se hallaron algunas prendas de vestir mojadas escurriendo al parecer sangre (fl. 4).

Este último presentaba herida aún sangrante producida con arma cortopunzante y hubo de reconocer que la citada ropa "estaba sangrada", pero que no sabía de quién era (fl. 58).

A los sindicados les resolvió la situación jurídica el Juzgado 58 de Instrucción Criminal, mediante auto del 24 de marzo de 1992, con medida

de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como coautores del delito de homicidio en Gilberto González Arias (fls. 67-75).

Agotada la instrucción, la misma se declaró cerrada el 11 de junio siguiente, la cual recibió calificación, por parte de la Fiscalía 101 –Unidad Dos de Vida de esta ciudad– el 8 de julio de 1992, con el proferimiento de resolución acusatoria contra los inculcados como coautores presuntamente culpables del delito de homicidio agravado (artículos 323 y 324.6 del C.P.), sin derecho a libertad provisional (fls. 192-198).

Ejecutoriada la anterior providencia, el asunto pasó a conocimiento del Juzgado 68 Penal del Circuito de este distrito capital, despacho que le impartió al juicio el rito procesal correspondiente (fl. 206).

En el trámite de la causa no varió la prueba tenida en cuenta para la calificación del sumario y así se llegó a la celebración de la audiencia pública, la que comenzó el 14 de enero de 1993 (fl. 257) y concluyó el 8 de febrero siguiente (fls. 274-300), al término de la cual el Juzgado de conocimiento profirió sentencia condenatoria contra los acusados, imponiéndoles la sanción correspondiente, como coautores responsables del delito imputado en la resolución de acusación.

La demanda:

Con sujeción al artículo 220 del C.P.P., el impugnante acusa la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C., de ser violatoria de la ley sustancial como consecuencia del error de hecho que se cometió en la apreciación y crítica del testimonio del señor Juan Carlos Hurtado Llanos, el cual, según el libelista, constituye el fundamento fáctico del fallo condenatorio, muy a pesar de las múltiples contradicciones que se le advierten, las cuales resalta el actor, para concluir que no merece el crédito que los juzgadores le otorgaron.

En desarrollo del cargo, el censor hace ver que los agentes de la policía que realizaron el operativo, Luis Héctor Ramírez Rodríguez, Luis Alejandro Flórez Solano y Jaime Guío Díaz, infirman al testificante

Hurtado Llanos cuando anotan que no vieron a persona alguna en el teatro de los acontecimientos ni antes ni después de los hechos.

Se duele el recurrente de que los juzgadores no le hayan dado credibilidad a los citados agentes de la policía, dada su calidad moral y social, y en cambio sí se la dieron al testigo Hurtado Llanos, quien “es un ser de la calle con flexible calidad moral”.

Para cuestionar la credibilidad de este testimonio único, el censor relievra las circunstancias de distancia –10 metros– y visibilidad –había alumbrado eléctrico– en que, según éste, observó los hechos, en contraposición a la referencia de los policiales en el sentido de que “el lugar es oscuro y la calle no tiene luz”, tal como se dejó consignado en el acta de levantamiento del cadáver –“sin alumbrado público”–.

Así pues, se queja de que no se haya interpretado el referido testimonio conforme a los principios de la sana crítica, teniendo en cuenta la personalidad, percepción y demás singularidades del mismo, insistiendo en la ocurrencia del error de hecho denunciado, con el consiguiente quebranto de los artículos 247, 254 y 294 del C.P.P.

Igual reparo hace respecto de los miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, en quienes se apoya el juzgador, colocándolos “de presente” en la diligencia de levantamiento del cadáver, como colaboradores del funcionario, no obstante las “grandes imprecisiones” en que incurren en sus testimonios.

Termina solicitando la casación del fallo de segunda instancia, para que en su lugar dice la sentencia que en derecho corresponda, “por cuanto se presentó error de hecho por parte del Juzgado 68 Penal del Circuito y Tribunal Superior de Santafé de Bogotá ‘al no apreciar legalmente el testimonio del señor Hurtado Llanos’ y no observar los criterios de la sana crítica para la apreciación del testimonio, lo cual generó una ‘interpretación errónea’ con claro quebranto de los artículos 254, 294 y 247 del C.P.P.”.

Por otra parte, censura el actor “la escasa investigación” realizada y el deficiente interrogatorio a que fueron sometidos los agentes respecto de las afirmaciones en contra vía del testigo único, así como la omisión

del “examen de mediación y hemoclasificación a las ropas al parecer ensangrentadas...”, con la secuela de ostensible quebrando del artículo 249 del C.P.P., aunque enseguida anota que el experticio forense de hemoclasificación no da tránsito a la certeza, dada la nota aclaratoria del perito en el sentido de “no contar con un procedimiento científico confiable”.

Concepto del Ministerio Público:

Que no se case la sentencia impugnada es la opinión del señor Procurador lo. Delegado en lo Penal, por cuanto las graves falencias de naturaleza técnica que presenta la demanda impiden su prosperidad.

Hace ver, en efecto, que el “cargo único” que al principio postula el censor como violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, lo desarrolla como un error de derecho por falso juicio de convicción, cuando discrepa del valor que el juzgador le dio al testimonio de Juan Carlos Hurtado Llanos, aduciendo que “no es el que la ley procedimental contempla”.

Observa el señor Procurador Delegado lo improcedente que resulta en casación acusar por error de valoración de un medio probatorio, como el testimonio, toda vez que la ley no predetermina el valor que corresponde a cada uno de ellos, siendo el racional criterio del juzgador el que gobierna tal actividad.

Encuentra además que el cuestionado testimonio no es la única prueba que obra en el proceso. De otros elementos de juicio (indicios) se valieron los falladores en la formación de la convicción de responsabilidad penal de los sentenciados y, en consecuencia, los mismos debieron ser atacados por el demandante, puesto que ellos sirven de sustento legítimo a la sentencia acusada.

En torno de la precaria investigación aludida por el censor, el señor Procurador Delegado asume que es un desacierto técnico formular dentro de un mismo cargo este reproche que en su opinión debe canalizarse por la causal tercera (nulidad), al tiempo que advierte que el Juez es el supremo director de la investigación y como tal, el llamado a decidir sobre la

necesidad de determinadas pruebas, con apoyo en su experiencia, en la lógica y demás datos de ciencia albergados en el proceso.

Según el señor Procurador Delegado, el no haberse realizado el examen forense que el censor echa de menos, tiene la explicación y justificación ofrecida por el perito, en el sentido de que en ese momento se carecía de instrumentos y procedimiento científico confiables para determinar el RH de las muestras de la sustancia que se sospechaba correspondían a sangre humana, aunque ellas coincidieron con el tipo sanguíneo "A", perteneciente a la víctima.

Consideraciones de la Corte:

Desde ya hay que decir que el escrito de demanda no puede prosperar, pues además de las fallas de técnica de que adolece y a las cuales se referirá enseguida la Sala, la confrontación de la realidad procesal denota la acertada apreciación probatoria por parte del fallador.

En efecto, en la demanda y particularmente en el concepto de la violación, postula el actor, de entrada, un cargo único contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de este distrito capital, por supuesta incursión en un error de hecho en la apreciación y crítica del testimonio del joven Juan Carlos Hurtado Llanos.

Sin embargo, en el desarrollo del cargo el actor resulta planteando otras censuras que fundamenta en la siguiente forma:

1. Echa de menos la credibilidad que debió darse a los testimonios de los agentes que realizaron la captura, que infirman al testigo cuestionado;
2. Alega que el testimonio excepcional de Hurtado Llanos no fue interpretado conforme a las reglas de la sana crítica –de allí el quebranto que se acusa del artículo 294 del C.P.P.–; y
3. Repara sobre la escasa investigación que se le deparó a los hechos; el deficiente interrogatorio que se hizo a los agentes que realizaron el operativo frente a las aseveraciones del testimonio de

incriminación, y la omisión del examen de las huellas de sangre halladas en las prendas de vestir de uno de los implicados.

Pues bien, a ninguno de los referidos cargos el censor les dedica el mínimo proceso de demostración, por lo cual todos se quedan en meros enunciados y simples afirmaciones generales, sin arraigo en la realidad fáctica del proceso; por ende el escrito nada acredita ni persuade.

Mírese, si no, el primer cargo (único para el demandante), vale decir que el sentenciador cometió error de hecho en la apreciación y crítica del testimonio de Juan Carlos Hurtado Llanos, porque le dio el crédito que no merece, dadas las manifestaciones que hizo de que en la escena del crimen había luz, que luego entró a la casa donde se produjo la captura de los sentenciados y allí vio las ropas ensangrentadas que éstos momentos antes vestían, las cuales mudaron por otras limpias y recién planchadas.

Se desprende de esta presentación del cargo que el actor omite la técnica en la alegación del error de hecho, puesto que en éste sólo se incurre a través de falsos juicios de existencia o de identidad; en el primer caso, por omisión de alguno de los medios de prueba recogidos en el proceso, o por suposición de uno que éste no alberga; en el segundo, por distorsión o tergiversación de un determinado medio probatorio que sí milita en el expediente.

Como bien puede observarse, en ninguno de estos supuestos se acomoda la imputación aludida contra la sentencia acusada, y entonces ella se reduce a un mero enfrentamiento con el criterio del fallador de segundo grado en asunto de valoración de la prueba. De allí el principio de prevalencia de que se halla investido su criterio, siendo ésta la razón por la cual se afirma que la sentencia de segunda instancia viene precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

La misma crítica cabe hacer al adicional reparo –el primero en la enumeración–, consistente en que el juzgador no le dio el crédito que, en opinión del censor, merecían los agentes que intervinieron en el procedimiento de captura de los procesados, no obstante que éstos no avalan el testimonio de Hurtado Llanos.

Y abunda la razón, porque si el aludido cargo, junto con los dos restantes, constituyen el desarrollo del error de hecho planteado, este intento es a todas luces equivocado. No cae en cuenta el actor que su esfuerzo, en lugar de demostrar el error de hecho postulado, resulta orientado a proponer un error de derecho por falso juicio de convicción, con su implicación de abandono del proceso demostrativo al que estaba obligado respecto del anterior cargo.

Pero este nuevo planteamiento de la censura tampoco es ortodoxo frente al sistema de la sana crítica imperante, el cual excluye toda manifestación tarifaria en el proceso valorativo de la prueba. Hoy por hoy no existe en nuestro ordenamiento jurídico procesal norma alguna que regule el valor de verdad en materia probatoria. En esta labor, el juzgador goza de amplia discrecionalidad, tan sólo limitado por la lógica, la razón, las reglas de la experiencia y el sentido común que son los ingredientes del principio de la sana crítica, que en este evento no ha sufrido mengua alguna, como lo sostiene el impugnante, pretendiendo revivir nuevamente el debate probatorio que ya cumplió su ciclo en las instancias, olvidando por contera el perfil del recurso extraordinario de casación, que no es otro que el de un juicio lógico-jurídico que realiza la Corte en torno de la legalidad de la sentencia acusada.

La crítica que el recurrente le dispensa al testimonio del joven Juan Carlos Hurtado Llanos, apoyándose en los testimonios de los agentes de la policía, no es desafortunada.

En realidad, los policiales mal podían haber visto al testigo antes de los hechos, no sólo por la oscuridad que ellos mismos refieren que predominaba en el sector, sino porque su arribo se produjo con posterioridad a la consumación del delito, y respecto de esta última circunstancia el funcionario de instrucción no los interrogó con detenimiento acerca de la presencia del "Negro", o sea del testigo (fls. 160), a quien según éste los agentes le preguntaron si había visto lo ocurrido, pero que como lo negara, le dijeron que se retirara.

La credibilidad otorgada por los falladores al testimonio que el actor censura no es gratuita. El testigo Hurtado Llanos advirtió que vio los hechos en razón de la discusión que oyó en la calle y al salir de la

habitación observó a los tres protagonistas que procedían de la carrera 7a. “en un problema grave, peñando por la carrera 7a. hacia el Callejón del barrio Las Cruces”. De los tres conocía a los procesados, eran “dos muchachos conocidos de ahí del Callejón”, a uno lo distinguía con el nombre de Javier y el otro con el apodo de “Payaso”. Eran aproximadamente las diez y media de la noche.

El relato de este testigo es abundante en detalle, que suele entregar quien realmente haya presenciado los hechos.

Y es por eso que afirma sin vacilación alguna que vio al procesado Javier Vargas Velásquez derribar a la víctima a causa de una zancadilla. Encontrándose en el suelo, Nelson Sored Acosta Izquierdo conocido como Payaso por el oficio que realizaba, “cogió un ladrillo grande, un bloque, lo alzó y lo puso en la cabeza al señor muerto, el señor siguió gritando, no se pudo levantar y fue cuando el otro, Javier, cogió una botella de salsa de tomate, se la rompió al señor en la cabeza, y Payaso con un pico de la misma botella empezó a darle puñaladas en el suelo al señor y fue cuando Javier le ponía la pata en la cara, también, le daban patadas y con el bloque le daban también. Javier le descargó el bloque al muerto varias veces, muchas veces, como 15. De ahí fue cuando el otro Payaso seguía cebado dándole puñaladas y cuando ya el señor quedó sin vida, entonces ellos o sea Payaso y Javier se fueron a una casa que queda cerca de ahí y empezaron a lavar la ropa y fue cuando llegaron tres señores del orden, los policías, iban dos uniformados y uno de civil...” (fls. 159 y 160).

Como fácilmente se observa, el testigo alude a un bloque o ladrillo, que muchas veces fue descargado por Javier Vargas sobre la cabeza de la víctima y a una botella con la que se le infirieron varias lesiones en otras regiones corporales, todo lo cual coincide con el número de heridas de naturaleza contundente que el forense encontró en la región craneana (12 en total) y otras 8 ocasionadas con instrumento corto-punzante, en distintas áreas.

A lo anterior hay que agregar, como lo hizo el *ad-quem*, la concordancia que el testimonio presenta con los de los agentes del operativo, cuando éstos aluden a las huellas de sangre que del lugar del crimen partían hacia la casa donde fueron aprehendidos los procesados y

al hallazgo de la vestimenta que en el momento de los hechos éstos usaban (una chaqueta de bluyín, un pantalón y un saco de lana), la cual estaba “al lado del lavadero, en el suelo, como mojada la ropa escurriendo sangre”; uno de ellos estaba herido en la mano y se habían cambiado de ropa (fls. 166).

El testigo afirmó que vio todo muy bien porque había luz. Sin embargo, el acta de levantamiento del cadáver refiere que el lugar carecía de alumbrado público, lo cual puede deberse a un error en el acta o a un desperfecto sobreviniente en el interregno o al hecho de quien está acostumbrado a la oscuridad, aprecia como luz cualquier vislumbre. Con todo, esta inconsistencia no le resta credibilidad al testimonio, que además ofrece concordancia circunstancial con otros medios de prueba, especialmente de naturaleza pericial (características de las heridas reconocidas en la necropsia), testimonial e interdiciaria.

Efectivamente, como lo anota la Procuraduría Delegada, los falladores arribaron al convencimiento de la responsabilidad penal de los sentenciados, no sólo con base en el testimonio que cuestiona el censor, sino ayudados de la prueba indiciaria que se relaciona en la sentencia y que la demanda no ataca.

Significa lo anterior que el análisis de la sana crítica del testimonio no estuvo ausente en el fallo censurado y que la credibilidad que se le brindó al testigo principal encuentra fundamento en otros medios de prueba que, examinados en su conjunto, producen la certeza a la que llegó el Tribunal en torno de la responsabilidad penal de los justiciables.

Por último, es igualmente un desacierto alegar como error de hecho, la parquedad investigativa, echando de menos otras pruebas no incorporadas al proceso, omisión que si era tan trascendente para los intereses de los procesados, ha debido reclamarse por la vía de la causal tercera de nulidad en caso de que se hubiese violado el derecho a la defensa.

Pero debe advertirse, como lo admite el recurrente, que algunas pruebas adicionales no se pudieron practicar, a pesar de haber sido ordenadas, y no fueron de otra parte, consideradas como esenciales por el juzgador, para los fines de la investigación.

No prospera la censura.

Por lo considerado, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado, de fecha y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario, "no".

COLISION DE COMPETENCIA / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / AUDIENCIA ESPECIAL / NULIDAD

La competencia asignada por la ley a la Corte a través del incidente de colisión es exclusivamente para desatar la controversia, esto es, que escapa a su conocimiento cualquiera otro asunto que se le proponga con ocasión de dicho incidente, inclusive que si en desarrollo de su función encuentra una irregularidad capaz de invalidar la actuación podrá a lo sumo insinuarla al competente en ese momento procesal pero jamás decretarla y menos, con fundamento en ella, abstenerse de dirimir el conflicto, salvo que éste no haya sido debidamente trabado.

2.No en vano el artículo 37 del C. de P.P., tal como quedó subrogado por el artículo 3o. de la Ley 81 de 1993, exige perentoriamente como acto previo al trámite de la solicitud de sentencia anticipada una providencia de fondo ejecutoriada: la resolución de la situación jurídica o la resolución de acusación, porque es allí donde están contenidos con fuerza procesal vinculante “los cargos formulados por el Fiscal” que el procesado debe aceptar libre y voluntariamente para que sobre los mismos se profiera sentencia “siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales”; pues si el procesado no está de acuerdo con dichos cargos el procedimiento a seguir ya no será el de la sentencia anticipada sino el consagrado en el artículo 4o. de la citada Ley 81, en donde en “audiencia especial” se procederá a la negociación en los términos allí indicados. En ambos casos, sin embargo, incumbe al Juez que tenga la competencia analizar los hechos probados, la acusación o el acuerdo para con base en ello proferir el fallo correspondiente.

En esta forma busca el legislador evitar dilaciones procesales innecesarias que pueden suscitarse sobre la naturaleza del hecho

y obviamente sobre la competencia, pues apelada cualquiera de las providencias arriba indicadas tiene el superior la oportunidad de examinar los aspectos referidos y corregir cualquiera irregularidad en que hubiese podido incurrir el funcionario *a quo*.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia*.

Aprobado Acta número 113.

Procede la Corte, de plano, a resolver el incidente de colisión de competencias suscitado entre los Juzgados Regional de Santafé de Bogotá y el Sexto Penal del Circuito de Neiva dentro de la causa adelantada contra WILSON DE JESUS SUAREZ y DUBER SANCHEZ BASTIDAS por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de la Fuerza Pública.

Antecedentes inmediatos:

1. El 6 de abril de 1994, en operativo practicado por miembros del Departamento de Policía Nacional Neiva se detuvo y sometió a registro el taxi de servicio público de placas VXF-463 conducido por JOSE EDISNEY CORTES, que de Neiva se dirigía a la capital de la República, hallándose en su interior un revólver "Magnum" calibre 3.57 con seis cartuchos explosivos, una pistola calibre 7.65 con proveedor con capacidad para nueve cartuchos, cinco cartuchos y una pistola 4.5 mm. de balines, elementos que fueron decomisados y por lo cual se dio captura tanto al conductor del taxi como a los ocupantes WILSON DE JESUS SUAREZ, DUBER SANCHEZ BASTIDAS, SAMUEL FORERO BUSTOS y REINA MARIA ROJAS.

2. Dentro de la investigación iniciada por la Fiscalía 12 Especializada de Neiva fueron oídos en indagatoria los capturados, luego fueron puestos a disposición del Fiscal Regional donde se les resolvió la situación jurídica mediante auto de abril 28 de 1994 (fols. 57 y ss. c. copias) con medida de aseguramiento de detención preventiva para Suárez, Sánchez y Forero Bustos por los delitos de concierto para delinquir y

porte de armas de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, y absteniéndose de decretar medida alguna respecto del conductor y la mujer capturados a quienes se les dio inmediata libertad.

3. Notificado el proveído fue recurrido en apelación por Suárez el 11 de mayo (fol. 132 y 134), no obstante haber pedido desde el 9 sentencia anticipada (fol. 135), y por Forero Bustos mediante escrito del 11 de mayo también en donde simultáneamente solicita sentencia anticipada (fol. 129), en tanto que Sánchez se limitó a demandar sentencia anticipada (fol. 130).

4. El 16 de junio de 1994 el Fiscal Regional (fol. 144) concedió el recurso de apelación interpuesto por Forero y Suárez contra el auto que resolvió situación jurídica y sin que se hubiera desatado la alzada, el 17 de junio (fl. 145), el mismo Fiscal Regional accedió a las solicitudes basadas en el artículo 37 del C. de P.P. y para ello dispuso la celebración de la correspondiente audiencia (fol. 141) la que se llevó a cabo por Fiscal comisionado (fol. 158) en donde los procesados solamente aceptaron el delito de porte ilegal de armas.

Remitido el proceso al Juzgado Regional de Santafé de Bogotá para el fallo correspondiente (fol. 162), despacho que al considerarse carente de competencia se abstuvo de conocer del asunto, remitiéndolo al Juzgado Penal del Circuito de Neiva –reparto– al que le propone colisión negativa de competencia en el evento de no compartir sus razonamientos, correspondiéndole al 6o. el que aceptó el incidente propuesto, enviando la actuación a la Corte para lo de su cargo.

Razones de los colisionantes:

1. El Juzgado Regional de Santafé de Bogotá empieza por cuestionar la validez del rito procesal dado por el Fiscal Regional al presente caso, lo que de por sí le impediría avocar el conocimiento, para seguidamente sostener que ninguna de las armas decomisadas de acuerdo con la legislación vigente constituye arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas y en cuanto a la munición, por haber sido derogado el Decreto 2003 de 1982 que la clasificaba, ha de entenderse que la referida en el proceso no es de uso privativo de la Fuerza Pública, por lo que la

competencia está radicada en los Juzgados Penales del Circuito, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

2. El Juzgado 6o. Penal del Circuito de Neiva, sin descartar que le pueda asistir razón al Juez Regional en cuanto a la naturaleza de las armas decomisadas, no acepta la competencia por cuanto la Fiscalía Regional al definir la situación jurídica de los implicados consideró que una de las armas decomisadas era de uso privativo de las Fuerzas Armadas, cargo único que aceptaron los procesados en el acta, siendo entonces del resorte del Juez Regional resolver la petición de sentencia anticipada, dictándola o rechazándola de acuerdo a lo probado en el proceso y no como ha ocurrido que “usurpando la facultad acusatoria conferida por mandato constitucional a la Fiscalía General de la Nación (artículo 250 de la Carta), critica y desestima la calificación provisional de un proceso que no tiene aún concluida su etapa sumarial y procede a declararse incompetente y a provocar un conflicto de competencia no sólo inoportuno o inconveniente sino inocuo e incluso perjudicial para la administración de justicia y lo que es más grave: para los procesados que privados de su libertad aguardan respuesta –cualquiera que ella sea– a su petición de sentencia anticipada pues con sólo allegar un dictamen pericial idóneo se pueden establecer todas las características necesarias para concluir si las armas decomisadas o alguna de ellas son o no de uso privativo de las Fuerzas Militares y con ello clarificar tipicidad, competencia y punibilidad”.

Consideraciones de la Corte:

1. Sea lo primero destacar, como reiterada y pacíficamente lo ha sostenido la Sala, que la competencia asignada por la ley a la Corte a través del incidente de colisión es exclusivamente para desatar la controversia, esto es, que escapa a su conocimiento cualquiera otro asunto que se le proponga con ocasión de dicho incidente, inclusive que si en desarrollo de su función encuentra una irregularidad capaz de invalidar la actuación podrá a lo sumo insinuarla al competente en ese momento procesal pero jamás decretarla y menos, con fundamento en ella, abstenerse de dirimir el conflicto, salvo que éste no haya sido debidamente trabado.

Por tanto, aun cuando le asiste razón al Juez Regional en sus glosas al procedimiento seguido por el Fiscal de esa especialidad en el presente

caso, nada puede hacer directamente la Corte al respecto, pues la invitación que se le hace en este preciso instante procesal es para que dirima un conflicto suscitado en la causa entre un Juez Regional y uno Penal del Circuito en relación con una actuación cumplida formalmente dentro de una competencia especializada, sea ésta válida o no –eso lo dirá el Juez competente–, debiendo proceder la Sala seguidamente a ello en forma exclusiva.

2. Como aparece de bulto la falta sustancial en el procedimiento adelantado por el ente acusador que obliga a su saneamiento en guarda del derecho fundamental del debido proceso, la decisión por tomar en este incidente tendrá por objeto determinar el juez competente para remediar solamente dicho entuerto, vale decir, que no entrará a ocuparse la Corte de la naturaleza de las armas objeto del proceso toda vez que con las luces arrojadas sobre este tópico, una vez remediada la irregularidad, el ente acusador dentro de su función precisará dicha naturaleza y por ende la real competencia en este asunto.

3. No en vano el artículo 37 del C. de P.P., tal como quedó subrogado por el artículo 3o. de la Ley 81 de 1993, exige perentoriamente como acto previo al trámite de la solicitud de sentencia anticipada una providencia de fondo ejecutoriada: la resolución de situación jurídica o la resolución de acusación, porque es allí donde están contenidos con fuerza procesal vinculante “los cargos formulados por el Fiscal” que el procesado debe aceptar libre y voluntariamente para que sobre los mismos se profiera sentencia “siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales”; pues si el procesado no está de acuerdo con dichos cargos el procedimiento a seguir ya no será el de la sentencia anticipada sino el consagrado en el artículo 4o. de la citada Ley 81, en donde en “audiencia especial” se procederá a la negociación en los términos allí indicados. En ambos casos, sin embargo, incumbe al Juez que tenga la competencia analizar los hechos probados, la acusación o el acuerdo para con base en ello proferir el fallo correspondiente.

En esta forma busca el legislador evitar dilaciones procesales innecesarias que pueden suscitarse sobre la naturaleza del hecho y obviamente sobre la competencia, pues apelada cualquiera de las providencias arriba indicadas tiene el superior la oportunidad de examinar

los aspectos referidos y corregir cualquiera irregularidad en que hubiese podido incurrir el funcionario *a-quo*.

4. Como en el presente caso la providencia que resolvió la situación jurídica calificó los hechos como “concierto para delinquir” y “porte de arma de fuego de uso privativo de la fuerza pública” –lo que constituiría la acusación del Fiscal–, determinación impugnada y sin que aún se conozca el criterio definitivo del superior de ese Fiscal al respecto, el cual bien podría mantener o no dicha “acusación” o, inclusive, llegar a variarla considerando, por ejemplo, que solamente se está en presencia del porte de armas de defensa personal, y en cualquiera de esos eventos, sabría la Fiscalía en forma clara ante qué juez se formularía la acusación, en el evento de que se llegase a esa etapa, o a cuál se enviaría el caso para efectos de la sentencia anticipada pedida y tramitada según lo ha señalado la ley.

Significa lo anterior que la competencia para corregir la irregularidad generada por la precipitud del Fiscal Regional al tramitar la solicitud de sentencia anticipada la tiene el Juez de dicha especialidad que lo es el de Santafé de Bogotá que propuso el incidente a donde se remitirá la actuación, informando con copia de este proveído al 6o. Penal del Circuito de Neiva.

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

Resuelve:

Dirimir el incidente de colisión asignando la competencia, tan sólo para lo indicado en la parte motiva, al JUEZ REGIONAL de Santafé de Bogotá que lo propuso a donde se remitirá inmediatamente la actuación. Infórmele, con copia de este proveído, al Juez de Neiva colisionante.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, “no”; Guillermo Duque Ruiz, Carlos Eduardo Mejía E. “no”; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

UNIDAD PROCESAL / UTILIZACION ILEGAL DE
UNIFORMES / PERITAZGO / RECONOCIMIENTO EN
FILA DE PERSONAS / DEFENSOR / INDAGATORIA /
NULIDAD / FISCAL REGIONAL

En cualquier etapa del proceso hasta antes de que finalice la audiencia pública, las partes pueden presentar las objeciones que a bien se tuviese para efectos de contradecir la prueba pericial.

2. Que la diligencia de reconocimiento en fila de personas o la ampliación de indagatoria no se hubiese realizado con la presencia del defensor de confianza, sino con uno de oficio, en nada afecta la legalidad del proceso, ni se puede pretender con ello que se ha vulnerado el derecho a la defensa, porque en casos de urgencia y ante la ausencia injustificada del defensor de confianza, la investigación no se puede detener y es por ello, que el funcionario tiene todo el derecho que ante la imposibilidad de contar con el defensor de confianza puede practicar la prueba con un defensor de oficio y para el solo efecto de esa diligencia y tal proceder no puede servir de pretexto para alegar con posterioridad violación del derecho de defensa.

3. La falta de la firma del instructor en la diligencia de ampliación de indagatoria, no acarrea irregularidad por cuanto con la expedición del Decreto 2790 de 1990 reformado por el Decreto 099 de 1991, el cual fue elevado a legislación permanente por el Decreto 2266 del mismo año, autorizó a los funcionarios judiciales de la entonces denominada jurisdicción de orden público que reservaran su identidad en la práctica de pruebas con el fin de garantizar su seguridad.

4. Jurisprudencial como doctrinariamente se han establecido varios requisitos para que por conexión las conductas ilícitas puedan ser de conocimiento de un juez determinado, ellos son:

1. Unidad de sujeto activo.
2. Pluralidad de acciones o infracciones.
3. Comunidad del medio probatorio.
4. Unidad de denuncia y de proceso.

La razón de ser de este instituto no es otra que la de favorecer al procesado en la celeridad de la actuación, en aprovechamiento de la comunidad probatoria y la economía procesal que por razones de conveniencia con la justicia se hace necesario que los delitos se deban conocer en un solo proceso.

5. Si bien el tipo penal previsto en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, artículo 4o., lleva por título "Utilización ilegal de uniformes e insignias" su contenido es más vasto puesto que contiene diversos verbos rectores que alternativamente contemplan conductas diferentes, entre ellas las de importar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, comprar, vender, suministrar, sustraer, portar o utilizar.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 113.

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), mediante la cual el Tribunal Nacional confirmó con algunas modificaciones, la condena que el Juzgado de Orden Público impuso a WILLIAM GALLEGO LOPEZ y RAFAEL ANTONIO POSADA OSPINA el día veintisiete (27) de abril del mismo año. Al

primero, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión como cómplice del delito de homicidio en grado de tentativa, y coautor de hurto calificado y agravado. A Rafael Antonio Posada Ospina a siete (7) años de prisión como autor del delito de homicidio en grado de tentativa y coautor de hurto calificado y agravado.

Así mismo, a éste último se le condenó como autor de los delitos de porte ilegal de armas de defensa personal y utilización ilegal de uniformes e insignias.

La impugnación fue concedida por el Tribunal el día cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), posteriormente, fue declarado desierto para el procesado Willian Gallego López al no haber presentado el libelo dentro del término de traslado. Presentada la demanda a nombre de Rafael Antonio Posada Ospina fue declarada ajustada a las previsiones legales por la Corte con proveído del diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y tres.

Se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicitó no casar el fallo impugnado.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes.

Hechos:

Ocurrieron el día 23 de octubre de 1990 en el barrio Quirigua de esta capital, cuando el señor Fabio Moreno conducía el taxi distinguido con placas SE 7315 y fue abordado por dos jóvenes que una vez en el vehículo lo amenzaron con una pistola y como opusiera resistencia le hicieron un disparó que impactó en la cara.

Los asaltantes se llevaron el taxi dejando abandonado al herido y más tarde, el vehículo fue encontrado en un parqueadero del Barrio Casa Blanca.

Inicialmente fue capturado William Gallego López, quien suministró los datos para la aprehensión del otro procesado, encontrándosele a este

último en su casa de habitación varias prendas de uso privativo de la policía y una pistola calibre nueve milímetros, precisamente con la que había sido herido el taxista.

Actuación procesal:

Las diligencias fueron remitidas al Juzgado 59 de Instrucción Criminal, quien se abstuvo de conocer de las mismas por considerar que carecía de competencia al haberse hallado en casa de uno de los procesados prendas de vestir de uso exclusivo de la Policía Nacional.

El Juzgado Cuarto de Orden Público a quien le correspondió por reparto, avocó conocimiento y por auto del 29 de octubre de 1990, ordenó la apertura de la correspondiente investigación penal.

Escuchados en indagatoria William Gallego López y Rafael Antonio Posada Ospina, les fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva con auto de fecha 8 de noviembre de 1990.

Así mismo, ordenó la compulsión de copias con destino a los juzgados de Instrucción Criminal para que por competencia “continúe la investigación respecto del detenido WILLIAM GALLEGO LOPEZ”.

Por su parte, el Juzgado Cincuenta y Nueve de Instrucción Criminal no aceptó conocer del diligenciamiento y provocó colisión de competencia negativa. El Juzgado de Orden Público reasumió el conocimiento del mismo.

El día ocho (8) de noviembre se recibe peritaje de la División de Criminalística de la DIJIN en el que da cuenta que la vainilla encontrada fue percutida por el arma incautada.

Perfeccionada al máximo la investigación, ésta fue cerrada y calificado el mérito del sumario con resolución de acusación contra William Gallego López como coautor de los delitos de homicidio tentado y hurto calificado y agravado; y a Rafael Posada Ospina, además de los anteriores, se le imputó en calidad de autor los punibles de utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas de defensa personal.

El expediente pasó al Juzgado de Conocimiento de Orden Público, quien por auto del seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) abrió el juicio a pruebas.

Luego de resolver varias peticiones de libertad provisional y de practicar varios elementos de juicio, el Juzgador con auto del tres (3) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992), citó para sentencia y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

El Juzgado de Conocimiento de Orden Público dicta sentencia de primera instancia el día veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992), la cual fue confirmada por el Tribunal Nacional con pronunciamiento del diecisiete (17) de julio del mismo año.

Los argumentos de la demanda:

El defensor del procesado Rafael Antonio Posada Ospina presenta seis cargos contra la sentencia, al amparo de la causal tercera de casación, por la presunta existencia de irregularidades que afectan la validez del proceso.

El primero de ellos lo hace consistir en que la resolución de acusación contiene motivación anfibológica, por cuanto que en los procesados no hubo la intención de matar y que incluso el instructor y el ofendido hablan de lesiones leves y que de la misma manera, no hubo apoderamiento total del vehículo, puesto que el mismo, solo estuvo un día en el parqueadero donde fue encontrado y que por tanto es preciso hablar de tentativa de hurto.

Termina solicitando se case la sentencia “por el cuestionamiento anfibológico, oscuro o contradictorio tanto de la resolución de acusación como de las dos sentencias de condena (primera y segunda instancia) ambas inspiradas en el contenido equivocado de dicha resolución” y que como consecuencia de tal declaración se ordene la libertad inmediata de su defendido.

En el segundo cargo considera que se practicaron pruebas a espaldas de los detenidos, y con violación a las formas propias del juicio.

Dentro del mismo ataque denuncia otra irregularidad que considera constitutiva de anulación, porque se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, por “falta de traslados, de autos y dictámenes y práctica de pruebas suprepticias”.

En relación con este cargo dice que la inspección judicial a las prendas de uso privativo de la policía nacional se realizó sin la presencia de los sindicatos y afirma que también se hizo inspección a la pistola incautada en la casa de Rafael Posada, pero que a éste se lo torturaba para que dijera que era de Gallego López.

Que la inspección realizada al taxi también fue a espaldas de los sindicatos.

Que los dictámenes de criminalística y el reconocimiento médico no fueron puestos a disposición de las partes con el auto de traslado de rigor, para de esta manera denegarles la oportunidad del recurso.

Termina solicitando se case la sentencia y se disponga en qué estado debe quedar el proceso.

La tercera censura contra el fallo de instancia es porque “se omiten las pruebas para burla o agravio de los detenidos, quienes estando en cautiverio constituyen fácil presa de la ofensa... cuando de deja de verificar las citas para sacar injuriosamente al Estado avante en todos los cargos provenientes de equivocados informes de Policía, o cuando se imputan cargos violando el principio lógico de no contradicción”.

En el argumento que ubica en el primer orden, habla de la nulidad por falta de práctica de las pruebas indispensables para la defensa y en segundo lugar, por la falta de comprobación o verificación de las citas hechas por los sindicatos.

En un tercer numeral dice de la existencia de una nulidad por violación del principio lógico de no contradicción que fundamenta así: “taponando la defensa... dejó sin garantías a los procesados: nunca pudieron controvertir las pruebas dejadas de practicar: aún más: algunas practicadas lo fueron a espaldas suyas: acusando por tanto la sentencia

recurrida por haberse inspirado en una resolución de acusación totalmente viciada de nulidad al haber violado el principio lógico de no contradicción: observen los H. Magistrados que a sabiendas de que existían las mencionadas nulidades ...obsesionadamente el instructor le dice a la justicia... que al no observarse nulidad alguna... se entra a radicar en juicio criminal a todos los detenidos”.

Considera que las irregularidades consisten en no haberse corrido traslado a los sindicados del dictamen de criminalística producido por la Dijin y de haberse realizado a espaldas de los sindicados las inspecciones judiciales al taxi, a la pistola y a las prendas policiales decomisadas.

Denuncia, igualmente, que se haya realizado la diligencia de reconocimiento de personas sin presencia del abogado titular, por habersele nombrado uno de oficio.

Afirma haber solicitado ampliación de la indagatoria, pero que no fue citado para la misma, porque se realizó con un abogado de oficio y que la diligencia no está firmada por el funcionario instructor y que tampoco se verificaron las citas.

Protesta por los testimonios solicitados y negados, concretándose en su criterio una nulidad por omisión en la práctica de pruebas.

Igualmente recuerda, que Posada Ospina denunció haber sido objeto de torturas, pero que las mismas no fueron investigadas.

Solicita se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación.

El cuarto cargo, al igual que los anteriores, es formulado al amparo de la causal tercera, en esta ocasión por estimar que los presuntos delitos imputados a su defendido no fueron cometidos con el uso de insignias ni uniformes de uso privativo de la policía y que inicialmente se dispuso que la investigación de la conducta de Gallego López debía ser remitida a la justicia ordinaria, pero que luego se había echado pie atrás, considerando la conexidad de las conductas sometidas a investigación.

Termina solicitando se decrete la nulidad por falta de competencia de la jurisdicción especializada, puesto que las insignias de la policía no fueron utilizadas en la consumación de los delitos que son objeto de juzgamiento.

El quinto cargo, lo formula porque el Juez guardó “silencio sobre el alcance de las pruebas, y las argumentaciones de las partes... quebranta el principio de contradicción, el derecho de defensa y el debido proceso: Eso lo dice la Corte y a la Corporación hay que creerle”.

Luego de numerosas citas jurisprudenciales dice que si se ahonda en la declaración de Fabio Moreno se puede llegar a la conclusión que “Para tergiversar la verdad... siempre se guardó silencio sobre esta deponencia. O mejor: para violar las reglas de juego o de procedimiento o incurrir casi en forma deliberada en error en los elementos del tipo (error en la escogencia de los elementos del tipo) se guardó silencio sobre el alcance de este testimonio”.

Luego de citar un aparte de esta declaración concluye que el ofendido jamás quiso delimitar responsabilidades y que tampoco se le preguntó nada al respecto, situación que se repitió en la diligencia de reconocimiento en fila de personas y que por eso “Los procedimientos de los dos procesados nunca se conocieron en forma escalonada o individualizada”.

De sus propias consideraciones concluye que ninguno de los detenidos apuntó al rostro del ofendido y que el disparo surgió como consecuencia del forcejeo.

Solicita se declare la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de investigación.

El cargo sexto, lo presenta porque en su criterio se erró en la escogencia del tipo o de los elementos del mismo, habida cuenta que “A sabiendas de que todo el material probatorio apuntaba a la demostración de una riña imprevista que excluía el dolo deliberado o dolo de propósito... las sentencias escogieron el homicidio tentado... excluyendo las simples lesiones personales: La sentencia recurrida no podía escoger el art. 323

en armonía con el art. 22 de la codificación punitiva...” concluyendo que “si está probado que ni Rafael Posada ni el mismo William Gallego López utilizaron palabras inequívocamente amenazantes contra el chauffer (*sic*) ofendido... en cabeza de quién cabe que esté probada la intención de matar...? Si probado está que los dos detenidos sólo forcejearon con el herido... sin proferir una sola palabra de amenaza o inequívocas palabras de amenaza... en cabeza de quién cabe semejante condena por tentativa de homicidio?”.

Afirma que no aspira a la absolución sino que se cambie la denominación jurídica de las infracciones a lesiones personales y a tentativa de hurto.

En referencia a la no consumación del delito patrimonial afirma que “El tipo penal no se perfecciona por el acto de sustracción o detentación del objeto, con intención del detenido de hacerlo suyo... ni puede decirse, como hace Núñez, que en tal evento la propiedad ajena está lesionada de manera perfecto: No... el injusto sólo alcanza su plenitud fenoménica y jurídica cuando el autor, mediante la materialización de la acción antijurídica (llámese aprehensión, despojo, desplazamiento, extracción, sustracción, apropiación o apoderamiento) incorpora la cosa a su patrimonio... soslayando las cautelas, precauciones o seguridades dispuestas por su propietario para prevenir el desposeimiento... con ánimo de asumir la posesión y de quedarse definitivamente con ella. Si subsiguientemente a la aprobación nada ni nadie pone en peligro su prepotencia y albedrío... la acción es perfecta o consumada”.

Solicita se case la sentencia y se anule el proceso a partir del cierre de la investigación.

El criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Solicita no casar la sentencia e inicia sus argumentaciones con la siguiente afirmación: “No deja el conocido demandante en presentar extensos libelos que no obstante intitularlos como demandas de casación y darles por el aspecto formal la apariencia de en efecto serlo, en contravenir las reglas técnicas distintivas de la impugnación extraordinaria, convirtiendo en el fondo el recurso cual si se tratara de una tercera instancia”.

Dice que el demandante es conocido por presentar argumentos contradictorios que impiden establecer cuáles son las reales pretensiones, excepto la insistencia por demandar la libertad provisional de los demandados.

Afirma que se vale de los mismos argumentos para sostener que la acusación es anfibológica en el primer cargo y luego en el sexto para predicar el error en cuanto a la calificación jurídica de los hechos.

Dice que la posición del censor es contradictoria, porque de ser cierta la acusación anfibológica, no se puede entender que al mismo tiempo se diga que lo considerado allí con claridad es el llamamiento a juicio pero con un equivocado criterio en la calificación jurídica de los mismos.

Afirma que los defectos técnicos son tan visibles, que si en realidad, lo que pretende es que la calificación debió ser por lesiones personales y por hurto imperfecto, la causal escogida para el ataque ha debido ser por la primera y no por la tercera, porque “Elemental y definido por jurisprudencia es que el error en la denominación jurídica de la infracción tiene su senda de ataque por vía de nulidad cuando el yerro compromete el género delictivo, no la especie. Y aquí independiente que se trate de lesiones personales y hurto tentado, lo cierto es, en la hipótesis de aceptarse las disquisiciones defensivas, no habría dificultad en proferirse fallo de sustitución, pues con que se diga hurto imperfecto o consumado, en nada afecta el género delictivo la distinción, siendo claro también que las lesiones personales forman parte de aquellos delitos que atentan contra la vida y la integridad personal”.

Además, sostiene que la tentativa no surge en el homicidio de la mayor o menor gravedad de la lesión, ni de las circunstancias en que la misma se produjo, porque bien se sabe que aún sin la existencia de la lesión o que existiendo ella pero sin poder individualizar al directo agresor, puede pregonarse la existencia del homicidio tentado, si el acervo probatorio refleja nítidamente la intención de matar del sujeto activo.

Advierte que, además, el funcionario de primera instancia precisó que quien accionó el arma no estaba en el forcejeo y que tuvo la

oportunidad de disparar aprovechando la indefensión de la víctima y que por tanto no se podía hablar de simples lesiones, por cuanto la actuación se hizo con la intención de matar porque “se dispara a escasos centímetros, en parte vital, sin el mínimo porcentaje de error de darse en el blanco, con el único propósito de dejarlo sin vida y poder terminar con la reacción del conductor que resistía al despojo del vehículo”.

“Nótese que el proyectil penetró órganos vitales (la cabeza a la altura del oído) en la humanidad de Fabio Moreno Forero, lo que produjo hemorragia abundante por los oídos, boca y nariz, creyéndolo muerto lo lanzan desde el vehículo en marcha; pero afortunadamente recibe atención médica inmediata lo que salva la vida del gravemente herido”.

En relación con las afirmaciones de haberse adelantado un proceso a espaldas de los procesados, dice que son simples especulaciones porque “es evidente que si alguna irregularidad encontró en la práctica de determinada prueba, por no cumplirse con los requisitos de legalidad para su aducción (segundo cargo), como que sin la presencia de los detenidos ni de sus defensores –no se les enteró de la fecha de la práctica– se inspeccionó las prendas de uso privativo decomisadas, el vehículo recuperado, sin que para colmo se dieran a conocer los resultados de ciertos experticios, además de llevarse a cabo un reconocimiento en fila de personas sin la presencia del defensor titular y ampliarse la injurada de Posada Ospina en idénticas circunstancias (tercer cargo), el ataque, a juicio de la Delegada, mejor acomodo hubiera encontrado a través de la causal primera de casación, cuerpo segundo o sea por violación indirecta de la ley sustancial, teniendo como fuente el error de derecho por falso juicio de legalidad, que de ser cierta su existencia de alguna de las probanzas cuestionadas, la misma no ameritaría juicio positivo o negativo en lo tocante con la responsabilidad: simplemente se le excluiría, sin que para nada la estructura del proceso se vea afectada. De ahí el por qué la causal tercera no haya sido la vía apropiada.

Pero para demostrar la falta de razón en las acusaciones del actor afirma que los dictámenes sí fueron puestos a disposición de los sujetos procesales y que ello fue lo ordenado en el auto que dispuso practicar pruebas en el juicio.

Considera que ninguna irregularidad entraña el hecho de haberse inspeccionado el vehículo y los elementos incautados sin la asistencia de los procesados.

En relación a la crítica por haberse realizado la diligencia de reconocimiento en fila de personas y la ampliación de la indagatoria de Posada Ospina, dice que fueron efectuadas con la presencia de un defensor y que en tales condiciones se cumplió con las exigencias procesales para efectos de garantizar el derecho a la defensa.

Afirma, además, que si el defensor no acompañó al procesado en la ampliación de la indagatoria, su ausencia no fue por inactividad de los funcionarios en el afán de ocultar la práctica de tal prueba como parece indicarlo el nuevo defensor porque “Da cuenta el inicio de la diligencia, parte de que la ampliación había sido ordenada con antelación mediante auto notificado personalmente a Posada y por estado (fl. 298), que con insistencia se buscó comunicación para tales efectos con el mencionado abogado sin que fuera posible localizarlo, razón por la cual se designó de oficio al doctor José Rafael Vahos Rico, que posesionado y cumpliendo su función pronto se vio desplazado por la doctora Gloria Elba Rodríguez Serrano, ‘según deseo expresado’ por el propio Rafael Posada Ospina y obviamente atendido por el Juez que ciertamente indagó y dirigió la diligencia, pues tampoco aparece constancia en contrario de que el funcionario no haya estado presente en el acto”.

Sostiene que es cierta la negativa a la práctica de unas pruebas, pero que oculta el censor la razón de la misma, porque fue presentada extemporáneamente y porque tampoco cumplió con la obligación de “señalar cual el objeto (procedencia y conducencia) de los testimonios que pretendía se recepcionaran en el juicio”.

Pero destaca que a pesar de las deficiencias señaladas con anterioridad y haciendo ejercicio de la oficiosidad que le confiere la ley, se ordenó la recepción de los agentes Llanos y Cubides y del particular Carlos Barragán, citados por Posada Ospina “como aquellos que podrían certificar sus actividades de ser un informante de un cuerpo de seguridad oficial. Ordenadas de consiguiente por esta vía las deponencias, se estableció con la versiones de Gilberto Cubides Abril y Carlos Julio

Barragán (fls. 331 y 337), de Raúl Llanos, pese a ser citado hay constancia que no compareció, que en verdad el inculpado ‘ocasionalmente’ colaboraba con algunos agentes del Das, suministrándoles informaciones sobre vehículos hurtados”.

En referencia al quinto cargo, insiste en destacar que el censor confunde la técnica casacional, porque la inconformidad tiende a destacar un juicio in iudicando, no in procedendo, por la manera tan particularizada con la que pretende se analice la versión de la víctima porque “si las afirmaciones de éste no fueron analizadas en la forma como sugiere ahora el demandante para que se atienda e interprete el preciso momento de los hechos; trátase de un ataque propio para ser dirigido por la senda de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley, error de hecho, –falso juicio de existencia– si fue que la prueba pasó desapercibida por el juicio del sentenciador excedió o limitó la tasa de valoración que para ella impone la ley, a la postre inexistente en el proceso en esta sede, que es prácticamente a lo que se reduce el pensamiento del libelista respecto a las afirmaciones del taxista víctima del asalto en este proceso”.

En referencia a la predicada incompetencia propuesta en el cargo cuarto, considera que carece de interés puesto que la situación podría haber favorecido al procesado respecto al cual el recurso fue declarado desierto, pero que se aproveche la situación cuando representa los intereses de Posada Ospina cuando se trata precisamente de los actos “ejecutados por Posada Ospina: utilización de uniformes y prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares y porte ilegal de armas, delitos que por el factor de conexidad, y no hay discusión sobre el particular, debían investigarse junto con los atentatorios contra la vida y el patrimonio económico como bien quedó definido en la instancia”.

Solicita se rechacen los cargos formulados.

Las consideraciones de la Sala:

En realidad como lo plantea el Procurador Segundo Delegado en lo Penal se trata de una muy extensa demanda, que no es precisamente la que por ello, respete las exigencias técnicas que requiere el recurso extraordinario de casación.

Es así, que construye el primer cargo sobre la base de que es anfibológico porque considera que la resolución de acusación se produjo "...a sabiendas de que el soñado delito de tentativa de homicidio... no existía y que el famoso delito de hurto agravado no se podía consumir por cuanto se había quedado en el camino: es decir: por cuanto el taxi JAMAS se utilizó un solo momento en beneficios de los detenidos.

Y el sexto cargo lo formula por erróneo proceso de selección de la norma aplicable en cuanto considera el censor que se trata de un delito de lesiones personales y no de homicidio tentado y de un delito de hurto tentado y no consumado; y la verdad es que como lo anota el Procurador Delegado son posiciones contradictorias, porque si lo anfibológico es lo confuso, lo ambiguo, que por falta de precisión no es comprensible en su verdadero significado, no se puede entender que en el primer reparo afirme que se trata de un cargo confuso e inentendible, pero en el sexto sí lo comprenda a plenitud, y tanto, que afirme que la calificación es equivocada y que en lugar de homicidio tentado debe ser el de lesiones personales y que en lugar de hurto consumado debe ser en grado de tentativa y tal tipo de reflexiones demuestran que evidentemente los cargos formulados no fueron anfibológicos, tan no lo fueron que en el mismo texto de la demanda se dan por comprendidos y se afirma que tal ubicación jurídica fue equivocada y que debe ser otra.

Pero las falencias de la demanda no pueden quedarse allí, porque como muy bien lo asevera el Procurador Delegado, como lo ha sostenido de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, la nulidad por errónea calificación sólo se puede pretender cuando existe yerro en la selección del género delictivo y no de la especie, siendo evidente que ataques de este tipo no son posible en el caso *sub judice* porque la calificación de uno de los delitos que se pretende desconocer, corresponde al mismo género de los que propone el recurrente: hurto tentado, en lugar de hurto consumado; y en relación con las lesiones personales porque como más adelante se analiza, por el arma utilizada, la distancia, desde la que se disparó y la región anatómica interesada, llevan a desechar esta calificación.

Es obvio, que en las condiciones anteriores no se puede pensar ni en una calificación anfibológica y menos aún en una equivocada calificación

por haberse incurrido en un yerro en la escogencia del género delictivo que correspondía a la realidad de los hechos investigados.

En las condiciones precedentes es lógico que como lo solicita el Procurador Delegado los cargos deben ser rechazados.

Pero por encima de las deficiencias técnicas de la demanda, debe destacarse cómo en las instancias se precisó que se trataba de un homicidio tentado, porque se disparó a muy poca distancia, se lesionó una parte del organismo particularmente vital, y se realizó con absoluta desprotección de la víctima; en tales condiciones el censor, no puede replantear las alegaciones de instancia en el recurso extraordinario y pretender que en esta sede se le reconozca lo que le fue negado en aquellas y lo que es más grave, con argumentaciones más propias de las etapas procesales ya superadas en de la casación.

Lo mismo sucede con el cargo segundo, en realidad de verdad, se hacen varias impugnaciones, porque se habla en el libelo de pruebas practicadas a espaldas de los procesados, de medios de convicción obtenidos con violación a las formas propias del juicio, de falta de traslado de dictámenes periciales y de realización de pruebas subrepticias.

Pero como bien o advierte el Procurador Delegado, en realidad el cargo se encuentra mal enfocado, porque no se puede dirigir al amparo de la causal tercera, sino de la primera, cuerpo segundo, porque lo que se cuestiona es la existencia de pruebas que fueron practicadas con vulneración de las ritualidades previstas para su existencia legal y en tales condiciones, es evidente que el camino del ataque debe ser el indicado y no el equivocadamente escogido por el censor.

Pero la improsperidad del cargo no es un simple problema de técnica, sino que obra en el proceso y en lo que respecta a los diversos dictámenes, se corrió traslado a las partes en el auto en el que se dispuso la práctica de pruebas en el juicio y bien se sabe que si ello no se hubiese cumplido tampoco podría predicarse la vulneración de las formas propias del juicio, porque en cualquier etapa del proceso hasta antes de que finalice la audiencia pública, las partes pueden presentar las objeciones que a bien se tuviese para efectos de contradecir la prueba pericial. En el caso *sub*

judice de todas maneras los traslados se corrieron y si la defensa no utilizó dicho término, no puede ahora venir a predicar vulneración de derechos que en realidad no han sido conculcados.

Extraña es la demanda del actor, cuando pretende que las inspecciones al vehículo dentro y sobre el cual se ejecutaron los hechos delictivos, hubiese sido con la presencia de los sindicados, al igual que la misma diligencia que se realizó sobre las prendas de uso policial decomisadas, porque no se trata de aquellas diligencias en las cuales la presencia de los sindicados sea imprescindible y que consecuentemente su no asistencia, no puede constituir irregularidades de ningún género y menos pensarse en la existencia de una nulidad.

En realidad de verdad, la presencia del sindicato es imprescindible en aquellas diligencias en las que como la inspección judicial, podría dar importantes luces sobre la ocurrencia real de los acontecimientos, pero en actos como los ahora cuestionados, en los que simplemente se trata de hacer una verificación objetiva de un vehículo y de unas prendas decomisadas, es evidente que la presencia de los sindicados o su ausencia, nada aporta y nada vulnera, porque lo uno o lo otro no modificaría las verificaciones objetivas que el juez hace en tal tipo de diligencias.

Que la diligencia de reconocimiento en fila de personas o la ampliación de indagatoria no se hubiese realizado con la presencia del defensor de confianza, sino con uno de oficio, en nada afecta la legalidad del proceso, ni se puede pretender con ello que se ha vulnerado el derecho a la defensa, porque en casos de urgencia y ante la ausencia injustificada del defensor de confianza, la investigación no se puede detener y es por ello, que el funcionario tiene todo el derecho que ante la imposibilidad de contar con el defensor de confianza puede practicar la prueba con un defensor de oficio y para el solo efecto de esa diligencia y tal proceder no puede servir de pretexto para alegar con posterioridad la violación del derecho de defensa.

Y se debe destacar, como lo hace el Procurador Delegado, que si la ampliación de indagatoria se hizo sin la presencia del defensor de confianza, no es porque los funcionarios hubieren querido realizar la diligencia a sus espaldas, sino que la prueba fue debidamente ordenada

por un auto que fue notificado y que se hicieron las gestiones normales para localizar al defensor y si no fue posible ubicarlo es problema que hace relación directa con la forma en que el defensor debe cumplir con sus deberes profesionales y que en este tipo de casos su descuido o negligencia no pueden ser argüidos en su propio provecho predicando la existencia de irregularidades que nunca han existido de parte de los funcionarios del Estado y sí más bien de quienes en este momento no pueden justificar sus omisiones.

La práctica de pruebas en el juicio es más restringida, porque allí el solicitante debe defenderse de los cargos que le han sido formulados en la resolución de acusación y el término previsto para la solicitud y práctica es mucho más limitado, debiéndose destacar cómo el censor omitió precisar que el memorial de pruebas negadas fue presentado de manera extemporánea

Pero pese a tan lamentables fallas en el desarrollo de la defensa, el funcionario del conocimiento, acudiendo a la facultad probatoria oficiosa decretó la práctica de algunos de esos testimonios.

Es claro entonces que las críticas formuladas por el censor no tienen asidero en la realidad procesal y que como se dijo en los inicios, se trata de un ataque que desconoce olímpicamente las exigencias técnicas requeridas en el recurso extraordinario de casación.

La inconformidad del censor respecto a la versión del ofendido, es claro que se trata de un cargo deficientemente formulado, porque bajo ninguna circunstancia puede ser presentado por la causal tercera, sino que su enfoque debe serlo por la primera, por la presunta existencia de una violación indirecta, bien por la presencia de errores de hecho, por un falso juicio de existencia o uno de identidad, o por los inaceptables errores de derecho, cuando se trata de este tipo de pruebas testimoniales, en cuanto hace relación a la inconformidad de la valoración que a las mismas les dio el sentenciador; o con esa otra posibilidad del error de derecho, esa sí posible, por haberse vulnerado las ritualidades de su producción o de su aducción.

Sin embargo, se le debe precisar al defensor que la falta de la firma del instructor en la diligencia de ampliación de indagatoria de su defendido

Rafael Posada Ospina no acarrea la irregularidad que le pretende dar, por cuanto olvida el casacionista que con la expedición del Decreto 2790 de 1990 reformado por el Decreto 099 de 1991, el cual fue elevado a legislación permanente por el Decreto 2266 del mismo año, autorizó a los funcionarios judiciales de la entonces denominada jurisdicción de orden público que reservaran su identidad en la práctica de pruebas con el fin de garantizar su seguridad que fue precisamente lo que ocurrió con la precitada diligencia, recibida el día 11 de diciembre de 1991 en la Seccional de Orden Público de esta ciudad capital.

Para ello, basta obsevar el acta de la ampliación de indagatoria para entender que la recepción de la versión del procesado se hizo con las ritualidades de ley.

En cuanto al cargo de nulidad por incompetencia, estima la Corte que tampoco le asiste razón al recurrente, toda vez que los juzgadores de instancia eran las competentes para investigar y juzgar conjuntamente las conductas ilícitas que se le atribuyen a los procesados, al presentarse una conexidad de tipo procesal, por lo que la jurisdicción de orden público como se le demoninaba en la época, era el juez natural para sentenciar a los procesados.

En efecto, jurisprudencial como doctrinariamente se han establecido varios requisitos para que por conexión las conductas ilícitas puedan ser de conocimiento de un juez determinado, ellos son:

1. Unidad de sujeto activo.
2. Pluralidad de acciones e infracciones.
3. Comunidad del medio probatorio.
4. Unidad de denuncia y de proceso.

La razón de ser de este instituto no es otra que la de favorecer al procesado en la celeridad de la actuación, en aprovechamiento de la comunidad probatoria y la economía procesal que por razones de conveniencia con la justicia se hace necesario que los delitos se deban conocer en un solo proceso.

Así las cosas, es claro que en el asunto bajo examen no existe un vínculo sustancial entre los ilícitos por los cuales fueron juzgados los procesados. Sin embargo, es obvio que por razones de conveniencia estimaron los juzgadores de instancia que los hechos punibles que no eran de conocimiento de esa jurisdicción se encontraban entrelazados formalmente y por ello, asumieron su conocimiento y juzgamiento.

Es indiscutible que existe entre los ilícitos unidad de sujeto activo, pues es bien sabido que el procesado Rafael Antonio Posada Ospina participó en la comisión de los delitos de hurto y la tentativa de homicidio, que al momento de su aprehensión por parte de los policiales le fueron halladas, entre otras cosas, las prendas de uso privativo de ese mismo organismo de seguridad.

La unidad de denuncia y la comunidad probatoria, otros de los requisitos para predicar la conexidad procesal, también se encuentran de manera nítida en el proceso porque no hay que olvidar que la primera fue la que dio origen para que la Policía Nacional iniciara la persecución de los delincuentes y produjera su posterior captura.

Así mismo al momento de la aprehensión del sentenciado Posada Ospina, no sólo le fueron halladas las prendas de uso exclusivo de la policía nacional sino que también le fue incautada una pistola, a la que se le practicó el respectivo cotejo balístico y se concluyó por el experto que la misma se utilizó para ocasionar las heridas mortales al conductor del vehículo automotor que horas antes habían hurtado.

Se debe recordar que si bien el tipo penal previsto en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, artículo 4o., lleva por título "Utilización ilegal de uniformes e insignias" su contenido es más vasto puesto que contiene diversos verbos rectores que alternativamente contemplan conductas diferentes, entre ellas las de importar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, comprar, vender, suministrar, sustraer, portar o utilizar, y en tales condiciones, si bien, esas prendas no fueron utilizadas en el acto delictivo que originó este proceso si eran almacenadas por el procesado puesto que le fueron encontradas en su casa.

En condiciones tan precarias de técnica, y cuando las pretensiones procesales se encuentran en contravía de los hechos existentes en el proceso, se debe acoger el criterio del representante del Ministerio Público, quien solicita que los cargos deben ser rechazados.

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 el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FAVORABILIDAD / IN DUBIO PRO REO / VIOLACION
DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA
LEY

La favorabilidad opera cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables a un caso concreto.

2. La no aplicación de la norma que regula la existencia de la duda no se puede demandar al amparo de la nulidad, ya que no se trata del resquebrajamiento de la estructura procesal, ni de la vulneración del derecho a la defensa o al debido proceso, sino de errores del sentenciador que deben plantearse en casación por la causal primera, ya sea violación directa o indirecta. Si en la parte motiva se acepta la existencia de la duda pero no se aplica la disposición, vía directa; si la falta de aplicación se debe a un error en la apreciación probatoria, vía indirecta.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 114.

Vistos:

Resuelve la Sala la demanda de casación presentada por el defensor del procesado EDGAR AUGUSTO DUARTE GARZON, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria, con excepción de la suspensión de la patria potestad que fue revocada, de la dictada por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual absolvió al ahora recurrente del delito de tentativa de hurto, y lo condenó por homicidio y porte ilegal de armas, imponiéndole como pena principal once (11) años de prisión, y

como accesorias interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de consumir bebidas embriagantes por diez (10) y tres (3) años respectivamente.

I. Hechos:

Fueron resumidos por el Tribunal así:

“Del contexto procesal se desprende que en la madrugada del 21 de diciembre de 1991, JAIME URREGO CASTILLO, acompañado de su esposa MARTHA LUCIA CASTAÑO CRUZ, conducía por la ciudad el taxi de su propiedad, un Warzava, modelo 67, distinguido con las placas SC 6024 y al pasar por el puente de Venecia, el aquí sindicado EDGAR AUGUSTO DÚARTE GARZON le solicitó una carrera a Bosa-Piamonte. Cuando el taxi se acercaba al sitio donde se quería apear el nombrado pasajero, se suscitó una discusión entre éste y el conductor, al parecer por un desacuerdo en el precio del servicio, se liaron a golpes en la calle, donde DUARTE GARZON desenfundó un revólver y disparó contra la humanidad de URREGO CASTILLO, causándole graves heridas que le produjeron la muerte”.

II. Actuación procesal:

El Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal de esta capital inició la correspondiente investigación ordenando la captura de EDGAR AUGUSTO DUARTE GARZON, la cual se obtuvo meses más tarde, a quien luego de ser oído en injurada se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Cerrada la investigación, el instructor calificó el mérito del sumario en providencia de fecha junio 2 de 1992, con resolución de acusación contra DUARTE GARZON por los delitos de homicidio, hurto en la modalidad de tentativa y porte ilegal de armas.

El Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito conoció de la etapa del juicio, y luego de practicar la audiencia pública, dictó sentencia con los resultados antes reseñados.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá lo confirmó con excepción de la pena accesoria ya referida que fue revocada.

III. La demanda:

Primer cargo: Principal:

Al amparo de la causal tercera del art. 220 del C. de P.P., el actor presenta un primer reproche por considerar que la sentencia recurrida se dictó en un proceso viciado de nulidad por quebrantamiento del artículo 29 de la C.N., el cual radica en que el Tribunal desconoció el “PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD” que gobierna el acervo probatorio recaudado, requisito sine qua non para dictar sentencia condenatoria en contra del procesado.

En la “DEMOSTRACION DEL CARGO” plantea los siguientes argumentos:

Parte de las exigencias contempladas en el art. 247 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria, y luego aduce que para poder llegar a la etapa sustancial del juzgamiento se requiere que se hayan cumplido “los requisitos esenciales para dictar RESOLUCION DE ACUSACION” que señala el artículo 441 ibídem, en cuyo texto se le: “que exista en el proceso confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado”.

Afirma que el Tribunal sentenciador derivó la certeza del hecho punible de un único testimonio, el de Martha Lucía Castaño Cruz, quien dijo ser la esposa de la víctima, e hizo un relato “acomodaticio” de la forma como ocurrieron los hechos.

Trancribe la parte pertinente de la declaración de la señora antes citada, para decir que es “la única prueba de cargo que obra en el proceso”, y que el dicho de la testigo “está huérfano de cualquier otro respaldo probatorio y por ende, a la luz de la verdad, resulta contrario a la evidencia de los hechos”.

Añade que contra la versión de la testigo está la que suministró el procesado en su ampliación de indagatoria que “está amparada por la presunción de veracidad que ampara (*sic*) sus afirmaciones en cuanto a que la causa que motivó el enfrentamiento con el conductor del vehículo de servicio público fue el cobro excesivo de la correspondiente carrera”.

Transcribe el concepto de la Fiscal Delegada, para con apoyo en él, decir que las dos versiones rendidas por el indagado (injurada y ampliación) deben considerarse como normal ejercicio del derecho de defensa y que ellas conducen a la duda en cuanto a su verdadero alcance defensivo, que conforme al art. 445 del C. de P.P. debe resolverse en favor del sindicado, máxime que en el proceso no existe sino un testigo único, mandato que debe aplicarse, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 29 de la C.N., en armonía con el art. 10 del C. de P.P., normas que consagran el principio de favorabilidad que deberá tenerse en cuenta para efecto de la aplicación de las normas sustanciales. Afirma que por este aspecto, se quebrantó el debido proceso –art. 1o. del C.P.P.–.

Agrega que al procesado se le reprocha el hecho de que en su versión de ampliación de indagatoria haya modificado la inicial injurada, pero esa segunda versión resultante del ejercicio de defensa, fue aceptada por el juzgador de primer grado como que “había dicho la verdad”. Transcribe jurisprudencia de la Corte respecto a la presunción de inocencia que protege al reo.

Cita como normas del C.P. quebrantadas por falta de aplicación, los arts. 6o. –por no reconocer el principio de favorabilidad– y 35 –en razón a que la conducta que se dedujo al procesado está excluida del dolo, culpa o preterintención. Agrega que si se hubieran observado estas normas, el Tribunal no hubiera dado aplicación al art. 323 del C.P.

Concluye que el Tribunal desconoció las bases fundamentales del juzgamiento, en razón a que el proceso no podía culminar con sentencia condenatoria sobre la base de una prueba “sospechosa y deficiente como resulta ser la versión de un UNICO TESTIGO”. Se infringieron además los ordinales 2o. y 3o. del art. 304 del C.P.P.

Segundo cargo: Subsidiario:

Invoca el censor la causal primera prevista en el art. 220 del C. de P.P. y acusa la sentencia por “violación indirecta de la ley sustancial” a causa de evidentes yerros en la “valoración de las pruebas” sobre las cuales descansa el fallo impugnado.

Afirma que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, “que los presupuestos procesales exigidos por el art. 247 del C. de P.P., estaban plenamente recaudados, certeza que llevó al sentenciador a formarse un falso juicio de existencia”.

Transcribe un aparte del fallo censurado, en el que se reconoce razón al Juez de primera instancia para tener por inverosímil el testimonio de Martha Lucía Castaño. Luego se refiere al dictamen de Medicina Legal que contradice la versión de la citada declarante y acto seguido aduce que el Tribunal incurre en evidente error de apreciación probatoria cuando da plena validez al testimonio del agente de policía Miguel Angel Prada Sanabria, testigo no presencial de los hechos sino de referencia, en razón a que el conocimiento de los hechos lo adquirió por el relato que de ellos hizo la declarante CASTAÑO RUIZ. Concluye que si el testimonio de la citada dama es contradictorio, “tampoco se le puede dar plena validez al testimonio del agente de policía PRADA SANABRIA por ser éste un testigo de oídas”.

Luego de transcribir –parcialmente– lo dicho por el Tribunal, afirma que esa Corporación le dio “plena validez al testimonio mentiroso de MARTHA LUCIA CASTAÑO, porque esta declarante fue la que le informó sobre los hechos ocurridos al agente de la policía”.

Concluye que existiendo en el proceso una inmensa duda, nacida del testimonio “sospechoso” de la citada deponente, “así reconocida” por los falladores de instancia, resulta lógico, justo y sensato resolver esa duda razonable en favor del procesado –art. 445 del C.P.P.–.

En lo que atañe a las diferentes versiones del acriminado en la indagatoria y en la ampliación de la misma, arguye el censor, que la segunda se acomoda completamente al derecho de defensa de todo

procesado y “no se le puede reprochar esa conducta por acomodarse a los canales de la verdad y de la juridicidad”.

Sostiene que si en la ampliación de injurada el acusado dijo la verdad como lo reconoció el juzgador de primer grado, con mayor fuerza emerge la duda en este particular asunto, duda que no fue reconocida, al restarle el Tribunal fuerza probatoria a la ampliación de indagatoria y al haberle dado plena credibilidad a un testimonio de oídas que surgió de otro mentiroso, “incurriendo el sentenciador en evidente error de derecho”.

Dice que el Tribunal también incurrió en error de derecho al “atribuirle pleno valor probatorio al testimonio de la declarante PRADA SANABRIA. Con fundamento en esa prueba ...confirmó la sentencia de primer grado. Y por lo menos, resultaría lógico reconocerle a DUARTE GARCIA el instituto de la ira del art. 60 del C.P., merced a las razonables dudas que el análisis probatorio enseñaba. Sobre prueba tan endeble no se podía dictar sentencia condenatoria sin reconocer la diminuyente mencionada”.

De lo expuesto infiere lo siguiente: “afirmo de lo anterior que surge el fenómeno de la duda establecida por el art. 29 de la C.N. y ...art. 248 del C. de P.P.”, el cual fue ignorado por el *ad-quem* a pesar de estar plenamente acreditado en el proceso.

Se apoya en un pronunciamiento de la Corte, para decir que impugna la sentencia “por error de hecho manifiesto”, en que incurrió el Tribunal “al ignorar el fenómeno de la duda”, la cual tenía arraigó legal en el proceso.

En el resumen del cargo, el censor asevera que la impugnación es por violación indirecta del art. 323 del C.P. por error manifiesto de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. “El Tribunal dictó sentencia por falso juicio de convicción”, infringiendo el art. 6o. del C.P. que consagra el principio de favorabilidad. Violó además el art. 60 *ibídem* por no haberse regulado la conducta conforme al estado de ira e intenso dolor causado por comportamiento ajeno, “cargo que en casación se refiere a la violación DIRECTA de la ley sustancial por ‘error en la selección de la norma’ que para el caso sería haber reconocido esta circunstancia aminorante de responsabilidad en lugar del art. 323 del C.P.”.

Añade que el ataque por este segundo aspecto “lo concretó por falta de aplicación del art. 60 del C.P.”, que en casación se denomina “violación directa de la ley sustancial”.

Finalmente, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y dictar la sustitutiva en la forma prescrita por el art. 229 del C. de P.P.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado, por la evidente incongruencia de las fórmulas de ataque propuestas en la demanda que impone el rechazo de los cargos en ella presentados.

Primer cargo:

Expresa el Procurador, que según se desprende del libelo, el casacionista entiende que el principio de favorabilidad, del cual adolece en su aplicación la sentencia es el que “gobierna el acervo probatorio”, debiendo haber prevalecido en las consideraciones del Tribunal.

De la enunciación y presentación del ataque escogido en casación, “prima facie es advertir el errado concepto que posee el actor acerca del principio de favorabilidad”. Señala que tal garantía constitucional, es aplicable sólo en aquellos momentos de transición legislativa, consistente en la preferente aplicación de una ley penal o procesal penal de efectos sustanciales, así sea posterior (retroactividad) o anterior (ultractividad) siempre y cuando resulte más favorable para el procesado. Muy distinto al desenfocado alcance que el censor le da al pretender que de una comparación de los diferentes elementos de convicción que figuran en el plenario, se escoja alguno de ellos invocando lo favorable que resultaría ser para el procesado ante el hipotético surgimiento de la duda.

Agrega que “Mal puede entenderse atacada la sentencia, en estas condiciones, cuando el libelista no tiene claro el concepto sustancial que fundamenta su argumentación”. Formulada así la censura, está llamada al fracaso.

No se entiende cómo se pudo haber violado el principio de favorabilidad con el no reconocimiento del *in dubio pro reo*, “que como ya se expresó, ajeno por completo se halla en el caso *sub examine* de un proceso de transmisión legislativa, lo que sustentaría la imperiosa observancia de esa garantía constitucional”.

Dice el agente del Ministerio Público, que “si lo que pretendía el censor, que equivocadamente plantea bajo el amparo de la causal de nulidad, era atacar la sentencia... por considerar que se dejó de aplicar el *in dubio pro reo*, debió haber demostrado que aún reconocida la existencia de la duda a lo largo de la sentencia el juzgador a la postre no la aplicó, optando en este primer supuesto por la vía directa de ataque en casación, o demostrando que el sentenciador omitió o tergiversó la prueba que mostraba la existencia de la duda o que supuso la prueba que la desvirtuaba, inclinándose en esta segunda hipótesis por la violación indirecta de la ley sustancial”.

Pretende el libelista entremezclar principios como el de la favorabilidad, el debido proceso, y el derecho a la defensa, desarrollando únicamente el primero a pesar de los defectos conceptuales anotados; pero con relación a otros ni siquiera esa fundamentación se observa.

Esta falta de desarrollo antes referida configura un desafortunado e insalvable yerro técnico que desvanece cualquier posibilidad de prosperar, no bastando el mero propósito de que se entienda que la genérica enunciación de la violación del principio de favorabilidad abarque, necesariamente, también el debido proceso y el derecho a la defensa.

Considera la Delegada que la demanda se convierte en un alegato de instancia, en donde el censor pretende revivir el debate probatorio, con afirmaciones tales como que quien dijo la verdad “fue el procesado en una de las ampliaciones de indagatoria bajo el amparo de la presunción de veracidad”. Como si el ejercicio del derecho a la defensa implicase que el juzgador tuviese que creerle al acusado, pues de lo contrario violaría ese derecho, así como también, tildando lo expuesto por la esposa del occiso como “un relato acomodaticio”, todo ello para fundamentar la existencia de la duda, y así la nulidad planteada, anteponiendo claramente sus personalísimas argumentaciones a las consideraciones del *ad quem*,

pretendiendo que este criterio salga avante en una nueva confrontación probatoria.

Relieva, que más desconcertante y lindante con el desatino resulta ser la demanda, cuando luego de sostener la violación del principio de favorabilidad por el no reconocimiento de la duda, alude a la falta de aplicación del art. 35 del C.P., lo cual resulta no sólo contradictorio, sino vislumbrante de la incapacidad técnica con que el censor acude a la casación, dando así la razón a la inexistente vocación de prosperidad del reproche.

Segundo cargo:

De su desarrollo inicial observa el Procurador, que pareciera ser que acusa un error de derecho por falso juicio de convicción, como cuando manifiesta que existen en las consideraciones del *ad quem* evidentes yerros en la valoración de las pruebas, o el reproche emerge de haber dado “plena validez” al testimonio del agente Prada Sanabria ya que su versión se funda en un testimonio que el casacionista califica “mentiroso”.

No obstante ello, en acápite seguido, el censor se refiere a que el haber reconocido reunidos los presupuestos para condenar, cuando no lo estaban, ocasionó en el fallador un “falso juicio de existencia”, entendiéndose así que también contiene un reproche por error de hecho.

Señala que el demandante de manera completamente confusa, sin ninguna técnica y sin el propósito de decidirse por enfocar su ataque en algún sentido, en el resumen del cargo hace afirmaciones que permiten decir que el casacionista deambula por los distintos sentidos de la vía indirecta –error de hecho y de derecho– sin que se decida por alguno y en últimas en lo que pareciera ser continuación del primer cargo, insiste en el desconocimiento del *in dubio pro reo* como fundamento del principio de favorabilidad.

Surge así una grave falencia técnica que impide en sede de casación, dada la existencia del principio de limitación, que la Corte pueda escoger alguna de las fórmulas de ataque propuestas.

Agrega que se torna mayúscula la incongruencia en esta segunda censura, cuando el libelista refiere que por lo menos resultaba lógico reconocerle al procesado el instituto de la ira –art. 60 C.P.–, merced a las razonables dudas que el análisis probatorio enseñaba. “Falta de reconocimiento que enfila y concreta, a pesar de referirse en el inicio de la formulación del cargo a la vía indirecta, por los caminos de la vía directa de casación”, lo que configura ipso facto la improsperidad del cargo.

V. Consideraciones de la Corte:

1o. De la nulidad.

La confusión conceptual del casacionista, unida a la inobservancia de las reglas de técnica que exige el recurso extraordinario interpuesto, impiden que pueda prosperar este primer reproche que al amparo de la causal tercera de casación se enuncia en la demanda por “quebranto del art. 29 de la Constitución Nacional”.

La vulneración de la norma constitucional en cita la radica en censor en que el Tribunal desconoció el “PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD que gobierna el acervo recaudado, requisito sine qua non para dictar sentencia en contra de un procesado”.

De la sola presentación del ataque, salta a la vista el errado concepto que tiene el demandante acerca del principio de favorabilidad, que como es elemental saberlo, opera cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables a un caso concreto, hipótesis que no se da en el asunto que nos ocupa y que no guardan ninguna relación con el desenfocado alcance que el censor le asigna esta garantía constitucional, al pretender –como atinadamente lo observa el Procurador– que de la comparación de los diferentes elementos de convicción obrantes en el plenario, se deba escoger alguno de ellos por resultar más favorable a los intereses del procesado ante el surgimiento de la duda.

El reproche que el actor plantea en el desarrollo del cargo está pleno de fallas técnicas, porque es evidente que la no aplicación de la norma que regula la existencia de la duda no se puede demandar al amparo de la nulidad, ya que no se trata del resquebrajamiento de la estructura procesal,

ni de la vulneración del derecho a la defensa o al debido proceso, sino de errores del sentenciador que deben plantearse en casación por la causal primera, ya sea violación directa o indirecta. Si en la parte motiva se acepta la existencia de la duda pero no se aplica la disposición, vía directa; si la falta de aplicación se debe a un error en la apreciación probatoria, vía indirecta.

Pero aún en el caso de haberse propuesto la argumentación dentro de la causal correcta, no se trata simplemente de predicar la no aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, sino que debe demostrarse el error que condujo a esa situación.

Como el censor no cumple con las exigencias técnicas del recurso, es forzoso rechazar este cargo, máxime cuando es evidente que se apoya en afirmaciones que no sólo no coinciden con la realidad procesal, sino que además, se convierten en simples apreciaciones personales del impugnante que pretende anteponerlas a las consideraciones del *ad quem*, olvidando que en sede de este extraordinario recurso, las decisiones judiciales vienen amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad.

En efecto, afirma el impugnante que el sentenciador derivó la certeza sobre la responsabilidad en el hecho punible que se le imputó al procesado, del testimonio de la señora Martha Lucía Castaño Cruz obrante a folio 5 del cuaderno principal, pasando por alto que el relato allí consignado, que califica de “acomodaticio”, fue rechazado por el Tribunal, que se pronunció al respecto en los siguientes términos:

“Cierto es como lo dice el Juez *a-quo* y lo confirma el abogado de la defensa, que la versión de Martha Lucía Castaño Cruz tiene incongruencias sustanciales con la realidad procesal, que no permiten se le otorgue crédito sobre la génesis de los hechos”.

Luego de hacer el análisis pertinente de la prueba recaudada, el Tribunal concluye:

“Lo anterior hace que se le reconozca la razón al Juez primario para tener por inverosímil el testimonio de Martha Lucía Castaño Cruz, en cuanto a los hechos se refiere. Pero no por

ello se puede aceptar a la ligera, sin ningún análisis de crítica probatoria, la segunda versión del sindicado, con el argumento de la defensa, que las mentiras de la mencionada testigo, hacen racional el otorgamiento de credibilidad a su patrocinado...”.

El libelista, sin entrar a analizar cuáles fueron las pruebas en que se apoyó el fallador para proferir sentencia condenatoria, y desconociendo las reales consideraciones plasmadas en esta providencia, se limita a afirmar que la versión de los hechos que hizo el procesado en una de sus ampliaciones de injurada “está amparada con la presunción de veracidad”, y se duele de que se le haya reprochado el que en su ampliación de indagatoria haya modificado su versión inicial de los hechos, con el argumento de que “esa segunda versión resulta un ejercicio del derecho de defensa”.

Parece ser, como atinadamente lo señala el Procurador, que para el memorialista el ejercicio del derecho a la defensa implica que el juzgador tiene que creerle al acusado, pues de lo contrario estaría violando ese derecho, apreciación equivocada que obviamente no puede ser de recibo.

De otro lado, también está en lo cierto el Ministerio Público cuando destaca, que más desconcertante y lindante con el desatino resulta ser la demanda, cuando luego de sostener en el ataque la violación del principio de favorabilidad por el no reconocimiento de la duda, cita como norma quebrantada, la falta de aplicación del artículo 35 del Código Penal, “en razón de que la conducta que se le dedujo al procesado está excluida del dolo, culpa o preterintención”, lo cual resulta a todas luces contradictorio y reiterativo de la falta de cuidado con que el censor acude a sustentar el recurso de casación.

2o. De la causal primera.

El libelista tampoco dio cumplimiento a las reglas técnicas en la formulación y desarrollo de este segundo reproche que en forma subsidiaria presenta en la demanda, lo que impide a la Corte entrar en el fondo del ataque.

La inicial posición del impugnante radica en que en la sentencia recurrida se violó indirectamente la ley sustancial, al parecer por error

de derecho por falso juicio de convicción, pues fundamenta el cargo en que existen en las consideraciones del *ad quem* “evidentes yerros ...en la valoración de las pruebas”, y luego aduce que el reproche emerge de haberle dado “plena validez” al testimonio del agente Miguel Prada Sanabria, ya que su versión se funda en un testimonio que el casacionista califica de “mentiroso”.

Sin entrar a analizar las razones expuestas por el fallador para concluir que existe “certeza sobre la responsabilidad penal de EDGARAUGUSTO DUARTE GARZON, en cuanto al homicidio se refiere”, el actor se dedica a hacer afirmaciones generales, sin demostrar, como ha debido hacerlo, el por qué de su inconformidad con la sentencia de condena recurrida.

El libelista se limita a afirmar inicialmente que el Tribunal incurrió en error al dar por demostrado sin estarlo, que los presupuestos exigidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, estaban plenamente recaudados, “certeza que llevó al sentenciador a formarse un falso juicio de existencia”.

Parece ser que el casacionista confunde el error de derecho por falso juicio de convicción, con el error de hecho por falso juicio de existencia, que se predica de las pruebas, cuando éstas han sido omitidas o supuestas por el fallador, hipótesis éstas que no concreta en la demanda.

La falta de técnica en la presentación del cargo se hace evidente en el siguiente aparte de la demanda:

“Impugnó la sentencia recurrida por violación indirecta de la ley sustancial, en su artículo 323 por error manifiesto de hecho y derecho en la apreciación de las pruebas. El Tribunal dictó sentencia por falso juicio de convicción. Así mismo infringió el Tribunal el art. 6o. del C.P. que consagra el principio de favorabilidad”.

La falta de precisión y claridad en la presentación del reproche impide saber a ciencia cierta cuál es la real pretensión del libelista, pues como lo destaca el Procurador, el censor deambula por los distintos sentidos de la vía indirecta –error de hecho y de derecho– sin decidirse por alguno, y en

últimas insiste en el desconocimiento del in dubio pro reo como fundamentación del principio de favorabilidad.

Pero el desatino de la demanda no se queda ahí, el casacionista incurre además en evidentes contradicciones que dejan sin piso el ataque formulado a la sentencia. Veamos:

Inicialmente afirma con respecto a la duda que según su parecer existe en el proceso, que ésta fue “así reconocida por el Juzgador de primer grado y luego por el propio Tribunal Superior”. Sin embargo, luego aduce que la duda “establecida por el art. 29 de la C.N.” y el “art. 248 del C. de P.P.”, es un “fenómeno jurídico que fue ignorado por el *ad quem*, a pesar de estar plenamente acreditado en el proceso” y que no fue analizado por el sentenciador de segunda instancia.

Carente de toda lógica resulta el planteamiento del libelista, pues no puede sostener que la duda fue simultáneamente reconocida e ignorada por el Tribunal.

Luego de atacar la sentencia por violación indirecta del artículo 323 del Código Penal, acusa al Tribunal de que violó el artículo 60 del mismo Código, por no haber regulado la conducta del procesado conforme a lo que estaba acreditado en el proceso, “el estado de ira e intenso dolor causado por comportamiento ajeno”, cargo que según dice se refiere en casación a la “violación DIRECTA de la ley sustancial por ‘error en la selección de la norma’ que para el caso sería haber reconocido esta circunstancia aminorante de la responsabilidad, en lugar del art. 323 del C.P.”.

Salta a la vista, que la Corte se encuentra ante un alegato en el cual el demandante plantea con evidente incongruencia fórmulas de ataque, con razones que no son atendibles porque no demuestran la existencia de ningún error, y que conducen es a concluir que el actor simplemente sostiene una apreciación diferente a la del fallador, producto de una particular visión de los hechos, olvidando nuevamente en este cargo, que la sentencia de segunda instancia, aunque no esté ejecutoriada tiene carácter definitivo por estar amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, que sólo puede quebrantarse con la demostración de un error in iudicando o in procedendo.

El reproche será 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; notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

La decisión que dirime la colisión de competencias, bien sea emitida por esta Corte, por el Consejo Superior de la Judicatura o por cualquiera otra autoridad encargada de hacerlo de acuerdo a la ley, es vinculante no sólo para los protagonistas de la colisión, sino también para los demás funcionarios judiciales que intervengan en el proceso, incluídos desde luego, los fiscales de la república, quienes deberán obrar en consecuencia. Significa lo anterior que si esta Sala decide que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Tribunal superior del Distrito Judicial de Quibdó, por cuanto que el cultivo de marihuana encontrado no sobrepasaba las dos mil matas, y ello implica que esa Corporación decrete la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación por incompetencia del fiscal que la calificó, el nuevo fiscal deberá formular la acusación de conformidad con lo decidido por esta Corte. De no hacerse así, se estaría desconociendo una decisión tomada por la Sala en pleno ejercicio de sus funciones, al abrirse paso la hipótesis de que el conflicto de competencias que ahora se dirime, pudiera volver a presentarse ante la persistencia de la entidad acusadora en su inicial decisión. Es una situación muy similar a la que se presenta cuando la Corte, en sede de casación, decreta la nulidad del proceso por un error en la calificación del sumario. Si el fiscal, al calificar de nuevo su mérito tuviera la posibilidad de apartarse del criterio de la Corte, en el fondo estaría desconociendo una sentencia, que es de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos procesales.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., doce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 114.

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en este proceso que por infracción a la Ley 30 de 1986 se adelanta contra CESAR DE JESUS CASTAÑEDA JIMENEZ, ISAAC DE JESUS CASTAÑEDA ECHEVERRY Y EDWARD CASTAÑEDA SERNA.

Antecedentes:

1. El 28 de enero de 1992 la Policía montó un operativo en la finca “Rancho Seco”, situada en la vereda Río Arriba, comprensión municipal de Quibdó (departamento del Chocó), en donde se encontró un cultivo de marihuana camuflada entre cañas secas de maíz y rastrojo. Allí fueron aprehendidos César de Jesús Castañeda Jiménez, administrador del predio, y su hijo Edward.

2. Mediante sentencia de 1o. de diciembre de 1993 (fls. 334 y ss.-1), un Juzgado Regional de Medellín condenó a los citados procesados a 48 meses de prisión como responsables del delito previsto en el artículo 32 de la Ley 30 de 1986.

Para dicho funcionario la competencia radicaba en su despacho, dado que la cantidad de matas de marihuana excedía las dos mil unidades, llegando aproximadamente a 4.500 (art. 3o. Decreto 1676 de 1991).

Ese fallo fue recurrido en apelación por el Procurador Judicial (fls. 355 y ss.), quien planteó serias dudas sobre la cantidad de plantas de marihuana realmente incautadas, como que, a contrario de lo que dicen los policiales, los testigos Ruperto Clavijo Cano y Jhon Jairo Taborda Taborda afirman que dichas matas no fueron contadas y que eran aproximadamente 100, aparte de que la Secretaria del Juzgado Inés Correa Arredondo, también manifiesta que las matas fueron mal contadas y que, por último, la diligencia de destrucción del vegetal, muestra que no hubo conteo.

El Tribunal Nacional, mediante auto de 22 de abril de 1994 (fls. 3 y ss.-2), admitió dichos planteamientos del recurrente y sostiene que “ni la

Fiscalía Regional que calificó el sumario, ni el Juzgado Regional que impulsó la causa y falló el proceso, tenían competencia para esas actuaciones, como tampoco la tiene este Tribunal para conocer del mismo en segunda instancia” (fls. 9-2).

Reconoce el Tribunal que las pruebas aducidas por el apelante llevan a concluir que las matas de marihuana no sobrepasan las 2.000, más que todo si se tiene en cuenta que –según la declaración de la mencionada Inés Correa Arredondo– “se hizo el conteo de esas matas no por las raíces que formaban la mata en sí, sino que a cada mata le contaban los gajos o ramas que la formaban, una mata podía tener tres o cuatro gajos o ramas; no se contaron por las raíces de las matas” (fls. 12-2).

Con base en esas consideraciones, envió el proceso al Tribunal de Quibdó, proponiendo la respectiva colisión.

3. Dicho Tribunal no aceptó la competencia y remitió el proceso a la Corte para el correspondiente pronunciamiento.

Estima esa Corporación que si lo que el Tribunal Nacional pretendió decir fue que “la competencia del negocio no radicaba en el Juez Regional sino en los Jueces Penales del Circuito, debió decidir el recurso de apelación anulando la sentencia recurrida para luego disponer su envío a los funcionarios de los Juzgados del Circuito Penal, para que éstos profieran la determinación respectiva en el proceso, momento a partir del cual y en caso de que ella fuera recurrida, adquiriría esta Sala competencia para conocer del recurso en virtud de la asignación que la ley nos hace en el numeral 1o. del artículo 70 del C. de P.P. Sin embargo, según criterio del Tribunal Nacional (fls. 15) habría lugar a la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del auto que decretó la clausura de la investigación, si ello es así, continúa inexplicable su posición de considerarnos competentes para desatar la alzada, pues en tal virtud la competencia para cerrar y calificar de nuevo la investigación, no la tienen los Jueces del Circuito Penal, sino la Fiscalía frente a cuyas decisiones no tenemos facultad de revisión” (fls. 63-2).

Comparte el criterio del Tribunal Nacional sobre la cantidad de matas de marihuana, pero recalca que el Tribunal de Quibdó no es sin embargo

el competente para desatar la apelación interpuesta contra el ameritado fallo.

“Hasta tanto los Jueces del Circuito Penal de esta Reión –expresa este Tribunal–, asuman el conocimiento del proceso y profieran decisiones que permitan la interposición del recurso de apelación, esta Sala carece de competencia para conocer en segunda instancia del presente negocio, consecuente con esto, predicamos la competencia del Tribunal Nacional para desatar la alzada de la sentencia proferida por el Juez Regional de Medellín, por ser la autoridad judicial competente para conocer del recurso en razón de lo previsto en el numeral 1o. del artículo 69 del Estatuto Penal.

“Aceptar la competencia en segunda instancia de este negocio, constituye una clara violación al debido proceso, pues se estaría pretermitiendo una de las instancias propias del proceso penal” (fls. 64-2).

Se considera:

Como la apelación fue interpuesta contra la sentencia dictada por el Juez Regional de Medellín, obvio que el proceso tenía que arribar en segunda instancia al Tribunal Nacional. Lo que se discute es qué clase de decisión debió tomar.

Pues bien: en sentir de esta Sala, como el Tribunal Nacional se declaró no competente para conocer del proceso, hizo lo correcto cuando remitió éste a la autoridad que estimó que sí lo era. Y como el proceso ya se encontraba en segunda instancia, lógico, procesalmente hablando, fue remitirlo a su homólogo, el Tribunal de Quibdó. Es patente que el Tribunal Nacional, al declarar que carecía de competencia, no podía tomar decisión distinta a decirlo así, sin que desde luego tuviera facultad para declarar la nulidad, cosa ésta privativa de quien tiene la competencia.

Entonces, el Tribunal de Quibdó, si, como lo dice en su auto, compartió la tesis de que la competencia no era de la justicia regional, ha debido declarar la nulidad y remitir el proceso a la Fiscalía respectiva, para que ésta procediera a la calificación del mismo.

Como para esta Sala es también claro que la cantidad de plantas de marihuana no excede de 2.000 unidades, se devolverá el proceso al Tribunal Superior de Quibdó para que proceda en la forma atrás indicada (art. 101 C. de P.P.), quedando así resuelta la colisión que encara.

Es pertinente agregar, que la decisión que dirime la colisión de competencias, bien sea emitida por esta Corte, por el Consejo Superior de la Judicatura o por cualquiera otra autoridad encargada de hacerlo de acuerdo a la ley, es vinculante no sólo para los protagonistas de la colisión, sino también para los demás funcionarios judiciales que intervengan en el proceso, incluidos, desde luego, los fiscales de la república, quienes deberán obrar en consecuencia. Significa lo anterior que si esta Sala decide que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por cuanto que el cultivo de marihuana encontrado no sobrepasa las dos mil matas, y ello implica que esa Corporación decrete la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación por incompetencia del fiscal que la calificó, el nuevo fiscal deberá formular la acusación de conformidad con lo decidido por esta Corte. De no hacerse así, se estaría desconociendo una decisión tomada por la Sala en pleno ejercicio de sus funciones, al abrirse paso la hipótesis de que el conflicto de competencias que ahora se dirime, pudiera volver a presentarse ante la persistencia de la entidad acusadora en su inicial decisión. Es una situación muy similar a la que se presenta cuando la Corte, en sede de casación, decreta la nulidad del proceso por un error en la calificación del sumario. Si el fiscal, al calificar de nuevo su mérito tuviera la posibilidad de apartarse del criterio de la Corte, en el fondo estaría desconociendo una sentencia, que es de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos procesales.

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

Resuelve:

Declarar que la competencia para conocer de este proceso corresponde en este momento al Tribunal Superior de Quibdó, adonde se devolverá el expediente. Dése aviso de esta decisión al Tribunal Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO / PREVARICATO POR ACCION

El legislador fue excesivamente celoso en señalar un grado de prueba para la demostración de cualquiera de esos supuestos (el hecho imputado no existió, el procesado no lo cometió, la conducta es atípica, demostración de una causal eximente de antijuridicidad o inculpabilidad o porque el proceso no podía iniciarse o proseguirse) aliviando que debía ser plena, o sea, aquella que, sin ninguna mezcla de duda, tiene la virtualidad de producir certeza en el espíritu del funcionario judicial que reconoce su existencia.

Con ese propósito su actividad debe estar dirigida al examen de los puntos en que se finca la prueba, concatenarlos, sacar de ellos consecuencias, y después de cotejarlos de cerca, teniendo en cuenta sus diferentes circunstancias, establecer una conclusión final entre los diversos resultados de estas operaciones mentales. Por manera que esta convicción adquiere la denominación de certeza, cuando rechaza positivamente los motivos contrarios que no pudieron oponerse válidamente a los afirmativos.

Apuntando a esa finalidad, no debe desconocerse que el funcionario cuenta con libertad de apreciación de las pruebas, sometido tan sólo a las reglas de la sana crítica, pero esa libertad no puede tomarse como sinónimo de arbitrariedad, en términos de aceptar o rechazar un medio de prueba a su libre talante, de ignorarla o de darle un alcance que no tiene, pues así también se es deshonesto en la difícil pero noble misión de administrar justicia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 111 de 6 de octubre de 1994.

Vistos:

Por apelación interpuesta por el Fiscal Segundo Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y el Procurador 109 en lo Judicial, conoce la Corte la sentencia de fecha 30 de mayo del cursante año, mediante la cual la Sala Penal de aquella Corporación resolvió absolver al doctor OSCAR DE JESUS ALZATE RESTREPO, ex-Juez Unico Especializado de esa localidad, del cargo que por prevaricato por acción se le imputó en este proceso.

Hechos y actuación procesal:

1. El 20 de abril de 1988, el para entonces Juez 14 de Instrucción Criminal radicado en Riosucio (Cds.), atendiendo a la información que las autoridades habían logrado en el sentido de que en la finca Benítez, ubicada en Supía, de propiedad de JOSE ORLANDO CARDEÑO ZULUAGA se encontraban armas y elementos propios para la producción de cocaína, practicó en ese lugar la diligencia de allanamiento decretada, hallando efectivamente en el zarzo de una de las viviendas cercana a la principal, una sub-ámetralladora marca Uzi, 9 mm. número 62366, de procedencia Israelí, un proveedor con munición, una caja con 25 proyectiles para la misma arma y 19 cartuchos calibre 45, elementos éstos que al estar catalogados como de uso privativo de las fuerzas armadas y carecer de salvoconducto fueron incautados.

La investigación de este hecho la inició el Juzgado Especializado de Manizales, a cargo del doctor OSCAR ALZATE RESTREPO, quien luego de escuchar con declaración a JOSE ANCIZAR BUENO (fl. 2 cdno. anexo) administrador de la finca allanada, quien aseveró que el arma la había llevado su patrono JOSE ORLANDO CARDEÑO ZULUAGA, de recibirle a éste indagatoria (fl. 11 cdno. anexo) y de recepcionar los testimonios de NESTOR MARTINEZ y FABIO GOMEZ SANCHEZ (fls. 30 y 34 cdno. anexo), resolvió la situación jurídica del imputado dictando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por auto

del 25 de junio de 1988 (fl. 38 cdno. anexo) por violación al Decreto 3664 de 1986. Posteriormente recibió los testimonios de ALBERTO ALZATE (fl. 47 cdno. anexo) JOSE ANCIZAR GARCIA (fl. 48), MIGUEL ANGEL ARIZA PINTO (fl. 54), GUILLERMO RODRIGUEZ DIAZ (fl. 55 Vto.), amplió el testimonio de JOSE ANCIZAR BUENO (fl. 77 cdno. anexo) y, entendiendo que este nuevo recaudo probatorio creaba duda sobre la responsabilidad del acusado, resolvió favorablemente la solicitud formulada por la defensa de revocatoria de la medida cautelar en proveído del 6 de julio del año en cita. El 24 de septiembre, sin el allegamiento de más pruebas, decretó el cese de procedimiento, a petición de la defensa, ordenando el archivo de la actuación (fl. 94 cdno. anexo).

Ulteriormente, el 30 de octubre de 1992, FRANCISCO JAVIER AGUIRRE VANEGAS, quien había sido juzgado y condenado por el Juzgado Especializado de Manizales a cargo del doctor ALZATE RESTREPO, por los delitos de secuestro extorsivo y hurto, dirigió escrito al Juzgado 2o. de Orden Público de Medellín, quejándose no sólo del mal manejo que había tenido su proceso, sino de la posible intervención que pudo tener el Juez en la muerte violenta de la mujer del memorialista, cargos a los cuales agregó, cuando fue llamado a ratificarse, que el doctor ALZATE RESTREPO recibió diez millones de pesos para resolver favorablemente la situación de OSCAR CARDEÑO dentro del proceso que tramitaba por el delito de porte ilegal de armas, según comentario que éste le hizo cuando se acercó a visitarlo a la cárcel (fls. 2 y 19 cdno. 1).

2. Como las diligencias preliminares practicadas por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales permitían suponer la comisión por parte del doctor ALZATE RESTREPO de los punibles de cohecho y prevaricato, por auto del 15 de julio de 1993 se abrió la investigación (fl. 77 cdno. 1) se oyó en indagatoria al imputado (fl. 103 cdno. 1), se le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva mediante auto del 12 de agosto de 1993, la cual le fue sustituida por detención domiciliaria (fl. 132), y tras la clausura de la investigación, el mérito probatorio del sumario fue calificado con resolución de acusación por el delito de prevaricato por acción contra el doctor OSCAR DE JESUS ALZATE RESTREPO, en providencia del 15 de diciembre de 1993, en cuyo favor se precluyó por el punible de cohecho. En el mismo proveído, se precluyó en favor del doctor SILVIO

GONZALEZ ALZATE, quien por la época de los hechos llevaba la representación de la Fiscalía Especial ante el Juzgado Especializado de Manizales, por el punible de prevaricato por omisión (fl. 720 cdno. 2), decisiones que no fueron impugnadas.

En la etapa del juicio se practicó diligencia de inspección judicial sobre el archivo del extinguido Juzgado Especializado de Manizales, se celebró la audiencia pública y durante ella se recepcionó el testimonio del doctor SILVIO GONZALEZ ALZATE y, finalmente, se profirió la sentencia absolutoria objeto de impugnación.

Fundamentos de la sentencia:

El Tribunal *a-quo*, luego de desestimar las afirmaciones de Francisco Javier Aguirre Vanegas porque del examen crítico que hizo de su personalidad y de la deponencia misma no lo encontró confiable, se refirió al material de prueba con el que contó el ex-Juez incriminado en los momentos de tomar sus decisiones calificadas como contrarias a la ley, para concluir que cuando abrogó la medida detentiva tuvo como fundamento las nuevas pruebas recogidas, que sometidas a personal valoración, le permitieron optar por esa determinación, sin que haya nada que permita deducir que ilegalmente con ella buscaba favorecer a CARDEÑO ZULUAGA.

Sobre la decisión del imputado de declarar la improseguibilidad de la acción penal con el mismo sustento probatorio, la Corporación de instancia apunta:

“...es absolutamente cierto que con la misma prueba hasta entonces existente, acogió petición de la defensa y ordenó cesar procedimiento en favor del implicado. También salta a la vista que mientras la duda fue argumento expuesto por el funcionario para revocar la medida de aseguramiento, en el auto de cesación dijo que ‘...Del estudio realizado sobre el acervo probatorio que contiene el informativo, fácilmente podemos colegir que el incriminado Cardeño Zuluaga, no ha cometido el hecho a él endilgado, y de ahí, que sea procedente declarar el cese de procedimiento en el presente proceso...’.

“La contradicción entre esas dos formas de valorar la prueba es clara. Porque en el primer caso la duda condujo a dejar sin efecto la detención, en tanto que en el segundo se predica la convicción de que Cardeño no cometió el hecho ilícito a él imputado, razón por la cual se ordena cesar procedimiento.

“De nuevo, el Tribunal se ve obligado a sostener que lejos de descubrir un indicio de responsabilidad en esa contradicción, atribuye a éste un efecto contrario.

“La acusación sostiene que el Juez incurrió en una serie de yerros, en donde deliberada y sistemáticamente desconoció normas sustanciales del derecho penal y normas de procedimiento, con el malsano propósito de favorecer indebidamente a Cardeño Zuluaga.

“Pero mírese cómo, de estar la razón del lado del señor Fiscal, la motivación en el auto que revocó la detención preventiva debió ser muy distinta, no invocando la duda en un estadio donde todavía quedaba la posibilidad de algún esfuerzo por eliminarla.

“El Juez acusado no es torpe, esta opinión la comparte el Tribunal. Y habría sido una enorme torpeza suya plantear la duda como argumentó para revocar la detención, si deliberadamente estaba preparando el terreno para con base en la misma prueba ordenar luego la cesación de procedimiento, cuando la norma procesal que finalmente aplicó (art 34 C.P. Penal de entonces) exigía la plena prueba de alguna de las causales expresamente contempladas en ella para poder aplicarla”.

Para deducir que esta determinación estuvo exenta de dolo, y que por tanto procedía la absolución, se agrega más adelante en el fallo:

“...Para el Tribunal resulta explicable ante el comprobado cúmulo de trabajo en el Juzgado, no sólo que su titular delegara en el personal subalterno la tarea de elaborar proyectos, sino también que se conformara con la escasa motivación por aquellos

consignada. No había tiempo para más. Igualmente explicable nos parece, no con base en la mala fe, sino en un descuido o ligereza exentos de dolo, que sus decisiones no siempre hubieran estado rigurosamente ceñidas al procedimiento legalmente previsto y en el caso concreto, que haya accedido a ordenar la cesación de procedimiento, no obstante que en decisión inmediatamente anterior había aceptado que subsistían dudas por despejar...”.

Razones de la apelación:

A juicio de la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior el ex-Juez acusado cometió el delito de prevaricato por acción porque, dentro de la incipiente investigación que venía adelantando se apresuró a ordenar la cesación de procedimiento con manifiesta violación de lo dispuesto por el artículo 34 del C. de P.P. a la sazón imperante que exigía para su aplicación plena prueba sobre la causal que se estimara concurría. Considera que no se trata de simple desacuerdo con la valoración que el ex-Juez realizara de la prueba, como lo pretende el Tribunal Fallador, cuya absolución somete a acerba crítica, sino en que en el caso concreto nada se hizo para investigar los hechos, pero en cambio sí le dio desmedida importancia a testimonios contradictorios, no citados dentro del proceso, que ninguna relación tenía con la materia a probar, a más de que en la determinación censurada se varió el objeto de la investigación.

Por su parte, el Procurador 108 en lo judicial advierte que el proceso en cuestión si bien en principio tuvo trámite normal, a raíz del decreto de detención comenzaron a presentarse acciones y omisiones maliciosas, puesto que la actuación se limitó a la recepción de testimonios de personas vinculadas al acusado CARDEÑO ZULUAGA, los cuales a pesar de encontrárseles vicios consistentes en la incoherencia, confusión y contradicción que generaban desconfianza, el Juez inculpado procedió a revocar la medida cautelar y luego, sobre la misma base, a liberarlo de toda responsabilidad, acomodándose, fácilmente a las peticiones unilaterales de la defensa, dándole a su determinación apariencia simple de legalidad.

Se esmeran los impugnantes, para peticionar la revocatoria del fallo absolutorio y que se dicte el de condena, en el estudio de las declaraciones

vertidas en el proceso adelantado contra JOSE ORLANDO CARDEÑO ZULUAGA, para extraer como conclusión que la resolución mediante la cual se cesó procedimiento en su favor es ostensiblemente injusta y que a ella llegó el funcionario imputado consciente de su ilegalidad.

Consideraciones de la Corte:

Se acusa al doctor OSCAR DE JESUS ALZATE RESTREPO de haber faltado en materia grave a la función pública que se le confió cuando desempeñándose en el cargo de Juez especializado adoptó medidas contrarias a derecho, adecuando así su comportamiento al tipo penal de prevaricato por acción, definido por el artículo 149 del estatuto penal, así:

“El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en...”.

La acusación concreta reside en que mediante providencia calendada el 24 de septiembre de 1988 cesó procedimiento en favor de JOSE ORLANDO CARDEÑO ZULUAGA inculpado de infracción al Decreto 3664 de 1986, sin que para ese evento contara con el concurso del presupuesto exigido por el artículo 34 de la ley procedimental para entonces vigente, atinente a la existencia de plena prueba sobre la causal de improseguibilidad aplicada.

Dado que con la aplicación de este precepto evidentemente se ponía punto final al proceso penal en curso, ya porque el hecho imputado no existió, porque el procesado no lo cometió, porque la conducta fuera atípica, porque estuviera demostrada una causal excluyente de la antijuridicidad o de culpabilidad, o porque el proceso no pudiera iniciarse o proseguirse, el legislador fue excesivamente celoso en señalar un grado de prueba para la demostración de cualquiera de esos supuestos, relievando que debía ser plena, o sea, aquella que, sin ninguna mezcla de duda, tiene la virtualidad de producir certeza en el espíritu del funcionario judicial que reconoce su existencia.

Con ese propósito su actividad debe estar dirigida al examen de los puntos en que se finca la prueba, concatenarlos, sacar de ellos

consecuencias, y después de cotejarlos de cerca, teniendo en cuenta sus diferentes circunstancias, establecer una conclusión final entre los diversos resultados de estas operaciones mentales. Por manera que esta convicción adquiere la denominación de certeza, cuando rechaza positivamente los motivos contrarios que no pudieron oponerse válidamente a los afirmativos.

Apuntando a esa finalidad, no debe desconocer que el funcionario cuenta con libertad de apreciación de las pruebas, sometido tan sólo a las reglas de la sana crítica, pero esa libertad no puede tomarse como sinónimo de arbitrariedad, en términos de aceptar o rechazar un medio de prueba a su libre talante, de ignorarla o de darle un alcance que no tiene, pues así también se es deshonesto en la difícil pero noble misión de administrar justicia.

La Corte adelanta que en el caso sometido hoy a su decisión el ex-Juez ALZATE RESTREPO al proferir el auto de fecha 24 de septiembre de 1988, mediante el cual favoreció al señor JOSE ORLANDO CARDEÑO ZULUAGA con cese de procedimiento, no lo hizo con apoyo en la prueba obrante en el proceso, ignorando el mandato contenido en el artículo 246 del C. de P.P. vigente por ese entonces, conforme al cual toda decisión judicial debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso, o si lo entendió de esa manera fue para darle a su determinación simple apariencia, porque los testimonios en que se sustentó no resisten la más elemental crítica que se les haga, además de que el ex-funcionario les dio, insólitamente, un alcance que, por sí no tenían.

Efectivamente, recuérdese que el aspecto fáctico de ese proceso se reduce a que la autoridad halló una sub-ametralladora, munición para la misma y 19 cartuchos calibre 45 mm., elementos de uso privativo de las Fuerzas Armadas que se hallaban perfectamente mimetizados en el zarzo de una de las viviendas de la finca de propiedad de CARDEÑO ZULUAGA.

En principio, el señor JOSE ANCIZAR BUENO, administrador del predio, aseguró que el arma fue llevada por su patrono y sobre su dicho recayó la medida detentiva; sin embargo, convenientemente después de

que su empleador rindió indagatoria aclaró que el arma había sido dejada allí, al parecer, por un individuo que "...erraba y montaba los caballos en la finca..." y su patrono le dijo que la guardara por si luego la reclamaban, tratando así de corroborar lo sostenido por éste en su injurada.

CARDEÑO ZULUAGA (fl. 11 cdno. anexo), por su parte, manifestó que cuando se acercó a su finca el administrador le comentó que el fin de semana anterior habían dejado un arma, y aunque ignora quien la dejó cree factible que hubiera sido algún acompañante de HUMBERTO ROLDAN quien había organizado un partido de fútbol allí.

FABIO GOMEZ SANCHEZ, arquitecto que se encontraba adelantando algunas obras en la finca en el momento del allanamiento, dice que fue hallada la subametralladora en el momento de la diligencia y que era la misma que un guardaespalda de HUMBERTO ROLDAN dejara olvidada en el mes de marzo, encima de una mesa de dibujo que él utilizaba para sus labores, hecho que tuvo luego oportunidad de comentárselo al dueño de la finca (fl. 34 cdno. anexo).

El capitán GUILLERMO RODRIGUEZ DIAZ (fl. 55 Vto. cdno. anexo), declaró que el señor CARDEÑO ZULUAGA le comentó que su finca había sido allanada y que habían encontrado una sub-ametralladora que él creyó (CARDEÑO) que pertenecía al ejército y por eso ordenó al mayordomo que la guardara. Al hacer las averiguaciones del caso, el declarante llegó a la conclusión de que dicha arma pertenecía al jefe de la red rural de EPL en Supía.

No se requiere ser demasiado perspicaz para de inmediato caer en cuenta que el conjunto probatorio anterior se concertó única y exclusivamente a demostrar, a todo trance, la ajenidad del acusado CARDEÑO ZULUAGA con el arma decomisada, sin importar que, en ese camino, sus asertos tomaran horizontes opuestos, como cuando designan al personaje que, en forma inverosímil, dejó abandonada la sub-ametralladora, sin que intentara de ninguna manera recuperarla, cual si se tratara de instrumento desechable, adjudicándosela a veces a un empleado de la misma finca, otras a un guardaespalda y, en fin, hasta a un elemento de la subversión, dándole el ex-Juez la espalda a la obligación que la ley le imponía de aclarar oficiosamente los hechos.

Conviene la Corte en que por haberse sembrado la posibilidad de que una persona diferente al endilgado CARDEÑO fuera quien llevó el arma a la finca, el auto de detención era susceptible de ser revocado, habida consideración de que surgían dudas de responsabilidad que ameritaban que, por el momento, fueran resueltas en su favor.

Ese estado de incertidumbre, lo exteriorizó así el ex-Juez en la providencia de julio 6 de 1988 (fl. 79 cdno. anexo):

“...Aflora entonces en este expediente una duda, la que de conformidad a los principios rectores de nuestro estatuto penal y de procedimiento debe resolverse a favor del procesado; es que la pruea, como ya se consignó, se debilitó, perdió su fuerza jurídica, y en base a la misma no podemos seguir sosteniendo una medida cautelar en contra de Cardeño Zuluaga...”.

Por eso, si hallarse en estado de duda, significa carecer de certeza, encontrarse en incertidumbre, no puede menos que causar perplejidad que seguidamente y sólo mediando el escrito petitorio de la defensa en el auto siguiente, calendado el 24 de septiembre, (fl. 94 cdno. anexo) hubiera pasado sin más al estado contrario, esto es, a la certeza de que era poseedor de la verdad y sobre esa base dar por terminado el proceso ordenándose su archivo, porque “...Ha quedado suficientemente demostrado en las sumarias que el arma –sub-ametralladora– incautada y decomisada en la hacienda Benítez, de propiedad del aquí inculcado no pertenece a éste...”, con lo cual no sólo traicionó su conciencia de juzgador, sino que hizo grosera burla al artículo 34 en cita en cuanto determina para su aplicación plena prueba de la causal reconocida, es decir, la eliminación de toda duda racional, la seguridad de que los hechos ocurrieron de determinada manera, prueba que el imputado aquí intencionalmente se inhibió de recoger, pues de haberlo hecho muy otra hubiera sido la decisión que la justicia habría adoptado en ese caso.

Valga como ejemplo la omisión de librar el rutinario oficio a Indumil; inexcusable en un Juez Especializado, indagando por los antecedentes de la sub-ametralladora decomisada, para que descubriera de inmediato que ésta aparecía registrada a nombre del entonces procesado JOSE ORLANDO CARDEÑO ZULUAGA, con C.C. No. 70.534.427 como

consta a folios 69, 367, 373, 376, 676, registro que, como se dice a folio 680, se realizó fraudulentamente con la complicidad de digitadores inescrupulosos, pues esa arma había sido vendida a la compañía Action el 27 de enero de 1987 (fl. 716), y que por consiguiente sólo CARDEÑO ZULUAGA pudo haberla llevado al sitio donde fue encontrada, como desde un comienzo se había dicho, único interesado, por poseerla, en que se hicieran esos registros espurios.

En su indagatoria, el ex-Juez acriminado hace referencias al discurrir procesal para indicar que si bien pudo equivocarse en la decisión censurada, ello obedeció al cúmulo existente de trabajo, pero nunca a una conducta malintencionada de su parte. Sin circunstanciar en qué pudo haber consistido su equivocación, agrega:

“...Está probado en mi concepto fehacientemente (*sic*) que CARDEÑO ni conservaba ni era propietario de ese artefacto. La prueba edificó en torno de él una inmensa duda que necesariamente debería resolverse a su favor...” (fl. 109).

Sólo el propósito de sostener lo insostenible, puede llevar a alguien a tener su espíritu en situación tan ambivalente, es decir, en estado de certidumbre y al propio tiempo de duda. Y mal puede una persona, sana de mente como el imputado, con práctica judicial de más de 20 años, calificado como no torpe por el Tribunal que lo ha venido eligiendo, pretextar que la duda le sirvió para resolverla a favor del acusado, al dictar el cese de procedimiento, si precisamente era conocedor que por exigencia normativa se requería la plena prueba que excluye en su aplicación todo género de duda, como ya se dejó examinado, siendo obligación suya eliminarla con el uso de mediana diligencia y de prolija y pertinente investigación, lo cual se abstuvo de hacer ya por capricho, o por cualquiera otro sentimiento o motivación.

Ni el exceso de trabajo, ni la circunstancia de que tuviera que delegar, por ello mismo, la elaboración de ciertos proyectos en sus subalternos, justifica el proceder ilícito del ex-Juez acusado, porque él directamente intervino en la recepción de los testimonios dentro del proceso contra CARDEÑO ZULUAGA, conocía el alcance de los mismos y por lo tanto no podía ser sorprendido con una falsa motivación, mucho menos cuando, según lo

depuesto por AUGUSTO ZULETA VELASQUEZ (fl. 379) y CRISTINA SALAZAR GIRALDO (fl. 384), Secretario y Sustanciadora del Juzgado del cual aquel era titular, en este caso concreto, los proyectos que se elaboraron estuvieron orientados por el Juez directamente, de donde se sigue que fueron fruto de su propia inspiración y sólo él puede ser catalogado como autor.

En este punto, la Corte debe destacar la inconsecuencia de la argumentación que trae el fallo absolutorio puesto que en tanto que excusa la pobreza de sustentación del auto de cesación de procedimiento, porque tuvo que acudir al ex-funcionario, por el exceso de trabajo, a sus subalternos para la elaboración de los proyectos, esa misma redacción le sirve luego para discurrir que si el ánimo del ex-Juez hubiera sido el de violar la ley nunca se hubiera referido a la duda, olvidando que lo que él perseguía era una decisión, no importándole los términos que para lograrla utilizaran sus subalternos.

En consecuencia, resulta inadmisibile que se sostenga aquí que el justiciable no conocía la ilegalidad de su acto si para llegar a él hubo de hacer malabarismos jurídicos para darle aparente fundamento. Es más, el proveído reprochado se afianza en que CARDEÑO ZULUAGA no era el propietario de la sub-ametralladora, conducta que no está dentro de la alternativas contempladas en el artículo 2o. del Decreto 3664 de 1986, lo cual se advierte como inconcebible puesto que sin que se predique la propiedad pueden tipificarse la acciones de importar, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar o portar, que son las que se elevan a la categoría específica de delito en tal precepto con relación a las armas de uso privativo de las fuerzas armadas, ninguna de las cuales, inexplicablemente, le mereció al acusado atención.

Y si no fuera suficiente lo anterior, destáquese como circunstancia demostrativa de que el imputado estaba dirigiendo su actividad únicamente a favorecer a CARDEÑO ZULUAGA que aún antes de que dictara el supracitado auto de cese de procedimiento había accedido a entregar la munición calibre 45 mm. que también había sido decomisada y que, independientemente a la incautación de la sub-ametralladora, comportaba delito de investigación oficiosa, sobre el cual no hizo indagación alguna, entrega que importó que la Fiscalía ordenara la expedición de copias para su investigación separada.

La Corte examinó con serenidad las razones esgrimidas por la defensa para apoyar la absolucióndel enjuiciado, pero no las puede compartir porque se oponen a lo demostrado en los autos y niegan el sentido común y las reglas de la experiencia. Así, sostener como lo hace el vocero en la vista pública que el acusado no violó la ley al dictar auto de cesación de procedimiento, porque por la vía de la exclusión comprobó que CARDEÑO ZULUAGA no había sido el autor de la infracción, y ese supuesto lo contemplaba el artículo 34 del C. de P.P. para viabilizar el pronunciamiento de dicha resolución. Y si con posterioridad se trajo la prueba, que no tuvo a la mano el procesado cuando tomó aquella medida, de que el ejército había vendido la sub-ametralladora a CARDEÑO ZULUAGA, se arriba a igual conclusión pero ya por el fenómeno de la atipicidad, por haber accedido al arma legítimamente. El sofisma es inocultable, como también es inocultable que CARDEÑO ZULUAGA nunca aceptó que hubiera adquirido esa arma por las vías legales, ni tan siquiera que la hubiera llevado a su finca, por lo que la argumentación defensiva se torna carente de seriedad.

En estas condiciones probatorias, el fallo absolutorio proferido debe ser revocado, como lo piden los impugnantes con razonamientos indiscutibles, para en su lugar proferir uno de condena, por haberse obtenido la certeza de que el comportamiento atribuido al justiciable además de típico, es antijurídico y culpable, a título de dolo.

Para la dosificación de la pena ha de tenerse en cuenta, con apoyo en el artículo 61 del C.P.P., la gravedad del hecho y la circunstancia genérica de agravación punitiva referida en el artículo 66-11 del C.P.; lo primero, por cuanto el imputado abusó de la confianza que el Estado había depositado en él para investigar delitos que para ese momento eran de especial impacto social, pues como que en desarrollo de las excepcionales competencias que el entonces artículo 121 de la Carta daba al Gobierno éste había “especializado” a determinados funcionarios para poder hacer frente en forma más eficaz a ese tipo de delincuencia que ponía en jaque las instituciones jurídicas del país; y lo segundo, porque a lo largo del proceso la posición distinguida del procesado frente a la sociedad donde ejercía su cargo –de juez– nunca se puso en duda.

En consecuencia, por la gravedad del hecho no se podrá partir del mínimo señalado en el dispositivo penal vulnerado (art. 149 C.P.), sino

de quince (15) meses de prisión, incrementados por la circunstancia genérica referida en tres (3) meses, para un gran total de dieciocho (18) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, como pena principal y como accesoria, la pérdida del empleo público u oficial, la cual como lo ha sostenido la jurisprudencia no es incompatible con la interdicción de derechos y funciones públicas cuando ésta se imponga como pena principal dada la mayor cobertura inhabilitante de aquélla, que es lo que acontece en el presente caso.

No se ordenará indemnización de perjuicios, por cuanto no aparece acreditado que con la comisión del punible se hubiera irrogado daño a un tercero.

Tampoco hay lugar al otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional aun cuando el quantum punitivo impuesto lo permite, más no la naturaleza y modalidades del hecho punible que no solamente hacen calificar de grave el hecho, sino por cuanto éste estuvo rodeado de otros comportamiento tales como la entrega de la munición y la omisión en librar el oficio a Indumil cuya respuesta le hubiese servido para eliminar la supuesta duda determinante del hecho prevaricador, los cuales si bien no fueron tenidos en cuenta como hechos punibles autónomos, si permiten a la Corte suponer que el procesado requiere purgar la totalidad de la pena como necesario tratamiento penitenciario.

En mérito de lo precedentemente 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: Revocar la sentencia recurrida, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (Caldas) absolvió al ex-juez OSCAR DE JESUS ALZATE RESTREPO de los cargos por los cuales se le formuló resolución acusatoria en este proceso.

Segundo: Condenar, en su lugar, a OSCAR DE JESUS ALZATE RESTREPO, de condiciones civiles y personales conocidas en el expediente; a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión e

interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y a las accesorias de pérdida del empleo público u oficial, como autor material del delito de PREVARICATO por acción, cometido cuando se desempeñaba como Juez Unico Especializado del Distrito Judicial de Manizales, en las circunstancias de lugar, tiempo y modo puntualizadas.

Tercero: Negar, al condenado, el subrogado de la condena de ejecución condicional y, en consecuencia, líbrese directamente por la Corte la orden de captura correspondiente, en firme esta determinación.

Cuarto: Expídanse las copias de este fallo, una vez en firme, y envíense a las autoridades mencionadas en el artículo 501 del C. de P.P. para los fines correspondientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. (salvo parcialmente mi voto).

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Contra la verdad establecida por la Corte y su juicio de que las circunstancias genéricas de agravación (artículo 66 del C.P.) deben deducirse en el cuerpo de la sentencia y no en la resolución de acusación y contra su planteamiento de que un mismo elemento del tipo se tiene como ingrediente axiológico del punible y coetáneamente se toma como una de las circunstancias antes mencionadas, debo mostrar, hic et nunc, mi total y absoluta discrepancia con dichas opiniones –cuestión simplemente de buen sentido– como lo he hecho en pasadas ocasiones.

En este terreno y mientras tenga sitio en la Sala las respuestas han de venir de mi parte –como ordinariamente suele acontecer en esta materia– para oponerme, in radice, a semejante modo de pensar. Reitero, pues, los fundamentos de mi criterio disidente.

Cuanto al primero:

“Insiste la SALA mayoritaria en considerar que en la sentencia pueden deducirse las circunstancias genéricas de agravación punitiva (artículo 66 del C.P.) sin que tal proceder vulnere el derecho de defensa del imputado cuando lo correcto es su aplicación en el pliego de cargos, o como ahora se dice, con alabada técnica, resolución de acusación. Si es que acaso las cosas no han cambiado de nombre con tantas mudanzas de legislación y trastueques técnicos que de seguro, todo lo embrollan y todo lo complican. Y aunque crea yo que el concepto de la SALA no es de recibo sé que por mucho que diga siempre lo contrario, mi criterio, muy a pesar mío, no va a producir ningún efecto pues aquel se basta y el mío me basta. Dejemos las cosas así. Conformo saber que nada se concluye y todo se continúa”.

Cuanto a lo segundo:

“He entendido y sigo entendiendo que: ‘la doble valoración de un mismo hecho conduce a la transgresión del principio del non bis in idem. Cuando un elemento que caracteriza la acción punible se aprecia coetáneamente como agravante en la sentencia, debe descartarse la concreción de la circunstancia que contenga esa misma condición’. Uno de los presupuestos típicos del delito de prevaricato por acción es que el sujeto activo sea calificado. Mal puede, entonces, jugar esta misma característica como presupuesto de una circunstancia genérica de agravación. Como la sentencia de segunda instancia –con la cual me identifico en lo demás– insinúa dicho criterio cumplo con mi deber de manifestar mi disentimiento en esta materia”.

Nada más.

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra.

COLISION DE COMPETENCIA

El proceso en que se presenta (la colisión) ya tiene calificado el mérito del sumario con Resolución Acusatoria debidamente ejecutoriada, que fue dictada, luego de agotarse las etapas previas, por una delegada de la Fiscalía General de la Nación, entidad que conforme al artículo 120-1 del Código de Procedimiento Penal, es la competente para investigar todos los delitos que se cometan dentro del territorio nacional, salvo los casos especiales de fuero, y acusar a los presuntos infractores.

Dicha acusación, por tanto, proviene de autoridad competente y se ajusta a las formalidades legales, razón suficiente para que deba ser respetada como ley del proceso que es, máxime si se tiene en cuenta que la ejecutoria de esa providencia marca el final del sumario y el comienzo del juicio, circunstancia que en un sistema penal acusatorio como el que rige en nuestro país determina variación de la competencia, pues la investigación que venía siendo adelantada por un fiscal pasará desde ese momento a manos del juez competente para la causa.

*Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C., doce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.*

Magistrado ponente: *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 114 de 12 de octubre de 1994.

Vistos:

Procede la Sala a dirimir de plano la colisión negativa de competencias suscitada entre los Juzgados Veinticuatro Penal del Circuito de Cali y Segundo Penal del Circuito de Cartago.

Antecedentes:

El Jefe de Visitadores Fiscales de la Contraloría Departamental del Valle presentó, el 28 de julio de 1993, denuncia penal por el delito de peculado, contra el ciudadano DANIEL ENRIQUE ROSERO TORRES, quien se desempeñaba como Inspector Departamental de Policía en el corregimiento de La Quebra de San Pablo, perteneciente al municipio de El Aguila (Valle), por haberse apropiado de un millón de pesos (\$1.000.000.00), en hechos ocurridos durante el mes de agosto de 1990.

La Fiscalía Cincuenta y Tres-Dos de la Unidad Especializada de Delitos contra la Administración Pública dispuso, en proveídos de 4 y 23 de agosto de 1993, la práctica de diligencias preliminares.

El 22 de septiembre siguiente dicho despacho Fiscal declaró abierta la investigación y vinculó mediante injurada a DANIEL ENRIQUE ROSERO TORRES, el 28 de octubre del mismo año, dejándolo en libertad, mientras le resolvía su situación jurídica, lo que hizo el 7 de marzo de 1994, imponiéndole medida de aseguramiento de detención domiciliaria, sin libertad provisional, como presunto autor responsable del delito de peculado de que trata el Título III, Capítulo I, del Código Penal.

Perfeccionada la investigación se declaró cerrada, el 8 de abril del año en curso, y se calificó por la misma Fiscalía el 3 de junio siguiente, profiriendo Resolución Acusatoria contra DANIEL ENRIQUE ROSERO TORRES, como autor responsable del delito de peculado de que trata el Título III, Capítulo I, del Código Penal. En la misma providencia se dispuso remitir la actuación, por competencia, al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Cali.

Fue así como le correspondió conocer de las diligencias al Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Cali, el que, por auto de 13 de julio del año en curso, dispuso remitir la actuación al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Cartago, por competencia, luego de considerar que, no obstante haber recibido el dinero de la ciudad de Cali, fue en el corregimiento de La Quebra de San Pablo, jurisdicción del municipio de El Aguila, donde el acusado cometió el delito contra la Administración Pública que se le imputa, pues allí se negó a entregar el millón de pesos,

que obtuvo como auxilio para reconstruir la Capilla de esa localidad. En la misma providencia, propuso colisión de competencias negativa para el evento de que no fueran aceptados sus planteamientos por el Juez de Cartago.

El asunto llegó a manos del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago el que, por auto de 1o. de agosto próximo pasado, se declaró incompetente para conocer del proceso y tras aceptar la colisión propuesta ordenó la remisión del expediente a esta Corporación para lo de su cargo.

En sustento de su decisión expresó que el ente acusador incurrió en errónea calificación y adecuación típica, toda vez que el procesado no cometió un delito contra la administración pública sino contra el patrimonio económico, en la medida en que gestionó y recibió el dinero del que luego se apropió, no en su calidad de funcionario público y menos en ejercicio de sus funciones, sino como simple particular y partícipe de la Junta de Acción Comunal de dicho Corregimiento y, además, porque tal dinero fue donado por una entidad de carácter privado.

Concluye que siendo ello así, la competencia para juzgar y fallar este asunto corresponde al Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Cali, debido a que la apropiación del dinero se produjo en esa ciudad donde el procesado cobró el respectivo cheque y porque la cuantía del mismo era superior a veinte salarios mínimos del año 1990, límite de competencia señalado en el artículo 71.1 del Decreto 050 de 1987, que rigió hasta la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala:

La presente colisión negativa de competencias ocurre entre dos juzgados penales del circuito, pertenecientes a distintos distritos judiciales (Cali y Buga) y, por tal motivo, es esta Corporación la llamada a dirimirla, conforme a lo dispuesto en el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, el proceso en que se presenta ya tiene calificado el mérito del sumario con Resolución Acusatoria debidamente ejecutoriada, que fue dictada, luego de agotarse las etapas previas, por una delegada de

la Fiscalía General de la Nación, Entidad que conforme al artículo 120-1 del Código de Procedimiento Penal, es la competente para investigar todos los delitos que se cometan dentro del territorio nacional, salvo los casos especiales de fuero, y acusar a los presuntos infractores.

Dicha acusación, por tanto, proviene de autoridad competente y se ajusta a las formalidades legales, razón suficiente para que deba ser respetada como ley del proceso que es, máxime si se tiene en cuenta que la ejecutoria de esa providencia marca el final del sumario y el comienzo del juicio, circunstancia que en un sistema penal acusatorio como el que rige en nuestro país, determina variación de la competencia, pues la investigación que venía siendo adelantada por un fiscal pasará desde ese momento a manos del juez competente para la causa.

Pues bien, la acusación proferida en el presente caso corresponde a un delito de peculado, cuya autoría se le atribuye a DANIEL ENRIQUE ROSERO TORRES cuando desempeñaba el cargo de Inspector Departamental de Policía en el Corregimiento de La Quebra de San Pablo, jurisdicción del municipio de El Aguila (Valle), que forma parte del Circuito Judicial de Cartago, perteneciente al Distrito Judicial de Buga.

Y como quiera que fue en la ciudad de Cali donde el procesado entró en posesión efectiva del dinero objeto del aporte que finalmente se apropió, debe asumirse para efectos de fijar la competencia, que fue allí donde se cometió el ilícito, aunque sea otro el lugar donde debió utilizar el dinero que como ayuda le fue entregado.

Sentado lo anterior, fácil resulta advertir que la competencia en cuestión corresponde al Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Cali, tanto por el factor territorial ya analizado, como por la naturaleza del asunto, pues teniendo competencia la fiscalía en todo el territorio nacional es válida la acusación formulada en este caso.

Así se resolverá.

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

Resuelve:

Primero: Dirimir la colisión de competencias negativa suscitada, en favor del Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago.

Segundo: Declarar, que la competencia para adelantar el juzgamiento en el presente caso corresponde al Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Cali.

Tercero: Ordenar que por Secretaría se remitan las diligencias al Juez Competente y se comunique esta decisión al Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El alegato de las partes no recurrentes es aceptable siempre que se limite a tratar asuntos pertinentes a la demanda presentada por el actor, bien para apoyarlos, ora para desvirtuarlos. Comoquiera que está sujeto al principio de limitación no puede abordar temas extraños al escrito so pena de que sus palabras sean desatendidas por la Sala por desbordar los lindes propios de su condición.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá,
D.C. trece de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta No. 114 de 12 de 1994.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados Daniel Ricardo Peñaranda Supelano y José Mario Aguilera Peña, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Quinto (5o.) Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual los halló responsables de los delitos de peculado por apropiación y falsedad documental, sancionándolos a purgar la pena principal de treinta y cinco (35) meses de prisión para el primero, a título de autor determinante, y a diecisiete (17) meses y quince (15) días de prisión, como cómplice, al segundo, más las accesorias de rigor. Por otras conductas fueron condenados Francisco Burgos Hernández, Arnulfo Casas Aranda y Alberto Hernández Vásquez, quienes no recurrieron en casación.

Hechos:

Mediante acuerdo 020 del veintiséis (26) de octubre de mil novecientos ochenta y tres (1983), emanado de la Junta Directiva del

Centro "Jorge Eliécer Gaitán", se comisionó al historiador Daniel Peñaranda Supelano, Jefe de Identidad Cultural, para asistir a las reuniones del Consejo Ejecutivo de la UNESCO, a realizarse en París en noviembre de dicho año. Para su desplazamiento y estadía dispuso viáticos de US\$230.00 diarios y el correspondiente pasaje aéreo Bogotá - París - Bogotá.

El ocho (8) de noviembre siguiente, sin embargo, la Junta Directiva condicionó la aprobación de dicha comisión a lo que decidiera sobre el particular el Ministerio de Educación. Dos meses después, el diecinueve (19) de enero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) se manifestó en la Junta Directiva que el Ministerio desautorizaba la comisión al exterior.

No obstante, el viaje de Peñaranda Supelano por esta fecha era un hecho, pues el encargo se había cumplido entre el dos (2) de noviembre y el siete (7) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983). Con el fin de conseguir la recuperación del dinero, el historiador se ideó una comisión a Popayán cuyos viáticos cubrían los costos del viaje a París. Para ello se valió de Alberto Hernández Vásquez, Subdirector Ejecutivo del Centro, quien profirió la Resolución 083 de diciembre catorce (14) de mil novecientos ochenta y tres (1983), por medio de la cual comisionó a Peñaranda por cincuenta y cinco (55) días a la capital del Cauca. Luego vendría la cuenta de cobro 0654, girándose al efecto el cheque No. 4203892 del Banco Popular por la suma de ciento noventa y nueve mil ochocientos pesos (US\$199.800,00), dinero que quedó en manos de Peñaranda pese a que nunca viajó a Popayán.

En lo que se refiere a Mario Aguilera Peña, el mismo Hernández Vásquez profirió la Resolución 081 de noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y tres (1983), por la cual lo comisiona para atender en Barrancabermeja lo atinente al desarrollo del convenio que el Centro había suscrito con Fedecopetrol para el desarrollo de programas culturales conjuntos.

Para atender sus gastos, se le autorizaron viáticos por ciento cuarenta mil pesos (\$140.000.00), girándosele al efecto el cheque No. 3513784, contra la cuenta corriente del Banco Popular, sucursal Chapinero, con cargo a la misma imputación presupuestal que sirvió para reconocerle

los dineros a Peñaranda. Para hacerlos efectivos se expidió la cuenta de cobro 0620 el mismo día de la Resolución, señalándose que la comisión se cumplirá entre el veinte (20) de octubre y el veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), lo que indica que la Resolución se expidió con efecto retroactivo. El cheque lo recibió Aguilera quien se limitó a endosarlo y entregarlo a Hernández Vásquez:

Actuación procesal:

Esta vez el resumen le corresponde a la Delegada. Escúchesele:

“La Inspección Segunda Penal Distrital de Policía de Santafé de Bogotá abrió la investigación penal teniendo por base la denuncia presentada por Oscar Hernando Lara Melo, el 6 de septiembre de 1984.

“El Juzgado 39 Penal del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento del asunto por competencia, y comisionó al Juzgado 28 de Instrucción Criminal de la misma ciudad para la práctica de las diligencias ordenadas en la ampliación de la investigación; la instrucción correspondió posteriormente al Juzgado 78 de Instrucción Criminal de Bogotá. Despacho que fue reemplazado por el Juzgado 109 de Instrucción Criminal.

“De otro lado, y con base en la denuncia formulada, por María Fernanda Ramírez Castañeda, el Juzgado 56 de Instrucción Criminal de la misma ciudad recibió las indagatorias de DANIEL RICARDO PEÑARANDA SUPELANO, el 26 de agosto de 1988 y JOSE MARIO AGUILERA PEÑA el 31 siguiente el 12 de enero de 1989 envió las diligencias al Juzgado 109 de Instrucción Criminal, el que las recibió por tratarse de los mismos hechos, el 14 de enero de 1989.

“El Juzgado 109 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá declaró cerrada la investigación, por auto del 13 de mayo de 1989 y el 19 de julio siguiente procedió a calificar el mérito sumarial ordenando el cese de procedimiento en favor de los procesados JOSE MARIO AGUILERA PEÑA y DANIEL

RICARDO SUPELANO, providencia que al ser apelada y desatado el recurso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá mediante providencia del 14 de marzo de 1992 revocó la cesación de procedimiento en favor de los procesados PEÑARANDA y AGUILERA prefiriéndolos resolución de acusación por los delitos de peculado por apropiación y falsedad documental y medida de aseguramiento de detención preventiva.

El Juzgado 5o. Penal del Circuito de Bogotá, al que correspondió conocer la siguiente etapa procesal abrió el juicio a pruebas el 23 de septiembre de 1991, y el 1o. de abril de 1992 celebró la diligencia de audiencia pública. El 19 de julio siguiente, se pronunció en sentencia de primera instancia con los resultados conocidos.

Apelado el fallo al desatarse el recurso, concluyó con la confirmación de la condena en sentencia que ahora es motivo de este extraordinario recurso.”.

La demanda:

En el ámbito de la causal primera, segmento final, el defensor de José Mario Aguilera Peña y Daniel Ricardo Peñaranda Supelano formula los siguientes reproches:

Primero:

Error de hecho por suposición de la prueba incriminatoria, constituye el enunciado. En el proceso no se demostró que Daniel Ricardo Peñaranda hubiese determinado a Hernández Vásquez para proferir las Resoluciones 081 y 083 de 1983 y, mucho menos, que Aguilera supiese su contenido y hubiese dado su consentimiento. Esta falencia condujo a la aplicación indebida del artículo 219 del C.P., en concordancia con los artículos 23, 24, 26 y 61, ibídem.

No existe –dice el actor– la menor prueba de la autoría intelectual en cabeza de Peñaranda, por lo cual conjetura que el fallador presumió la

existencia de las probanzas que daban cuenta de ello. Lo propio sucede con la complicidad de Aguilera. Sin embargo, el Tribunal olvidó que "...en tratándose de actos administrativos éstos deben ser dados a conocer a los interesados mediante la notificación. Y en ninguna parte, ni siquiera en el informe de la Contraloría, aparece que tales resoluciones se le hubiesen notificado al doctor AGUILERA o que las hubiere firmado en señal de que conocía su contenido".

Advierte igualmente que no se está en presencia de abogados sino de historiadores recién egresados, que no pertenecían a la División Administrativa y Financiera del Centro "Jorge Eliécer Gaitán" sino a la División de Identidad Cultural y a la Sección de Luchas Populares, "...siendo su misión de carácter eminentemente científico e investigativo y alejada de los tejemanejes jurídicos".

Por consiguiente, solicita casar la sentencia en lo referente al punible de falsedad ideológica en documento público y absolver en consecuencia.

Segundo:

La comisión de un doble error de hecho es el sustrato del ataque. El primero, calificado como principal, es la suposición de una prueba jurídicamente inexistente (Acta 040 de enero 19 de 1984) y, el segundo, de carácter subsidiario, lo constituye la tergiversación del contenido del Acta de visita de la Contraloría. Estos yerros condujeron a la aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal, en concordancia con los arts. 23, 24, 26 y 61, y la falta de aplicación de los artículos 1o. y 3o. ibídem.

1. Cuando el primer yerro, el Tribunal sostiene que el peculado por apropiación se estructuró sobre la base de la desautorización del viaje a París de Peñaranda Supelano, desplazamiento que luego fue desautorizado por el Ministerio de Educación. No obstante, advierte, de la lectura de la sentencia se deduce que reconoce la autorización para viajar en comisión a tal ciudad, mediante el Acuerdo 20 del 26 de octubre de 1983, sin establecerse condición alguna. Con posterioridad a la fecha de su partida (noviembre 2) se profiere el Acta No. 39 (noviembre 8) por la cual, la Junta Directiva del Centro "Jorge Eliécer Gaitán" condiciona el viaje a la consulta que sobre él se haga con el Ministerio de Educación.

La desautorización se produce tan sólo hasta el diecinueve (19) de enero (Acta 40) cuando ya había transcurrido más de un mes del regreso del viajero, careciendo el documento de las firmas del Presidente y el Secretario del Centro, hecho que la hace inexistente, dado que desobedece las preceptivas de los artículos 11 y 13 del Decreto 3859 de 1980, que obligan a los citados a firmar las Actas y los Acuerdos respectivos.

Así, concluye el casacionista, si el reproche que se le hace a Peñaranda es haber viajado con dineros oficiales para realizar una gestión que el Gobierno improbó, no se tipifica el delito imputado al no existir dicha desautorización.

2. En lo que se refiere al segundo error de hecho, planteado como subsidiario, el actor asegura que si la desautorización existió, de todas maneras se produjo con posterioridad al viaje y no con anterioridad, como lo aseveró erróneamente el juez de instancia, tergiversando la prueba al darle un alcance objetivo del que carece.

Recuerda a continuación los argumentos del juzgador para inferir la existencia del peculado; centrados en la confección posterior "...a la determinación del ejecutivo..." de las Resoluciones 081 y 083 y de ahí la razón para que se hable de haberse dictado con fines retroactivos, dándole al Acta de Visita de la Contraloría un alcance objetivo que no tiene.

Al respecto asegura:

"...lo que se dice en dicha Acta es que del texto de la cuenta de cobro No. 0654 por la suma de \$200.000.00 (girados como viáticos por el doctor PEÑARANDA para que por el lapso de 55 días se desplazara a Popayán) 'se desprende con absoluta claridad que la comisión se cumplió con anterioridad a la Resolución que la ordenó', es decir, la comisión a Popayán; y con relación a la comisión a Barrancabermeja por parte del doctor AGUILERA, lo que dice es que la resolución 081 fue dictada el 24 de noviembre y la comisión debía cumplirse entre el 20 de octubre y el 20 de noviembre de 1983 es decir, que la Resolución No. 081 también se produjo con efecto retroactivo.

“Por lo tanto que lo que está afirmando el acta de la Contraloría, transcrita en su integridad por la sentencia censurada, con referencia a la retroactividad es que las comisiones a Popayán y Barrancabermeja aparecen cumpliéndose con antelación a las Resoluciones que las autorizaron y lo que el juzgador afirma, tergiversando tal aseveración, es que las resoluciones fueron confeccionadas con posterioridad a la presunta desautorización del ejecutivo. Una cosa es que tales resoluciones se dicten con posterioridad a las comisiones a Popayán y Barranca y otra muy distinta es que se profieran con posterioridad a la desautorización del ejecutivo para que el doctor PEÑARANDA viajara a París”.

Por consiguiente, afirma el libelista, si se acepta la interpretación errada del juzgador, se tendría que concluir que el peculado se cometió al no estar autorizado el viaje a París, hecho que no tiene en cuenta que dicha desautorización jamás existió. Además, el *a quo* presenta una versión distinta –acogida por el Tribunal–, pues en ella se asevera que cuando Peñaranda estaba en París, Hernández le consiguió con Aguilera dinero para enviárselo, mediante la Resolución 081. Sin embargo, al carecer de veracidad el que las Resoluciones 081 y 083 se produjeron con posterioridad a la pretendida desautorización, la erogación no fue ilegal y así no se estructuró el peculado por apropiación.

Ahondando en posibilidades y con el fin de descartar otros títulos penales, habla de un peculado por aplicación oficial diferente. El censor tampoco cree en su tipificación pues, de acuerdo con lo expresado por la Contraloría, el gasto era imputado al rubro de viáticos en abstracto, sin distinguirse si eran nacionales o internacionales. Además, si se suman los respectivos gastos a las Resoluciones 081 y 083, corresponden a US\$3:450.00 que es lo que le corresponde a los asignados a Peñaranda, a razón de US\$230.00 diarios, durante quince días.

Luego se refiere al inciso-g) del artículo 10 del Decreto 3859 de 1980 que señala, entre otras funciones de la Junta Directiva, autorizar las comisiones al exterior del Director General y de los demás funcionarios. Por tanto, si el viaje a París de Peñaranda no fue aprobado por ser inexistente el acta que contiene tal desautorización, aquel es legal y los fondos que lo cubrieron no constituyen un peculado por apropiación, por atipicidad del comportamiento, lo que indica la aplicación indebida del

artículo 219 del C. P., en concordancia con el 23 y el 24 de la misma obra si se acepta el primer error de hecho.

Si se admite la existencia de la desautorización, esta fue proferida con posterioridad a las Resoluciones 081 y 083 de 1983. Por tanto, siendo legítimo el viaje por encontrarse autorizado, sin condiciones, por el Acuerdo 20 del 26 de octubre de 1983, el gasto fue jurídicamente correcto, descartándose el peculado por apropiación, por atipicidad de la conducta, configurándose la aplicación indebida a las normas citadas anteriormente.

Por tales razones solicita de la Sala casar el fallo impugnado y, en consecuencia, absolver a los imputados de los cargos endilgados en el proceso.

Alegato del no recurrente:

A la manera de una demanda de casación y con fundamento en la causal primera de casación, el representante judicial de Francisco Burgos Hernández plantea un único reproche. Censura la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial al haber incurrido el fallador en error en la selección de las normas aplicables al caso concreto, violándose con ello los artículos 26, 27, 28 y 133 del C.P.

Luego de rememorar que su poderdante fue condenado por un concurso de delitos y que, de acuerdo a la cuantía, el delito de peculado tiene una penalidad diferente, hace las cuentas respectivas para aseverar que lo apropiado no supera los quinientos mil pesos, por lo cual ha debido fijársele como pena la contemplada en el inciso primero el artículo 133 del C. P. que contempla dos años de prisión como mínimo.

A más de ello, el Tribunal no examinó las condiciones personales del infractor, ni mucho menos señaló las razones que lo llevaron a fijar una sanción de cinco años de prisión. Por ello, realizando un conteo personal estima que teniéndose en cuenta que la pena no podrá ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles, el máximo a imponer no sobrepasaría los cuatro años de prisión, por lo que considera que la sentencia viola el principio de legalidad de las penas.

Por tanto, partiendo del mínimo que consagra el inciso primero en referencia a las rebajas de la Ley 48 de 1987, la sanción oscilaría entre los veinticinco y los treinta meses de prisión. Por consiguiente, en el evento de que encuentren eco sus consideraciones, solicita favorecer a su defendido con la conseción del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

1. Aunque en principio acepta que mirado el fallo de segunda instancia, parecería no existir sustento alguno en la decisión que afectó a Peñaranda como determinador del punible en cuestión, de todas maneras encuentra en la sentencia de primer grado el análisis que echa de menos el censor, y para el efecto transcribe la parte correspondiente:

“De esta forma surge nítido que el casacionista equivocó la dirección de su ataque en tanto que ha debido acudir a la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del contenido del artículo 23 del Código Penal, pues en la particular hermenéutica del juzgador, se entendió que el interés en el resultado final del hecho típico era suficiente –como no lo es– para deducir la calidad de determinador a quien, así, se beneficie del delito”.

No obstante, el Procurador Delegado advierte que el fallador incurrió en un gravísimo error al interpretar la norma sustancial al equiparar el interés en el resultado de un procedimiento administrativo con la calidad de determinador del hecho punible, que atrás había negado al declarar a Alberto Hernández como motor de las actividades delictuosas y aceptar que ese procedimiento anormal ya había sido utilizado por el Centro “Jorge Eliécer Gaitán” en otras oportunidades diversas.

De esta forma, considera que el casacionista se equivocó al escoger la dirección de su ataque pues ha debido acudir a la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 23 del C.P. Como así no lo planteó, la Corte no puede remediar la falencia dado el principio de limitación que rige el recurso extraordinario.

En lo que se refiere a la complicidad que se le dedujo a José Mario Aguilera considera que tampoco le asiste razón al censor. Aunque es cierto

que no se encuentra demostrado que éste hubiese sido notificado de las Resoluciones, también lo es, que éstas no fueron las bases que le sirvieron al sentenciador para deducirle un juicio de responsabilidad penal, sino la propia admisión de que había firmado la cuenta de cobro y había recibido el cheque de los viáticos aunque advierte que de inmediato se lo endosó a Hernández Vásquez. Por consiguiente —se advirtió en las instancias— nunca debió consentir la resolución 081 y menos permitir la erogación del dinero que no se había causado. Así las cosas, los sentenciadores sí encontraron apoyo probatorio en su comportamiento posterior.

Y si lo que quería el recurrente era discutir acerca del grado de participación, así debió alegarlo, pues no puede entenderse suficientemente sustentado con sus escuetas afirmaciones en el sentido de que no existió prueba alguna de su cooperación en la acción ilícita. La objeción, por consiguiente, no tiene vocación de prosperidad.

2. Respecto al segundo reproche comienza refiriéndose al primer error de hecho (dar por existente el Acta 040 de enero 19 de 1984), considerando el Ministerio Público que el recurrente desvió el ataque pues se queja de que el documento carece de las firmas de quienes estaban legalmente obligados a suscribirlo, tacha que debió haber formulado en el ámbito del error de derecho por falso juicio de legalidad. De otro lado, es insuficiente su alegación ya que se limita simplemente a predicar la inexistencia de la desautorización olvidando que ésta no fue la única probanza que tuvo en cuenta el fallador, pues hubo otros elementos de juicio contra los cuales ha debido dirigir la censura. Además, advera la Delegada, el contenido del Acta 040 se halla acreditado por el Acta de Visita de la Contraloría.

Por lo demás —continúa el colaborador del Ministerio Público— se puede igualmente deducir que “...el Ministerio no ratificó la comisión como así lo reconocen incluso algunos de los procesados, por eso se acudió a las comisiones ficticias que devolvieron a PEÑARANDA SUPELANO lo gastado en su desplazamiento a París”.

En su opinión, el reproche es inane.

Cuanto a la otra objeción, planteada en forma subsidiaria, considera que se desarrolla bajo similares circunstancias. Escoge el censor el error

de hecho por tergiversación del contenido del Acta de la Contraloría pero sólo extrae de su contenido una ínfima porción para enfrentarla a las conclusiones del sentenciador, sin tener en cuenta el análisis que se hizo sobre la situación general.

Acepta la Delegada que las Resoluciones cuestionadas aludían a comisiones que deberían haber sido cumplidas con anterioridad a su expedición, dando apariencia de legalidad a la apropiación de los dineros del Centro “Jorge Eliécer Gaitán”; también que este examen lleva a controvertir las aseveraciones de la sentencia cuando sostiene que los documentos fueron confeccionados con posterioridad a la determinación del Ministerio de Educación. Pero, ello no implica que no se haya producido la desautorización de la comisión, la falsedad en las resoluciones o la apropiación de los dineros.

El viaje a París –recuerda la Delegada– se inició antes de la consulta al Ministerio de Educación y por ende, la decisión negativa del ente, forzó el pago de los viáticos por medio de una treta ilegal. Por consiguiente, la imputación del peculado no depende del contenido del Acta de Visita de la Contraloría, sino del examen de todo el material probatorio que demuestra el proceder ilegal, materia de la investigación.

De otro lado, advierte que si bien es cierto las Resoluciones fueron expedidas con anterioridad a la desautorización, ello no avala el procedimiento ya que antes de su expedición, la Junta había condicionado la autorización del desplazamiento a la consulta con el Ministerio, tal como se expresa en el Acta No. 039.

Por todo esto, solicita la desestimación del ataque.

3. En seguida se refiere al alegato del no recurrente advirtiendo sobre el rigorismo técnico que guía el recurso extraordinario, haciendo depender esta clase de intervenciones del impugnador, por lo que no puede tratar temas diferentes de los que la demanda de casación propone, dado el principio de limitación que rige el recurso.

De todas maneras, ello no implica –aclara la Delegada– que la Sala no pueda examinar, *ex officio*, las situaciones generadoras de nulidad,

sujetas únicamente a la condición de que surjan de modo evidente en el plenario y toda vez que el no recurrente confeccionó su demanda por fuera de los límites que le señalaba la del recurrente, su estudio no puede ser abordado por la Corte "...en atención a que no evidencia una situación generadora de un vicio sustancial en la actuación o violatoria de los derechos fundamentales de los procesados".

Con estas razones, solicita a la Sala no casar el fallo impugnado.

La Corte:

La demanda:

1. En el primer reproche plantea el actor un error de hecho por falso juicio de existencia. A su modo de ver, la actuación no tiene ninguna prueba que señale a Daniel Ricardo Peñaranda como la persona que determinó a Alberto Hernández Vásquez a proferir las Resoluciones 081 y 083 de 1983, y a José Mario Aguilera como sabedor de su contenido y aceptante de su proferimiento. Esto es, que Peñaranda ejerciendo una influencia psicológica o espiritual en Hernández, en forma calificada y persuasiva, provocó en éste, el designio delictivo que se conoce, vale decir, el pronunciamiento de las Resoluciones que fungían como soporte de las comisiones ficticias.

1.1. En lo atinente al primero de ellos, según sus palabras, "...no existe la más mínima prueba que indique que el historiador Peñaranda aconsejó, insinuó, ordenó, etc. al señor Hernández que dictara tales actos administrativos. Por lo tanto, aquella fue supuesta por el juzgador". Si bien se examina la sentencia de segunda instancia, es de ver, que luego de transcribir en su mayor parte el Acta de Visita de la Contraloría, el Tribunal advierte la aceptación que hicieron Peñaranda y Aguilera de no haber viajado a Popayán y Barrancabermeja, respectivamente, y haberse realizado la maniobra para de algún modo sanear el desplazamiento de aquel a París. Luego explica que ambos conocían perfectamente lo que se estaba fraguando y su tinte ilícito, sin importar para el caso, si la comisión a París cumplió con los objetivos encomendados, dado que el Gobierno Nacional no la consideró necesaria. Hasta aquí los argumentos que luego el *ad quem* los une...

“...a los amplios y contundentes razonamientos plasmados en la providencia cuestionada, (los cuales) no dejan duda de que lo jurídico era afectar con fallo adverso a todos y cada uno de los acusados, conforme bien tuvo en determinarlo el *a quo*.

“Las decisiones propias de la sentencia serán avaladas por ajustarse integralmente a derecho, incluyendo tanto las penas corporales como las pecuniarias impuestas a cada uno de los procesados tras advertirse absolutamente equitativas, según las normas violadas, el grado de participación adjudicado en el pliego de cargos y los derroteros trazados por los artículos 61 y siguientes del ordenamiento sustantivo...” (subrayas de la Sala).

Ahora bien, es cierto que el fallo del Tribunal se limita a realizar apenas un esbozo sobre las probanzas existentes, sin profundizar en ellas y en la situación jurídica de cada uno de los acusados. Aunque no se pronuncie, in extenso, sobre el asunto, de todas maneras cumple su cometido acudiendo a la fórmula de acoger los razonamientos del *a quo*. La alusión es permisible dada la comunión que existe entre los dos proveídos en todo lo que el superior, expresa o tácitamente no haya reprobado.

Volviendo al tema que ocupa la atención de la Corte, para encontrar la posible falencia, es menester el examen del fallo de primera instancia. Los argumentos se centran en establecer la condición de empleado oficial que ostentaba Peñaranda al momento de cometerse los hechos, lo que implica que sí tenía interés y tuvo ingerencia directa en la emisión de las Resoluciones 081 y 083 de 1983 dado su viaje a París y la desautorización del Ministerio de Educación. Como quiera que sabía que el Centro “Jorge Eliécer Gaitán” no le reembolsaría los gastos, tenía que cubrirlos por otros medios, en este caso, las presuntas comisiones a Popayán y Barrancabermeja, todo lo cual como bien apunta la sentencia de primera instancia “...permite catalogarlo como determinante de la acción falsaria ideológica ejecutada materialmente por HERNANDEZ VASQUEZ...”.

Conocido el esquema argumental del *a quo*, resta por establecer si sus afirmaciones son supuestas o si, por el contrario, ostentan el debido respaldo probatorio. En lo que hace a su status de servidor público, obran

en el proceso los documentos que demuestran tal condición, lo mismo que el viaje a la capital de Francia, el marcado interés que tenía en que le fueran reembolsados los dineros gastados en su periplo al exterior, según se desprende de sus propias palabras, así como la elaboración de la cuenta de cobro, la recepción del cheque que cubría lo pedido y el ingreso de los dineros oficiales a su patrimonio.

Así las cosas, al demandante no le asiste ninguna razón cuando señala la suposición de las pruebas incriminatorias pues todas las que respaldan las aseveraciones del fallador se encuentran en el plenario. En este punto es necesario llamar la atención sobre los comentarios de la Delegada en el sentido de que a Peñaranda Supelano no se le puede endilgar más que una participación en el grado de complicidad o una actividad de encubrimiento. Según sus palabras:

“Lo que se descubre a través de esta anómala construcción es, indudablemente, que el juzgador incurrió en gravísimo error al interpretar la norma sustancial, en atención a que equiparó sin análisis ni cuidado alguno, el interés en el resultado de un procedimiento administrativo determinado con la calidad de determinador del hecho punible que, en otras líneas de la sentencia, había negado al declarar a Alberto Hernández Vásquez como autor responsable del mismo delito de falsedad (motor de las actividades delictuosas, según se dijo en la sentencia de primera instancia) y al aceptar que ese procedimiento normal (acudir a las comisiones ficticias) fue utilizado por los directivos del Centro Jorge Eliécer Gaitán en otras oportunidades diversas a la que es materia de análisis”.

No comparte la Sala el planteamiento del Ministerio Público. Lo primero que ha de mirarse es su calidad de Jefe de la División de Identidad Cultural del Centro “Jorge Eliécer Gaitán”. Su cargo directivo lo colocaba en una situación de privilegio respecto a las decisiones que se tomaran en el ente. De ahí que, al surgir el viaje a París, fuese el directo beneficiario. Es claro que al recibir la desautorización del Ministerio de Educación los gastos de la correría debía asumirlos por completo pues el Centro ya no podría hacerle el respectivo reembolso. Como necesitaba recuperar el dinero empleado, ideó la manera de lograr su cometido a

través de una comisión ficticia a la ciudad de Popayán, solicitándole a Hernández Vásquez dictara la resolución de rigor. Catalogarlo de simple cómplice o, incluso, minimizar su papel al de mero encubridor, no se compadece con la realidad procesal.

Para aclarar aún más el asunto debe mirarse el alcance de la actuación de Hernández para establecer si es cierta la presunta subordinación de Peñaranda a sus designios. El problema surgido a raíz de la determinación del Ministerio no afectaba a Hernández como Subdirector del Ejecutivo del Centro. No comprometió su peculio en el viaje por lo que no necesitaba recurrir a estas medidas delictivas con miras a recuperar lo que no había perdido. Tampoco resulta lógico que simplemente por ayudar a un compañero de trabajo, casi a sus espaldas, idee todo el plan criminoso y simplemente lo ponga a firmar. Necesariamente fue Peñaranda el que hizo surgir en él, la resolución de cometer el hecho punible para recuperar la suma que, a esas alturas, prácticamente daba por perdida. Acertada, por consiguiente, fue la decisión de las instancias en este aspecto.

Se desecha esta porción del ataque.

1.2. En lo referente a José Mario Aguilera Peña, tampoco la razón se encuentra de parte del casacionista. Al igual que en el caso de Daniel Ricardo Peñaranda, el actor alega un error de hecho por falso juicio de existencia. En su criterio, el fallador supuso las pruebas que lo llevaron a concluir su condición de cómplice. No haber conocido el contenido de las Actas 081 y 083 de 1983 es el argumento que presenta.

Si el enterarse de ellas por medio de una notificación formal o como dice la Delegada, al través del trámite de un procedimiento administrativo, hubiese sido el sustento de la decisión condenatoria, tendría que apoyarse al censor en su inconformidad. No obstante, fueron las mismas palabras de Aguilera Peña, apuntaladas en las respectivas pruebas documentales, las que determinaron al final de cuentas su responsabilidad.

En los fallos de instancia se recordó su manifestación expresa de nunca haber ido a Barrancabermeja a cumplir una comisión y su aseveración de que la firma de la cuenta de cobro la había hecho en la creencia que se trataba de una operación contable de rutina, amén de que

aclaró que cuando se giró el instrumento respectivo (No. 3513784 por un valor de \$139.860.00), se limitó a endosarlo y devolvérselo a Hernández Vásquez. De ahí se infiere su conocimiento previo de los hechos y la prestación de su concurso para llevar a cabo el punible.

Por consiguiente, fácil y llano es entender que Aguilera Peña era consciente de que la cuenta de cobro que avalaba con su firma reflejaba una situación que no se había producido. No obstante, y pese a que jamás viajó a Barrancabermeja, decidió aceptar y tolerar este acto irregular que autorizaba el pago de unos viáticos no causados, llegando incluso a endosar el título-valor respectivo para facilitar aún más la comisión del ilícito.

Las pruebas en su contra, son contundentes y se encuentran presentes en el proceso. Recuérdese que para cubrir los viáticos y los gastos ocasionados por el supuesto viaje se profirió la Resolución 081 de noviembre 24 de 1983. También que de los ciento cuarenta mil pesos (\$140.000.00) que se le reconocieron se le giraron líquidos \$139.860.00 con cheque No. 3513784 contra la cuenta corriente del Banco Popular, sucursal Chapinero. Del mismo modo, como lo expresa el Acta de Visita de la investigación fiscal, tal giro se hizo...

“...con cargo a la misma imputación presupuestal que se imputó al giro del señor PEÑARANDA. En la respectiva cuenta de cobro, la No. 0620 del mismo día de la Resolución en mención, se invoca el acuerdo No. 21 y se expresa que la comisión se cumplirá entre el 20 de octubre y el 20 de noviembre de 1983, es decir, que la resolución No. 081 también se produjo con efecto retroactivo”.

Más aún, el propio Aguilera reconoció ante los investigadores fiscales que él nunca fue a Barrancabermeja y que se había limitado a firmar la cuenta de cobro, aclarando en seguida, que el efecto de comercio no lo cobró, limitándose a endosarlo a Hernández Vásquez.

Por ello, resulta insólito que se pretenda negar su grado de participación en el acaecer punible con base en un formalismo como el de la notificación del acto administrativo que concedía la comisión. En

el momento que endosó el cheque de los viáticos ficticios a Hernández demostró claramente su calidad de cómplice. Predicar lo contrario, es simplemente negar con tosudez la contundente realidad probatoria.

2. En el segundo ataque el censor presenta dos errores de hecho, el que denomina principal basado en haberse dado por existente el Acta 040 del 19 de enero de 1984, pese a que jurídicamente no lo era. Como subsidiario, enseña una presunta tergiversación del Acta de visita de la Contraloría.

2.1. Cuanto a la primera tacha, el ámbito propuesto indica una suposición del Acta 040 de 1984, que desautorizó el viaje a París de Peñaranda. Ello quiere decir que la prueba jamás fue allegada a los autos y que el fallador, en el errado convencimiento de su realidad, la dio por existente en la actuación, colocándola como soporte de su decisión.

No obstante, los renglones siguientes muestran un desvío hacia el error de derecho por falso juicio de legalidad. No es que el documento no hubiere sido arrimado a este proceso. Simplemente ha de dársele por inexistente al carecer de las firmas de quienes deben suscribirlo, esto es, del Presidente y del Secretario del Centro. Se supone, entonces, que la falencia del fallador radica en haber tenido en cuenta un Acta pese a carecer de las formalidades legales para hacerla valer como prueba judicial.

La discusión del demandante se dirige, pues, hacia otro derrotero. Al no existir la desautorización al viaje de Peñaranda su legalidad es manifiesta y la conducta endilgada es atípica. No hubo, por consiguiente, apropiación de dineros públicos. Por tanto, da por sentado que el Acta es la columna vertebral de la acusación por el delito de peculado, quedando las demás probanzas como simples soportes de ésta.

Así las cosas, para lograr su cometido debió indicar a la Sala la trascendencia mayúscula y excluyente de esta probanza, mostrando no sólo su importancia por sí sola sino la poca entidad de las demás tenidas en cuenta por el fallador. Para ello, por fuerza debía analizar la prueba en su conjunto. Sin embargo, sus palabras sólo se limitan a expresar:

“El delito de Peculado por apropiación se estructuró sobre la base de que el viaje a París del doctor PEÑARANDA

fue posteriormente desautorizado por el Ministerio de Educación...”.

Luego de cuestionar su legalidad con las citas del Decreto 3859 de 1980, el recurrente aduce:

“Si el reproche que se le hace a los acusados es el hecho de que se hubiese pagado, con dineros del Estado colombiano, un viaje y unos viáticos para el cumplimiento de una gestión que el mismo Estado estimó no necesario y por ende desautorizó, al establecerse que no hubo tal desautorización se debe concluir que no se tipifica el delito de Peculado por apropiación”.

Aparte de su parquedad, el razonamiento podría tener alguna validez si la comisión al exterior se hubiese pagado en realidad como tal. Sin embargo, ello no fue así. Para reembolsarle a Peñaranda los gastos en que incurrió por su viaje a París, se realizaron dos maniobras fraudulentas, inventándose los implicados dos comisiones (a Popayán y Barrancabermeja) que al final causaron la erogación cuestionada. Si no hubiera existido ánimo doloso de defraudar los caudales del Estado, es claro que Peñaranda debió haber acudido a los recursos jurídicos correspondientes, para obtener el reembolso en comento, pero prefirió apartarse del ordenamiento para obtener por medios ilícitos lo que la ley le negaba, apoyándose en otros funcionarios que secundaron su reprochable proceder.

Así las cosas, aparte de la desautorización misma se encuentran las Actas 081 y 083, que prohijaron la devolución fraudulenta de los dineros empleados por Peñaranda en el viaje a París, el concepto negativo del Ministerio de Educación, la aceptación misma que hacen los implicados de no haber efectuado las comisiones a Popayán y Barrancabermeja, en fin, el Acta de visita de la Contraloría que puso al descubierto los ilícitos y el actuar irregular de los coacusados que mostraba a ciencia cierta saber de la prohibición y de la imposibilidad legal de obtener el reembolso en comento.

Aunque es cierto que la desautorización jugó un papel importante en el análisis de los falladores, también lo es, que estuvo acompañada por el estudio de otras evidencias no menos trascendentes que arriba se dejaron

reseñadas, las que al final determinaron, todas en su conjunto, la tipificación del peculado en estudio. Es claro, por consiguiente, que era obligación del censor enrutar su objeción hacia todas estas probanzas.

El ataque está signado por el fracaso.

2.2. Resta por examinar el reproche subsidiario de este acápite, formulado también como error de hecho por falso juicio de identidad, manifestado en la distorsión que hiciera el fallador del informe de la Contraloría. Al igual que en el cargo anterior, el actor presenta una visión recortada del panorama procesal que le resta vocación de éxito a su razonamiento.

Según sus palabras, el Acta afirma que las comisiones a Barrancabermeja y Popayán se cumplieron con antelación a las resoluciones que las autorizaron y lo que el juzgador afirma es que estas fueron confeccionadas con posterioridad a la desautorización del ejecutivo.

Este yerro, que en verdad se observa en la sentencia, no tiene la capacidad de cambiar el curso de la decisión. Como se advirtió en el reproche anterior, la prueba de cargo es plural, variada y contundente apoyada en varios elementos de juicio e independientemente de si los mencionados actos administrativos fueron hechos antes de la desautorización del ejecutivo, subsiste la exigencia que en su momento hiciera la Junta Directiva del Centro condicionando la aprobación del viaje a París al concepto positivo del Ministerio de Educación.

Pero, aún aceptando que de todas maneras la desautorización sólo se conoció cuando el viaje a Peñaranda ya había fenecido, perduran en toda su dimensión los actos dolosos que pretendieron defraudar las arcas públicas. Con desautorización o no, la invención fraudulenta de las comisiones a Popayán y Barrancabermeja, continua siendo ilícita y, por ende, reprochable. No puede aceptarse, como lo pretende el actor, que por el hecho de haberse conocido tardíamente la desautorización del Ministerio de Educación, automáticamente quede legalizado este asalto a los recursos estatales.

De otro lado, como ya se afirmó en la contestación anterior, los implicados sabían a ciencia cierta que al firmar las cuentas de cobro y

aseverar con ello unos hechos contrarios a la verdad para conseguir los dineros de que da cuenta la indagación, estaban actuando fuera de la ley, pese a lo cual siguieron adelante con sus acciones antijurídicas. Este hecho plural es el que se les endilga y por el que merecen la sanción impuesta.

Lo demás son simples lucubraciones aledañas que en nada afectan el meollo del asunto. El cargo también se desecha.

Alegato del no recurrente:

En representación del procesado no recurrente, Francisco Burgos Hernández, su apoderado presenta un escrito que pretende hacer valer como demanda de casación, invocando al respecto la causal primera por haberse cometido un error en la selección de las normas aplicables al asunto en cuestión. Como bien lo señala la Delegada, el alegato de las partes no recurrentes es aceptable siempre que se limite a tratar asuntos pertinentes a la demanda presentada por el actor, bien para apoyarlos, ora para desvirtuarlos. Comoquiera que está sujeto al principio de limitación no puede abordar temas extraños al escrito so pena de que sus palabras sean desatendidas por la Sala por desbordar los lindes propios de su condición.

En el acto *sub examen*, el profesional plantea su apreciación personal acerca del monto de la pena impuesta a su defendido, alegación que se encuentra por fuera de lo tratado en el libelo de casación y respecto del cual ha debido formular su propia demanda. Así las cosas, teniéndose en cuenta que de sus términos no surge evidencia alguna que permita pensar en una supuesta nulidad o en una violación a las garantías fundamentales, casos únicos en los cuales la Sala, en virtud de su facultad oficiosa, podría asumir el estudio consiguiente, sus palabras habrán de desecharse.

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.

Cópiese y cúmplase.

Devuélvase al tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos A. Gordillo Lombona, Secretario.

PRESCRIPCIÓN / NOTIFICACIÓN / EJECUTORIA / DESTINACIÓN DE DINEROS A CONTROL DE ENTIDADES FINANCIERAS

Propuestas a la vez, varias alternativas de invalidación, tendrá que analizarse de primera la atinente con la prescripción de la acción penal, pues el tema se ofrece prioritario, en tanto que de admitirse la extinción de la acción resultaría imposible la prosecución del trámite a precluir para el Estado la posibilidad de perseguir y reprimir los comportamientos endilgados.

La alegación de prescripción de la acción penal en casación debe encaminarse bajo el amparo de la causal tercera, por la vía de la nulidad, en cuanto proseguir y culminar una causa sin que la respectiva acción penal se halle vigente constituye un quebrantamiento por parte del juez de las normas y principios que rigen la legitimidad del juicio y del derecho de defensa, intereses bajo amparo constitucional. Por ello, “repugnaría a un sentimiento general de justicia que se considerara válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar el juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado”.

Pretender la alegación de este vicio por la causal primera de casación resultaría contradictorio con la naturaleza de esa formulación y el fin que en ese caso se persigue, pues quien alega violación directa o indirecta parte del presupuesto de la validez del proceso centrando su ataque en la ocurrencia de errores al interior de la sentencia, y además persigue la expedición de un fallo de sustitución que obviamente se hace de imposible proferimiento a falta de una acción penal vigente.

2. El Decreto 2920 de 1992 art. 18 advierte que incurrirán en infracción los directores, administradores, representantes legales, y funcionarios de las instituciones financieras que, utilizando fondos

captados del público, los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria u otras sociedades, haciéndose acreedores a una sanción de 2 a 6 años de prisión.

3. Tratándose de providencias que en segunda instancia decretasen prescripción de la acción o de la pena, profiriesen resolución de acusación, o dictasen o sustituyesen medidas de aseguramiento, supeditarían todavía su ejecutoria al cumplimiento de otro requisito: su notificación.

4. Sabido es que en materia penal no existen ejecutorias fraccionadas o parciales, de manera que aquella opera no para cada procesado individualmente considerado sino que para todos cuenta a partir de la última notificación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., trece de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No. 113.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de los acusados GERMAN PABLO NARANJO DOUSDEBES, ALCIDES CAICEDO ROA y JAIME MICHELSEN URIBE, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual le impartió confirmación a la de condena que en primera instancia emitiera el Juzgado 16 Penal del Circuito de la misma ciudad imponiendo a los acusados recurrentes como infractores de los decretos 2920 y 3227 de 1982, la pena principal de 40 meses de prisión.

Hechos y actuación procesal:

1. El Superintendente Bancario encargado doctor Germán Tabares Cardona mediante escrito fechado el 27 de diciembre de 1983, puso en

conocimiento del Director Nacional de Instrucción Criminal hechos que en su sentir se adecuaban a la prohibición establecida en el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982, encaminado a la protección de la confianza pública en el sistema financiero. De esa información inicial y sus repetidas ampliaciones se destaca que cuando entró en vigencia el Decreto 2920 de 1982, ya el conglomerado económico mejor conocido como “Grupo Grancolombiano” se integraba por unas cien empresas distribuídas por sus objetivos sociales en el campo financiero; el sector productivo, y en buen grado dentro de otros fines diversos y extraños al control de la Superintendencia Bancaria, conglomerado que llegó a consolidar una verdadera “unidad económica frente a terceros”.

Tal dominio se había adquirido gracias a la ejecución de actividades de intermediación en el mercado de recursos financieros, hasta que “...el ahorro privado fue canalizado a través de sociedades como TITULOS GRANCOLOMBIANOS S.A. e INVERSIONES Y NEGOCIOS GRANCOLOMBIANA S.C.A. para que el ‘grupo’ pudiera conservar siempre, no obstante las vicisitudes de circunstancias económicas acontecidas en el país, de una parte el control efectivo sobre el factor verdaderamente medular de la organización, es decir, sobre las que hemos caracterizado como instituciones financieras del Grupo Grancolombiano que son el BANCO DE COLOMBIA, la firma GRANCOLOMBIANA DE PROMOCIONES PRONTA S.A. y la COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL GRANCOLOMBIANA S.A., y de la otra, para retener importantes activos como las inversiones en CINE COLOMBIA, por citar solo un ejemplo...”, actividades que reportaron importantes utilidades a los accionistas y en general al Grupo, pero a la vez un grave riesgo para el público ahorrador.

Expedidos el Decreto 2920 de 1982 y su reglamentario el 3227. Títulos Grancolombianos se vió obligada a reducir sus captaciones y desmontar las existentes. Para lograrlo, lejos de recurrir a un procedimiento sano como sería la liquidación de su portafolio de inversiones, recobrando los recursos transferidos a otras entidades del grupo, los directivos acudieron nuevamente a su propia capacidad financiera, mediante un mecanismo consistente en

“la concesión masiva de préstamos a compañías controladas por las mismas sociedades matrices mencionadas, con cuyo

producto se adquirirían acciones del portafolio de TITULOS distintas a las del Banco de Colombia y de Cine Colombia, a precios notoriamente sobrevaluados...”.

“Sintetizando –se añade–, para cubrir obligaciones contraídas de antemano con el público y ante la urgencia de ejecutar un plan de desmonte de las captaciones masiva y habitualmente efectuadas, la sociedad TITULOS GRANCOLOMBIANOS S.A., recibió indirectamente, interponiéndose personas jurídicas integrantes del ‘grupo’ en función de compradoras de valores mobiliarios sobrevaluados de propiedad de TITULOS, un volúmen muy grande de recursos procedentes entre otras entidades del BANCO DE COLOMBIA, no obstante ser la primera accionista del segundo y para lograr, precisamente, que los efectos beneficiosos de esa situación pudieran subsistir sin alteraciones importantes...”.

En ampliación de su versión insiste en que todos los créditos quedaron entre compañías del ya identificado Grupo Grancolombiano, y las operaciones realizadas “fueron de carácter indirecto como quiera que los créditos los recibían distintas compañías del Grupo que a su turno utilizaban esos dineros para hacerlos llegar a TITULOS GRANCOLOMBIANOS por medio de operaciones de compra de acciones, con lo cual en últimas quien utilizaba realmente los recursos provenientes de esas operaciones era la mencionada Compañía”.

Otras informaciones complementarias, que invariablemente hicieron diferenciación entre el comportamiento cumplido antes de la vigencia del Decreto 2920 y con posterioridad a la misma, se aportaron en el cuerpo de la Resolución 2125 de 1994, sancionatoria del Banco de Colombia por la comisión de estas irregularidades, destacándose allí que también se dieron préstamos directos a la sociedad Títulos mediante el mecanismo de sobregiros, y que la ilicitud del otorgamiento crediticio radicaba en la violación del artículo 86-6 de la ley 45 de 1923, en cuanto los dineros concedidos se estaban destinando a la capacitación del beneficiario para “poseer acciones del establecimiento”, puesto que “el préstamo busca conservar dicha situación (mantener acciones que de otro modo tendrían que enajenarse), que podía resultar modificada de no mediar la operación

financiera realizada por el establecimiento infractor” (folio 114, cuaderno 2A).

En el estudio elaborado por el Jefe de la División Análisis de Balances de la Superbancaria, Arturo Boada Benavides (primer cuaderno de anexos), la situación vuelve a presentarse en términos parejos a los anteriores y aún complementarios, subrayando una vez más que la situación de “Títulos” a partir de la expedición de los Decretos 2920 y 3227 de 1982 la afrontaba por iliquidez para la cancelación de los depósitos del público, y ello suponía “proceder por vía directa e indirecta a la venta de un numeroso paquete de acciones de diversas empresas del Grupo, cuyo control se había logrado precisamente mediante este mecanismo”. Muy al contrario, y mediante los créditos concedidos por el Banco a varias de las sociedades del Grupo como Cobranzas Beta, ediciones Gamma, Granvalores, Inversiones y Negocios y Granimportaciones se hicieron “para que directa o indirectamente adquirieran acciones a Títulos ...recursos que en última instancia fueron recibidos por Títulos con el objeto de facilitarle la cancelación de acreencias con el público... En resumen, el desmonte de Títulos no puede calificarse de real ya que se ha utilizado en una alta proporción, créditos concedidos por el Banco de Colombia, Pronta, Grancolombiana, e incluso de la Compañía de Seguros, a fin de facilitarle la liquidez necesaria para cubrir las obligaciones adquiridas con el público”.

Y del mismo orden resultaron las explicaciones del doctor Gonzalo Sanín Posada, a la sazón Superintendente Segundo Delegado, complementando en cuanto al énfasis que hace de ser las sociedades finalmente beneficiarias de los créditos, accionistas del Banco de Colombia en aproximadamente un 33%, lo que termina por reafirmar la idea de lo realmente sucedido bajo la siguiente síntesis, al sostener que las operaciones de crédito se hicieron:

“con el propósito de que las sociedades beneficiarias de los créditos le compraran a la Sociedad Títulos Grancolombianos S.A., acciones o derechos de suscripción principalmente de la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana, en condiciones tales de precio y oportunidad, que hacía posible para títulos Grancolombianos S.A. devolver sus captaciones al

público dentro del programa de desmonte autorizado por la Superintendencia en desarrollo de lo dispuesto por los Decretos 2920 y 3227 de 1982, sin tener necesidad de enajenar las acciones del Banco de Colombia, entre otros, como hubiera sido lo más natural dentro de su proceso de desmonte o liquidación. Esto es lo que ha sido calificado por la Superintendencia como concesión indirecta de crédito con el objeto de permitir a un accionista la posesión continuada de las propias acciones del Banco, conducta que solamente puede justificarse en los términos del ordinal 6o. del Art. 68 de la Ley 45 de 1923 cuando las garantías tengan un valor comercial conocido 'por lo menos del 25% o más de la cantidad prestada', condición que en por lo menos tres de los casos no se cumple por no existir siquiera garantía de ninguna índole...".

Iniciada la instrucción, entre el 9 y el 14 de enero de 1984 además de recepcionarse otras declaraciones, fueron escuchados en indagatoria Germán Pablo Naranjo Dousdebis y Alcides Caicedo Roa, profiriéndose en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva. Luego se llevaron a cabo inspecciones judiciales, se les otorgó a los antes nombrados el beneficio de excarcelación, se recepcionaron diferentes versiones, y el 11 de febrero de 1984 se ordenó la vinculación al proceso de Luis Gerardo Heredia Caicedo, Humberto Vegalara Rojas, Jorge Valencia Díaz, Jaime Urdaneta Holguín, Roberto Ordóñez Ibáñez y Manuel José Arrázola Escobar. La situación jurídica les fue resuelta con proveído del 3 de marzo de 1984 y en el mismo auto, se ordenó la vinculación al proceso de JAIME MICHELSEN URIBE mediante declaratoria de ausente.

Comisionado nuevamente el Juzgado 51 de Instrucción Criminal ambulante, el 23 de abril de 1984 retomó la instrucción practicando diversas pruebas, entre ellas la vinculación al proceso mediante indagatoria de Armando Carbonell Ospino, Mauricio Herrera Forero, Eduardo Child Escobar, Pablo Michelsen Niño, Eduardo Enrique Fernández, Luis Augusto Murcia Caro, Fernando Umaña Rojas, Felipe Martín Jaramillo Jácome, Fernando Felipe José Dereser Nieto, Cesar Tulio Delgado Hurtado, Manuel José Carrizosa Ricaurte, Juan Agustín Carrizosa Tobar, Rafael Guillermo Padilla. En agosto 21 de 1984 el despacho resolvió la situación jurídica de las anteriores personas, profiriendo en

contra de Jaime Michelsen Uribe y Felipe Martín Jaramillo Jácome medida de aseguramiento de detención preventiva pero otorgándoles la libertad provisional caucionada. Respecto de los restantes se abstuvo de dictar medida restrictiva alguna.

A partir de abril 26 de 1985 fue delegado para la práctica de diligencias el Juzgado 30 de Instrucción Criminal ambulante, encargándose de despachar múltiples pruebas y resolver algunas solicitudes de los defensores de los imputados.

Por otra parte, con base en la denuncia que formulara el Presidente de la Sub-Comisión designada por la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Honorable Senado de la República por posibles infracciones relacionadas con el Decreto 2920 de 1982, el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá mediante auto de junio 26 de 1984 ordenó la apertura de otra investigación. Este adelantamiento le correspondió por comisión al Juzgado 51 de Instrucción Criminal ambulante de la misma ciudad, adelantando diligencias de inspección en algunas oficinas pertenecientes al Grupo investigado.

Posteriormente se comisionó al Juzgado 82 de Instrucción Criminal ambulante, y ante él rindieron indagatoria Juan Agustín Manuel Carrizosa Tobar, Francisco José González Arellano, Germán Pablo Naranjo Dousdebes, Miguel Aguilera Rogers, Guillermo Amado Leguizamon, Alfredo Holguín Pombo, Jaime Orjuela Lobo, Cesar Tulio Delgado Hurtado, Ernesto Carlos Martelo Jiménez, Eduardo Enrique Fernández Escobar, Florencia Lozano de Cuéllar, Gustavo Piquero Roca, Jorge Rueda Gutiérrez, Andrés Alvaro Camacho Martínez, Ernesto Umaña de Brigard, Carlos Hernando Sorzano González, Jaime Alberto Posada Rodríguez, Alejandro Jiménez Arango, Alfonso de la Espriella Ossio. Se recepcionaron diferentes declaraciones y se practicó inspección al proceso que por similares hechos se seguía en el Juzgado 16 Penal del Circuito.

A partir de noviembre 19 de 1984 esta investigación pasó por reparto al Juzgado 55 de Instrucción que al establecer la relación que guardaba este asunto con el primer proceso así lo planteó, motivando al Juzgado 16 Superior de Bogotá para que ordenara mediante auto de febrero 22 de 1985 que las diligencias se anexaran y tramitaran bajo una misma cuerda.

De nuevo se encargó al Juzgado 30 de Instrucción Criminal ambulante, y luego al 51 de la misma especialidad la prosecución de la instrucción, reiniciando a partir de septiembre 23 de 1985 y hasta abril 2 de 1986 la práctica de múltiples diligencias. En abril 28 de 1986 el Juez 16 Superior se declaró impedido para seguir conociendo del proceso, excusa aceptada en el Juzgado 17 Superior que avocó el conocimiento el 9 de mayo del mismo año. Sin embargo, al perder estos despachos competencia en razón a nuevas disposiciones procesales, el asunto terminó atribuido por reparto al Juzgado Décimo de Instrucción Criminal.

En este despacho se escucharon las indagatorias de Fernando Senior Calle, Jaime Benito Zuleta Jaramillo y Manuel José Arrázola Escobar, y en julio 2 de 1988 entre otras determinaciones se produjo el cierre de la investigación. En contra de esta decisión se interpuso el recurso de reposición, al tiempo que se solicitó la revocatoria de una de las medidas de aseguramiento. Despachada desfavorablemente la primera solicitud, con auto de septiembre 14 de 1988 se ordenó enviar el proceso al Tribunal para desatar la alzada.

Finalmente y por interlocutorio del 10. de diciembre de 1988 el Juzgado Décimo de Instrucción calificó el mérito del sumario convocando a juicio a JAIME MICHELSEN URIBE, GERMAN NARANJO DOUSDEBES, ALCIDES CAICEDO ROA, LUIS GERARDO HEREDIA, HUMBERTO VEGALARA, ROBERTO ORDOÑEZ, JORGE VALENCIA DIAZ, FELIPE MARTIN JARAMILLO Y MANUEL JOSE ARRAZOLA ESCOBAR como infractores al artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, a los otros procesados se les favoreció con preclusión o reapertura de la investigación.

En contra de esta determinación varios de los apoderados de los procesados interpusieron el recurso de reposición y subsidiariamente el de alzada. En febrero 9 de 1989 el Juzgado decidió no reponer su proveído y en su lugar dispuso el envío del proceso al Tribunal Superior.

Rituada la segunda instancia, mediante auto de noviembre 24 del mismo año, la Sala de Decisión Penal dispuso refrendar la acusación

“...respecto de Jaime Michelsen Uribe, Alcides Caicedo Roa, Manuel José Arrázola Escobar y Germán Pablo Naranjo Dousdebes, en su condición de coautores de infracción al art. 18 del Decreto 2920 de 1992 y Felipe Martín Jaramillo Jácome, como cómplice de dicha infracción y dentro del pensamiento que se ha trazado, se revocará el ordinal octavo de la parte resolutive del citado proveído en lo que concierne con Fernando Senior Calle, quien será fincado en resolución de acusación como coautor de la infracción ameritada”.

A otros procesados se les amparó con preclusión de la investigación o reapertura sumarial por infracción al Decreto 2920, también se reabrió la instrucción por los delitos de falsedad y estafa, y finalmente se delegó en el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal la notificación del recién llamado a juicio señor SENIOR CALLE, obedeciendo la imposición del artículo 12 del Decreto 1861 de 1989 ya para entonces vigente.

Recibido el expediente en el Juzgado, los actos de enteramiento se iniciaron procurando la localización del recientemente acusado para su enteramiento personal, pero como no concurriera a la Secretaría y ya en enero siguiente su defensor hiciera solicitud dándose por enterado del acto, el 15 de ese mes se dió por notificado el auto de segunda instancia por conducta concluyente, y al día siguiente se fijó el asunto en estado.

El 23 de febrero de 1990 respondiendo una solicitud de algunos apoderados, el funcionario de instrucción ordenó la cesación de procedimiento por considerar que la acción penal se había extinguido por prescripción, decisión objeto de apelación por parte del Agente Especial del Ministerio Público que dió lugar al pronunciamiento del *ad quem* revocándola y disponiendo en noviembre 16 del mismo año la prosecución del rito.

3. El 22 de noviembre de 1990 se envió el proceso al Juzgado 16 Penal del Circuito, despacho que ordenó la apertura a pruebas en el juicio, y luego la práctica de las que le fueron solicitadas. Antes de llevarse a cabo la diligencia de audiencia el Juzgado hubo de resolver negativamente la solicitud de cesación de procedimiento solicitada por el defensor del acusado Jaime Michelsen Uribe, y darle curso al recurso de apelación que en contra de esa decisión se interpusiera.

La audiencia pública se inició el 22 de octubre de 1991 y culminó el 11 de junio de 1992, produciéndose el respectivo fallo el 8 de septiembre de 1992, por medio del cual se condenó a JAIME MICHELSEN URIBE, ALCIDES CAICEDO ROA, MANUEL JOSE ARRAZOLA ESCOBAR, GERMAN PABLO NARANJO DOUSDEBES y FERNANDO SENIOR CALLE a la pena principal de 40 meses de prisión. Así mismo y en calidad de cómplice de la infracción se condenó a FELIPE MARTIN JARAMILLO JACOME a la pena principal de 20 meses de prisión; determinación impugnada en apelación y remitida para su revisión ante el Tribunal.

El 7 de diciembre de 1992 se le impartió confirmación al fallo anterior, al tiempo que se dispuso la prescripción de la acción penal en favor del imputado FELIPE MARTIN JARAMILLO JACOME, decisión en contra de la cual interpusieron los defensores de GERMAN NARANJO DOUSDEBES, ALCIDES CAICEDO ROA y JAIME MICHELSEN URIBE el recurso extraordinario de casación. Del término de traslado a los no recurrentes hicieron uso del defensor de los acusados Fernando Senior Calle y Manuel José Arrázola Escobar lo mismo que el representante de la parte civil, si bien este último suscribió un escrito de desistimiento mientras se surtía en esta sede el traslado rituario al señor Procurador Delegado en lo Penal.

Las demandas:

1. DEMANDA A NOMBRE DE GERMAN NARANJO DOUSDEBES, Invocando numeral primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991) en armonía con los artículos 80, 83, 20 y 23 del Código Penal y 29 de la Constitución Política, el defensor formula en contra de la sentencia de segundo grado un cargo por violación directa (interpretación errónea de la ley sustancial), y subsidiariamente otro por violación indirecta derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia, consistente en la falta apreciación de varias pruebas obrantes en el proceso, que motivaron la indebida aplicación del artículo 18 del decreto 2920 de 1982.

a) Para fundar el *primer cargo*, dice el recurrente que el Tribunal fijó la ocurrencia de los hechos entre el 8 de octubre de 1982 y fines de

diciembre de 1983; añadiendo que se trataba de diversos y prolongados sucesos. El casacionista critica la postura del *ad-quem* pues en su sentir confundió y refundió en un solo concepto el variado actuar, con la individualización de la responsabilidad de cada sindicato. Tampoco comparte la apreciación del juzgador cuando señaló que la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 24 de noviembre de 1989, fecha para la cual la acción penal no había prescrito. Para el recurrente en esa fecha la providencia no había cumplido con el trámite de la notificación y por lo tanto el fenómeno prescriptivo había hallado operancia.

De otra parte, dice, lo cierto es que el lapso se cumplió con anterioridad si se tiene en cuenta que las conductas desplegadas por el acusado en su condición de gerente de “Títulos Grancolombianos S.A.” lo fueron entre el 29 de noviembre de 1982 y febrero 24 de 1983, tiempo que es superior a los seis años que consagra la norma reguladora de la prescripción, añadiendo que:

“Jamás se ha establecido la época de la realización de los hechos, pues se ha confundido la fecha de la denuncia, con la de la comisión del hecho punible. Al estudio de pruebas: pericias, inspecciones judiciales, documentos y testimonios, parece ejecutado el supuesto hecho a más tardar en Octubre de 1983...”.

Para el actor lo anterior se enmarca dentro del concepto de la errónea interpretación, ya que al operar el fenómeno de la prescripción y con ella la extinción de la potestad punitiva del Estado, ninguna otra decisión podía tomar el funcionario distinta a su declaratoria. Dice apoyar su apreciación en algunos fallos que cita proferidos por esta Corporación, e igualmente en el texto de las disposiciones de los artículos 80, 83, 23 y 20 del Código Penal y 29 de la Constitución, pasando luego a referirse a la culpabilidad, lo relativo al derecho penal de autor y al de acción para insistir en que la potestad punitiva del Estado no es ilimitada en el tiempo:

“sino respecto de un lapso por el cual el poder-deber se hace posible. Ello delimita entonces que quien realice un hecho punible (autor, art. 23 C.P.), en el momento de su acción (tiempo del hecho punible, art. 20 C.P.) habilite al Estado para investigar y colocar una sanción penal, salvo que, la acción o lo que es lo

mismo, el delito prescriba (art. 80 C.P.), término que se contará desde el momento de su consumación o último acto (art. 83 C.P.). Entonces tales predicamentos se entrelazan u ofrecen una sistemática, partiendo del supuesto al momento del ‘acto que se le imputa’ (art. 29 C.N.), de otra manera no es posible ser juzgado, como reza el artículo Constitucional en comentario.

⁶⁶ Por manera que, la prescripción de la acción en punibles de actos complejos y reiterados no puede entenderse como aquella posibilidad de último acto genérico (de las diversas personas, sujetos activos), sino como último acto atribuible al autor, en lo que ha hecho, en lo que respecta a su acción; tal es el contenido y alcance de las normas analizadas, a más de lo ordenado por la Constitución Nacional”.

Después de recordar el tipo penal del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, agrega que si al acusado por su desempeño como Gerente General de la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana S.A., solo se le atribuyen actos hipotéticamente desplegados hasta el 24 de febrero de 1983, para la fecha en que se suscribió la providencia –24 de noviembre de 1989–, la prescripción ya había operado. Al dar el Tribunal un significado diferente de este supuesto, “se interpretaron erróneamente las normas en comento y se aplicó indebidamente el art. 18 del Decreto 2920 de 1982”.

b) En la fundamentación del *segundo cargo* propuesto como subsidiario el casacionista asevera, que el Juzgador de Segunda Instancia aplicando la analogía in malam partem asimiló los términos ADQUIRIR y MANTENER, para de esa forma endilgarle a su representado la condición de autor del hecho investigado y aseverar que sirvió como parte del engranaje del “Grupo”. Según el censor, una cosa es cumplir con las funciones de directivo y otra distinta la de servir de engranaje, además por cuanto su poderdante no contaba con la capacidad para impartir aprobación a las operaciones a las cuales hace referencia el fallo. Tampoco el hecho de haber propuesto un aumento de capital, puede constituir una acción punible como parece entenderlo la providencia al erigir ese hecho como indicio.

Agrega que el *ad-quem* no tuvo en cuenta las actas de junta directiva relacionadas con la aprobación de las operaciones y que al comparar la

conducta con las normas legales, simplemente fijó en contra de su cliente una responsabilidad objetiva. Pasando al análisis de los ingredientes del tipo –artículo 18 del decreto 2920 de 1982, y los Decretos 1970 de 1979, 3604 de 1981, 3227 de 1982 reglamentario del 2920 y 3663 de 1982, sostiene que ni el 29 de noviembre de 1982 ni en el mes de junio de 1983 llegó a superarse el límite establecido en la ley sobre cuantía de los créditos, y que los juzgadores no tuvieron en cuenta las solicitudes de confirmación de créditos por parte del Banco de Colombia mediante notas del 20 de diciembre de 1982 y marzo 21 de 1983, mientras que de otra parte, las pruebas contables fueron apreciadas parcialmente ya que el Decreto 990 de 1983 amplió los límites de endeudamiento.

Según el libelista las siguientes pruebas fueron apreciadas parcialmente: los testimonios de Fernando Manuel Moncada Sarria, Santos Irenarco Gómez Montoya, Ricardo Murcia Guevara, e incluso algunos de los puntos expuestos por el denunciante, explicando que si recurriera a otras citas y transcripciones se haría interminable, llegando sin lugar a dudas a la misma conclusión, valga decir que “SIEMPRE SE RESPETO EL LIMITE DE LEY...”.

Al ingrediente subjetivo del tipo le dedica algunas páginas con transcripción del pensamiento de doctrinantes, para manifestar que: “Las diversas descripciones que poseen ingredientes subjetivos, obligan a la prueba del mismo, no como naturalísticamente realizado, sino como efectivamente deseado”, concluyendo en que “Así las cosas, podemos afirmar que la ausencia de dicha prueba, conlleva la atipicidad del comportamiento o la inexistencia del injusto, como se quiera afirmar”.

Con relación al término “adquirir el control”, recuerda que Martha Sofía Serrano funcionaria de la Superintendencia Bancaria al referirse a la conducta desplegada dijo que esta había consistido en “mantenerlo” y que Jaime Alberto Cabrera, contador de la compañía coincidió en afirmar que la actividad se orientaba “para continuar poseyendo” las mismas acciones, mientras el denunciante Superintendente Bancario (e), utilizó el término “mantener en su poder acciones de distintas Empresas” y aún el Jefe de División de Análisis de Balance de la Superintendencia, Arturo Boada Benavidez, dijo que: “Títulos se vio enfrentado a un problema similar a la de los Fondos de inversión ya que para cancelar los depósitos del público debía proceder por

vía directa e indirecta a la venta de un número paquete de acciones de diversas empresas del Grupo cuyo control se había logrado precisamente a través de dicho mecanismo”; mencionando luego que se trataba de: “mantener el control de diversas sociedades”.

Otros deponentes coincidieron con los anteriores al utilizar expresiones como: “para no perder el control” Gonzalo Sanín Posada; “para conservar” Patricia Murcia Páez, e igualmente la providencia del Tribunal que utiliza varias veces el término MANTENER, que en sentir del censor excluye la noción de ADQUIRIR.

De otra parte, asevera que su defendido no conocía el destino de las operaciones que aprobaba la Junta Directiva y que sus funciones eran limitadas, tal como se deriva del contenido del Certificado de la Cámara de Comercio en lo que atañe a las facultades del Gerente fijándole la suma de quinientos mil pesos como tope de autorización para contratar; hecho que no fuera apreciado por los Juzgadores de instancia. A renglón seguido hace alusión a las Actas de la Junta directiva números 064 del 22 de noviembre de 1982 y 043 de febrero 7 de 1983.

Así mismo expone que su defendido no era miembro de la Junta Directiva, ni del Comité de Crédito y que apenas se desempeñaba como secretario de la misma, pero sin posibilidad de participar en las deliberaciones. Este hecho añade, tampoco fue tenido en cuenta en el fallo pese a que reiteradamente aparece consignado en las declaraciones de Fernando Manuel Moncada y Santos Irenarco Gómez Montoya, así que a su defendido se le dedujo una responsabilidad objetiva, ya que la providencia nada dijo respecto del cómo de la actuación, o el por qué de la misma, bastándole al Juzgador con establecer la condición de Gerente General del acusado para considerarlo como responsable del hecho.

Siendo que NARANJO DOUSDEBES desconocía la finalidad de los créditos otorgados por la Sociedad, tal como se demostró con la certificación expedida por el presidente encargado Alvaro Roberto Rivas Patiño, y con las manifestaciones de Fernando Manuel Moncada y Jaime Alberto Cabrera, y que tampoco tenía la firma registrada en ninguna de las cuentas de la Corporación según consta en la certificación que aparece firmada por Rafael Enrique Hurtado, pruebas que jamás fueron apreciadas,

por lo que el ingrediente subjetivo del tipo no se dió, llegando al desconocimiento del principio de culpabilidad (art. 5 del C.P.), del derecho penal de acción (art. 29 C.N.) y a la aplicación indebida del decreto 2920 de 1982, art. 18.

c) En lo que denomina reflexión especial, el recurrente sugiere aún la posibilidad del decreto oficioso de casación por parte de la Corte, ya que no se estableció la época de la realización de los hechos, los cuales fueron confundidos con el de la presentación de la denuncia. En su sentir, el caso tuvo ocurrencia entre el 29 de noviembre de 1982 y febrero 24 de 1983 época anterior a la fecha de la providencia de segunda instancia que revisó la calificación de fondo (noviembre 24 de 1989), decisión que vino a quedar en firme en la fecha de su notificación.

La solicitud del recurrente se encamina a que la Corte case la sentencia y proceda de conformidad con el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal vigente (artículo 228 del Código anterior).

2. La DEMANDA A NOMBRE DE ALCIDES CAICEDO ROA plantea también por la vía de la causal primera del artículo 220 del Código Penal (Decreto 2700/91), en concordancia con los artículos 29 de la Constitución Política, 18 del Decreto 2920 de 1982, 1o. 2o. 3o., 25, 27, 28 y 32 del Código Civil un cargo por violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea. De manera subsidiaria y por la misma vía directa se propone la falta de aplicación de la ley sustancial, en este caso los artículos 36 y 40 del Código Penal, y en un tercer cargo igualmente subsidiario, por violación indirecta se adicionan como normas violadas los artículos 19, 20, 23, 29, 80, 83 y 84 del Código Penal, 36 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución, por interpretación errónea de la prueba.

El *cargo primero* para el censor se presenta al interpretar el Tribunal “erróneamente las normas atrás descritas, por cuanto al analizar los elementos que integran el tipo penal supuestamente violado (Art. 18 del Decreto 2920 de 1982), confunda los términos ‘ADQUIRIR’ y ‘MANTENER’ como sinónimos, so pretexto de consultar el espíritu de la norma, modificando en la práctica una norma sustancial cuando ello le está velado a un Funcionario Judicial”.

Al cotejar la norma con apartes del fallo de segundo grado critica al *ad-quem* porque “partiendo de hechos aparentemente ciertos”, concluye falsamente en que el llamado “Ahorro Privado” se utilizó en beneficio particular, “afirmación que en el plenario carece de todo sustento probatorio, pues lo que verdaderamente se halla demostrado, es que dineros captados del público, fueron otorgados en forma de crédito a empresas componentes del Grupo Grancolombiano, las que otorgaron garantías reales, dentro del giro propio de sus negocios, tal como lo hacía con clientes no socios ni vinculados a ninguna empresa del Grupo, cosa muy diferente del llamado ‘Beneficio Particular’ que no es más que el apoderamiento del dinero, lo que viene a configurar otros hechos punibles definidos dentro de los llamados delitos contra el Patrimonio Económico”.

Se incurrió igualmente en errónea interpretación de la ley al subsumir la conducta en el tipo penal del Artículo 18 del Decreto 2920/82, cuando ella se ubicaría dentro de las previsiones del artículo 19 *ibídem*. Para fundamentar esta apreciación se recurre a la transcripción de apartes del fallo atacado, agregando que la sentencia partió exclusivamente de los informes suscritos por el Superintendente Bancario o sus delegados y que la Sociedad TITULOS GRANCOLOMBIANOS antes de la vigencia del Decreto 2920/82 poseía en el BANCO DE COLOMBIA el 23.94% de las acciones, lo cual le permitía el control de la entidad bancaria.

Lo anotado no se ajusta a la realidad, pues para poseer ese control, TITULOS GRANCOLOMBIANOS requería el 51% de las acciones suscritas, lo que nunca ocurrió. Acepta sí que la firma era la mayor accionista del BANCO DE COLOMBIA desde antes de la vigencia del decreto, que además de reglamentar la actividad financiera del país estableció los antedichos tipos penales; en consecuencia:

“las Entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria debían adaptarse a la nueva situación, que en el caso de TITULOS GRANCOLOMBIANOS, bajo la exigencia de la Superintendencia para que se recapitalizara dado su exiguo capital que no garantizaba la seguridad de la inversión de los suscriptores de títulos de capitalización y simultáneamente entrara en un proceso de DESMONTE DE LAS CAPTACIONES, pero en ningún momento se le exigió a TITULOS GRANCOLOMBIANOS que vendiera

sus activos representados en acciones a Entidades o Sociedades diferentes al Grupo Grancolombiano.

“Se ha venido confundiendo en forma sistemática, la obligación impuesta a TITULOS GRANCOLOMBIANOS de disminuir o desmontar sus captaciones del público con una supuesta obligación de deshacerse de las acciones, que poseía en el Banco de Colombia y Pronta S.A., especialmente, error de interpretación un tanto infantil, pues mal podía la Superintendencia Bancaria obligar a una Entidad que venía operando con la debida autorización suya, a desprenderse de sus activos en beneficio de otros Grupos Financieros que constituían la competencia, y en desmedro de sus propios accionistas y de las demás empresas que conformaban el Grupo, situándose en inferioridad de condiciones. Esto sí hubiere sido una clara violación a los derechos consagrados en la Constitución Nacional y a las leyes que hoy y en ese entonces establecen el derecho a la propiedad privada, el derecho a asociarse, etc.”.

Entonces, la obligación que la Superintendencia le impuso a las empresas del Grupo, incluyendo a TITULOS GRANCOLOMBIANOS, fue la de reducir sus captaciones, lo que en efecto se hizo bajándolas aproximadamente en un 50%, obteniendo a cambio

“préstamos o créditos otorgados por sus propios accionistas y empresas financieras como BANCO DE COLOMBIA Y PRONTA S.A., a más de vender parte de su paquete accionario a empresas del mismo Grupo Grancolombiano, cosa que no le estaba vedada por norma alguna en ese entonces vigente. Lo que si fue motivo de descontento para la Superintendencia Bancaria fue el hecho de que la liquidez obtenida por TITULOS GRANCOLOMBIANOS para su plan de desmonte se hiciera con dineros captados del público por parte del BANCO DE COLOMBIA, DE PRONTA S.A., y otras Entidades, sobrepasando los límites de endeudamiento permitidos, lo que sería constitutivo de una infracción al Art. 19 del Decreto 2920 de 1982, conducta que fue descartada como violada, por el propio Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá...”.

Insiste en señalar que el ingrediente subjetivo del tipo penal del Artículo 18 del Decreto 2920/82 se refiere a la “adquisición del control de las entidades sujetas a la Vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de otras Sociedades”, siendo por ello contrario al término “MANTENER” (que implica CONSERVAR o SOSTENER) mencionado en el fallo que se ataca. Por ello,

“no podía el Magistrado Ponente interpretar un término jurídico, establecido dentro de una norma de índole legal, desconociendo su tenor literal, claro y obvio, pretextando consultar su espíritu, cuando ni siquiera llegó a tal punto (la tal consulta), pues no examinó los antecedentes de la norma, su historia, cosa que además le era imposible, por cuanto habiendo sido aprobada en un estado de emergencia económica y con excesiva premura no fue sometida a discusión o análisis de cualquier tipo, no se levantaron actas en tal sentido obviamente y siendo una novedad jurídica su configuración en delito, pues no existen antecedentes jurídicos ni históricos sobre ella.

“Muy diciente resulta el último párrafo de la parte de la sentencia que estamos analizando, cuando textualmente afirma el Magistrado Ponente: ‘Acoger los planteamientos de la defensa en el aspecto en comento sería tanto como tolerar la vulneración del tipo penal después de su vigencia por un no compatible argumento gramatical desapareciendo la finalidad pretendida por el Legislador para reglar la actividad financiera’, pues lo que aquí está demostrando es la inconformidad del fallador, de que por un aspecto gramatical tuviere que reconocer la atipicidad de un hecho que a juicio y a todas luces, tiene que constituir un delito, viéndose entonces precisado a hacer malabares jurídicos en aras de mantener la existencia de una conducta delictiva”.

Con base en los artículos 1o. 2. y 3o. del Código Penal sobre legalidad del delito y de las penas, recuerda que una persona solo puede ser condenada por un hecho que la ley considere como punible y que previamente se haya descrito de manera inequívoca. Luego en el presente caso, el fallador de segunda instancia violó en forma manifiesta los

principios antes señalados, modificando lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 2920/82, de donde surge la atipicidad de la conducta endilgada, y como consecuencia la solicitud para que la Corte case la sentencia y en su lugar absuelva al acusado.

El segundo cargo, propuesto como subsidiario a través de la violación directa por falta de aplicación de la ley sustancial, se formula en razón a que en la providencia materia del recurso “no se dió aplicación a las normas atrás relacionadas, por cuanto al haber notificado el fallador de segunda instancia el contenido del Art. 18 del Decreto 2920 de 1982, al consagrar como hecho punible el ‘MANTENER’ el control de entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria y otras sociedades, el cual había sido obtenido con antelación a la vigencia de la Ley, el condenado ALCIDES CAICEDO ROA no tuvo la oportunidad de conocer tal modificación o interpretación de la norma sustancial y en consecuencia, al haber desarrollado la conducta actuó sin dolo”.

En otras palabras, el acusado no tuvo el pleno convencimiento de que el mantener el paquete accionario que el Grupo Grancolombiano había adquirido durante largo tiempo con dineros propios o captados del público era reprochable, y entonces su actuar no podía llegar a constituir una violación a la ley penal. En esas condiciones la conducta resulta ajena al dolo, ubicándose bajo la causal cuarta de inculpabilidad por error invencible (artículo 40.4 del Código Penal). Situación diferente y constitutiva de punibilidad hubiera sido que existiera en el acusado el supuesto ánimo de “ADQUIRIR” el control de las empresas, lo cual no hizo, como tampoco llegó a realizar operación alguna directa o indirecta para adquirir las acciones.

En caso de que el primer cargo propuesto no llegare a prosperar, solicita entonces y en subsidio que con base en este se case la sentencia aplicando el precepto anteriormente descrito.

El tercer cargo, también propuesto de manera subsidiaria, se enmarca en la causal primera de casación en concordancia con los artículos 19, 20, 23, 29, 80 y 83 del Código Penal; 36 del Código de Procedimiento Penal y 290 de la Constitución Política por violación indirecta, determinada por una interpretación errónea de la Prueba.

Argumenta el recurrente que al responder los recursos de apelación en contra de la sentencia de primera instancia respecto a la declaratoria de prescripción de la acción penal, el Tribunal la negó aduciendo que en uno de los informes allegados por parte del Superintendente Bancario, se consignaba que varios de los créditos otorgados por el Banco de Colombia se efectuaron en el mes de diciembre de 1983, o sea antes de los seis años previstos como pena en el artículo 18 del Decreto 2920/82, y que la interrupción a su vez operó el 24 de noviembre de 1989 al quedar en firme la resolución de acusación.

El casacionista coincide con las apreciaciones del fallador al afirmar que para la realización de la conducta investigada era necesario desarrollar un sinnúmero de comportamientos y no uno de mera "Acción Insular". Pero como quiera que el Decreto referido entró en vigencia el 8 de octubre de 1982, era esa la fecha a tener en cuenta para efectos de la contabilización de términos, ya que solo a partir de entonces se desarrollaría la conducta delictiva que dió origen a esta investigación.

Recuerda que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del Código Penal el término de prescripción comienza para los hechos punibles instantáneos desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto en los tentados o permanentes. En el presente caso, según el informe de los peritos señores Celso Roberto Arango y Jairo Riaga Diago, la fecha de los últimos actos realizados fueron: el 17 de agosto de 1983 en Cobranzas Beta S.A.; agosto 8 de ese año en Ediciones Gama S.A.; julio 19 de 1983 para Promotora Alfa S.A.; y agosto 3 de 1983 para Granvalores Ltda.

En lo relacionado con TITULOS GRANCOLOMBIANOS S.A. "aparece la renovación de un Pagaré el día 17 de febrero de 1982 y posteriormente vuelve a renovarse el 16 de febrero de 1983. Para los días 17 de noviembre y 2 de diciembre de 1983 los sindicatos JAIME MICHELSEN URIBE y ALCIDES CAICEDO ROA conceden una prórroga". En este caso es necesario resaltar que el préstamo por \$105.000.000.00 de pesos se hizo en febrero de 1982, mucho antes de la vigencia del Decreto 2920 de 1982 y el simple hecho de haberlo prorrogado en diciembre de 1983, no implicaba una nueva concesión.

Refiriéndose a las fechas de las siguientes operaciones: Inversiones y Negocios Grancolombiana y Cía. S.C.A., cuya renovación se hizo por última vez con la sola autorización del acusado JAIME MICHELSEN en diciembre 19 de 1983; Galerías Arctecto Comercial Ltda. en septiembre 30; Granimportaciones S.A., en agosto 31; Viviendas y Urbanizaciones S.A. el 7, 9 y 23 de noviembre; Administraciones y Construcciones S.A. el 26 de septiembre y el 22 de noviembre; Fábrica de Muebles Arctecto S.A. el 28 de junio y el 2 de noviembre y a la suscripción en el Banco de Colombia de contratos globales de prenda sin tenencia para garantizar obligaciones, entre las que se contaba TITULOS GRANCOLOMBIANOS S.A. el 26, 23, 27 de septiembre y junio 3 de 1983, explica que estas

“...operaciones de crédito, prórroga de los mismos, y sobregiros autorizados por el BANCO DE COLOMBIA a empresas del GRANCOLOMBIANO, tuvieron ocurrencia antes del día 24 de noviembre de 1983, fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de acusación, exceptuando los casos de TITULOS GRANCOLOMBIANOS S.A. e Inversiones y Negocios Grancolombiana y Cía. S.C.A. en que fueron aprobadas sendas prórrogas en el mes de Diciembre de 1983”.

“En el caso concreto de TITULOS GRANCOLOMBIANOS S.A. del dictamen de los peritos atrás mencionados, se deduce con suficiente claridad, que en Diciembre de 1983 fue ‘Prorrogado’ un crédito que por valor de \$105.000.000.00 millones de pesos que habían sido otorgados en fecha que el informe no determina, pero aparece con renovaciones el 17 de noviembre de 1983 y 2 de diciembre de 1983, estas dos últimas aprobadas por JAIME MICHELSEN URIBE y ALCIDES CAICEDO ROA, no pudiéndose entender una renovación o prórroga como crédito nuevo, más cuando la obligación renovada o prorrogada llevaba en ese momento cerca de dos (2) años de otorgamiento”.

Asegura, entonces, que el Tribunal se equivocó al afirmar que las últimas operaciones se hicieron en el mes de diciembre de 1983, pues no tuvo en cuenta que generalmente los peritos investigadores hacen el corte de cuentas para que sus informes coincidan con las fechas de cierre de los balances: último día del mes de junio o de diciembre, e igualmente

erró “al considerar como una operación de otorgamiento de crédito encaminada a adquirir el control de una entidad vigilada por la Superbancaria o una empresa, una simple renovación o prórroga de un antiguo crédito cuando ésta simple prórroga o renovación ya no podía estar encaminada a tal objetivo, sino simplemente a aplazar el pago de la obligación previamente contraída”. E igualmente se omitió considerar que la responsabilidad de los procesados es individual y no solidaria, excepto en tratándose de los perjuicios causados con la infracción.

Insistiendo en reclamar la operancia de la prescripción, en tal sentido solicita de la Corte la casación de la sentencia impugnada.

2. En la DEMANDA A NOMBRE DE JAIME MICHELSEN URIBE, su defensor propone dos cargos. El primero, por la vía de la causal tercera de casación (artículos 226 del Código de Procedimiento Penal de 1987 y 220 del actual) sugiriendo que la nulidad deriva de los artículos 304.2 del Decreto 2700/91, y 305 del Decreto 050 de 1987, e igualmente de los artículos 18 del Decreto 2920 de 1982 y 29 de la Constitución Política. El segundo cargo se formula a través de la causal primera por violación directa de la ley sustancial –artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 subrogado por el 1.7 1.1.1 del Decreto 1730 de 1991.

La nulidad enunciada se presenta debido a una comprobada irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, por cuanto a la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación la acción penal se encontraba ya prescrita, mientras que para el fallador de segunda instancia la fecha de ejecutoria de la providencia no es la de notificación al procesado Fernando Senior Calle, sino la del momento en que ese auto se suscribió por los integrantes de la Sala.

A juicio del recurrente, “habiéndose fijado procesalmente en el mes de diciembre de 1983 el momento culminante del hecho juzgado, fecha en que Michelsen Uribe dejó su cargo en el Banco de Colombia en cuyo desempeño, según el tipo de imputaciones traídas a esta actuación judicial, realizó el tipo penal contemplado en el artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, cuya pena máxima coincidente en el tiempo para que operara la prescripción, es de seis años y si la ejecutoria de la Resolución de Acusación, único mecanismo capaz de interrumpir el fenómeno

prescriptivo se produjo el 15 de enero de 1990, no cabe duda que a la ocurrencia de este último evento ya la prescripción se había cumplido”; lo anterior, añade, se desprende de lo consagrado en los artículos 197 y 472 del Código de Procedimiento Penal de 1987.

No comparte el censor las razones del Tribunal según las cuales la providencia que confirmó la acusación a varios de los procesados y revocó la cesación de procedimiento para SÉNIOR CALLE quedó ejecutoriada a la suscripción por parte de los Magistrados; o “que la notificación al acusado por la segunda instancia era acto intrascendente frente a esa ejecutoria”.

Tal apreciación en sentir del demandante es errada, pues la notificación era imperativa. Siendo ello así, para cuando esta se surtió ya había operado el fenómeno de la prescripción; más aún, si se tiene en cuenta que para el 24 de noviembre ya había entrado a regir el Decreto 1861 de 1989 reformando en su artículo 12 al artículo 197, en el que se disponía que: “Cuando se decrete en segunda instancia la prescripción de la acción o de la pena, se profiera resolución de acusación o sustituya una medida de aseguramiento, se notificará la providencia respectiva...”. Por ello, continúa, la notificación de la mencionada providencia era obligatoria y su ejecutoria solo regía con posterioridad a la misma, valga decir, para el 15 de enero de 1990.

En consecuencia, en sentir del demandante la actuación surtida con posterioridad a la fecha antes mencionada está viciada de nulidad, constituyendo un conculcamiento al debido proceso según lo dispuesto en el artículo 29 constitucional. Como lo ha dicho la Corte, “vale lo mismo condenar a una persona sin ley preexistente que hacerlo cuando la acción penal se ha extinguido en su caso”. Por ello, invoca de la Corte case la sentencia e invalide lo actuado a partir de la notificación de la resolución de acusación del Tribunal decretando la cesación de procedimiento.

El segundo cargo se propone por la vía de la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (artículo 220 en el Código vigente), al estimar la sentencia violatoria de manera directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, subrogado por el 1.7.1.1.1 del Decreto 1730 de 1991; ya

que la conducta que se endilgó al acusado es atípica en razón a que los hechos materia de juzgamiento no son coincidentes con los que de modo abstracto y general contempla el referido artículo 18.

Para el censor: “los supuestos de hecho revelados en el proceso, suponía la integración del contenido del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 no sólo con otras disposiciones del mismo decreto que, en estricto, es todo un estatuto en el que las regulaciones penales corresponden apenas a una parte, sino con muchas otras expedidas en reglamentación de la actividad financiera en cuyo ámbito, según las constancias procesales, se dice, tuvo realización el tipo impugnado. Estas disposiciones son las previstas en los Decretos 3227 de 1982, reglamentario del 2920, 3243 de 1982; 3663 de 1982; 990 de 1983; 415 de 1987 y 365 de 1987, dictadas a propósito de las necesidades de encauzar la actividad del sector financiero en el país a nuevas pautas políticas”.

Añade que el Tribunal en sus consideraciones mencionó la necesidad de tener en cuenta criterios hermenéuticos como la búsqueda de la voluntad del legislador, solo que para no someterse finalmente a ellos, pues el artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 no perseguía erradicar del tráfico jurídico una actividad como la financiera, sino regularla de acuerdo a nuevos parámetros políticos.

Otra equivocación más del Tribunal se dio al globalizar las diferentes operaciones para concluir que el Banco de Colombia otorgó créditos a compañías vinculadas al llamado “Grupo Grancolombiano” equivalente al 254.7% del capital pagado más reservas a octubre de 1983; o en el caso de la “Grancolombiana Compañía de Financiamiento”, igual al 198.5%, etc. En sentir del libelista tales apreciaciones le sirven para reforzar su pensamiento cuando dijo que el citado tipo penal en blanco debe integrarse con las otras disposiciones que atrás enumerara. Así mismo, en la medida que las operaciones citadas no superaron los límites señalados en la ley, razón de más para señalar que las conductas endilgadas a su representado son atípicas.

Con relación a los programas de transformación o la adopción de planes de desmonte, añade que la misma ley estableció los plazos correspondientes. El artículo 25 del Decreto 2920 dio dos años para la

liquidación de compañías de autofinanciación; el Decreto 3227, art. 2o. dijo que la concentración accionario no podía superar el 20% durante cinco años a partir del 1o. de enero de 1983, y en el mismo decreto artículo 4o. se fijó un plazo de cinco años a partir del 1o. de enero de 1983 para la democratización en la propiedad accionaria. De esa manera ninguna persona podía llegar a poseer más del 50% de las acciones en circulación; más del 40% a enero de 1986; del 30% a enero de 1987 y el del 20% a enero de 1988. A su vez, el Decreto 365 de 1987 extendió los plazos de la última disposición hasta 1992. Así las cosas, la tipicidad de las operaciones sólo podía afirmarse de aquellas que se hallaren por fuera de los plazos, proporciones, planes de desmonte, etc. fijados en las respectivas normas.

De no haber incurrido el fallador en el error evidenciado, se hubiera llegado a la conclusión de que los comportamientos eran atípicos por hallarse dentro del marco tolerado y autorizado por la ley. Y otro error más se dio al expresar el juzgador que se cumplía con el ingrediente subjetivo del tipo consistente “en adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria o de otras sociedades”, pues a juicio del censor, “el tipo penal no hace referencia a un particular ánimo en el obrar, obviamente dependiendo de la orientación finalista que de la acción se tenga, pues en ese caso no solo hay que hablar de un ingrediente subjetivo del tipo, sino de que todo el dolo está en el tipo”, aunque lo que pretende exponer “es que la orientación de las operaciones no se establecen en referencia al ánimo del agente, como lo entiende el sentenciador, sino sobre la objetividad misma de las operaciones dentro del contexto del tipo”. De otra parte,

“si ellas no son típicas, en razón a que están ubicadas dentro de planes de desmonte y parámetros de tiempo previstos en regulaciones normativas incorporadas al tipo a aplicar, objetivamente tampoco se pueden tener como dirigidas a adquirir a mantener el control de otras entidades, pues el entendimiento del tipo en ese caso no es el de su aplicación a cualquier situación de éstas, sino, como se demostró en el ataque precedente, a aquellas que se realicen al margen de las autorizaciones legales o de autoridad, para este asunto, la Superintendencia Bancaria, lo cual, ciertamente, no corresponde a la situación demostrada en el proceso en que ‘Títulos’ actuaba no solo dentro del plan

de desmonte aprobado por la Superintendencia, sino también dentro de los plazos indicados en el Decreto 3227, ninguno de los cuales se había cumplido de manera que pueda decirse que se contrariaba la ley en su actuar”.

La petición del accionante se encamina a que si se le acepta la causal formulada por la vía de la nulidad, entre la Corte a invalidar el fallo recurrido y con él lo actuado a partir de la notificación de la resolución de acusación proferida en segunda instancia; como consecuencia de lo anterior, que disponga la cesación de procedimiento en favor de JAIME MICHELSEN. De prosperar el cargo formulado por la causal primera, solicita que igualmente se case la sentencia pero acogiendo que los hechos juzgados son atípicos y por ende se absuelva a su procurado.

Alegaciones de los no recurrentes:

Oportunamente como antes se señaló, el apoderado de la Parte Civil presentó un escrito oponiéndose a las pretensiones de los recurrentes, pero igualmente antes de entrar el proceso al despacho para decidir hizo llegar a la Secretaría de la Sala un memorial manifestando que desiste de las acciones civiles; solicitud que encontrándose dentro de las previsiones del artículo 244 del Código de Procedimiento Penal debe ser aceptada. En consecuencia, la Sala se abstendrá de considerar el escrito mediante el cual este interviniente procesal se oponía a las peticiones de los casacionistas.

El defensor de los acusados no recurrentes FERNANDO SENIOR CALLE y MANUEL JOSE ARRAZOLA ESCOBAR presentó un escrito para coadyuvar las peticiones formuladas por el representante de JAIME MICHELSEN URIBE. Refiriéndose al cargo de la nulidad coincide en que para la época en que se le notificó a FERNANDO SENIOR CALLE la resolución de acusación, en virtud de las disposiciones consagradas en el artículo 472 y 197 del Código de Procedimiento Penal, éste último reformado por el artículo 12 del Decreto 1861 de 1989 vigente a partir del 18 de agosto de ese año, la acción penal se encontraba prescrita.

Pero para el evento en que ese planteamiento no prospere, de igual manera participa de la atipicidad planteada a través de la causal primera, en la medida que la conducta endilgada no tuvo en cuenta las normas

extrapenales, Decretos 2920 de 1982 y hoy 1730 de 1991, normas penales en blanco a las cuales debía integrarse el artículo 18 del Decreto 2920/82 para estructurar el tipo incriminado.

Tampoco se estableció otra parte de la estructura del tipo cual es la relacionada con “fondos captados del público”, ya que el perito designado por el juzgado no pudo llegar a determinar ese hecho. En tales condiciones mal podía el sentenciador de segunda instancia considerar como verdad inconclusa que los fondos utilizados fueran de aquellos captados del público como lo exige el precepto.

Pero además era necesario determinar como elemento estructurante del tipo a que se refería el término “control de las entidades o sociedades” que en nuestro sistema jurídico está reglamentado por el Código de Comercio en el Libro II, Capítulo XI, artículos 260-262; disposiciones que no fueron tenidas en cuenta por el fallador de segunda instancia, atipicidad todavía más notoria por ausencia del verbo rector ADQUIRIR, que el Tribunal entendió como sinónimo de MANTENER, incurriendo en una verdadera antinomia gramatical.

Para el representante de los no recurrentes, el desacierto del Juzgador fue tal que once años después existen grupos que tienen o mantienen el control de muchas entidades financieras, y sin embargo nadie se ha atrevido por ello a denunciarlos. En estos términos considera que la Corte debe casar la sentencia impugnada cobijando a sus patrocinados con la cesación de procedimiento, o en subsidio con la solución en razón a que los hechos por los cuales fueron juzgados son atípicos.

Concepto del Ministerio Público:

1. Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, pese a que las demandas presentadas a nombre de los sentenciados, así como el alegato de los no recurrentes, guardan en común la solicitud encaminada a que se declare la prescripción de la acción penal con el argumento de que para el momento en que se profirió la providencia que revisó el auto calificadorio, se habían superado los seis años (máximo de la pena consagrada en el tipo penal), sólo el libelo presentado a nombre del procesado JAIME MICHELSEN URIBE aborda el planteamiento desde la óptica correcta en sede de casación.

Coincidiendo además los dos escritos aunque desde una perspectiva diferente en la atipicidad del comportamiento imputado respecto de la descripción contenida en el artículo 18 del Decreto 2920 de 1983, su análisis se avoca de la forma que sigue:

I. Asumiendo originalmente el tema de la prescripción de la acción penal, sostiene el Procurador que:

“En los escritos sustentadores del recurso esta alegación se desenvuelve por tres diversos caminos: la violación directa de la ley sustancial (demanda presentada a nombre de GERMAN NARANJO DOUSDEBES), la vulneración indirecta de un precepto sustancial (libelo formulado a nombre de ALCIDES CAICEDO ROA) y la nulidad (demanda del representante judicial de JAIME MICHELSEN URIBE). Estas diferentes proposiciones imponen, por lo irreconciliables, una primera aclaración relativa a la vía por la cual, en sede de casación, se puede pedir la ruptura del fallo cuando el sustento de la misma es la operancia de la prescripción de la acción penal antes de la ejecutoria de la resolución de acusación.

“En la demanda presentada a nombre de NARANJO DOUSDEBES, se entiende que se produjo vulneración de la ley sustancial en forma directa, proveniente de una errónea interpretación de las disposiciones que regulan la materia, lo que condujo a la aplicación indebida del precepto que sirvió de fundamento a la sentencia.

“Esta posición no resulta sostenible, pues es evidente que si el presupuesto de ella –no reconocido explícitamente por el demandante– es que la acción penal no podía proseguirse a partir de la fecha en que se produjo la prescripción de la acción, tal forma de alegación reconoce validez a algo que no la tiene al faltar el requisito fundamental de la misma: la posibilidad de ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que termina al momento efectivo de la prescripción, independientemente de su declaratoria.

“De otra parte, no puede admitirse tampoco la aplicación indebida del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 que según el escrito se produjo como consecuencia de la inicial interpretación errónea, pues resulta nítido de acuerdo con los contenidos de las sentencias y la acusación que se formulara contra los procesados, que era ésta y no otra la norma sustancial llamada a gobernar el juzgamiento de conformidad con los presupuestos de hecho y de derecho que en su entender encontró probados el juzgador, por lo que, desde esta perspectiva, no se incurrió en error de selección del precepto, que es el supuesto de la indebida aplicación.

“El libelo que sustenta el recurso de casación a nombre de ALCIDES CAICEDO ROA, en este punto resulta también antitécnico. Allí se alega la violación indirecta de las normas que rigen el fenómeno jurídico de la prescripción, haciendo énfasis en el hecho de que una inadecuada interpretación de las pruebas allegadas motivó la determinación de una fecha diferente a aquella que en la realidad corresponde, como la de consumación del hecho punible materia del proceso.

“Tampoco se acierta al proponer la ruptura del fallo por esta vía, pues el error de apreciación sobre las pruebas alegable en casación es solamente aquél que conduce a la vulneración de la ley sustancial en ella, lo que impone admitir la validez plena de la actuación y del fallo. No obstante, al fijar la operación del fenómeno prescriptivo antes de la ejecutoria de la resolución de acusación, se está asumiendo que el Estado, a partir de entonces, se halla imposibilitado para continuar actuando por haber perdido, por obra de la ley, su potestad punitiva en relación con los hechos materia del proceso y por ello, al adelantarlo careciendo de ese poder-deber, todo lo actuado nace nulo, contrario a los mandatos constitucionales y legales que le dan legitimidad.

“La vía adecuada para este tipo de propuestas es, indudablemente, la nulidad, pues ha de aceptarse que si la prescripción, como fenómeno extintivo de la acción, operó en una etapa

determinada del proceso, a partir de entonces el Estado perdió su potestad punitiva, resultando contraria a la ley y a los mandatos constitucionales cualquier actuación procesal posterior.

“Ahora bien, establecido como está que la sede correcta de esta proposición lo es la nulidad, debe aceptarse que aun cuando las demandas que solicitan la declaratoria de prescripción de la acción por motivo diverso resultan inadmisibles por no adecuarse a las reglas técnicas del recurso, es necesario estudiar a fondo el fenómeno y respecto de todos los procesados cobijados con la sentencia, pues de hallarse que efectivamente operó la extinción de la acción antes de la ejecutoria de la resolución de acusación, deviene nulo todo lo actuado a partir de entonces y se impone, por consiguiente, su declaración oficiosa por la Corte de acuerdo con el mandato del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal vigente, o más precisamente, 227 del anterior, que es el llamado por la ley (artículo 13 transitorio del Decreto 2700 de 1991) a regir este asunto”.

2. Pasando a continuación a analizar la naturaleza del tipo penal que sirvió de sustento a la sentencia impugnada, las regulaciones jurídicas de la prescripción y la fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación proferida en contra de los inculpados, la Delegada precisa:

Con relación a *la naturaleza del tipo penal*, al contrario de lo sostenido por el Tribunal cuando entró a subsumir la conducta en el tipo penal del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, para la Delegada la adecuación se enmarca dentro de lo dispuesto en el artículo 19 *ibídem*, tal como inicialmente lo hiciera el Juzgado Instructor y lo señalaran las investigaciones adelantadas por parte de la Superintendencia Bancaria.

El tipo penal seleccionado por el *ad-quem*, es de los llamados de conducta instantánea, ya que la acción se agota en el mismo momento en que el sujeto activo (directores, administradores, representantes legales y funcionarios de instituciones financieras), despliega la conducta rectora consistente en la utilización de fondos captados del público para destinarlos sin autorización legal,

“a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de otras sociedades”; objeto jurídico claramente diferenciado: la protección al orden económico-social y el patrimonio privado. Para la Delegada, la conducta es punible “no en la medida en que se logre la concentración monopólica de empresas, sino en tanto que alguna de ellas ponga en peligro los fondos particulares que administra, situación que se presenta desde el momento mismo en que ellos se destinen al logro del control de otras compañías. Lo prohibido por este tipo penal no es, se insiste, el concentrar el capital; la conducta que se considera punible es la de poner en peligro de pérdida el ahorro privado con la consiguiente disminución de la confianza del público en el sistema financiero nacional y ella se logra, dentro del ámbito de la norma que se analiza, con la destinación de los recursos hacia ese propósito.

“Nótese también que las medidas legislativas que se tomaron a partir de la declaración de la emergencia económica del año de 1982, iban dirigidas a legalizar prácticas financieras que se habían salido de su curso, al punto de que se ordenaba a algunas de estas sociedades el generar planes de desmonte de las captaciones del ahorro privado, a fin de que los dineros retornaran, seguros, a manos de los particulares. Independientemente de ello, las compañías podían seguir manteniendo o adquirir relativamente el control de otras empresas, pero no con el dinero del público, y su conducta daría lugar, cuando mucho, a una sanción de tipo administrativo, no penal.

“Dentro de este contexto, la frase nuclear que describe el hecho punible solamente tiene sentido si es entendida en ésta o similar apretada redacción: El sujeto activo que sin autorización legal destine fondos captados del público para la adquisición del control de sociedades, incurrirá en pena de prisión. Idea que es muy diversa si aceptáramos —como al parecer se ha hecho— que el verbo rector es adquirir, pues en tal caso deberíamos tener un tipo del siguiente tenor: El sujeto activo que sin autorización legal adquiriera el control de sociedades con dineros captados del público, incurrirá en prisión.

“Adviértase la diferencia entre las dos postulaciones atrás expuestas. En la primera, quedan involucrados todos los elementos de la figura típica, haciendo énfasis en la prohibición: destinar los fondos, pues tal acción es la que pone en peligro el sistema financiero y el ahorro privado. En la segunda, necesariamente habríamos de prescindir de la destinación y así, la protección de la norma no se dirigiría hacia los bienes jurídicos mencionados, como fue el fin de su protección, sino hacia el sistema de la libre empresa que, aun cuando importante dentro de una determinada política de estado, no era el propósito del legislador extraordinario, como además lo revelan las otras disposiciones del Decreto 2920 de 1982 y sus complementarios.

“Ahora bien, el acto de destinación agota el tipo penal, independientemente de que los recursos captados del público sean o no invertidos en el fin para el cual fueron dispuestos. Si ello es así, obvio resulta concluir, también, que el delito se consuma con la ejecución de la conducta y no con el logro de los resultados perseguidos, aun cuando es requisito para poder reputar perfecto el proceso de adecuación típica, que se compruebe la existencia de ese especial propósito del agente. Cada acto de destinación recorre completamente el tipo penal, a condición de que se presenten las demás circunstancias previstas en el mismo. La sanción no es consecuencia de la adquisición del control de las sociedades, sino de la destinación de los recursos provenientes del ahorro privado hacia ese fin; ello impide que el tipo penal se ubique dentro de los de conducta permanente”.

Sobre las normas jurídicas que *gobiernan la prescripción*, dentro de los anteriores presupuestos cita la Delegada los artículos 79, 80, 83 y 84 del Código Penal para armonizar y concluir:

“a) el término de prescripción de la acción para el caso específico de estudio, debe comenzar a contarse desde el día en que se realizó el acto de destinación de los recursos captados del público y se extiende por el lapso de seis años, que es el máximo de pena fijado en el tipo penal de referencia.

“b) que siendo que estos actos de destinación de los dineros fueron reiterados y, por ello, constitutivos de un concurso de hechos punibles que genera varias acciones, cada uno de ellos prescribe en forma independiente.

“c) que le encontrarse que el último de los hechos punibles está prescrito, fuerza es concluir que todos los que se ejecutaron con anterioridad a él (siendo de la misma naturaleza) también lo están, pues fueron consumados antes que éste.

“d) que si la resolución de acusación proferida en contra de los inculcados alcanzó ejecutoria antes de cumplirse seis años desde el momento de la consumación del hecho punible, la acción penal no prescribió en relación con el hecho correspondiente, y

“e) que es el momento de la ejecutoria de la resolución de acusación el que es menester tomar como aquél revestido por la ley de fuerza suficiente para la interrupción del término prescriptivo”.

Siguiendo el orden propuesto, y con relación a *la ejecutoria de la resolución de acusación*, dice que se dan posiciones enfrentadas, en razón a que el auto calificadorio de sumario fue apelado y reformado parcialmente con la providencia que decidió el recurso. De una parte, hay quienes sostienen que la providencia alcanzó firmeza procesal al momento de ser suscrita por los magistrados; para otros, la ejecutoria se alcanzó apenas tres días después de la notificación de la misma al sujeto procesal que por virtud de ella fue enjuiciado, y en una tercera postura se sostiene (demanda a nombre de JAIME MICHELSEN URIBE, que la Delegada prohija) que tal firmeza se alcanza de manera separada.

Trayendo a referencia el artículo 12 del Decreto 1861 de 1989 vigente ya a la época del auto de segundo grado, concluye que su ejecutoria

“operó diferencialmente por virtud de la instancia en la que se pronunció el enjuiciamiento y, obviamente, por mandato de la ley. Nos encontramos, pues, frente a lo que podríamos denominar una ejecutoria escindida, en tanto que sin alterar las ritualidades procesales ni violar las garantías de los implicados, la decisión alcanzó firmeza respecto de

algunos de ellos en fecha anterior a la que ha de considerarse en relación con el otro.

“En efecto, la providencia a través de la cual se calificó el mérito del sumario en primera instancia contiene varias decisiones, de las que para el caso que estudiamos, nos interesa resaltar solamente dos: la resolución de acusación que se profirió en contra de los señores GERMAN NARANJO DOUSDEBES, JAIME MICHELSEN URIBE, ALCIDES CAICEDO ROA y MANUEL JOSE ARRAZOLA ESCOBAR y la cesación de procedimiento en favor del señor FERNANDO SENIOR CALLE. Estas resoluciones del juzgado, de diverso sentido, contienen determinaciones sobre diferentes relaciones jurídico-procesales y ponen fin a una instancia respecto de cada una de ellas.

“Todas ellas, (pese a que se contienen en un mismo escrito, se refieren a delitos conexos y declaran que varios de los enjuiciados actuaron bajo un mismo propósito y en acuerdo), deben ser consideradas como escindibles pues es evidente que sus consecuencias, sustanciales y procesales, son perfectamente individualizables, al punto de que no determinan en manera alguna la necesidad de proferimiento de una sola sentencia, ni condicionan indefectiblemente el proseguimiento de la actuación bajo unos mismos trámites. Piénsese, por ejemplo, que si a alguno de los procesados se le hubiera violado su derecho de defensa, surgiría causal de anulación exclusivamente para él, conservando lo demás que se haya actuado su plena validez.

“La relación jurídico-procesal de cada uno de los implicados es independiente. Los resultados de su proceso, por tanto, pueden y de hecho lo son, también independientes. El que la ley dispusiera el adelantamiento de una sola actuación por razones de economía procesal y buscando una mayor eficiencia en el juzgamiento, no implica que se desconozca el carácter individual de la responsabilidad penal, la posibilidad de adelantar procesos separados por hechos punibles independientes, ni la relación delito inculpado que es la materia misma del procedimiento.

“Fuerza es afirmar, por tanto, que la providencia calificatoria de primera instancia contiene varias resoluciones de acusación, indepen-

dientes, autónomas y escindibles, y una cesación de procedimiento que tiene las mismas características.

“Así las cosas, la providencia que en segunda instancia se dictó como resultado final de la apelación a que se sometió el proveído analizado, resolvió también varias relaciones jurídico-procesales, autónomas e independientes que, en este caso, por la naturaleza de la decisión, alcanzan ejecutoria separada de acuerdo con la materia de lo decidido”.

En suma, a juicio de la Delegada la providencia que resolvió el recurso de apelación quedó ejecutoriada al momento de ser suscrita por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá; pero en lo referido a la revocatoria de la cesación de procedimiento, solo tres días después de que le fuera notificada al procesado que afectaba. De esa manera podía el encausado proveer lo necesario para su defensa, enterarse del proseguimiento de la acción penal que se había declarado extinguida y “ejercer plenamente su derecho a la defensa, situación que no sucede en relación con quienes habían sido llamados a responder en juicio desde la decisión de primer grado, quienes en su oportunidad –la notificación de la providencia– debieron proveer lo necesario para su defensa”.

Las precedentes consideraciones le sirven al Ministerio Público para señalar como inadmisibles las manifestaciones del defensor de MICHELSEN URIBE cuando afirmó que la providencia calificatoria del mérito del sumario es una sola e indivisible; o que los recursos deban proceder in integrum respecto de las varias decisiones. Diversa es la situación relacionada con la revisión por parte del Tribunal de la cesación de procedimiento, pues la hizo con base en las prescripciones del artículo 14 del Decreto 1861 de 1981 que ordenaba el grado jurisdiccional de la consulta para ese tipo de providencias. Consecuente, la Delegada concluye este aparte afirmando que en su sentir, son diferentes las fechas a tener en cuenta para el cómputo de la prescripción.

3. Particularizando, entonces, la situación de JAIME MICHELSEN URIBE y ALCIDES CAICEDO ROA, y una vez hecho un recuento de las diferentes operaciones realizadas por estos acusados, termina descartando las efectuadas con antelación al 24 de noviembre de 1983 sin desconocer

“que ante la declaratoria de incapacidad de pago que muchas veces hicieran las empresas deudoras (vg.gr. la contenida al folio 44 del cuaderno de anexos No. 2), varias han podido ser las conductas que asumieran las sociedades acreedoras para tratar de recuperar los dineros entregados en mutuo y que, al optar por las prórrogas sucesivas, éstas podrían constituir maniobras dirigidas a alterar, una y otra vez, los planes de desmonte que por la época eran exigibles y habían sido aprobados por la autoridad competente. Esta conducta, empero, podría ser materia de una sanción de tipo administrativo, pero no permite la configuración del tipo penal base de la resolución de acusación y la sentencia, pues con él no se trata de sancionar las operaciones destinadas a lograr el control de otras empresas, sino los actos de destinación de los dineros; además, no fue materia de imputación en la resolución de acusación en la cual, aún contra la opinión de la Superintendencia Bancaria –que en estos temas es autoridad indiscutible– no se tuvieron en cuenta otras posibles adecuaciones típicas, tales como la prevista en el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982. (Véase, para robustecer esta posición, la Resolución No. 2125 del 25 de mayo de 1984 emanada de la Superintendencia Bancaria, que obra a los folios 422 y siguientes del cuaderno 2A).

“Una dificultad adicional se nota en torno a los aspectos que se vienen analizando: como quiera que la investigación no se orientó inicialmente a la demostración de los hechos punibles consagrados en el artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 (en primera instancia la calificación no fue precisa sobre este punto), tampoco se asumió el trabajo de determinar, con claridad y exactitud la fecha en la que se realizó la última de las operaciones financieras encaminadas al objetivo perseguido por los inculpados; las inspecciones judiciales y los informes de la Superintendencia Bancaria, así como la extensa documentación aportada a la investigación, permiten empero establecer fechas ciertas de algunas operaciones, entre las que la Delegada relaciona las siguientes que fueron realizadas durante el año de 1983, pues las anteriores, de acuerdo con lo visto, no reportan utilidad para este punto del concepto”.

En su criterio, los implicados MICHELSEN y CAICEDO en su condición de Presidente y Vicepresidente ejecutivo del Banco de Colombia respectivamente, concedieron durante los meses de noviembre y diciembre de 1983 los siguientes préstamos: Viviendas y Urbanizaciones S.A., el 7

de diciembre por \$401.204.921.00; a la Fábrica de Muebles Artecto por \$309.277.268.80 el 30 de noviembre; y descarta aquellos sobregiros que fueran otorgados con antelación a noviembre 24 por el Banco a diversas entidades del grupo; advirtiendo que: “algunas operaciones tienen fechas de los meses de noviembre y diciembre de 1983, e incluso de 1984, pero éstas obedecen a prórrogas de créditos razón por la cual, como se dijera, tales actividades no pueden entenderse como idóneas para estructurar la conducta delictiva materia de estudio”.

En cambio, continúa, por tratarse de fechas posteriores deben ser consideradas las operaciones a las que se refiere la resolución No. 2125 de mayo 25 de 1984 emanada de la Superintendencia Bancaria, por medio de la cual sancionó al Banco de Colombia en Razón a los créditos directos que mediante la figura del sobregiro otorgara a Títulos Grancolombianos S.A., cuyos valores oscilaron entre \$298.179.777-87 en diciembre 30 de 1983 y \$304.297.417.30 el día 6 del mismo mes. De la misma manera, acepta lo relacionado con el oficio No. 24027 del 28 de mayo de 1985 emitido por la misma Superintendencia y que hace alusión a operaciones efectuadas en el mes de diciembre de 1983; así como a la constancia expedida por el mismo Banco de Colombia donde menciona los sobregiros concedidos a Títulos Grancolombianos S.A. en diferentes fechas, entre las cuales se cuenta la del 31 de diciembre de 1983 por un monto de \$259.090.603.84. Sobre estas últimas operaciones dice la Delegada: “forzoso es concluir que la acción penal no se hallaba prescrita para tal momento y, por consiguiente, la actuación que se adelantó posteriormente no está viciada de nulidad y con ello se demuestra la ausencia de fundamento de la petición de los recurrentes en éste aspecto”.

4. Sobre la situación de GERMAN NARANJO DOUSDEBES luego de similar recuento de la actividad que desplegara como Gerente General de las firmas: Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiano S.A., Administraciones y Construcciones S.A. y en su condición de miembro de la Junta Directiva de Títulos Grancolombianos S.A., en sentir del Procurador su última intervención se realizó el 4 de julio de 1983; y por ello, para el 24 de noviembre de 1989 la acción penal había prescrito. En esas condiciones la actuación subsiguiente se halla viciada de nulidad, situación cuyo reconocimiento se impone casando oficiosamente la sentencia impugnada, para disponer en favor de este acusado la cesación de todo procedimiento.

5. En lo que atañe a MANUEL JOSE ARRAZOLA ESCOVAR Representante legal de Pronta S.A., la situación es diferente a la del anterior, pues está demostrado en las actas de las Juntas Directivas obrantes a folios 444 y siguientes, a las cuales se refiere el peritaje que obra a los folios 129 y siguientes del cuaderno número 7 (anexo 20), que en diciembre 7 y 12 de 1983 participó en la concesión de crédito a Cobranzas Beta S.A., por la suma de \$30.000.000.00 y \$20.000.000.00 respectivamente; y el 29 del mismo mes y año en el préstamo a Granimportaciones S.A., por \$12.000.000.00. De igual manera puede imputársele lo relacionado con los créditos concedidos por Pronta S.A. a Palmeras de la Costa S.A. por \$20.000.000.00, Leasing Grancolombiana S.A., por \$36.200.000.00, Cobranzas Beta S.A. por un total de \$145.000.000.00 y otros cuyas operaciones se realizaron con posterioridad al día 24 de noviembre de 1983. En estas condiciones continúa la Delegada, “resulta nítido que el proceso respecto del citado imputado no se encuentra viciado de nulidad por este aspecto, como quiera que a la fecha de la ejecutoria del enjuiciamiento no se había extinguido la acción penal”.

6. Sobre la conducta desplegada por FERNANDO SENIOR CALLE se resalta que su Vicepresidencia de Crédito del Banco se ejerció hasta el mes de julio de 1983, “fecha en la que hizo dejación de su cargo en esta ciudad para evadir un auto de detención que en su contra se había proferido dentro de otro proceso, trasladando su lugar de residencia al vecino país del Ecuador en donde se desempeñó como asesor de la oficina del Banco allí hasta el mes de enero de mil novecientos ochenta y cuatro en que se retiró definitivamente de la institución (folio 704 del cuaderno de originales No. 4)”. Por ello y en cuanto la resolución de acusación que lo afectó quedó ejecutoriada el 18 de enero de 1990, para entonces habían transcurrido los seis años necesarios para la prescripción de la acción, se sugiere el reconocimiento de esa situación procesal a fin de que sea remediada a través de la casación oficiosa.

7. Sin embargo de que “Las acciones penales surgidas de las conductas desplegadas por los inculcados JAIME MICHELSEN URIBE, ALCIDES CAICEDO ROA y MANUEL JOSE ARRAZOLA ESCOVAR, no se encontraban prescritas al momento de la ejecutoria de la resolución de acusación que se profirió en su contra y, por consiguiente,

no existe causal alguna de nulidad de lo actuado, por este concepto”, la Delegada ubica en su caso otra causal invalidante de la cual procede a dar cuenta al contestar el argumento de la atipicidad de los hechos denunciados frente al contenido del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982.

Recordando que las demandas presentadas en representación de los procesados JAIME MICHELSEN URIBE y ALCIDES CAICEDO ROA tocan ésta problemática desde la óptica de la violación directa de la ley sustancial, al considerar que el Tribunal sentenciador incurrió en una errónea interpretación sobre alguno de los elementos del tipo penal correspondiente (el subjetivo) y de ella resultó la infracción a la ley, y en el escrito presentado a nombre de GERMAN NARANJO DOUSDEBES el tema es tratado como infracción indirecta de la ley sustancial, mereciéndole algunas críticas de técnica, para abordar el tema recuerda que aquellos invocaron la interpretación errónea por violación del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 al estimar que el Tribunal Superior de Bogotá al momento de dictar el fallo “aquiparó los vocablos mantener y adquirir, el último de los cuales se define en el tipo legal respectivo el ingrediente subjetivo, cuando tales términos tienen connotaciones diversas y dan origen, eventualmente, a diferentes imputaciones penales”.

Esta postura, aunque bajo diferentes parámetros, es la que termina siendo compartida por la Delegada previas las siguientes consideraciones:

La postura sobre el particular asumida en el fallo de segunda instancia quedó plasmada como sigue:

“La defensa ha centrado su argumento en una interpretación estrictamente gramatical del verbo ‘ADQUIRIR’, sin embargo, aun desde esta óptica el diccionario de la lengua española señala diversas significaciones a dicho vocablo tales como ‘cojer (*sic*), lograr o conseguir’, locuciones estas últimas que aplicadas al evento que nos ocupa implican el mantenimiento del control sobre las diversas entidades por parte del autor.

“Pero es que además, considera la Sala que la locución ‘ADQUIRIR’ utilizada por el legislador en la norma materia de análisis debe interpretarse teniendo en cuenta la integridad del tipo penal y su espíritu.

En tal sentido, lo que ha querido la ley es sancionar penalmente la utilización indebida de los fondos captados del público cuando se destinan a operaciones a (*sic*) ejercer el control de las entidades allí reseñadas. Obviamente tal tipo de control no es conducta insular, que pueda agotarse en un solo instante, sino que se trata de una actividad compleja, que perdura en el tiempo, pues no de otra forma podría decirse que una persona tiene el control de una empresa.

“En consecuencia, si bien en este caso el control de las empresas se ejercía con anterioridad a la punición de esta conducta, siendo entonces lícita, al expedirse el decreto 2920 de 1982 el comportamiento se torna en hecho punible y, de consiguiente, la realización de la misma ya en vigencia de la norma aludida hace que lo que era lícito se convierta en punible.

“Por ende, el mantenimiento del control de las citadas empresas en vigencia del decreto referido, con el lleno de las otras exigencias consagradas en la norma, hace que tal conducta sea típica, tal como aquí ha acontecido dado que el control de las entidades reseñadas continuó operando en vigencia de la disposición en comento, a través de las conductas reseñadas a lo largo de esta sentencia.

“Es que dentro de una sana hermenéutica jurídica, al interpretarse las normas no solamente debe tenerse en cuenta el elemento gramatical sino también los elementos histórico, lógico, teleológico y sistemático. No basta conocer el sentido literal de la Ley, sino que debe buscarse la voluntad del legislador, el propósito perseguido por él, esto es la *ratio legis*, como también las circunstancias particulares que llevaron al proferimiento de la norma, es decir la *ocasio legis*; se deberá indagar sobre los antecedentes que tuvo en cuenta el legislador para dictarla y, de otro lado, también hacerse hincapié en la relación o enlace que deben tener todas las normas jurídicas en cuanto constituyen un ordenamiento, es que las normas no son aisladas sino que hacen parte de un sistema jurídico que no se puede desconocer al momento de interpretar una disposición”.

Hasta allí llegó el Tribunal, critica la Delegada, “pese al anuncio que hizo, respecto de los fundamentos de una interpretación que permitiera

equiparar los vocablos adquirir y mantener, utilizados en el artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 para describir el ingrediente subjetivo del tipo. Quizás se sintió relevado de hacerlo por consideraciones antecedentes que insinúan la sinonimia (inexistente en opinión de esta representación del Ministerio Público), entre los términos aludidos”; pese a haber reconocido que el propósito perseguido por los integrantes del Grupo Grancolombiano era el de “no perder el control accionario de algunas empresas que conformaban la agrupación, y por lo tanto mantenerlo, encontró perfecto el proceso de adecuación típica de la conducta a la norma respectiva”.

7.1 No obstante, para el Procurador Delegado el yerro en que incurrió el Tribunal se demuestra al confrontar el significado ordinario de cada una de las palabras que aparece en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, Decimonovena edición de 1970:

“ADQUIRIR (Del lat. *adquirere*; de *ad*, a, y *quaerere*, buscar) tr. Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria. 2. Comprar. 3. Coger, lograr o conseguir. 4. For. Hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se trasmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción”. “MANTENER. (Del. lat. *manu tenere*) tr. Proveer a uno del alimento necesario. U. t.c. prnl. 2. Conservar una cosa en su ser; darle vigor y permanencia. 3. Sostener una cosa para que no caiga o se tuerza. 4. Proseguir voluntariamente en lo que se está ejecutando. MANTENER la conversación, el juego. 5. Defendér o sustentar una opinión o sistema. 6. Sostener un torneo, justa, etc. 7 For. Amparar a uno en la posesión o goce de una cosa. 8. prnl. Perseverar, no variar de estado o resolución. 9. fig. fomentarse, alimentarse.

“La distinción gramatical en el uso corriente de los términos, es evidente. En tanto que el verbo adquirir designa la acción para lograr la posesión de una cosa, mantener contiene la idea de la posesión que no se deja perder. En el primero, se llegara a la posesión que no se tiene; en el segundo, no se perderá la posesión de lo que se tiene.

“Buscando en los significados vulgares de los términos no puede admitirse válidamente la interpretación del vocablo utilizado por la ley para identificarlo como otro que no fue usado por ella. La claridad de la

norma es tal, que razón le asiste a uno de los casacionistas al reclamar contra el procedimiento del Tribunal, quien desatendió el contenido del artículo 27 del Código Civil que regula la interpretación gramatical de la ley cuando su sentido sea claro, evento en el que no se puede desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

“Esta claridad terminológica a nivel lingüístico, que indudablemente no es la más adecuada para la interpretación de las normas jurídicas que reclaman su comprensión dentro de un contexto político determinado y de acuerdo a un sistema, no choca tampoco con la interpretación del precepto a la luz de los criterios que esbozara –jamás los desarrolló– el Tribunal en la sentencia, tal como pasa a demostrarse”.

7.2. Según la Delegada, la norma del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 no persigue en modo alguno evitar el mantenimiento de un control accionario; aunque con las disposiciones que por aquella época se dictaron se pretendiera “democratizar” la propiedad de las acciones de las empresas que integraban el sistema, pues el Gobierno reconoció la necesidad de que ellas permanecieran en manos de los particulares. Para avalar esta apreciación transcribe apartes de las disposiciones del Decreto 2919 de 1982 por medio del cual se declaró la emergencia económica en el citado año, fundamento legislativo inmediato del Decreto 2920 de 1982.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el gobierno nacional conocía que las conductas irregulares allí contempladas se estaban presentando, y que era necesario poner fin a los desbordamientos de algunas empresas del sector financiero; pero sin desconocer la necesidad de conservar la propiedad privada sobre tales entidades y que el control se dirigía a la protección del orden económico-social y el patrimonio (moral y material) de los coasociados. Sin embargo, no puede desprenderse que el propósito del gobierno nacional fuera el de acabar con el control que los particulares poseían sobre las empresas citadas; sino el de reducir la concentración del capital a límites que consideró adecuados y democráticos. No prohibió entonces el control accionario, sino que lo redujo a un 20% como máximo que se podía radicar en una sola persona.

En su sentir, “las regulaciones legales antecedentes reconocían como práctica aceptable la adquisición que empresas financieras hacían de otras

sociedades de diversos sectores de la economía...”; tampoco la declaratoria de emergencia económica del año de 1982 criminalizó las anteriores conductas.

“La crisis que a través de ella se pretendió conjurar, si bien de manifestaciones múltiples, estaba fundamentalmente caracterizada por la pérdida del ahorro privado en entidades que prometían pingües rendimientos y que posteriormente no alcanzaban a retribuir a sus inversionistas o carecían de la capacidad económica suficiente para devolver el monto de las inversiones. Esta era, entre otras, la manifestación de esa pérdida de la confianza del público en el sector financiero a que se refiere las consideraciones del Decreto 2920 de 1982 atrás copiadas.

“Acorde con esa necesidad de intervención del Estado en el sector financiero para eliminar o reducir este tipo de prácticas, se previó la necesidad de prohibir aquellas caracterizadas por la especulación y el riesgo exagerado, pues controlando tal falta de previsión de los directores o administradores de las empresas del sector financiero, se lograría garantizar a los ciudadanos la devolución de sus inversiones y el pago de los réditos que esperaban por haberles sido prometidos.

“Obvio resultaba, además, considerar la necesidad de ordenar el desmonte de algunas de aquellas empresas de funcionamiento irregular (heterodoxo, como en su momento se dijera) en forma paulatina, pues si se hubiera ordenado la venta inmediata de sus activos o la devolución también inmediata de los grandes volúmenes de dinero captados, se habría producido una crisis de proporciones incalculables que determinaría la quiebra de todas aquellas entidades y la pérdida de los dineros de los particulares, en forma irremediable”.

Fue por lo anterior que en criterio del Ministerio Público surgió el Decreto 2920 de 1982, estableciendo en el artículo primero algunas directrices, y señalando con amplitud las conductas que luego haría materia de prohibición en el artículo 18. Lo que allí se califica, es la adquisición del control de otras empresas, con la circunstancia de la especulación o del rompimiento de las reglas del mercado, de donde no se encuentra que se pueda concluir que fue su propósito el prohibir el mantenimiento de propiedad accionaria para quienes ya habían logrado su posesión.

Se refiere igualmente a lo consagrado en el artículo 28 del citado decreto y a los artículos 2o. y 4o. del Decreto 3227 de 1982 reglamentarios del anterior, donde se fijan los topes de las acciones que las personas pudieran tener de manera directa o indirecta del total de las acciones en circulación de las instituciones financieras y el término para el cumplimiento de la decisión, luego añade que el Decreto 2920 de 1982 no prohibió el mantenimiento de la propiedad de las acciones; pero sí fijó las directrices para su democratización así como una serie de mecanismos para reducir paulatinamente su monopolio, y que:

“Los programas de desmonte autorizados, no eran más que la manifestación de que el gobierno no podía impedir la compra de acciones, salvo que ella extralimitara los topes porcentuales que las diversas normas señalaban respecto de las entidades del sector. Lo imperioso era sí establecer un camino seguro para que las empresas que venían captando sin licencia el dinero del público, lo fueran paulatinamente devolviendo a los depositantes, y ello es asunto diferente.

“Así las cosas, interpretando sistemáticamente la norma materia de análisis, como supuestamente lo hizo el Tribunal, se llega a la conclusión inobjetable de que los verbos adquirir y mantener no pueden ser asumidos como sinónimos y que la disposición del artículo 18 no busca, a través del ingrediente subjetivo, penalizar a quienes aún no se habían acomodado a la nueva política estatal.

“Quiere decir lo anterior que razón le asiste a los libelistas en cuanto sostienen que el ingrediente subjetivo del tipo fue interpretado erróneamente en la sentencia y que en ella se condenó a los procesados por hechos que no hallaban encuadramiento en el contenido del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, porque el ingrediente subjetivo del tipo fue materia de una errónea interpretación de parte del sentenciador de segundo grado y que lejos de comprobarse en el expediente la existencia del mismo, se demostró allí un propósito distinto en los autores del hecho punible.

“Tal demostración, impide a juicio de esta representación del Ministerio Público que el proceso de adecuación típica se repute perfecto, deduciéndose, por el contrario, la atipicidad del comportamiento en relación con el contenido del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, pues

si bien los inculpados eran funcionarios de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y destinaron sin autorización legal fondos captados del público a operaciones especulativas sobre acciones de otras empresa, tal comportamiento no estuvo orientado por el propósito de adquirir el control de estas entidades, sino de burlar los mecanismos establecidos por el órgano de vigilancia estatal en cuanto a límites de endeudamiento permitido y democratización de la propiedad accionaria.

“El ingrediente subjetivo del tipo, como lo refiriera alguno de los demandantes, tiene efectivamente una función constitutiva del tipo, en tanto que no ha sido puesto en él como una simple reiteración del dolo (como antaño se aceptara por algunos sectores de la doctrina) sino como un elemento indispensable para diferenciar conductas permitidas (las que no respondan a los propósitos señalados en la ley) de las prohibidas (las que persigan las finalidades contempladas en el tipo penal respectivo). En tales condiciones, si falta el mismo en la realización de la conducta punible, la consecuencia es la ausencia de adecuación del comportamiento humano a la preceptiva legal y, por consiguiente, la ausencia de hecho punible que determine la imposición de una sanción.

“No obstante lo anterior, no es suficiente el anotado reconocimiento para pregonar la prosperidad del cargo, pues es evidente que la conducta investigada sí se encontraba definida por una disposición legal como delictiva: el artículo 19 del mismo Decreto 2920 de 1982, y con ello, el argumento de la necesaria absolución por atipicidad de la conducta resulta antitécnico, pues la atipicidad predicada es solamente relativa a la disposición mencionada, no absoluta frente al ordenamiento penal, como veladamente reconocen los recurrentes”.

En esas circunstancias, concluye el Procurador que el cargo propuesto por la vía de la violación directa de la ley sustancial fue mal formulado, ya que la errónea calificación de una infracción afecta el debido proceso y debe presentarse con fundamento en la causal tercera de la nulidad.

8. Al margen de lo expuesto considera la Delegada que ante la evidencia de los hechos y su relación con el precepto del artículo 19 del Decreto 2920 de 1982, debe plantearle a la Corte la declaratoria de la

nulidad oficiosa a partir del momento mismo en que se pronunció el auto interlocutorio de segunda instancia del 24 de noviembre de 1989, pues fue en esa decisión que se incurrió en el yerro determinante. La siguiente es la fundamentación de su apreciación:

a. La conducta perseguida se adecua a la disposición denominada doctrinalmente “concentración ilegal de créditos”, pues quienes ejercieron los cargos de directores y representantes legales de instituciones financieras (Banco de Colombia, Pronta S.A., Grancolombiana Compañía de Financiamiento Comercial S.A., entre otras) otorgaron préstamos en forma directa y por interpuesta persona a los accionistas de la misma entidad (Títulos Grancolombianos era accionista del Banco de Colombia), todo ello bajo la atinada consideración que siempre hizo la Superintendencia Bancaria de que el cartel financiero Grupo Grancolombiano actuaba como unidad económica frente a terceros.

b. Para la Delegada, su aserto se finca en la evaluación que la Superintendencia Bancaria hiciera de la conductas investigadas, así como en las ampliaciones de la misma, donde se destaca que la conducta corresponde a la descripción penalmente sancionable en el artículo 19 del citado Decreto. Según el Superintendente, el Grupo Grancolombiano antes de la expedición del Decreto había logrado adquirir el control accionario de sus propias empresas, totalizando activos, obligaciones para con los particulares y acciones por la suma de \$8.334.000.000.00 (ocho mil trescientos treinta y cuatro millones de pesos). Después de entrar en vigencia el Decreto,

“las captaciones de dinero del público hechas por el conglomerado financiero alcanzaban el monto de cuatro mil ciento veinticuatro millones de pesos \$4.124.000.000.00) que deberían, en consecuencia, ser devueltos a los ahorradores y para ello se ideó por parte de los directivos del Grupo un complejo mecanismo de tesorería que les permitiría cumplir con los planes de desmonte sin perder la propiedad accionaria de las empresas.

“Es en este punto en donde comienza a ser delictiva la conducta asumida. El desmonte implicaba una descapitalización, en tanto que obligaba al conglomerado a vender parte de sus activos (entre ellos, sus portafolios de acciones) y entonces se acudió al endeudamiento con sus

propias entidades disfrazando las operaciones (una información respecto de estas maniobras encubiertas se encuentra en el cuaderno No. 2 a folios 242 y siguientes, informe de la Jefe de Visita a algunas entidades del Grupo Grancolombiano), que fueron sin embargo descubiertas por el organismo de control que encontró la conducta ajustada al artículo 19 de Decreto 2920 de 1982". En el informe citado se concluye con lo siguiente: "Lo anterior significa que sin justificación legal las tres instituciones que (*sic*) últimamente señaladas facilitaron créditos a una Sociedad accionista en una cuantía probablemente superior a los TRES MIL MILLONES DE PESOS".

c. En el mismo sentido se manifestaron: Arturo Boada Benavides, Jefe de la División de Análisis de la Superintendencia Bancaria (folio 62 C. No. 1), quien consideraba que la posible violación a la norma podría configurarse en el otorgamiento de créditos por parte del Banco de Colombia, por vía directa, a sus accionistas, o mejor a uno de sus accionistas principales, como lo es Títulos Grancolombianos S.A., por encima de las autorizaciones legales; y Gonzalo Sanín Posada, Superintendente Segundo Delegado, quien en el aparte pertinente que resalta la delegada dijo: "Esto es lo que ha sido calificado por la Superintendencia como concesión indirecta de crédito con el objeto de permitir a un accionista la posesión continuada de las propias acciones del Banco, conducta que solamente puede justificarse en los términos del Ordinal 6o. del Art. 86 de la Ley 45 de 1923 cuando las garantías tengan un valor comercial conocido 'por lo menos del 25% o más de la cantidad prestada', condición que en por lo menos tres (3) de los casos no se cumple por no existir siquiera garantía de ninguna índole...".

El anterior declarante, fijó los verdaderos parámetros de la situación fáctica, e insiste en afirmar que lo que el Decreto 2920 de 1982 estableció como delictivo fue la concentración de créditos en cabeza de los accionistas de la entidad prestamista:

"A la entrada en vigor de la disposición que se comenta, Títulos Grancolombianos S.A. tenía un elevado nivel de captaciones de dinero del público, lo que podía hacer, hasta ese entonces, sin permiso de la Superintendencia Bancaria. Al expedirse el Decreto 2920, no solamente se le exigió adquirir una licencia provisional, sino también devolver

paulatinamente los dinero que mantenía en depósito; esta exigencia determinó que la empresa tuviera que acudir a diferentes operaciones que le reportaran liquidez, a fin de poder atender sus compromisos y vio como la más adecuada la de acudir, por interpuesta persona, a la obtención de créditos de la sociedad de la cual era accionista (Banco de Colombia), para la cual se establecieron complejos procesos de intercambio de dinero y acciones, transacciones que, sumadas por corresponder a empresas relacionadas entre sí en calidad de unidad económica, desbordaron los límites de endeudamiento tomados como lícitos por el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982 en correlación con los demás decretos complementarios”.

A lo anterior debe aunarse lo expuesto por el agente especial del Ministerio Público con ocasión del alegato que presentara antes de la calificación del mérito del sumario, donde hizo un detallado estudio que le permitió concluir que la conducta a subsumir correspondía con las descripciones del tipo penal consagrado en el artículo 19 en comento. Luego la equivocación del Tribunal devino,

“al haber perdido de vista la compleja situación planteada, en la medida en que otorgó más importancia a las ventas y traspasos de acciones entre las empresas del Grupo, que a la concentración de los créditos en los cuales prestamista y prestatario pertenecían a unos mismos accionistas, y se valieron del llamado velo corporativo para tratar de eludir los controles oficiales.

“Para esta representación del Ministerio Público resulta poco menos que inexplicable la decisión del Tribunal, si se tiene en cuenta que en relación con el contenido del artículo 18 tantas veces aludido, no se contaba siquiera con la prueba de la adquisición de las acciones de empresas del Grupo Grancolombiano por parte de quien debía organizar y cumplir los planes de desmonte que se le habían exigido, pues lo cierto es que aquella compañía se valió de operaciones ficticias para esos propósitos, desprendiéndose de un paquete accionario y conservando otro. En el primer caso, disfrazó su actividad con ventas supuestas, créditos concedidos y sobregiros autorizados a personas jurídicas que estaban, con ella, bajo un mismo control pero que, jurídicamente diferenciables, no permitían perfeccionar el proceso de adecuación típica más que entendiendo que las diferentes entidades actuaban como una sola

persona, consideración que no hizo en forma alguna el juzgador de segunda instancia.

“Recuérdese que el juez de primer grado había pronunciado el enjuiciamiento con fundamento en los delitos previstos en el Decreto 2920 de 1982, especificando a través de las consideraciones hechas –que no con la indicación clara de las disposiciones– que ellos se encontraban descritos en los artículos 18 y 19 del mencionado decreto. Pese a que la resolución de acusación dictada en tal forma podría resultar anfibológica, cubría de todas formas el delito del artículo 19 y para remediar su defecto, habría bastado con que el Tribunal especificara esta disposición como la que perfectamente recogía la conducta.

“No habiendo actuado así, sino decidido al momento de resolver la acusación por el tipo penal equivocado, es en su decisión en donde se halla la errónea calificación.

“Ahora bien, reconocido el yerro, devendría la necesidad de reponer todo lo actuado a partir del momento atrás indicado esto es, la decisión de segunda instancia sobre el pliego enjuiciatorio. Emerge, entonces, un escollo. Removido el pronunciamiento del *ad quem*, impónese concluir que la resolución de acusación, a la fecha de hoy, no se halla ejecutoriada y, por consiguiente el lapso de prescripción de la acción debe contarse desde la fecha de consumación del delito que, como lo vimos, fue en el mes de diciembre de mil novecientos ochenta y tres y por el término máximo de seis años, que tal es la sanción prevista en el tipo.

“Este término, que por disposición de la ley es el de prescripción de la acción, se encuentra ampliamente superado y, así, solamente procede su reconocimiento”.

Como una aclaración que estima necesaria, el Procurador Delegado se permite manifestar que reconoce que constituyen situaciones diferentes el fenómeno de la prescripción y lo relacionado con la atipicidad de la conducta; y que tocó los temas en ese orden atendiendo el principio de prevalencia, ya que de prosperar los ataques formulados en contra de la sentencia por la vía de la nulidad, carecería de razón el estudio referido a cerca de la aplicación de la ley.

“Así las cosas, abordando el examen del cargo, debe respetarse íntegramente el contenido del mismo y del proceso, pues su estudio cabal solamente puede lograrse desde la misma óptica adoptada por el libelista. En consecuencia, se imponía contestar el cargo bajo el supuesto de que su adecuación típica se encontraba en el artículo 18 del Decreto 2920 de 1983 (*sic*)”.

Ahora bien, en este caso particular el estudio de otro de los cargos de la demanda –que fue antitécnicamente propuesto– hizo surgir la necesidad de examinar un nuevo motivo de anulación de lo actuado que no había sido presentado como tal en ninguna de las demandas, y por ello de ese aspecto se ocupó la Delegada.

Encontrada la inconsistencia entre la situación fáctica condicionante y la norma penal que se escogió para su proceso de subsunción, surgiría una condición que podría alterar las consideraciones precedentemente hechas al estudiar la prescripción de la acción penal. Tal hipótesis no se presenta, sin embargo, en este caso pues ambos tipos penales tienen señalada una sanción privativa de la libertad de un máximo de seis años y, por contera, el término de prescripción de la acción es idéntico, atendida la circunstancia de que también ambos son de conducta instantánea. De no haber sido así, hubiese tenido la Delegada la obligación de examinar el fenómeno prescriptivo de cara a la realidad jurídico-procesal encontrada.

La petición de la Delegada se encamina y así lo sugiere a la Corte a: “CASAR la sentencia materia de impugnación, DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir del auto de fecha veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferido por el Tribunal Superior de Bogotá al encontrar vulnerado el debido proceso por la errónea calificación que se dio a los hechos investigados, DECLARAR LA PRESCRIPCION de las acciones penales surgidas de las conductas desplegadas por los aquí procesados ante el reconocimiento de que han transcurrido más de seis años desde la consumación de los hechos sin que se haya interrumpido el término prescriptivo, y ORDENAR LA CESACION DE PROCEDIMIENTO a favor de los implicados”.

Consideraciones de la Corte:

Deberá preferir la Sala en el orden de los diferentes ataques intentados en contra de la sentencia de segunda instancia aquellos que invocan la ocurrencia de errores in procediendo, en cuanto de darse una nulidad se enervaría la posibilidad de un fallo de sustitución, en cualquiera de los sentidos que éste se propone.

Propuestas, a la vez, varias alternativas de invalidación, tendrá que analizarse de primera la atinente con la prescripción de la acción penal, pues el tema se ofrece prioritario, en tanto que de admitirse la extinción de la acción resultaría imposible la prosecución del trámite al precluir para el Estado la posibilidad de perseguir y reprimir los comportamientos endilgados.

1. Una primera aclaración sobre este aspecto la suscitan las diferentes vías bajo las cuales se promueve la tesis de la extinción de la acción penal:

En la demanda presentada a nombre del acusado GERMAN NARANJO DOUSDEBES el censor invoca la causal primera de casación argumentando que el juzgador interpretó erróneamente los artículos 80, 83, 23 y 20 del Código Penal pretendiendo la vigencia de la acción cuando para el Estado ella se había extinguido, porque a pesar de la ausencia de claridad sobre la fecha de los hechos, la averiguación indica que los últimos habrían ocurrido hacia el mes de octubre de 1983, y en el peor de los casos en el mes de diciembre, lo que indica que el término correspondiente al máximo de la sanción prevista en el artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 (6 años) se había superado al quedar en firme la resolución acusatoria, que pese haber sido proferida en segunda instancia el 24 de noviembre de 1989, solo se notificó después de cumplido el lapso extintivo.

Por otro aspecto asegura que NARANJO solamente se desempeñó como Gerente de la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiana S.A. hasta el mes de febrero de 1983, así que en su caso la prescripción había ocurrido incluso antes de revisar el Tribunal la decisión acusatoria en la segunda instancia, en cuanto siendo la responsabilidad

penal individual, mal podría deducírsele respecto de hechos sobre los cuales no tuvo participación alguna.

En la demanda formulada en representación de ALCIDES CAICEDO ROA el tercer cargo que por igual alude a la prescripción vuelve a proponerse por la causal primera de casación por violación indirecta, considerando que al interpretar equivocadamente la prueba se transgredieron los artículos 19, 20, 23, 29, 80 y 83 del Código Penal, el 36 del Código de Procedimiento Penal y el 29 de la Constitución, violación ocurrida al afirmarse que los últimos hechos perseguidos habían sucedido en diciembre de 1983, en tanto que la resolución de acusación quedó en firme en noviembre de 1989 y por lo mismo antes de los 6 años del máximo de pena.

A juicio del recurrente, los hechos que involucran a su representado se limitaron en el tiempo en los meses de julio y agosto de 1983, pues los actos que pudieron realizarse en fechas subsiguientes y hasta comienzos del mes de diciembre de ese mismo año solo consistieron en el otorgamiento de prórrogas pero no de nuevos créditos, lo que marca una diferencia importante que repercute en la adecuación de la conducta y en su punibilidad, pues de esa comparación cronológica infiere que al producirse la decisión del Tribunal ratificando la acusación, se había superado ya el término extintivo.

En la tercera demanda, presentada a nombre del procesado JAIME MICHELSEN URIBE, la alegación de prescripción se formula bajo la causal tercera de casación con remisión al artículo 304.2 del actual Código de Procedimiento Penal (305 del Código anterior), en concordancia con los artículos 18 del Decreto 2920 de 1982 y 29 de la Carta política, calificando de irregularidad sustancial atentatoria contra el debido proceso el proseguir una actuación luego de operada la prescripción de la acción respectiva.

De nuevo se afirma que los últimos hechos imputados se ubicaron hacia el mes de diciembre de 1983, en tanto que la notificación final y obligatoria de la resolución de acusación consta efectuada el 15 de enero de 1990, fecha para la cual se habían superado los seis años previstos en la ley para operancia de la extinción de la acción.

Como ya en repetidas ocasiones lo ha sostenido la doctrina de la Sala, la alegación de prescripción de la acción Penal en casación debe encaminarse bajo el amparo de la causal tercera, por la vicia de la nulidad, en cuanto proseguir y culminar una causa sin que la respectiva acción penal se halle vigente constituye un quebrantamiento por parte del juez de las normas y principios que rigen la legitimidad del juicio y el derecho de defensa, intereses bajo amparo constitucional. Por ello, “repugnaría a un sentimiento general de justicia que se considerara válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar el juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado”.

Por otros aspectos, pretender la alegación de este vicio por la causal primera de casación resultaría contradictorio con la naturaleza de esa formulación y el fin que en ese caso se persigue, pues quien alega violación directa o indirecta parte del presupuesto de la validez del proceso centrando su ataque en la ocurrencia de errores al interior de la sentencia, y además persigue la expedición de un fallo de sustitución que obviamente se hace de imposible proferimiento a falta de una acción penal vigente.

2. Verificada la anterior aclaración, de la cual y al mismo tiempo se desprende la necesidad de analizar el tema por su formulación correcta en la tercera demanda, (sin perjuicio de que al prosperar su alegación los efectos de favor puedan extenderse a los demás acusados), es obligado precisar que si la prescripción de la acción penal significa la extinción de la misma por el transcurso de un tiempo referido a un determinado delito según lo preceptuado en el artículo 80 del Código Penal, su análisis en el caso presente remite a los cargos formulados, a su naturaleza y fecha de ocurrencia, lo mismo que a la sanción máxima prevista en caso de condena como presupuesto del cual tendrá que derivar la conclusión que corresponda.

No obstante la pobreza argumental que ofrece la resolución acusatoria proferida en la primera instancia por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Bogotá, que luego de un extenso enlistamiento de las pruebas, en brevísimos párrafos trata de concretar la conducta de cada uno de los procesados, logra saberse que a JAIME MICHELSEN URIBE, GERMAN NARANJO DOUSDEBES, ALCIDES CAICEDO ROA, LUIS GERARDO HEREDIA CAICEDO, HUMBERTO VEGALARA ROJAS, ROBERTO

ORDOÑEZ IBAÑEZ, JORGE VALENCIA DIAZ, FELIPE MARTIN JARAMILLO JACOME y MANUEL JOSE ARRAZOLA ESCOBAR se les llamó a responder en juicio “como autores responsables del delito de INFRACCION AL DECRETO 2920 DE 1992 (OCTUBRE 8)”, aludiéndose ligeramente en la parte motiva que “la conducta descrita” era la del artículo 18 del mencionado Decreto.

Dicha disposición advierte que incurrirán en infracción los directores, administradores, representantes legales, y funcionarios de las instituciones financieras que, utilizando fondos captados del público, los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria u otras sociedades, haciéndose acreedores a una sanción de 2 a 6 años de prisión.

Como ha quedado expuesto, la decisión del Juzgado, fechada el 1o. de diciembre de 1988, dentro de la cual parejamente se cesó procedimiento en favor de 29 procesados más, incluido FERNANDO SENIOR CALLE, y declaró extinguida la acción por muerte de ERNESTO CARLOS MARTELO, mereció la apelación por varios de los defensores, siendo revisada por el Tribunal de Bogotá mediante auto del 24 de noviembre del año siguiente.

En esta última determinación suplió el *ad-quem* las deficiencias del Juzgado aclarando el por qué de la adecuación de las conductas investigadas al artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, pues a su juicio lo que se había buscado con las distintas operaciones financieras en entre dicho había sido la absorción económica interfinanciera de empresas mediante la aplicación indebida del ahorro privado con riesgo para el público, destacando que esta clase de operaciones se había llevado a cabo mediante las sucesivas prórrogas de créditos hasta “el 7 de Diciembre de 1983” (hoja 21 de la providencia).

En su obligada revisión de la situación individual de los comprometidos, solo refrendó la Sala de Decisión la acusación en contra de los vinculados MICHELSEN, CAICEDO, ARRAZOLA, NARANJO y JARAMILLO, este último como cómplice, pero al revocar la cesación con que se favoreció a FERNANDO SENIOR CALLE lo convocó también en juicio bajo la misma imputación, introduciendo, dentro de otras

determinaciones, la imposición de medida de aseguramiento en contra de éste implicado.

La parte resolutive dispuso al final y textualmente "FACULTAR, ante la proximidad de la vacancia judicial, al Juzgado 10 de Instrucción Criminal para que, de acuerdo con las previsiones de los artículos 472 del C. de P.P. y 12 del Dto 1861 de 1989, notifique a FERNANDO SENIOR CALLE la resolución acusatoria que en su contra profirió la Corporación. Cumplido esto, deberá pasar los originales del expediente al Juzgado de conocimiento".

El seguimiento de esta orden permite saber que el Juzgado intentó la notificación personal de SENIOR CALLE y sin lograrla, de una actuación cumplida por su defensor se infirió el conocimiento que el procesado tendría ya del acto para el 15 de enero de 1990, sentando la Secretaría del Juzgado una certificación en esa fecha sobre operancia del enteramiento mediante conducta concluyente, procediendo al siguiente día a la fijación de un estado para concluir con el trámite de imposición formal.

3. Propuesto el tema de la prescripción inmediatamente ante el Juzgado, ya se ha dicho que éste la acogió y decretó, pero en segunda instancia el Tribunal revocó el pronunciamiento, criterio que una vez más quedó plasmado en el fallo de segunda instancia, reiterando que los hechos se habían prologando en el tiempo entre el 8 de octubre de 1982 y fines de diciembre de 1983. Para el Tribunal el auto enjuiciatorio quedó ejecutoriado el 24 de noviembre de 1989, y así el tiempo de prescripción de la acción no alcanzó a superarse, facultándose el proferimiento de la sentencia respectiva. Sin embargo, lejos de hacer general ahora esta afirmación, singularizando el caso del procesado FELIPE MARTIN JARAMILLO y dado que su participación se le dedujo como cómplice, se le favoreció con cesación por extinción de la acción.

Parcialmente opuesto a ésta decisión se ha mostrado el Señor Procurador en esta sede. Siguiendo su criterio se tiene que siendo el tipo penal dentro de la cual se adecuó por los juzgadores el comportamiento de los acusados de aquellos denominados de conducta instantánea donde la infracción se agota al desplegar la acción rectora (para el caso la destinación de dineros encaminados a adquirir el control de las entidades

financieras con riesgo para los ahorradores, así el resultado sea o no obtenido), en cada uno de esos actos de destinación se estaría agotando la conducta típica.

Siendo ello así, el análisis de los hechos se insinúa frente a la situación de cada uno de los implicados que como bien se ve, no actuaron en todos los episodios de consumo, ni permanecieron hasta la misma fecha al frente de las entidades involucradas en los hechos.

Sobre esta primera perspectiva considera por separado la situación de cada uno de los acusados para concluir en que la de NARANJO DOUSDEBES como Gerente de la Compañía de Financiamiento Comercial Grancolombiano S.A., Administradores y Constructores S.A., y miembro de la Junta Directiva de Títulos Grancolombianos no se extendió más allá del 4 de julio de 1983, de manera que para la fecha en que la decisión acusatoria quedó en firme –para la Delegada el 24 de noviembre de 1989– la acción penal ya había prescrito. Ello traduce en la invalidación de la actuación seguida en su contra a partir de entonces, nulidad que ha de reconocer y decretar la Corte para disponer en su lugar la cesación de todo procedimiento en favor del procesado.

El caso de FERNANDO SENIOR CALLE se ofrece para la Procuraduría diferente. Precizando ante todo que la resolución de acusación era clasificable dentro de aquellas decisiones denominadas de ejecutoria escindida, por alcanzar firmeza en diferentes fechas respecto de los distintos acusados (MICHELSEN, NARANJO, ARRAZOLA y CAICEDO habían sido convocados en juicio en primera instancia y por lo mismo su acusación se ejecutoriaba en la fecha de firma de su confirmación por el *ad-quem*, en tanto que el enjuiciamiento de SENIOR por ocurrir en la segunda instancia requería de previa notificación), la dilatación en el acto de enteramiento hasta el mes de enero de 1990 imponía como consecuencia la prescripción de la acción por violación de sus garantías constitucionales al adelantarle un enjuiciamiento luego de extinguida la acción, conclusión ratificada al observar que sus servicios como Vicepresidente de Crédito del Banco de Colombia en el país terminaron en el mes de julio de 1983, fecha a partir de la cual se trasladó a servir a la entidad en Ecuador.

La situación, en cambio, de MANUEL JOSE ARRAZOLA, JAIME MICHELSEN URIBE y EUCLIDES CAICEDO ROA no podía considerarse cobijada por la prescripción pues en su caso y por virtud de esa “ejecutoria escindida” de la providencia calificatoria, siguiendo las previsiones del entonces vigente artículo 197 del Código de Procedimiento Penal consolidaba la acusación en la misma fecha en que el Tribunal suscribió la providencia de segunda instancia, valga decir, el 23 de noviembre de 1989. Como los últimos hechos reprochados a estos enjuiciados sucedieron en el caso de MICHELSEN y CAICEDO en noviembre 30 de 1983 y diciembre 7 de ese año, y para el de ARRAZOLA en noviembre 24 y diciembre 7 y 12, la respectiva acción penal no feneció antes de adquirir firmeza su enjuiciamiento. La invalidez, de todos modos, se auspicia por parte de la Delegada, pero por causa diferente, relacionada con la errada valoración que los juzgadores dieron a los hechos, al ubicarlos bajo la descripción del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982, y no en la conducta descrita por el artículo 19 *ibidem* como correspondía.

4. Conocida la adecuación dentro de la cual vienen calificados los hechos del debate (infracción al artículo 18 del Decreto 2920 de 1982), la pena máxima prevista por el legislador para esa infracción (6 años de prisión), el límite cronológico de comprensión de los hechos materia de averiguación según precisión del auto calificadorio (“7 de diciembre de 1983” se lee en la calificación que es el marco espacio temporal de la acusación, o aún “hasta finales de diciembre de 1983” como llega a sostenerse en la sentencia del *ad-quem*) y las modificaciones introducidas en esa providencia por la segunda instancia, la ubicación en el tiempo de la ejecutoria del enjuiciamiento y por lo mismo el de interrupción del término de prescripción invitan ante todo la consulta de las disposiciones que sobre ese particular regían el proceso.

Iniciada la instrucción del sumario en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto 409), su dilatado trámite implicó su ajuste a las disposiciones del Decreto 050 de 1987, que entrando a regir a partir del primero de julio de 1987, implicó la competencia del Juzgado de Instrucción Criminal para proveer la calificación de fondo. Proferida esa decisión en el mes de diciembre de 1988, todavía operaría otro cambio normativo en el mes de agosto de 1989, con efectos sobre la

decisión de segundo grado, pues cuando ésta se expidió regía el Decreto 1861 de ese mismo año.

Las modificaciones introducidas por éste último ordenamiento alcanzaron lo atinente con el término y oportunidad de la ejecutoria, sentándose en su artículo 12 las siguientes provisiones:

“Art. 12. El artículo 197 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

“Artículo 197. Las providencias judiciales quedan ejecutoriadas 3 días después de notificadas, si no se han interpuesto los recursos. Pero la que decida el recurso de casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia del mismo, la que lo declara desierto, y las que deciden los recursos de revisión, de hecho o de apelación contra los autos interlocutorios, quedarán ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente.

“Cuando se decrete en segunda instancia la prescripción de la acción o de la pena, se profiera resolución de acusación o se dicte o sustituya una medida de aseguramiento, se notificará la providencia respectiva.

“Salvo la sentencia, las providencias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta. Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la sesión en que hubiere sido proferida”.

Del texto de la norma precedente se desprende como principio general la operancia de la ejecutoria al término de tres días de cumplida la última notificación, siempre y cuando la providencia no hubiese sido sometida a recurso.

A salvo se dejaron, si embargo, la providencia que decidía la casación, excepto que sustituyera la sentencia, la que declarase desierta esa impugnación, y aquellas que decidían la revisión, el recurso de hecho y lo que aquí interesa, la apelación de los autos interlocutorios, pues en estos casos la fecha de ejecutoria sería la de suscripción del respectivo acto por el funcionario competente.

Con todo, una excepción más se hizo enseguida sobre el mismo tema, porque tratándose de providencias que en segunda instancia decretasen prescripción de la acción o de la pena, profiriesen resolución de acusación, o dictasen o sustituyesen medidas de aseguramiento, supeditarían todavía su ejecutoria al cumplimiento de otro requisito: su notificación.

Consciente de esta exigencia condicionante de la iniciación del juicio, cuando el Tribunal suscribió la decisión de noviembre 24 de 1989, previó lo pertinente para que la notificación se realizara, e inclusive avisado de la inmediata iniciación de unas vacaciones colectivas, delegó al Juzgado de Instrucción para que diera cumplimiento a ese trámite, advirtiéndole que solo una vez realizada la imposición debería “pasar los originales del expediente al Juzgado del conocimiento”.

La comentada notificación solo vino a cumplirse como en ello hay entera coincidencia, a mediados del mes de enero de 1990 cuando se dió por enterado a SENIOR CALLE por conducta concluyente y se verificó además la anotación en estado, valga decir que superado el término de los seis años previsto como máximo de pena (artículos 18 del Decreto 2920 de 1982 y 80 del Código Penal) y por lo mismo límite para operancia de la prescripción.

Que por ese contenido, la decisión que se comenta necesitaba de notificación, porque sin ella ni operaba la ejecutoria ni podía continuarse con la siguiente etapa procesal, es conclusión que emana del claro texto del precepto, y que en tal sentido reconoce esta Sala según reciente pronunciamiento de junio 23 próximo pasado con ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas, donde se advierte que cuando el legislador requiere de esa notificación, en tanto ella no se cumpla, no resulta posible dar por firme la decisión así se trate de auto de segunda instancia.

Y que el acto de notificación interfería la ejecutoria de toda la decisión y no tan solo de aquella parte relacionada con FERNANDO SENIOR CALLE como lo sugiere la Procuraduría calificando la providencia como acto de “ejecutoria escindida”, es también conclusión a que se llega de la consulta del texto de la norma de procedimiento, pues además de regir en el proceso el principio de unidad según el cual por cada hecho punible se seguirá un solo proceso cualquiera sea el número de autores o partícipes

(artículos 14 y 85 del Decreto 050 de 1987), el artículo 12 del Decreto 1861 de 1989 estaba exigiendo por la ejecutoria de la acusación la notificación de la respectiva "providencia" y no su simple comunicación a la persona encausada o sometida a la medida de aseguramiento. Por lo demás, sabido es que en materia penal no existen ejecutorias fraccionadas o parciales, de manera que aquella opera no para cada procesado individualmente considerado sino que para todos cuenta a partir de la última notificación, principio que de tiempo atrás venía reconociendo esta Sala (Cfr. providencia de marzo 25 de 1982, ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez) y aún acogió luego la legislación positiva (artículo 196 Decreto 050 de 1987), que de llegar a ignorar conduciría a sostener que una misma providencia enjuiciatoria proferida en contra de una pluralidad de acusados podría ir quedando en firme y distanciando independientemente para cada uno de ellos la prescripción de la acción, lo que no tiene asidero en la legislación procesal penal colombiana, pues el artículo 487 del Código de Procedimiento Penal entonces aplicable, modificado por el 31 del Decreto 1861 de 1989 (hoy artículo 444) prescribía que solo "Con la ejecutoria de la resolución de acusación, se inicia la etapa de juzgamiento".

(Cfr. en igual sentido providencia de mayo 19 de 1994, Magistrado Ponente Dr. Dídimo Páez Velandia).

La notificación prevista en el artículo 12 del Decreto 1861 de 1989 no constituía, por lo demás, una simple formalidad, ni un acto de interés exclusivo para la persona encausada en esa decisión de segunda instancia, debiendo realizarse de la manera indicada en el artículo 24 del citado Decreto 1861, modificadorio del 472 del Código de Procedimiento Penal conforme lo agenció el Juzgado comisionado, y la etapa del juzgamiento era única para todos y cada uno de los enjuiciados. Si a SENIOR CALLE interesaba enterarlo para que estuviese a derecho ejercitando con amplitud sus prerrogativas defensivas, a los otros procesados también les afectaba conocer la firmeza de esa decisión para de allí establecer en qué momento y ante qué autoridad habría de iniciarse el juicio, y ello dependía del agotamiento de las exigencias rituarías todas prevenidas en la ley, condicionantes de la actualización del trámite, único, se insiste, respecto de todos y cada uno de los acusados.

Colocado, pues, en evidencia, que a ese hito procesal tan solo se llegó en el mes de enero de 1990, al enterarse la decisión enjuiciatoria al procesado FERNANDO SENIOR CALLE, ha de advertirse que para esa fecha se habían ya excedido en averiguación los seis años del máximo de pena que para la infracción motivo de imputación correspondían, razón bastante para reconocer, como se alega en la demanda nombre del acusado JAIME MICHELSEN URIBE, que ya la acción penal se había extinguido.

Adelantar el juzgamiento de un ciudadano luego de que el Estado ha perdido por extinción de la acción la potestad sancionatoria frente a un comportamiento típico, constituye según queda dicho, grave transegresión de las garantías constitucionales sobre legalidad del juicio, con violación del debido proceso y del derecho de defensa, pues ocurrido ese fenómeno por el transcurso ininterrumpido del término señalado por la ley para su operancia, la competencia del respectivo funcionario se limita para efectos de la sola declaración de esa prescripción, de la cual deriva para la persona imputada el reconocimiento de su presunción de inocencia.

Tal situación, predicable del impugnante señor MICHELSEN URIBE, resulta por idénticas razones adecuada respecto de los coacusados señores CAICEDO ROA, MANUEL JOSE ARRAZOLA, SENIOR CALLE y NARANJO DOUSDEBES —artículo 243 del C. de P.P.—, con mayor razón si en el caso de los dos últimos, como pormenorizadamente lo cotejó y explicó la Procuraduría, los finales actos imputables antecedían a noviembre de 1983, lo que anticipó en su caso el fenómeno extintivo, motivo por el cual se hará extensiva para todos y cada uno de ellos la casación de la sentencia impugnada y como consecuencia la declaratoria de extinción de la acción (pues ante la operancia de la prescripción no hay lugar a reponer el trámite viciado), así en las demandas de casación presentadas en favor de dos de los enjuiciados no se hubiese formulado la acusación de modo acertado, y aún los dos restantes ni siquiera hubiesen impugnado.

Pese a coincidir la solución que se anuncia con la solicitud de la Procuraduría respecto de la operancia de la prescripción en favor de cada uno de los acusados, (solo que en su concepto como consecuencia de una nulidad por error en la calificación jurídica de los hechos), la prosperidad del cargo aquí analizado inhibirá el estudio de los restantes formulados,

lo que no obsta al reconocimiento de la razón que asistía a la Delegada, porque como así emerge de la presentación que se hace de los hechos, éstos no se adecuaban a una violación del artículo 18 del Decreto 2920 de 1982 por el cual se orientó el enjuiciamiento, sino al 19 que estructuraba una infracción notoriamente diferente, aún cuando reprimida con idéntica sanción.

Por otra parte y por cuanto la operancia de la prescripción lo impone en un caso de trascendencia y gravedad como el que se analiza, es dable aclarar que a juicio de la Sala no procede la expedición de copias para investigar posibles responsables de la prolongación que acusó la instrucción por casi cinco años y que a la postre incidió en la extinción de la acción dentro de la propia etapa sumarial, porque tanto la complejidad del tema debatido como el considerable número de procesados abonan la explicación de lo ocurrido. Tampoco al Tribunal resulta reprochable ese resultado logrando proferir su decisión algunos días antes de la operancia del fenómeno extintivo, ni al Juzgado comisionado para la notificación, que procurando atenderla en los términos del artículo 24 del Decreto 1861 de 1989 vió inclusive afectada su labor por los deterioros causados con una onda explosiva, obrando constancia sobre la reactivación del enteramiento el cuatro de enero de 1990, superado ya el término prescriptivo.

La casación, por último, no se extenderá a la declaración de prescripción que en la sentencia de segunda instancia hizo el Tribunal respecto del acusado FELIPE MARTIN JARAMILLO JACOME, que en nada afectan las razones de esta decisión.

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: Casar la sentencia motivo de impugnación, dejando de ella a salvo la declaratoria de prescripción respecto del acusado FELIPE MARTIN JARAMILLO JACOME.

Segundo: Declarar extinguida la acción penal seguida en estas diligencias por infracción al Decreto 2920 de 1982, disponiendo como consecuencia la cesación de todo procedimiento en contra de los enjuiciados JAIME MICHELSEN URIBE; ALCIDES CAICEDO ROA, JOSE MANUEL ARRAZOLA ESCOBAR, GERMAN PABLO NARANJO DOUSDEBES y FERNANDO SENIOR CALLE, y el consecutivo archivo de la actuación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas. Ricardo Calvete Rangel, "no"; Guillermo Duque Ruiz, Carlos E. Mejía Escobar, "no"; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

INDICES

INDICE CRONOLOGICO SENTENCIAS PUBLICADAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

Págs.

DEMANDA DE CASACION

El artículo 223 del C. de P.P. establece que el recurso extraordinario de casación se interpondrá por escrito. El rigorismo de este precepto que obliga por igual a todos los titulares del recurso, ha sido atemperado por la jurisprudencia en relación con el procesado no abogado, a quien es en extremo difícil exigirle conocimientos jurídicos sobre la materia y las aptitudes necesarias para cumplir con el requisito anotado. Por ello se ha estado admitiendo que cuando del procesado se trate, su inconformidad con la sentencia, expresada con palabras, como recurso ante la Corte, e incluso el simple "apelo" es suficiente para dar a entender su determinación de acudir ante la autoridad judicial competente para conocer de esta impugnación extraordinaria. Pero esta concesión jurisprudencial no tiene aplicación cuando se trata del Señor Fiscal, o del Agente del Ministerio Público o del abogado que representa los intereses del procesado o de la parte civil quienes están en el deber de precisar la naturaleza de este medio de impugnación y de interponerlo en la forma señalada por la ley. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de casación. Fecha: AGOSTO 24 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad y rechaza por improcedente la demanda de rev. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Sujetos: Morales González, Henry David. Delitos: Hurto. Proceso: 009368.

7

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

La diligencia de reconocimiento de personas, regulada por los artículos 603 y 604 del Código Penal Militar, que son casi iguales a los artículos 367 y 368 del Código de Procedimiento Penal, presupone necesariamente que "a una persona determinada" se le haya hecho alguna incriminación o cargo, tal como lo indican las citadas normas. Sólo así es posible practicar la aludida diligencia, porque si previamente no se supiera a quién se pretende reconocer, por sustracción de materia no podría integrarse la fila, ni pedírsele a nadie que designara un apoderado. / Si se admitiera la tesis de la impugnante (la identificación de los delincuentes como el reconocimiento en fila de personas), se llegaría al absurdo de impedir al sujeto pasivo del hecho punible y a las personas que hubieren presenciado su comisión, que señalaran al

Págs.

autor o partícipes del mismo, inmediatamente después de su ocurrencia y cuando todavía no hay datos suficientes para la realización de la diligencia en la forma prevista en la ley. No se olvide que justamente las pruebas practicadas inmediatamente después de la delincuencia, son las que se exhiben más vitales para el esclarecimiento de las mismas, dado ese factor cronológico de prontitud. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 24 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Sujetos: Luna Caballero, Roberto - Vargas, Humberto Arturo. Delitos: Concusión. Proceso: 008793. 11

EXTRADICION

El ordenamiento jurídico colombiano faculta al gobierno para ofrecer o conceder la extradición de extranjeros, excepto por delitos políticos o de opinión, siempre que se cumplan las siguientes dos condiciones: / 1. Que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años; y 2. Que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extradición. Fecha: AGOSTO 24 DE 1994. Decisión Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno de Italia. Sujetos: Pannunzi, Roberto. Proceso: 009293. 18

PENA

Existen, tres aspectos diferenciables por su contenido pero íntimamente relacionados entre sí, cuyo estricto seguimiento le permiten al funcionario determinar con exactitud la clase y el quantum de la pena que en justicia corresponde aplicar al caso concreto: aspecto cualitativo, en virtud del cual el Juez debe seleccionar en forma genérica la clase de pena que ha de imponer al procesado hallado responsable: privativa de la libertad (prisión o arresto), pecuniaria (multa), privativa de derechos adquiridos (pérdida del empleo público, interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad, etc.), y si es principal o accesoria para ese hecho punible determinado; aspecto cuantitativo, efectuada la operación anterior ha de fijarse el marco concreto en términos mensurables de la sanción aplicable, teniendo en cuenta las reglas legales orientadoras: primeramente, fijando los mínimos y máximos aplicables al caso según las circunstancias específicas de agravación o atenuación, como la de los artículos 62, 373, 373, etc., así como los dispositivos amplificadores que permiten modificar los extremos punitivos del tipo básico, como los señalados en los artículos 22, 24, 25, 27, 28, 30, y 60 del C.P., y luego, los criterios que al respecto

Págs.

señala el artículo 61 del C.P., que sean compatibles con el caso concreto y aspecto operacional, esto es, el señalamiento de los detalles relativos a su ejecución, como indicar a favor de quien se paga la multa y en qué momento y si de pena privativa de la libertad se trata, determinar si hay lugar a la suspensión condicional o si se ha pagado parte de ella en virtud de la detención preventiva o de la acumulación de penas, hacer los ajustes del caso, etc. / Los sistemas, por su parte, apuntan a señalar los sujetos encargados de determinar la pena. Son tres también: sistema legal de determinación de la pena, corresponde al legislador su señalamiento en forma genérica haciéndolo, por regla general, al describir el correspondiente tipo básico penal y los dispositivos amplificadores o modificadores de éstos, o al señalar el grado de participación o de la culpabilidad; sistema judicial de determinación de la pena, corresponde éste al funcionario judicial respectivo según lo demostrado en el proceso para especificar lo genéricamente señalado en la ley y lo que por la relativa discrecionalidad le sea permitido imponer, constituyendo la verdadera individualización de la pena por su determinación concreta y definitiva, y de una extraordinaria importancia hoy por la prohibición constitucional de agravación punitiva cuando es el procesado o su defensor el único recurrente y no exista el grado jurisdiccional de la consulta; sistema administrativo de determinación de pena, es el que atañe con la ejecución de la pena y por lo mismo, se refiere principalmente al aspecto operacional visto en cuanto a descuento por trabajo o estudio (debe estar certificada por los establecimientos carcelarios), aunque limitado por el principio de judicialidad de la ejecución penal, puesto mayormente de relieve con la creación de los Jueces de ejecución de penas. / Si bien el legislador deja alguna discrecionalidad al juez en el proceso de dosificación de penas, es bien cuidadoso en ello pues señala en forma genérica las principales y las accesorias (arts. 41 y 42 C.P.) con su máximo término de duración (art. 44 ibídem, con la excepción de la Ley 40/93), y en forma concreta para cada hecho punible fija el mínimo y el máximo dentro de los cuales ha de funcionar la discrecionalidad del Juez, aplicables tales extremos únicamente con la presencia de las circunstancias genéricas de atenuación o de agravación (art. 67) y siempre que éstas "no hayan sido previstas de otra manera". Perentoriamente establece la pena accesoria que sigue inexorablemente a la principal de prisión, dejando al Juez una nueva discrecionalidad sólo para la imposición de las demás accesorias a las de prisión y arresto (arts. 52 y 53 ibídem); de la misma manera, indica los criterios básicos en que ha de fundarse la debida dosificación una vez precisados los mínimos y los máximos correspondientes (art. 61), que son justamente los de más frecuente olvido. De todo ello resulta claro entonces que el proceso de individualización de la pena está reglado en la ley y es, por tanto, de imperativo cumplimiento, quedando sólo al funcionario judicial la relativa discrecionalidad (en la medida que requiere motivación expresa) para moverse dentro de los extremos punitivos pertinentes y para imponer

Págs.

algunas penas accesorias. / La selección de los mínimos y los máximos es el punto de partida para la actividad individualizadora de la pena y en donde juegan papel importante los fundamentos reales modificadores demostrados en el proceso tales como la tentativa, la ira e intenso dolor, el exceso de las causales de justificación, las circunstancias específicas, etc. porque alteran en forma vinculante los extremos punitivos señalados en el respectivo tipo penal básico atribuido, y si ello es así, ha de hacerse dicha operación en forma previa para, finalmente, dar aplicación al artículo 61 del Código Penal ya para imponer el mínimo así obtenido –si no está demostrado alguno de sus presupuestos– o existiendo alguno o algunos de ellos, para hacer los incrementos necesarios según el buen juicio del fallador pero, en todo caso, con motivación expresa y considerando siempre la gravedad del hecho y la proporcionalidad entre la agresión y el daño, así como el equitativo incremento según el margen señalado en la ley entre uno y otro extremo punitivo (mínimo y máximo). Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 24 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Cundinamarca. Sujetos: Contreras, Víctor Miguel - Ibañez, Orlando. Delitos: Hurto agravado, hurto calificado. Proceso: 008485.

24

NARCOTRAFICO / COMISO

Con antecedentes de presunto vínculo con el narcotráfico de la avioneta y de los dólares cuya devolución se pretendía por vía de tutela, el imputado bien pudo enervar la acción acudiendo a los dictados generales del artículo 339 del C. de P. Penal (caso especial de comiso), según los cuales “Los..., aviones, avionetas, ..., así como los... dineros, divisas, ... vinculados a los procesos por los delitos cuyo conocimiento se atribuye a los jueces regionales, o que provengan de su ejecución, quedarán fuera del comercio a partir de su aprehensión, incautación u ocupación hasta que quede ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva” (negrilla fuera del texto). / El artículo 47 de la Ley 30 de 1986 dice que respecto de “los vehículos y demás medios de transporte”, utilizados para la comisión de delitos de narcotráfico, su devolución excepcional estaba sólo autorizada “a terceras personas”, si se probaba plenamente dentro del proceso que no participaron en el destino ilícito dado a tales bienes. / 2. La acción de tutela no procede cuando el interesado tiene a su disposición otros medios de defensa judicial o habiendo aprovechado alguno, el mismo está pendiente de definición. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Notas: Salvamento parcial de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: AGOSTO 24 DE 1994. Decisión: Confirma en todas sus partes las sentencias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Amaya Moreno, César; ex-Juez 103 del I.C. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 009157.

38

Págs.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (Salvamento parcial de voto Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez)

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. 56

FALSO JUICIO DE CONVICCION / SANA CRITICA / PENA ACCESORIA / INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

El llamado falso juicio de convicción en materia de casación hace relación al desconocimiento del Juez por exceso o por defecto, de la tarifa asignada por la ley a determinado medio probatorio; y que no existiendo hoy en materia penal pruebas sujetas a ese régimen, resulta equivocado conceptualizar de esa manera la falta de coincidencia entre el criterio del demandante naturalmente interesado y al del Tribunal, en torno a la prueba contemplada en la sentencia y determinante de la misma. / 2. Conforme al artículo 52 del C.P., la única sanción accesoria de forzosa aplicación, siempre y cuando la principal sea la de prisión, es la de interdicción de derechos y funciones públicas; las demás, son discrecionales, es decir sujetas al criterio del funcionario formado con apego a las exigencias del artículo 61 del C.P. y expuesto clara, expresa y fundadamente, en guarda de las garantías consagradas para todos los sujetos procesales en la Carta Política. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandía. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 24 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa parcial revocando la suspensión de la patria potestad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cartagena. Sujetos: De Avila García, Ramiro Alfonso. Delitos: Homicidio. Proceso: 008813. 58

PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL / PRUEBA / AUDIENCIA / IMPEDIMENTO

El delito de prevaricato por asesoramiento ilegal de conformidad con el artículo 151 del Código Penal es la comisión de un abuso de poder por parte del empleado oficial, que entrando a desconocer la imparcialidad y el equilibrio debidos en la tramitación y definición de los asuntos que le han sido asignados por la administración, ilícitamente asesora, patrocina o da consejo a persona que gestiona asunto en su despacho. / A diferencia del artículo 169 de la anterior legislación penal que bajo la misma denominación describía esta figura, no exige ahora el legislador la causación de un perjuicio a terceros, como tampoco que el motor que impulsa la acción sea la animadversión o simpatía que aniden en la conciencia del actor, constituyendo sí, en todo caso la conducta, una agresión o riesgo para el

Págs.

bien jurídico de la administración pública que con actos de ésta laya se desordena y desprestigia, desnaturalizando los principios de transparencia, publicidad e igualdad que deben caracterizar todo el actuar de todos los servidores públicos. / De añadido ha de recordarse que la infracción en comentario sólo podría darse por cumplida frente a un comportamiento doloso (artículo 39 del Código Penal), lo que equivale a demandar una actuación consciente, maliciosa y voluntaria del agente que conociendo la ilicitud de su comportamiento, quiere su realización. / 2. De la ordenada secuencia que establecen los artículos 448 a 451 del Código de Procedimiento Penal resulta un inalterable orden y una ocasión precisa para el recibo de pruebas en la audiencia, pues si bien es cierto que allí se autoriza practicar aquellas decretadas con antelación y aún las que surgieren “necesarias para el esclarecimiento de los hechos”, la oportunidad para pedir las y decretarlas tenía que anteceder a la intervención oral de las partes (artículo 449 y 451), pues a ésta se procede “concluída la práctica de pruebas”, siendo ese el orden legal y lógico que impera y no otro, si es que en realidad se quiere respetar el derecho constitucional que asiste para la controversia de los medios. / 3. “La sola omisión en la manifestación oportuna de un impedimento por parte del funcionario en quien concurre una causal legal apenas constituye una infracción disciplinaria, pues esa conclusión asoma del literal V, artículo 8o. del Decreto 1888 de 1989, y en igual sentido lo ha reconocido la doctrina de la Corte, previniendo, eso sí, que tal conclusión es acertada sólo cuando la actividad del impedido no sobrepasa la simple omisión oportuna de su declaración, y en ello queda”. Magistrado ponente: Doctor: Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de segunda instancia. Fecha: AGOSTO 25 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia condenatoria y compulsa copia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Gómez Barrera, Alfredo. Delitos: Prevaricato por asesoramiento ilegal. Proceso: 009493.

66

ERROR DE HECHO / CONTRAVENCION / LESIONES PERSONALES

EL ERROR DE HECHO, se presenta cuando el fallador ignora la prueba que obra en el proceso, finge o supone prueba inexistente o le concede a ésta un contenido o alcance que no tiene. / 2. A partir del 21 de marzo de 1991, fecha en que entró a regir la Ley 23, se degradaron algunas conductas delictuales en contravencionales, siendo una de ellas las lesiones personales culposas con incapacidad menor de treinta días, la Corte oficiosamente procederá de conformidad con los artículos 228 y 229.2 del C. de P.P. a casar parcialmente la sentencia impugnada, declarando la nulidad parcial del fallo, en lo concerniente con la conducta referida. / La razón jurídica para ese rompimiento de la unidad procesal, está en que actualmente no se da la COMPETENCIA del Juez para conocer por CONEXIDAD de delitos

Págs.

y CONTRAVENCIONES. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 29 DE 1994. Decisión: Casa parcial, declara nulidad parcial y condena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Escobar Panqueva, Pedro Jesús. Delitos: Homicidio culposo, lesiones personales culposas. Proceso: 008667.....

83

APELACION / FISCALIA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Constitución Política del año 1991, acogió el sistema acusatorio para cuya implantación creó la Fiscalía General de la Nación a la que otorgó la facultad de investigar los delitos, calificar los procesos y acusar, de ser necesario a los autores de ellos ante los Jueces de la República. / Dentro de este nuevo esquema de procedimiento, la regla general indica que los procesos penales llegan al conocimiento de los respectivos jueces del conocimiento tras la ejecutoria de la respectiva resolución de acusación, salvo las excepciones legales (asuntos de única instancia que son de competencia privativa de los jueces o en los eventos de sentencias anticipadas, por vía de ejemplo). En los demás casos, los asuntos se ventilan ante los Fiscales Delegados, que de no llegar a acusación permanecen bajo su dirección. / En cuanto a los recursos y en particular respecto del de apelación, prevé el artículo 122 del Código de Procedimiento Penal, que dentro de la Fiscalía, habrá funcionarios encargados de tramitar dicho recurso, y es así como a partir del artículo 123 y hasta el 127 relaciona las competencias de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, de los Fiscales Delegados ante el Tribunal Nacional, de los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores del Distrito, de los Fiscales Delegados ante los jueces regionales y de los Fiscales Delegados ante los Jueces del Circuito, municipales y promiscuos. A los Fiscales Delegados ante la Corte, se les asigna competencia para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones interlocutorias proferidas en primera instancia por los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores, sin que exista previsión normativa alguna que abra la posibilidad de que las resoluciones interlocutorias dictadas por esa Unidad de Fiscalía, sean susceptibles de impugnación, cuestión que consulta la más elemental lógica si se atiende la circunstancia de que también la Fiscalía General de la Nación responde en su estructura orgánica al criterio de Jerarquización que rige la Administración de Justicia, pirámide orgánica en cuya cúspide se encuentra el Fiscal General con sus Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, sin que pueda tampoco afirmarse que por encima de estos últimos y para los fines procesales de que se trata, se encuentra el Fiscal General. Las resoluciones interlocutorias proferidas por los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia en los asuntos sometidos a su competencia para efectos de la instrucción, calificación y acusación ante la Corte, no son susceptibles de impugnación.

Págs.

Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Recurso de hecho. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. Decisión: Se abstiene de conocer del recurso de hecho. Procedencia: Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema. Sujetos: Vargas Ripoll, Arturo y otros. Proceso: 009711 97

POLICIA JUDICIAL / COMPETENCIA / PRINCIPIO DE CONTRADICCION / PERDIDA DEL EMPLEO PUBLICO U OFICIAL / INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS

El artículo 312 del C. de P.P. (Decreto 050 de 1987) daba el carácter de auxiliares de los funcionarios de instrucción no sólo al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, sino a quienes transitoriamente ejercieran esas funciones y el 322, literal e) *ibídem*, atribuía esa función a los miembros de la Policía Nacional que no estuvieran incorporados al Cuerpo Técnico, en casos de urgencia o cuando por cualquier circunstancia no interviniera inmediatamente el funcionario de instrucción o el Cuerpo Técnico de Policía Judicial. / 2. “El hecho de que la prueba no se hubiera podido evacuar no puede afectar el principio de contradicción ni la validez de la actuación, en la medida en que la actividad de los funcionarios fue diligente en procura de recibir efectivamente el testimonio pedido y la ausencia del citado, por causas desconocidas, no puede esgrimirse como una actividad ilegal del juzgador teniente a la limitación del derecho a la defensa del procesado o a la afectación de su derecho a contradecir, por una de las vías posibles, la prueba ya recaudada”. / 3. La pérdida del empleo público u oficial como sanción accesoria, quedó al prudente arbitrio del juez, de acuerdo con los criterios que orientan la individualización de la pena (artículo 61 del C.P.). / La única pena accesoria de forzosa aplicación a la pena principal de prisión es la de interdicción de derechos y funciones públicas (artículo 52 *ibídem*). / Pero la discrecionalidad en la imposición de la sanción accesoria en comento no le permite al juzgador prescindir de la obligación de fundar en razones atendibles su adopción pues la carencia de ellas torna arbitraria la medida impidiendo conocer los motivos que pudieron influir en la sanción, coartando el derecho de defensa del procesado por no poderse controvertir lo que se ignora o desconoce. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. Decisión: Casa parcial revocando pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Sujetos: Martínez Marín, Eduardo Elías. Delitos: Homicidio. Proceso: 008948. 102

PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL

La preceptiva del artículo 151 del estatuto punitivo, hipótesis penal que trata sobre el prevaricato por asesoramiento ilegal, tipo que exige para su

Págs.

comisión, la presencia de un sujeto activo cualificado (empleado oficial) quien parcializando la función pública judicial se presta a asesorar o a apoyar el trámite de una actuación gestionada en su Despacho, al logro de obtener un resultado favorable a los intereses de su patrocinado. Todo con abuso malicioso de su oficio. / En el específico caso de los jueces, tales valores se ven menoscabados cuando dolosamente sobrepasan los lindes de la actividad judicial propiamente dicha, convirtiendo la judicatura en mecanismo para el logro de fines particulares, aparejando inseguridad para los ciudadanos y descrédito para la propia administración. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento parcial de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Cundinamarca. Sujetos: Bernal de Lozano, María Teresa. Delitos: Prevaricato por asesoramiento ilegal. Proceso: 009383. 112

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento parcial de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Sujetos: Bernal de Lozano, María Teresa. Delitos: Prevaricato por asesoramiento ilegal. Proceso: 009383. ... 127

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DE CIRCUITO / PORTE DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL

El artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), sanciona con pena de prisión (1 a 4 años) a: "El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos... / Por su parte el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal relacionado con la competencia de los jueces regionales, dispone que estos funcionarios conocerán en primera instancia entre otros delitos de aquellos a los que se refiere el Decreto 2266 de 1991, con excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal", norma suficientemente precisa en su cobertura como en la excepción. / No cabe la menor duda que el Fiscal pasa por alto que las conductas "vender" y "portar" son autónomas, equivocadamente las mezcla en el pliego de cargos, sin tener en cuenta que los dos verbos rectores están incluidos dentro de la misma norma -art. 1o.

Págs.

del Decreto 3664/86, la competencia para conocer del primero radica en el Juez Regional y la segunda en el Juez del Circuito. / Los argumentos de los jueces colisionados respecto a la punibilidad de la conducta y a su tipicidad, así como lo que surja en relación con la incorrección de la acusación, son aspectos que deben ser analizados en su oportunidad por el funcionario competente para tomar la decisión que corresponda, pero no son de recibo para descartar los hechos imputados y como consecuencia negar la competencia para conocer del proceso. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Auto de colisión de competencias. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. Decisión: Declara competencias al Juez de Circuito de Facatativá. Procedencia: Juzgado Regional de. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Larrota Bermúdez, Jairo. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Proceso: 009601.....

129

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA / FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO

Enseña el artículo 213 de la Constitución Nacional que en “ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”. Esta norma superior para nada afectó lo que ya el legislador había elevado a la categoría de principio en el artículo 14 del vigente Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), al definir el ámbito de aplicación de esa jurisdicción a los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la policía nacional”. / De acogerse el pensamiento ensayado por el apelante, esto es, que la prohibición tiene única y exclusiva operancia para los denominados estados de excepción, tal criterio implicaría reformar el texto constitucional, abriendo tremenda brecha para que al través de una ley ordinaria se crearan procedimientos y cortes marciales vinculantes para los civiles. / La prohibición, es lo cierto, y no admite distinta interpretación, es que, en ningún caso, podrá la jurisdicción penal militar, investigar o juzgar a la población civil o particular. / Es ésta, la intención sabia del constituyente. Si la plasmó en el Título VII, Capítulo 6, correspondiente a la organización y funcionamiento de la Rama Ejecutiva del poder público, fue precisamente para cerrar cualquier posibilidad de soslayar esos límites. / Las fuerzas militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Para hacer expedita su misión se les permite el uso de armas de todo tipo y el empleo de la fuerza dentro de los límites que les imponga la Carta y las leyes. / Ello implica para lograr la debida eficiencia y la mayor responsabilidad, una rígida jerarquización en su interior, en la que cada acto de sus miembros responda a una directriz determinada dada por sus

Págs.

superiores. Por ello, resulta explicable que las acciones que se aparten de este orden estricto tengan sus propios jueces y sus particulares sanciones ya que sólo dentro de la órbita militar es que resultan explicables, pues, de acuerdo con sus normas hallan una cabal calificación tales conductas. / Ahora bien, es claro que aparte de su función militar propiamente dicha, el estamento castrense requiere de colaboración aledañas que no puede o no está en capacidad de realizar. Labores administrativas, científicas, técnicas o jurídicas deben cumplir los particulares si bien es cierto que adquieren un compromiso laboral esta condición no implica su incorporación a las tareas típicamente militares. Un médico, por ejemplo, tendrá la obligación de cuidar a los pacientes que se le encomienden. Pero ello no quiere decir que esté obligado a servir como centinela o dar órdenes de mando a cualquier uniformado. / Lo propio sucede con los jueces penales militares. Su misión es la de administrar justicia dentro de las fuerzas armadas. Su quehacer, por consiguiente, es eminentemente jurídico y sus actos deben ser calificados dentro de un ámbito netamente particular pues su relación con las fuerzas castrenses es por completo ajena a los fines que la constitución y las leyes les ha fijado. / 2. La falsedad ideológica en documento público a que alude el artículo 219 del Código Penal, es comportamiento que se estructura no solamente por consignar una falsedad en el documento que ha de servir de prueba, sino además, por callar total o parcialmente la verdad, conductas omisivas que ciertamente lesionan la fe pública. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. Decisión: Niega la nulidad y confirma la sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Sujetos: Cervantes Gil, Miguel Leopoldo. Delitos: Prevaricato por acción, Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 009138.....

136

JUSTICIA PENAL MILITAR / FUERO (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de segunda instancia. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. Decisión: Niega la nulidad y confirma la sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Sujetos: Cervantes Gil, Miguel Leopoldo. Delitos: Prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público. Proceso: 009138.....

162

COMPETENCIA / PERSONERO / MINISTERIO PUBLICO / FUERO

No es la calidad de Personero Municipal en sí, ni las actuaciones que en condición de tal desempeña este funcionario en un municipio, lo

Págs.

determinante a efectos de fijar la competencia para ser juzgados en primera instancia por un Tribunal de Distrito, sino sólo y exclusivamente cuando su actividad la desarrolla como agente del Ministerio Público dentro de un específico proceso ante las autoridades jurisdiccionales, es decir, cuando actúa como sujeto procesal. / Dispone el artículo 118 de la Carta Política: "El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la nación, por el defensor del pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por lo demás funcionarios que determine la ley...". / Y en desarrollo de esa preceptiva, la Ley 81 de 1993 en su artículo 21, adicionó el texto del artículo 131 del C. de P.P. -Dto. 2700 de 1991-, disponiendo que los personeros municipales "cumplirán las funciones de Ministerio Público en los asuntos de competencia de los juzgados penales y promiscuos, sin perjuicio de que las mismas sean asumidas directamente por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación". / De fácil comprensión resulta entonces, que cuando el precitado artículo 70 del compendio procesal asigna en los Tribunales Superiores la competencia en primera instancia para conocer los procesos seguidos contra agentes del Ministerio Público, por delitos cometidos en "razón de sus funciones", los comportamientos ajenos con esta actividad quedan excluidos del fuero en estudio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de segunda instancia. Fecha: AGOSTO 31 DE 1994. Decisión: Se abstiene de revisar y declara nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Sujetos: Orozco Iseda, Manuel María - Mendoza Arzuaga, Alexander Martín. Delitos: Privación ilegal de la libertad. Proceso: 009510.

164

RECURSO / TERMINO

La ley determina que contra las providencias proferidas dentro del proceso penal, proceden los recursos de reposición, apelación y de hecho, que se interpondrán por escrito, salvo disposición en contrario (artículo 195 del Decreto 2700 de 1991); de otra parte, excepto en los casos en que la impugnación deba hacer en estrados, los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres días, contados a partir de la última notificación (artículo 196 ejusdem); y el recurso de reposición cuando se formula por escrito y como único, vencido el término para impugnar la decisión se mantendrá en secretaría por dos días en traslado a los sujetos procesales (artículo 28 de la Ley 81 de 1993). Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Recurso de reposición. Fecha: AGOSTO 30 DE 1994. Decisión: Declara extemporáneo el recurso de reposición. Sujetos: Pabón Obando, María Elvira. Proceso: 008527.

171

COMPETENCIA / FISCAL

No puede perderse de vista, considerando el asunto en esta específica esfera (competencia del Fiscal), que nada impide la actuación de un fiscal así éste no sea el que habitualmente debe atender esa gestión y que, por razones mismas del servicio judicial, se disponga transitoria u ocasionalmente ese desplazamiento. / “Es bien sabido que la posibilidad que le confiere la ley a la Fiscalía General de la Nación de dividirse en Unidades Administrativas, obedece a una especialización en el conocimiento de delitos, para con ello efectivizar las labores de investigación, mas sin embargo, ello en sí no es presupuesto de la competencia, ya que ella, en la fase sumarial, radica en cabeza del Fiscal General de la Nación quien delega la función instructiva y acusadora para cada caso en particular, al tenor de los artículos 250 de la C.N., 118 y ss. del C. de P.P. / Y es tan clara la facultad delegataria de investigación, que la misma ley de permitirle al Fiscal General de la Nación la posibilidad de remover a cualquiera de sus delegados, para lo cual sólo exige que anteceda una decisión motivada, siempre y cuando sea funcionario de la misma jerarquía (artículo 119 del C. de P.P.)”. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación: AGOSTO 31 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Azcarate Gutiérrez, Dagoberto. Delitos: Homicidio. Proceso: 009131.

174

*VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY /
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL*

En la violación directa el debate gira en torno a la norma misma por falta de aplicación, exclusión evidente o interpretación errónea, es necesario admitir los hechos tal como los entendió el juzgador con base en el análisis y valoración de las pruebas, por lo que le está vedado al actor cualquier polémica sobre ellos. Si alguna inconformidad tiene sobre el particular debe acudir a la senda de la violación indirecta donde el error de hecho o de derecho le brindan múltiples alternativas para presentar su tacha. Por ello resulta un contrasentido invocar al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto los dos motivos en comento, presentación y desarrollo que provoca el rechazo consiguiente. / 2. Es conveniente resaltar que bien estuvo la determinación de negar en una y otra instancia el subrogado penal en cuestión (condena de ejecución condicional). Para ello estaba facultado el juzgador. La jurisprudencia de la Sala tiene definido que así la personalidad del agente en todas sus manifestaciones permita en principio el otorgamiento del subrogado, la negativa es viable, si la conducta no sólo es grave sino “gravísima”. Magistrado ponente: Doctor: Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia

Págs.

de casación. Fecha: AGOSTO 31 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: Durango Gaviria, Andrés Elías. Delitos: Hurto agravado, hurto calificado. Proceso: 008833. 179

DEMANDA DE CASACION / CIERRE DE INVESTIGACION / DERECHO DE DEFENSA / RESOLUCION DE ACUSACION / CONFESION / REBAJA DE PENA

No basta alegar, en sede de casación, la falta de defensa sino que es necesario señalar qué hubiera podido hacerse y no se hizo, es decir, mostrara que una asesoría jurídica hubiera podido lograr la declaración de inocencia del acusado o por lo menos una condenación más benigna. / 2. Armonizando el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal que prohíbe cerrar la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del imputado, con el 385 de la misma codificación, que no permite resolverle la situación jurídica si previamente no se le ha recibido indagatoria, o declarado persona ausente, se concluye que pese a la falta de técnica del legislador para diferenciar los conceptos de “imputado” y “sindicado” debe entenderse en sana hermenéutica que el cierre de la investigación para efectos de la calificación del mérito del sumario sólo es procedente cuando se ha resuelto la situación jurídica de las personas vinculadas al proceso en calidad de sindicados o personas ausentes. / 3. Es conveniente pero no imprescindible precisar, por su nomenclatura, dentro de las motivaciones de la resolución de acusación el tipo penal específico vulnerado con la conducta del procesado, ya que la denominación jurídica de la infracción debe hacerse in genere bastando la cita del título y el capítulo del Código Penal al cual corresponde el delito. / 4. Si bien es cierto que el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 2700 de 1991) no condiciona la rebaja de pena por confesión al hecho de que ésta haya sido tenida como fundamento de la sentencia de condena, como sí lo hacía el artículo 301 del anterior estatuto procedimental penal (Decreto 050 de 1987); la Corte ha venido sosteniendo con reiteración que habiendo sido establecida tan significativa disminuyente punitiva como premio o estímulo por colaboración con la justicia, es obvio que la confesión debe servir de pilar o sustento de la condena, pues de lo contrario se estaría favoreciendo a quien no ha contribuido al esclarecimiento de los hechos investigados comprometiendo su propia responsabilidad”. / Pero a más de los requisitos exigidos para su validez por el artículo 296 ibídem, la confesión debe ser verídica, esto es, corresponder a la verdad que surge del proceso. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 31 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Solarte Camacho, Diego. Delitos: Homicidio agravado, hurto agravado, hurto calificado. Proceso: 008660. 189

DEMANDA DE CASACION

Atacar en casación las intervenciones que tanto el Fiscal como el agente del Ministerio Público tuvieron dentro de la diligencia de audiencia, es incurrir en desacierto, porque el motivo del recurso extraordinario está en la demostración de errores in procedendo o in judicando respecto del fallo que se ataca y se pide sea infirmado, mas no en la controversia de las intervenciones de las partes así hayan repercutido o no en la sentencia. / Si la duda que plantea la demanda no tuvo arraigo ante los juzgadores de instancia, era deber exclusivo del actor entrar a demostrarla en su demanda con toda claridad y contundencia, acreditando que su incidencia en la sentencia era tal, que de haberse reconocido hubiera determinado un fallo opuesto. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 01 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Cundinamarca: Sujetos: Hidalgo Aguilera, Ramón Antonio. Delitos: Homicidio. Proceso: 008633. 203

IMPEDIMENTO / INTERES EN EL PROCESO

Se viene diciendo por la jurisprudencia y la doctrina que los impedimentos son limitaciones a la capacidad subjetiva de los administradores de justicia en procura de garantizar la rectitud de esa delicada función, siendo su fin último el de excluir al funcionario del conocimiento de determinados asuntos a él asignados por la concurrencia de ciertas circunstancias que pueden influir, concientemente o no, en sus determinaciones, en pro o en contra del procesado, pretendiendo con ello guardar la independencia, severidad y rectitud que deben tener los funcionarios judiciales. / Cuando la ley señala que una vez advertida la existencia de una causal de impedimento debe el funcionario hacer la correspondiente declaración, está significando que si bien no es necesaria prolija motivación por quien la hace, si al menos debe circunstanciarla para que quien está llamado a conocer del impedimento pueda tener suficientes elementos de juicio para establecer si se tipifica legalmente la causal alegada y proceder de conformidad. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de impedimento. Fecha: SEPTIEMBRE 01 DE 1994. Decisión: no asiste razón. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Popayán. Sujetos: Mejía Quintero, José Iván. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 009680. 216

COLISION DE COMPETENCIA / FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO / COMPETENCIA A PREVENCIÓN

La falsificación en todo o en parte de un documento público, constituye delito, trátase de una alteración material o ideológica del documento. Es

Págs.

igualmente conducta punible el uso que se haga de un documento falso; sin embargo, cuando quien falsifica el documento público es el mismo que lo usa, la legislación penal colombiana, integra en un solo tipo penal estos comportamientos, con indudable beneficio penológico para el inculcado. / Puede afirmarse entonces, que el hecho punible objeto de juzgamiento se consumó en diversos lugares y por ello debe conocer del "proceso el funcionario judicial competente por la naturaleza y del lugar"... en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción...", según lo dispone el art 80 del C. de P.P. que regula la competencia a prevención. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de colisión de competencias. Fecha: SEPTIEMBRE 01 DE 1994. Decisión: Otorga competencia al Juzgado 53 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá. Procedencia: Juzgado 24 Penal del Circuito. Ciudad: Cali. Sujetos: Morales, Nilsa María. Delitos: Falsedad en documento público. Proceso: 009633. 223

POLICIA JUDICIAL

Sería absurdo exigirle a las autoridades de tránsito que para elaborar un determinado plano o informe de colisiones automovilísticas, se exigiera su presencia simultánea con la producción del hecho. Su función como policía judicial, ejercitable de manera constante y natural, consiste en acudir cuanto antes al lugar para establecer y consignar en su informe todos aquellos detalles que puedan llegar a esclarecer la causa de lo acontecido, así como sus circunstancias y características propias. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 02 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Sujetos: Clavijo Bohórquez, Rafael Antonio. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 008777. 227

ACCION DE REVISION

La independencia de la acción de revisión respecto del proceso presupone así mismo la independencia con relación también al proceso, de la prueba que le sirve de fundamento a los hechos aducidos en procura de revisión. / No puede por tanto, sin que ello constituya monumental desconocimiento de las bases de este especial medio impugnatorio de la cosa juzgada, aducirse como prueba de lo que se alega para buscar mediante las causales específicas previstas la remoción de un fallo ejecutoriado amparado por la presunción de acierto y legalidad, las mismas pruebas que conocieron y tuvieron oportunidad de evaluar los falladores de las instancias. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Acción de revisión. Fecha: SEPTIEMBRE 05 DE 1994. Decisión: Rechaza in límine la demanda de revisión.

Págs.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Sujetos: Galvis Legarda, Franco - Melo Pantoja, Roberto Florencio. Delitos: Homicidio. Proceso: 009671. 235

CONCURSO DE DELITOS / CONEXIDAD / DEMANDA DE CASACION

Varias son las hipótesis que pueden presentarse al estudiar la procedencia del recurso de casación, cuando en la sentencia se ha juzgado un concurso delictual. / a) Que todos los delitos objeto del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sea o exceda de seis (6) años, caso en el cual ningún problema se presenta, ya que de conformidad con el artículo 35 de la ley 81 de 1993, el recurso es procedente para todos estos ilícitos individualmente considerados, sin que para este efecto importe que hubieran sido objeto de juzgamiento conjunto. / b) Que no todos los delitos materia del fallo estén sancionados con pena privativa de la libertad que sobrepase los seis (6) años de duración. / Dos casos pueden distinguirse dentro de esta segunda hipótesis: / 1. Que en la demanda se hagan cargos no solamente en relación con los delitos que por su máximo punitivo no son susceptibles del recurso, sino también respecto de aquellos por los que sí proceda éste en el sentido de que el recurso en este caso sería procedente para todos los delitos, porque como lo dice el precitado artículo 35, en este supuesto el recurso "se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior". / 2. Que la demanda contenga cargos pero exclusivamente en relación con alguno o algunos de los delitos que por la duración máxima de la pena no son susceptibles del recurso. / En relación con este caso concreto surge la disparidad de criterios entre la delegada y esta Sala. / La primera estima que en este último supuesto es preciso rechazar la casación por improcedente, toda vez que la misión de ésta implicaría reconocer la "autonomía" de estos delitos conexos "frente a la procedibilidad del recurso". Además, argumenta, para estos delitos "menores" está ya prevista la casación excepcional en los términos del inciso tercero del art. 218 del C. de P.P. / Para la Sala, en cambio, en la hipótesis que se comenta, el recurso sí resulta procedente, no obstante que el actor no formule ataque alguno en relación con el delito o delitos concurrentes que por su penalidad sean susceptibles de este extraordinario medio de impugnación. / Para demostrar lo justa y acertada que es esta posición de la Corte, es preciso acudir al artículo 218 del C. de P.P., subrogado por el ya citado artículo 35 de la ley 81 de 1993, que en su inciso segundo dispone: "El recurso se extiende a todos los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la señalada en el inciso anterior". / En realidad en esta norma no se está disponiendo que la demanda de casación pueda extenderse a los delitos conexos aunque tenga pena menor que la exigida para la procedencia del recurso. Lo que en ella se prescribe es la extensión del recurso en relación con estos delitos, que es cosa muy distinta. / En

Págs.

otras palabras: la norma en comento al extender el recurso, no lo condiciona, en parte alguna, a que en la demanda se formulen cargos respecto de delito o delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad no menor de seis años, lo cual es coherente, porque como se dijo, no es un caso de extensión de la demanda sino de la extensión del recurso. / Hacer la exigencia que pretende la Delegada implicaría no sólo recortar sin razón los alcances benéficos de esta facultad, sino también obligar a los recurrentes a que pretexten unos cargos en relación con uno cualquiera de los delitos susceptibles del recurso, para así habilitar el ataque por los delitos “menores”. / Agréguese, por último, que la denominada casación excepcional no podría sustituir a cabalidad la institución en comento, pues bien conocida es su limitación legal, ya que únicamente procede cuando se considere “necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 05 DE 1994. Decisión: No decreta la nulidad propuesta por el Procurador 2o Delegado en lo Penal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Linares Riaño, Luis Hernando. Delitos: Homicidio, porte ilegal de armas. Proceso: 008477. 240

DELITOS CONEXOS / CONEXIDAD / DEMANDA DE CASACION (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Notas: Salvamento de voto del Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 05 DE 1994. Decisión: No decreta la nulidad propuesta por el Procurador 2o. Delegado en lo Penal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Linares Riaño, Luis Hernando. Delitos: Homicidio, porte ilegal de armas. Proceso: 008477. 249

DEMANDA DE CASACION / APODERADO

Conforme lo dispuesto en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a los procesos de la Justicia Penal Militar por disposición expresa del artículo 302 del Decreto 2550 de 1988, “el procesado no puede sustentar el recurso de casación salvo que sea abogado titulado”. / No sustentar el recurso mediante la presentación oportuna de la respectiva demanda de casación o hacerlo por quien no está facultado para ello, equivale en ambos casos a la deserción del recurso. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 6 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Sujetos: Bedoya Castrillón, Fernando. Delitos: Hurto, peculado por apropiación. Proceso: 009713. 254

Págs.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DEL CIRCUITO / EXTORSION

Aunque resulta verdad que el delito de extorsión en la cuantía aquí tratada y sus conexos, era de competencia por la época de los hechos -mes de septiembre de 1993,- de la denominada jurisdicción de orden público, por virtud de la normatividad citada por el Juzgado Penal del Circuito, no es menos exacto que esta competencia fue ulteriormente modificada por disposiciones de igual fuerza prevalente, al asignar el artículo 4o. de la Ley 81 de 1993, modificatoria del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) el conocimiento del punible de Extorsión en los jueces regionales, en primera instancia, "...sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales...". Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias. Fecha: SEPTIEMBRE 06 DE 1994. Decisión: Otorga competencia al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Peña Nieto, Miguel Angel. Delitos: Extorsión. Proceso: 009702. Publicada: Si. 257

INIMPUTABILIDAD / SANA CRITICA

La inimputabilidad no es un concepto médico sino jurídico: es al juzgador a quien le corresponde determinar si el procesado actuó en cualquiera de los motivos de dicha incapacidad de culpabilidad. Lo hará examinando antes que todo la verdad procesal y cotejándola con el peritaje que haya sido practicado. Con base en todo ello el Juez decidirá si la patología del acusado -en el evento de que ésta se haya dictaminado- tiene relación, y de qué clase, con el concreto hecho punible que juzga. De ahí que al experto no le sea dado dictaminar si la persona examinada es o no inimputable, pues esta tarea está reservada al juzgador. / El artículo 254 del Código de Procedimiento Penal señala que las pruebas -y el peritaje no es una excepción- "deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica". Por su parte, el artículo 273 íbidem, refiriéndose en concreto a la prueba de que disiente aquí el casacionista, dice: Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso". Magistrado ponente Doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 06 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa parcialmente de manera oficiosa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Cobos Cifuentes, Moris Rafael. Delitos: Homicidio. Proceso: 008647. 262

Págs.

HOMICIDIO AGRAVADO / CIRCUNSTANCIA GENERICA DE AGRAVACION

La "circunstancia agravante preanotada" (dificultar la defensa), en que se apoya para incrementar mínimo fijado en la ley que es de dieciséis años, es la señalada en el numeral 3o. del artículo 66 del C.P., sin que de las circunstancias de no haber sido suficientemente claro en su redacción y el omitir señalar expresamente la norma, pueda inferirse que deba negarse la motivación que al respecto hiciera para imponerla. Sostener lo contrario es mantener el culto al formalismo, proscrito hoy por disposición expresa del artículo 228 de la Carta Política. / Como quiera que esta clase de agravantes (genéricos) tan sólo tienen que ver con la punibilidad pueden perfectamente ser incorporados en el fallo. No así las específicas, pues ellas sirven para realizar en debida forma no sólo el proceso de adecuación típica sino también la medida punitiva que corresponde al juicio personal de reproche. Es cierto que en la resolución de acusación no se le dedujo la agravante genérica en referencia, le era permitido al fallador hacerlo en la sentencia, dado que ella sirve únicamente como uno de los criterios para establecer el monto de la pena. Por este aspecto, ninguna tacha le cabe a esta decisión y como tal el fallo conserva su vigencia. Magistrado ponente Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento parcial de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 08 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa parcialmente en forma oficiosa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Sujetos: Meluk Mena, Benjamín. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 009181. 274

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Salvamento de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 08 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa parcialmente en forma oficiosa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Sujetos: Meluk Mena, Benjamín. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 009181. 286

SECUESTRO / COLISION DE COMPETENCIA / SECUESTRO EXTORSIVO

Arrebatarse violentamente a alguien privándole ilegalmente de su libertad y retenerle por cerca de una hora es conducta que lesiona su autonomía y en particular su libertad de acción y movimiento, y frente a la ley penal integra un delito de secuestro, así el comportamiento degenera hacia la muerte del aprehendido. / 2. La norma procesal que deslinda competencias (artículo 71-5 del C. de P.P.), se remite a la ley 40 de 1993 para asignar a los jueces regionales el secuestro extorsivo y el agravado por las causales 6, 8 y 12 del

Págs.

artículo 3o. de la ley 40 de 1993, dejando a la justicia ordinaria el conocimiento del secuestro simple no agravado, y del agravado por causales distintas de las tres atrás individualizadas, conviene aclarar que aún siendo por más gravosa inaplicable esa ley sustantiva en cuanto atañe con la pena, en nada dificulta la asignación del conocimiento del asunto, dado que en sus términos queda recogida la estructura básica de los artículos 268 y 269 sobre los cuales se endereza esta controversia. / Que el elemento pretendido en la entrega no tuviese una representación económica importante no desdibuja en modo alguno la estructura del tipo contenido en el artículo 268 del Código Penal. Ciertamente dentro de las alternativas exigencias que se describen en el tipo se enlistan el provecho y la utilidad, pero también que al darle a esta última el calificativo de utilidad "cualquiera", la gama de posibilidades se amplía sin que le quede al intérprete la posibilidad de introducirle restricciones, menos relacionadas con el monto económico de lo perseguido. Pero es más: cuando al lado de aquellos móviles, mejor acomodados a finalidades lucrativas, todavía se incluyen las exigencias genéricas encaminadas a forzar un hacer o una omisión, el ámbito meramente patrimonial económico claramente se desborda concediendo a la figura típica una mayor riqueza descriptiva, ampliada todavía por las finalidades publicitaria y política que de consuno se acompañan. / Si al ofendido se le hubiese simplemente constreñido para que ejecutase, tolerase u omitiese una conducta, ya de por sí ese comportamiento traduciría en ofensa para su autonomía personal descrita y sancionada en el artículo 276 del Código Penal como constreñimiento ilegal. / Si ese mismo acto de constreñimiento tuviese como objetivo la obtención de un provecho patrimonial económico ilícito para sí o para un tercero, a los elementos todos de la figura anterior se estarían añadiendo otros que caracterizarían e individualizarían la conducta como constitutiva del delito tipo de extorsión, desnaturalizando por el principio de subsidiariedad la posibilidad del concurso en cuanto al describirse diversos grados de lesión, el comportamiento menos grave (constreñimiento) ingresa como elemento positivo del más dañoso -art. 355 C.P.-. / Y si a cambio de la persecución de un provecho ilícito, la ejecución de aquellos actos arbitrarios se encaminase a un ejercicio de las propias razones como búsqueda de auto justicia, tampoco podría discutirse que por principio de especialidad, estos nuevos elementos individualizaría esta figura, tratada ahora como contravención, descontando una vez más la posibilidad de un concurso de delitos. / Pero si el mecanismo de constreñimiento lo constituye la privación de libertad de una persona, en donde su derecho de autonomía, acción y desplazamiento a voluntad se supedita a cambio de la obtención de un provecho o utilidad cualquiera, de un hacer, una omisión, o la consecución de fines publicitarios o políticos para el agente, tampoco cabe duda que por la mayor riqueza de contenido de este tipo penal, todas aquellas alternativas preindicadas ingresan como integrantes del secuestro extorsivo, impidiendo considerar la posibilidad

Págs.

del concurso de infracciones como calificar la privación de la libertad de simple, cuando ha sido voluntad expresa del legislador la de otorgarle una tonalidad especial y más gravosa en este caso al dobleamiento injusto de la libertad, al absorber en esa sola descripción del artículo 268 la reprochabilidad de aquellas otras conductas que de contera explican la superioridad del tipo y de la pena. / Ciertamente es que en la redacción de la ley 40 de 1993 viene a calificarse como secuestro simple aquel en el cual el agente se ha movido con el propósito de contraer matrimonio o de obtener una finalidad erótico sexual, y aún requiere que en ese caso se proceda previa querrela de parte. Pero el benigno trato que se da a esta figura lejos está de autorizar que por analogía se excluyan del secuestro extorsivo otros eventos como el que viene analizado en autos, pues resulta comprensible la levedad de pena para una figura que ya en la tradición legislativa colombiana conocida bajo la denominación del “rpto” aquellos privilegios –artículo 349 del Código Penal de 1936–. Pretender la extensión del tratamiento benigno del secuestro de fines matrimonial o erótico a otras situaciones diferentes, implicaría sacrificar principios superiores como el de la legalidad del delito o el de tipicidad que informan la normatividad penal, y que tornan imposible la interpretación extensiva o analógica de las excepciones, cuando son estas claras, taxativas y expresas. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento de voto de los Doctores Jorge Enrique Valencia Martínez y Edgar Saavedra Rojas. Auto de colisión de competencias. Fecha: SEPTIEMBRE 13 DE 1994. Decisión: Adjudica competencia a la jurisdicción regional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Sujetos: Santrich Contreras, Carlos José. Delitos: Homicidio, secuestro simple. Proceso: 009488. 287

CONCURSO (SALVAMENTO DE VOTO)

Cuando diversas actuaciones abrazadas por un factor final son familia de un mismo tipo de injusto, cabe hablar de una unidad de acción. También cuando los actos parciales o repetidos (delitos de varios actos) aparezcan como la realización de una sola acción típica. Asimismo, en el delito permanente se da una unidad de acción semejante cuando el hecho punible crea un estado antijurídico mantenido por el autor con cuya permanencia se sigue realizando ininterrumpidamente el tipo. Y a este tenor cuando el autor, al hallar inesperadamente el medio empleado, realiza, acto seguido, el mismo resultado con otro medio. Hagamos constar contra quienes piensan que esto no es así –y que por tanto estamos del todo equivocados– que los anteriores conceptos pertenecen a la pluma excelsa de WELZEL (Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, 11 edición) y a la no menos erudita de JESCHECK (Tratado de Derecho Penal, Parte General, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981). Nos queda por decir que aclaramos esto para poner de manifiesto que la cuestión de la unidad de acción –cuyas

Págs.

bases dogmáticas y entendimiento científico son por doquier conocidas en el mundo jurista— nada tienen de parentesco o aproximación con el caso debatido por la Sala, ni por afinidad que es tanto como decir correlación o encadenamiento ni tampoco, si quisiera entenderse así, con una mayor extensión conceptual que no tiene razón de ser. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de colisión de competencias. Fecha: SEPTIEMBRE 13 DE 1994. Sujetos: Santrich Contreras, Carlos José. Delitos: Homicidio, secuestro simple. Proceso: 009488. 298

EXTORSION (SALVAMENTO DE VOTO)

Es claro, que el significado del término, corresponde en los orígenes históricos de la extorsión y de la concusión, a la conducta de una persona que mediante la violencia, generalmente de carácter moral, busca un lucro ilícito, y por ello, a pesar de que se han presentado disputas respecto al bien jurídico tutelado, el criterio doctrinario y legislativo de manera mayoritaria lo han ubicado como un delito que atenta sustancialmente contra la propiedad. / En la controversia doctrinaria, respecto a sí como el delito se busca tutelar el patrimonio o la libertad, existen autores como Fraenkel, Von Buri, Jaffe, John, Liebling, Stern, Wachter, Beling, y Kruckmann, entre otros, que consideran se trata de una conducta que ataca la libertad de actuar; mientras que otros tratadistas encabezados por Carrara, Schmidt, Klopfer, Koliman, Binding, Doerr, Eckstein y Welzel, que estiman que la figura no se agota con la ofensa a la libertad individual, sino en la lesión del derecho patrimonial (ibídem Ob. Cit.). / Este último criterio doctrinario es que mayormente ha influido a nivel normativo porque, en verdad, gran parte de las legislaciones conocidas ubican la extorsión como un delito esencialmente patrimonial, como basamento de la antijuridicidad, para efectos de concretar la fundamentación política y la sistematización de los hechos punibles dentro de la teoría de la tipicidad. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Notas: Salvamento de voto del Doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de colisión de competencias. Fecha: SEPTIEMBRE 13 DE 1994. Sujetos: Santrich Contreras, Carlos José. Delitos: Homicidio, secuestro simple. Proceso: 009488. 303

PORTE ILEGAL DE ARMAS / REFORMATIO IN PEJUS

No obstante la expedición del Decreto número 2535 del 17 de diciembre de 1993, el porte de armas continúa siendo delito, y de ninguna manera puede entenderse que el Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 ha perdido vigencia. / Lo que se reglamenta en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina

Págs.

“contravención” y que dan lugar al decomiso de las armas, municiones explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible en la legislación penal, expresamente señala que es “sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar”. / Esta previsión la observa en los literales “a”, “e”, “f”, “i”, “g” y “m”, del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún momento quiso el Ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1o. de la Ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene alcance. / 2. Esta Corporación en forma reiterada ha indicado que el artículo 31 de la Constitución Nacional que en su inciso segundo consagra la prohibición de la reformatio in pejus, es una clara norma de derecho sustancial y que en consecuencia es atacable por la vía de la causal primera de casación cuerpo primero, esto es la violación directa de la ley sustancial, toda vez que la problemática recae directamente sobre el contenido de la norma sustancial, sin que exija análisis sobre las pruebas o los hechos. / La prohibición de la reformatio in pejus es una garantía que se instituye en favor del procesado, pero que tiene un hondo contenido sustancial en la medida que protege al imputado frente a los desmanes que se presenten en la aplicación de normatividad sustancial, como es toda la que tiene que ver con la punibilidad, y si ésta es su naturaleza necesariamente se tiene que entender que el marco lógico de ataque es el que enmarca la causal primera que es la instituida para resolver yerros in judicando. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación: Fecha: SEPTIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Armenia. Sujetos: Murillo Zapata, Oscar Armeid. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 008810. 336

FAVORABILIDAD / ACUMULACION / JURIDICA DE PENAS

El principio de favorabilidad obra cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables al caso concreto. Es un hecho cierto que antes de entrar en vigencia el artículo 505 del Decreto 2700 de 1991, cuando no se acumulaban los procesos seguidos contra una misma persona de acuerdo con los lineamientos de los artículos 86 y siguientes del Decreto 050 de 1987, el condenado tenía que cumplir la pena impuesta en cada uno de ellos, luego la figura consagrada con posterioridad respecto de la acumulación jurídica de penas, indiscutiblemente resulta más favorable al condenado. / El artículo 505 del C. de P.P. fué modificado por el artículo 60 de la Ley 81 de 1993. / La acumulación jurídica de penas, a la luz del original artículo 505 no sería procedente, porque los delitos no son conexos ni los procesos eran acumulables. Sin embargo, es del caso establecer si es susceptible la acumulación impetrada bajo los lineamientos de la Ley 81 de 1993 que en su artículo 60 deja la posibilidad de que el fenómeno en cuestión

Págs.

pueda darse, siempre y cuando las sentencias proferidas no se encuentren dentro de las excepciones y eventos que señala la citada norma, esto es que “no podrán acumularse penas por delitos cometidos con posterioridad al proferimiento de la sentencia de primera o única instancia en cualquiera de los procesos, ni penas ya ejecutadas, ni las impuestas por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de la libertad”. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia segunda instancia. Fecha: SEPTIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: Confirma la providencia. Procedencia: Tribunal Superior de Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Sujetos: Alava Thomas, José Gerardo. Delitos: Abuso de autoridad, detención arbitraria. Proceso: 009561. 352

RECONSTRUCCION DE PROCESOS

Como quiera que se está, ante un proceso que debió ser reconstruido por haberse incinerado totalmente, tiene aplicación la presunción consagrada en el artículo 166 del C. de P.P., según el cual las copias de las providencias hacen presumir la existencia de la actuación a que se refieren y las pruebas en que se fundan. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia segunda instancia. Fecha: SEPTIEMBRE 14 DE 1994. Decisión: Confirma la sentencia condenatoria adicionando perjuicios materiales. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Sujetos: García Malkum, Yamel. Delitos: Prevaricato por omisión. Proceso: 009212 363

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA

El hecho de que el fallo de segunda instancia fuera recurrido en casación y que la impugnación extraordinaria haya sido concedida en el efecto suspensivo, no por ello resulta pertinente la suspensión de la detención o de la pena impuesta. Tampoco dentro de las causales de libertad provisional previstas en el artículo 55 de la Ley 81 de 1993, figura que los libelistas pretenden que le sea otorgada. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Casación –Libertad–. Fecha: SEPTIEMBRE 15 DE 1994. Decisión: Niega la suspensión de la detención preventiva. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Sujetos: Sáenz Tovar, Floresmiro - Sáenz Artunduaga, John Wilson. Delitos: Homicidio. Proceso: 009257. 372

DEMANDA DE CASACION

Decir que “le faltó más precisión y evaluación”, no es suministrar a la Corte suficientes elementos de juicio para controvertir el criterio de certeza del

Págs.

Tribunal sobre la responsabilidad del acusado. / Al demandante cumple también en los eventos en que concluye duda con alcances absolutorios, la obligación de señalar a la par con la prueba, los errores trascendentes que el fallador en su evaluación cometiera y que le impidieron establecerla, y, demostrarlos a plenitud. Si se abstiene de hacerlo o simplemente consigna comentarios descalificantes desprovistos de objetividad, no puede tenerse por digna de estudio la censura. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 20 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Sujetos: Prieto, José Eladio. Delitos: Homicidio. Proceso: 008893. 374

DEMANDA DE CASACION / LEGITIMA DEFENSA / NULIDAD

Como quiera que los artículos constitucionales 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 24, 28 y 29, se encuentran en el título II de la Carta, excepto el 42, dentro de la especie que abarca los derechos fundamentales, es claro que un desconocimiento a sus mandatos quiebran la estructura del proceso mismo lo que presupone como remedio único la nulidad de la porción afectada. / 2. El exceso en la legítima defensa exige, como es apenas obvio, los propios de esta justificante, esto es, la existencia de una agresión, su actualidad o inminencia y la puesta en peligro de un bien jurídico, quedando únicamente la opción de enfrentar al agresor, bien que excediéndose en la proporcionalidad. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 20 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Sujetos: Abaunza, Gerardo. Delitos: Homicidio. Proceso: 008763. 380

RECURSO DE HECHO / CASACION DISCRECIONAL

La sustentación del recurso de hecho ante el funcionario a quien compete desatarlo y dentro del preciso término de los tres días subsiguientes al recibo de las copias respectivas en la Secretaría –art. 209 C. de P.P.–, constituye una carga procesal ineludible, cuyo incumplimiento regula la propia ley al señalar como perentoria consecuencia que “Si el recurso no se sustenta dentro del término indicado, se desechará”. / La concesión excepcional del recurso extraordinario es competencia exclusiva de la Corte, porque la discrecionalidad que allí se enuncia es privativa suya en el análisis de las dos únicas causales enunciadas, y mal podría suplirse por otro funcionario tanto al examinar la titularidad de quien impugna, como al ocuparse de la sopesación de las razones que se proponen como motivo que haga expedito un pronunciamiento doctrinal, o justifique la operancia de derechos fundamentales conculcados con el fallo que se acusa. Magistrado ponente:

Págs.

Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Recurso de hecho. Fecha: SEPTIEMBRE 20 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad. Procedencia: Juzgado 55 Penal Municipal. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Aguilar Malagón, Luis Humberto. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 009732. 395

DELITOS CONEXOS / DEMANDA DE CASACION

Remitirse a la Rad. 8477 Casación. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz - 05 de septiembre de 1994. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 20 DE 1994. Decisión: No decreta nulidad propuesta por el Procurador 2o. Delegado en lo Penal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Rubio Morales, Roberto. Delitos: Lesiones personales, acto sexual violento. Proceso: 009282. 399

DELITOS CONEXOS (SALVAMENTO DE VOTO)

Si algo es evidente en el legislador y en su intérprete, en cuanto a los delitos conexos y su eventual posibilidad de casación, es el no dispensarle un amplio trato de favorabilidad y estar siempre alejados uno y otro de llegar a identificar los delitos que normalmente carecen de casación (conocidos en segunda instancia por los juzgados de circuito o con pena inferior a los seis años cuando interviene el Tribunal) con los de contraria naturaleza. / Cuando un delito con pena inferior a seis años, se involucra en la eventualidad de la casación, por su conexidad, se patentiza con su nota de accesoriedad, su nexo y dependencia con algo, vale decir, el delito que por sí, por su pena, le abre esta vía. Pero no, la conexidad así estimada y desconociendo el principio de no contradicción, parece perder este carácter y se troca en algo independiente, aislado y autónomo. Se autoriza, entonces, desentenderse de la demanda relacionada con el delito que daba lugar a este recurso, para sólo circunscribirse al delito que no la tiene. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 20 DE 1994. Sujetos: Rubio Morales, Roberto. Delitos: Acto sexual violento. Proceso: 009282. 403

REFORMATIO IN PEJUS / RESOLUCION DE ACUSACION

Reconociendo a la resolución de acusación su trascendencia como pieza procesal medular por medio de la cual concreta el Estado los cargos por los

Págs.

cuales ha de responder en juicio un procesado, es abundante la doctrina al precisar los diferentes vicios que a esta decisión pueden afectar severa e insalvablemente, sea porque dificulten la defensa por falta de claridad y precisión, facilitando un sorprendimiento indebido del acusado, ora porque en razón de su ambigüedad hace difícil la defensa, cuando no porque su errónea adecuación de los hechos a las normas impide la adopción de la sentencia, o porque los defectos en su notificación obstruyen un oportuno enteramiento de la imputación que se formula, etcétera. / 2. La sola remisión al texto del artículo 31 de la Constitución instruye su alusión precisa y exclusiva al fallo, tanto cuando en su inciso primero garantiza que toda "sentencia judicial" podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que introduzca el legislador, como cuando en el inciso segundo vea agravar la situación del condenado como apelante único, pues lo mismo al utilizar la expresión "pena impuesta" como el término "condenado", la referencia se hace inequívoca a la sentencia, única providencia en la que se definen la absolución o la condena, y éste último caso donde corresponde la imposición de penas. / Si ese texto superior es el que transcribe el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal, tampoco hay lugar a dudas en relación con la taxatividad de la prohibición de la reformatio in peius, conclusión que con amplitud se resalta frente al texto inicial del artículo 217 del Decreto 2700 de 1991, vigente a la fecha de producirse la decisión de segundo grado, cuando con la sola exclusión de la sentencia autorizaba al superior para decidir las impugnaciones y consultas "sin limitación alguna" competencia dentro de la cual obró en el caso presente el Tribunal de Ibagué, sin que por ello amerite reproche y menos invalidación para lo decidido. / Ciertamente resulta que luego de proferida esa decisión y aún la sentencia, la Ley 81 de 1993 vino a modificar restrictivamente el texto del acudido artículo 217 del C. de P.P., en cuanto ahora la apelación sólo permite revisar al superior "únicamente los aspectos impugnados". Mas esta variación ningún alcance tiene para habilitar un retrotraimiento de la actuación a un estadio que cuando empezó a regir se hallaba superado, pues no se trata de precepto que extienda sus alcances sobre situaciones previamente definidas. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 21 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Covalada Castiblanco, José Antonio. Delitos: Homicidio. Proceso: 008719. 408

ACCION DE REVISION / HECHO NUEVO

Si los hechos nuevos o las pruebas nuevas no atacan en lo sustancial la base probatoria tenida en cuenta por las instancias para proferir la sentencia, la revisión es improcedente, pues como acción que se dirige contra la cosa juzgada, su admisión tiene que condicionarse, por preponderantes razones

Págs.

de orden público y respecto de la juridicidad de los fallos, a presupuestos probatorios que sean fundamento sólido de la demostración del error judicial. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Acción de revisión. Fecha: SEPTIEMBRE 21 DE 1994. Decisión: Niega la revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Muñoz, José Isidro. Delitos: Homicidio. Proceso: 008503. 415

DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN

Los falsos juicios de legalidad y convicción no pueden alegarse a un mismo tiempo y sobre una misma prueba, pues, o bien se trata de un medio demostrativo que por su ilegal aducción priva la posibilidad de su análisis por parte de los juzgadores, o, en su defecto, de una equivocación que por recaer sobre la credibilidad o aceptación como base de la decisión final, presupone el medio de que se trata como legalmente admisible, siendo por lo mismo inaceptable pretenderle aceptación y rechazo simultáneos. / Si el casacionista intentaba impugnar la estimación que los juzgadores pudieron asumir respecto de la solicitud de su representado dentro de estas dos alternativas, la opción que se le ofrecía era la de formular sus fundamentos en capítulos aparte, requisito que por inadvertido impide ahora el acogimiento de tan contradictoria exposición. / Pero si a la postre cuanto pretendía era una sentencia de remplazo para excluir la sexta parte de rebaja de la pena que como consecuencia de esa impetración del acusado los falladores concedieron, resulta obvia para el libelista su falta de interés para concurrir en casación, como para la Corte la posibilidad de hacerle más gravosa su situación al impugnante. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresnedá. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 22 DE 1994. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Sujetos: Pinta, Benjamín Higidio. Delitos: Homicidio. Proceso: 009654. 426

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / COLISIÓN DE COMPETENCIA

Como el tema remite ciertamente a las disposiciones que describen y regulan los diferentes tipos de armas y de municiones, ha de advertirse que ni por referencia al Decreto 2003 de 1982 artículos 2o. y 4o., que regía a la fecha de ocurrencia de los hechos, ni por remisión ahora al reciente Decreto 2535 de 1993 puede otorgarse razón al Juzgado del Circuito, pues tanto en una como en otra reglamentación surgen criterios que de consuno llevan a la clasificación tanto del arma involucrada como de su munición, dentro de los conceptos de elemento susceptibles de autorización para su adquisición

Págs.

y porte como de defensa personal. / En efecto: consultando los criterios del Decreto 2003 de 1982, tiénese que ni por su calibre (no superior a 0.38 ó 9.625 milímetros), ni por su energía potencial en la boca de fuego (tampoco superior a 350 libras/pie), ni por su estructura o modificaciones que la hiciesen más letal, la munición de que trata el presente proceso (proyectiles que al momento del disparo liberan una energía cinética de 345 libras fuerzapie en la boca de fuego), podía clasificarse dentro de aquella de exclusivo uso militar. / Haciendo esa misma cotejación ahora frente al Decreto 2535 de 1993, la posibilidad de excepcionar aquella clase de carga de la tolerada para permisivo uso personal resulta todavía más remota, porque en el nuevo estatuto la clasificación se remite a excluir del permiso a los particulares la munición pertinente a las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, así que al no corresponder la descrita en la pericia con el armamento reservado o de guerra, la conclusión que se deriva es la de ratificar su permisivo empleo por particulares, del cual viene a desprenderse la concebida competencia, pues de su ilícita tenencia corresponde conocer a los juzgados del circuito. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de colisión de competencias. Fecha: SEPTIEMBRE 22 DE 1994. Decisión: Dirime el conflicto asignando conocimiento al Juzgado 1o. Penal del Circuito. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Sujetos: Escobar Cardona, John Jairo. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. Proceso: 009750. 432

CAUCION PRENDARIA, CAUCION JURATORIA

La caución juratoria sólo procede cuando a juicio del funcionario el procesado carezca de recursos económicos. Y, en cuanto se refiere a la prendaria, ella debe ser fijada por el funcionario teniendo en cuenta no sólo las condiciones económicas del acusado, sino la gravedad del hecho imputado. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Casación -Libertad-. Fecha: SEPTIEMBRE 23 DE 1994. Decisión: Niega libertad. Sujetos: Valdez, Carlos Alfredo. Proceso: 009393. 437

CULPA CON REPRESENTACION / DOLO EVENTUAL / PERITO / DOLO

La CULPA CON REPRESENTACION como también se la conoce, "surge cuando el agente, habiéndose presentado el resultado típico y antijurídico de su comportamiento, confía indebidamente en poderlo evitar" y que esta especie de culpa guarda harta semejanza con el DOLO EVENTUAL, como quiera que en ambas opera la representación y, por lo tanto, la previsión del resultado; "pero se diferencian en que en la primera el agente confía que el resultado no se producirá, es decir, no lo quiere, mientras que en el segundo, nada hace por evitarlo y en consecuencia lo acepta anticipadamente". / 2.

Págs.

Los psiquiatras forenses establecen, con fundamento, entre otras cosas en pruebas clínicas, percepción directa, análisis del material probatorio, si la persona tenía CAPACIDAD PARA AUTODETERMINARSE O NO; dicho de otra manera, si la persona contaba con capacidad de VOLICION (querer hacer) y/o VOLICION (querer no hacer). Recuérdese que, con la mejor doctrina, en las dos acciones está la voluntariedad y la conciencia. / JAMAS EL DICTAMEN DETERMINA LA INTENCIONALIDAD DEL ACTO Y, MENOS LA MIDE. / Un dictamen emitido con el fin de establecer si una persona estaba en capacidad de autodeterminarse o no, ofrece al Juez los elementos de juicio necesarios para que él precise, con las otras pruebas del proceso, si esa persona en un caso dado, quería la realización del específico hecho punible que se le imputa. Pero ni el perito ni el Juez pueden, por vía de aplicación de las ciencias de su particular dominio, fijar la magnitud de la intención porque EL PERITO SE LIMITA A SEÑALAR QUE LA PERSONA GOZA DE CAPACIDAD PSIQUICA SUFICIENTE PARA ACTUAR INTENCIONALMENTE Y EL JUEZ SE CONCRETA A INFERIR Y CONCLUIR SI LA PERSONA OBRO CON INTENCION O NO. / Con relación al DOLO, EL FUNCIONARIO debe apreciar las circunstancias de lugar, tiempo y modo que rodearon el hecho e, inclusive, la personalidad del procesado, para fijar con precisión los criterios que permitan concluir si concurren circunstancias de agravación o atenuación, específicas o genéricas, en orden a delimitar con exactitud la mayor o menor vulneración del bien jurídico, y, así, dosificar la pena. En tanto que, tratándose de la INTENCION, ésta no permite variaciones en el desarrollo del ITER CRIMINIS; por ejemplo, quien ejecuta actos idóneos e inequívocos para producir la muerte de otra persona no quiere matarla más o menos, sino que, simplemente, quiere matarla, y si cesa en su acción es porque ya no quiere matar. Pero DOLO e INTENCION, enfáticese, dos cosas ciertamente distintas, deben ser establecidas por el Juez y no por el perito. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 26 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Sujetos: Cárdenas Guzmán, Miller. Delitos: Homicidio. Proceso: 008725. 439

FISCALIA

El artículo 444 del Código de Procedimiento Penal, dispone que “con la ejecutoria de la resolución de acusación, adquieren competencia los jueces encargados de su juzgamiento. A partir de ese momento, el Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación”. / ¿A cuál Fiscal se refiere dicha disposición? Sin duda alguna al (o a la Unidad) que ha llevado adelante la instrucción y ha efectuado la calificación, profiriendo la providencia acusatoria respectiva. / La Fiscalía debe actuar “con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el

Págs.

ordenamiento jurídico”, según el artículo 5o. del citado Decreto 2699, cuyo inciso 2o. del artículo 3o. dispone: “La Fiscalía General de la Nación ejerce sus funciones administrativas por medio de sus delegados y personal auxiliar conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, sujetos, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad”, disposición que reafirma una vez más lo dicho por la delegada en cuanto a que la “estructura de mando vertical” predicable de la Fiscalía solamente opera en lo que concierne a dichas funciones administrativas. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 26 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad de todo lo actuado. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Sujetos: Vera Alarcón, José de Jesús. Delitos: Tentativa de homicidio, porte de armas de defensa personal. Proceso: 009052. 466

EXTRADICION

De acuerdo con el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, la Corte debe fundamentar su concepto en la validez formal de la documentación presentada, la demostración plena de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación, 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: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extradición. Fecha: SEPTIEMBRE 27 DE 1994. Decisión: Conceptúa favorablemente. Sujetos: Quezada Ruiz, Eduardo Francisco. Proceso: 009294. 475

DEMANDA DE CASACION

La demanda presentada ha de tener la claridad suficiente para que la Colegiatura pueda abordar el consiguiente estudio de fondo para facilitar el trabajo de los recurrentes, la ley ha señalado una serie de exigencias formales que hacen expedita su presentación. El artículo 225 del C. de P.P. es el encargado de señalar con precisión la manera como debe ser elaborado el libelo respectivo. / Varios son los requisitos exigidos. Identificación de los sujetos procesales y del fallo que se recurre, síntesis de los hechos investigados y de los avatares del proceso, poniéndose énfasis en el tema que se va a tratar en la demanda. Luego, el señalamiento de la causal en la que funda su argumentación, explicando su motivo y sentido, y fundamentándola de tal manera que el enunciado corresponda con su desarrollo, pues cualquier incongruencia al respecto impediría a la Sala conocer el verdadero alcance de sus palabras, para luego concluir con la cita de las normas que considere vulneradas con la decisión judicial. / Además, para evitar que se refundan los argumentos, se mezclen

Págs.

indebidamente las causales y se confundan sus alcances, se exige que los cargos se presenten en forma separada, cada cual guardando su independencia conceptual y argumental. Y, además, si se trata de reproches excluyentes, se deberá formular aparte del o de los principales y en forma subsidiaria. / En veces, sin embargo, puede suceder que en la demanda presentada, se obvien algunos de estos presupuestos. No obstante, si el texto es claro y vigoroso y de su contenido se puede extraer sin dificultad la precisión requerida para abordar su estudio de fondo, el escollo podrá ser superado. Así resulta cuando de los argumentos presentados se pueda colegir sin duda alguna las normas infringidas o se pueda separar en debida forma los reproches por presentarse cada cual con su propia identidad. / Si ello no sucede así, si aparte de pasarse por alto uno o varios de estos requisitos formales, la demanda es farragosa o escasa en sus razonamientos, queda la Corte en la imposibilidad de aceptarla pues de acometer el estudio de fondo, necesariamente habrá de interpretarla, aclarando con argumentos propios los pasajes oscuros. Sin embargo, al realizar esta tarea, aparte de prohijar una coadyuvancia inaceptable estaría rompiendo el principio de neutralidad que se encuentra obligada a respetar. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 27 DE 1994. Decisión: Rechaza in limine la demanda. Sujetos: Gómez Poveda, Jasbleidy Jazmín - Gómez Pérez, Luis Carlos. Proceso: 009708..... 481

DEMANDA DE CASACION / INSPECCION JUDICIAL / PRUEBA / NORMAS LEGALES

La tergiversación de una prueba puede darse de dos formas: alterando su contenido, haciéndole decir lo que en realidad no predica; o también tomando una parte como si fuera el todo, de donde la omisión de una porción de su texto desfigura su contenido. En cualquiera de los dos sentidos, la prueba es distorsionada pues al final queda expresando algo que en realidad no contiene. / 2. La inspección judicial no es una verdad en sí misma. Su objetivo dentro del proceso es ilustrar al juez sobre lo acaecido en el lugar donde sucedieron los hechos, materia de investigación. Aparte de las especificaciones que en ella se hagan y que puedan explicar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo acontecido, se puede solicitar la ayuda de técnicos que ilustren con profundidad algunos aspectos referentes a su especialidad y que puedan servirle posteriormente, como elementos de juicio, a los sentenciadores. / Por consiguiente, dicha prueba, como todas las demás, está sujeta a las reglas de la sana crítica. En la medida que sus asertos compaginen con las restantes probanzas, será tomada en cuenta, sopesada y valorada, convirtiéndose en apoyo de la decisión. Por consiguiente, es claro que las conclusiones de la inspección judicial no atan al juez; apenas le sirven de guía, lo que indica que bien puede servirse de ella, parcial o totalmente, según se lo indique el resto del acervo probatorio. / Lo que no

Págs.

está permitido al sentenciador es desfigurar su contenido, haciéndole decir lo que no dice. Pero sí es lícito tomar la porción que, a su modo de ver, se acople con los demás medios probatorios. / El Código Nacional de Tránsito Terrestre es el Decreto 1344 de 1970, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiera la Ley 8a. de 1969, modificado en algunos de sus artículos por leyes posteriores. Por consiguiente, se está frente a un compendio de normas, jurídicamente vigentes, de carácter público y, por ende, de obligatorio cumplimiento. No hay razón por tanto, para exigir su expresa aparición por escrito en el expediente. Diferente es el caso si se tratara de reglamentos privados o cualquier otro tipo de prueba particular. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez; Doctor Ricardo Calvete Rangel. Notas: Salvamento parcial de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 27 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Castro González, Juan Antonio. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 008722. 488

PERJUICIOS (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez; Doctor Ricardo Calvete Rangel. Notas: Salvamento parcial de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 27 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Castro González, Juan Antonio. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 008722. Publicada: Si. 508

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / UNIDAD PROCESAL / TIPICIDAD / ENRIQUECIMIENTO ILICITO

La desarmonía o falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación, constitutiva de la causal segunda de casación, no emerge de la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso sino de la identidad de la conducta imputada como cuando se enjuicia por peculado y se condena por hurto agravado. / 2. La ruptura de la unidad procesal de conductas punibles conexas, tenida como excepción al principio general de la unificación del proceso, no genera nulidad por expresa voluntad del legislador (artículo 85 del Decreto 050 de 1987, vigente para la época del juzgamiento y 88 y 90 de Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993), siempre que no resulten afectadas las garantías fundamentales del individuo, en razón a que con dicha medida se busca agilizar la tramitación del juicio evitando dilaciones en la definición de la situación jurídica de quien o quienes enfrentan cargos ante la justicia. / 3. No debe perderse de vista que dada la

Págs.

subsidiariedad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, su existencia como infracción penal está condicionada a que la obtención, por parte del empleado oficial, de un incremento patrimonial no justificado por razón del cargo o de las funciones propias de éste, no constituya otro delito y que la concusión como delito formal no requiere para su consumación de la entrega del dinero o la satisfacción de la utilidad indebidos. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 28 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Ortiz Hernández, José Jim - Gómez Gutiérrez, María Nena. Delitos: Concusión. Proceso: 008860.....

515

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Es natural que la confrontación de las pruebas arroje resultados adversos para unos hechos, ya sea porque no están debidamente probados o porque las evidencias en contra tienen mayor poder de convicción. Por eso, resulta incompleta la demostración del yerro por parte del casacionista, para quien solamente las declaraciones a favor del procesado son serias, veraces y creíbles, basado en su personal criterio, con desconocimiento de la objetividad que caracteriza el proceso valorativo realizado por el funcionario judicial, con apoyo en la realidad procesal. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 28 DE 1994. Decisión: Desestima las demandas y casa parcial y oficiosamente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Sujetos: Acosta Peláez, Pedro Manuel - Vásquez Corrales, William. Delitos: Homicidio. Proceso: 008680.....

524

PRESCRIPCION

El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, en su primer inciso, señala con claridad: "La acción penal prescribirá 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 años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes". / Como bien se observa tres son los lapsos que presenta el precepto. El primero, el fijado taxativamente en la ley; el segundo, los lindes a los que se debe sujetar aquel, pues jamás podrá ser menor a cinco (5) años ni mayor de veinte (20); el tercero, establecido en concordancia con el artículo 84 ibídem, aunque establece que la prescripción se interrumpe con la resolución de acusación, el reinicio del conteo se hará por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. / El fenómeno prescriptivo se rige exclusivamente por el término señalado en la respectiva disposición penal

Págs.

como máximo, atendién dose como es apenas obvio, las circunstancias específicas que modifiquen el delito mismo. / Por tanto, deben examinarse primero las disposiciones pertinentes que rigen el asunto y luego de hacer las operaciones matemáticas de rigor se establece si se haya dentro de los límites fijados en el artículo 80. Si los supera se debe reducir o aumentar para adecuarlo a dichos mojon es. / Cuando la ley manda que el término prescriptivo tenga una reducción significativa en el evento de que al reo se le haga un pliego de cargos, parte de la premisa de que el Estado necesita menos tiempo para realizar el juicio consiguiente pues ya se han encontrado suficientes elementos tendientes a demostrar su presunta responsabilidad. / La etapa final del proceso, por consiguiente, en aras de una pronta y cumplida justicia ha de ser expedita, dictándose con la prontitud del caso, el fallo correspondiente pues es mucho menor el tiempo que requiere en comparación con la investigación propiamente dicha. No hay razón para que éste se alargue innecesariamente, lo que inevitablemente debe transmitirse también al fenómeno prescriptivo. / Así las cosas, por voluntad de la misma ley, siempre el nuevo término prescriptivo correrá por la mitad del tiempo requerido luego de proferirse la resolución de acusación. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de casación. Fecha: SEPTIEMBRE 29 DE 1994. Decisión: Declara prescrita la acción penal y declara nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Acevedo, José Antonio. Delitos: Hurto agravado. Proceso: 009164.....

541

POLICIA JUDICIAL / TESTIMONIO MENOR

Los informes de la policía, ciertamente que carecen de su específica juramentación, pero no hay duda alguna, también, en que se produjeron oportunamente y tuvieron origen en quienes exhibían condición de autoridad policiva, lo cual le imprime valor de auténticos, nota esta de importancia y que no puede depender, exclusivamente, de haberse dado el juramento echado de menos. El documento, como tal, por su carácter oficial, está dando fe de algo que por sí, por sus otras formalidades, establece una noticia sobre una pesquisa realizada por la autoridad pública. El valor depende no del juramento, que no reviste de la característica de forma ad solemnitatem o de imprescindible presencia, sino de la apreciación que de él haga el juzgador, exponiendo para ello las razones pertinentes. / Para la época de los referidos informes, el artículo 336 del C. de P.P., preceptuaba la juramentación del mismo, con indicación de nombres y apellidos y número del documento de identificación como miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial; pero, la previsión se refería, más que todo, a los presentados directamente al juez de instrucción, procurando con ello la autenticidad del documento. Pero nada decía cuando la relación se efectuaba con la intervención del jefe del Organismo al cual pertenecían esos informes,

Págs.

hipótesis en la cual, el jefe de la Sijin o el Comandante de la respectiva Estación de Policía, al estampar ellos sus firmas, ya relevaban de esas otras formalidades, pues ese conducto regular estaba señalando fehacientemente que se trataba de funcionarios públicos con actuación propia de policía judicial. / 2. La ley procedimental de 1971 (Decreto 409) en el artículo 237, contiene una orientación igual a la del artículo 282 del Decreto 2700 de 1991. En el interregno (Decreto 050/87), nada se especificó sobre testimonios de menores de edad. De ahí que con antecedente tal y con el silencio subsiguiente se continuó, como costumbre, prescindiéndose del juramento (el niño no comprende la trascendencia de esa conminación, no es objeto de sanción penal de falso testimonio, una y otra pueden incidir en la espontaneidad de su dicho, etc.) buscándose ambientar adecuadamente esa intervención y evitar abusos o suspicacias, lo cual se propiciaba con el concurso de su representante legal o, en su defecto, de un pariente cercano. La jurisprudencia ha estimado esa práctica como ajena a incorrecciones y encuentra el tema como aspecto de mermada entidad, insuficiente para perder por una supuesta formalidad legal, la eficacia de una versión así producida, apreciándose así su imprescindible sustancialidad. No falta quien anote que el texto del artículo 282 viene a mantener una continuidad legislativa necesaria y conveniente. En situación tal, no es dable pensar ni en un vacío que deba apreciarse como que la persona de reducida edad debe prestar juramento so pena de resultar ilegal su declaración y perder ésta, por tanto, todo mérito. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 3 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de: Cundinamarca. Sujetos: García Polo, Luis Alberto. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 008700. 550

REFORMATIO IN PEJUS / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO / DEMANDA DE CASACION

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, entendiéndose por “pena” las diversas sanciones que como tales prescribe el estatuto punitivo en el título IV, artículos 41 y 42: prisión, arresto y multa (principales) y restricción domiciliaria; pérdida del empleo público u oficial; interdicción de derechos y funciones públicas; prohibición del ejercicio de un arte; profesión u oficio; suspensión de la patria potestad; expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas (accesorias). / Por consiguiente, todo incremento como la imposición de una sanción más onerosa o la adición de otra, implican de suyo una agravación de la situación jurídica del sentenciado, punitivamente hablando, la que no podrá modificarse en detrimento suyo cuando sea apelante único. Si alguno de los otros sujetos

Págs.

procesales manifiesta su inconformidad, esta limitante desaparece pues es obvio que son distintos los intereses que se encuentran en discusión y a ellos debe atender el superior en la revisión y evaluación del fallo emitido por el aquo. / Es claro que la indemnización de perjuicios, como concepto que apunta hacia el reconocimiento y satisfacción de los derechos del ofendido o perjudicado está por fuera de esta órbita no solo por no estar consagrada como tal dentro de la escala o relación de sanciones que indica la normatividad penal sino también porque con ella no se satisface ninguna de las funciones declaradas de la pena, con las cuales el Estado persigue no solo la prevención que actúa tanto sobre el infractor como la colectividad de que forma parte o la finalidad resocializadora, sino también con las funciones de retribución y protección. / La indemnización se mueve en otro ámbito. Con ella se persigue la reparación del daño causado con la infracción, independientemente del correctivo impuesto por la conducta cometida, bien que debe evaluarse, fijarse y concretarse en la sentencia respectiva. Por consiguiente, si algún motivo de inconformidad surge de su reconocimiento como tal, la vía para alegarla no es la causal tercera, sino la causal primera, por aplicación indebida de los artículos 106 y 107 del Código Penal. Si, se le deduce a partir de un error en su cuantía por torcida evaluación de un medio probatorio, la violación indirecta es el camino a seguir. / 2. La normatividad enseña que los cargos deben formularse como reproches separados; no obstante, podría pasarse por alto el desacierto si de todas maneras, cada cual guarda independencia conceptual, es decir, es sustentado en debida forma, deslindando campos con el otro. / 3. Cuando el notario manifiesta en el escrito que las firmas que allí aparecen junto con las huellas digitales corresponden a las identidades que los mismos manifiestan, no está avalando o modificando el documento del cual hacen parte. Simplemente le está otorgando credibilidad a sus firmas, con independencia del contenido del escrito. Por ello, este texto notarial conserva su total autonomía y por ser suscrito por un funcionario público, adquiere tal carácter pues lo está haciendo en ejercicio de su cargo. / Por consiguiente, cualquier alteración que en este escrito se haga tipifica una falsedad material de particular en documento público, sin que pueda predicarse respecto de ello una falsedad personal dado que este tipo penal es de carácter residual. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 03 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Terreros de Dominguez, Ana Lucía. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb., falsedad en documento privado. Proceso: 008872. 561

PRESCRIPCION

El inciso primero del artículo 80 del Código Penal establece que "La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la Ley

Págs.

si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes". / Y el artículo 84 del mismo estatuto señala que el término de prescripción de la acción se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado y se empieza a contar otra vez, por un término igual a la mitad del previsto en el citado artículo 80, tracto que nunca podrá ser inferior a cinco años. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de casación. Fecha: OCTUBRE 03 DE 1994. Decisión: Declara prescrita la acción penal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Giraldo Fúquene, Henry. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 009568. 577

DEMANDA DE CASACION / INVESTIGACION PENAL

El casacionista incurre en el error de mezclar dos causales de casación, pues buena parte de la demanda está dedicada a controvertir la prueba, cosa que daría lugar a sustentar una violación indirecta de la ley, pero también el actor arguye motivos de invalidez del proceso, cargos estos que evidentemente se excluyen, como que en un proceso se haya afectado sustancialmente el debido rito y sea, por tanto, nulo, no cabe aducir equivocaciones acerca de la valoración probatoria, ataque éste que procede siempre y cuando se hayan respetado las garantías constitutivas del debido proceso, y que en el mejor de los casos sí podría hacerse, pero "separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria" (art. 225 del C. de P.P.). / En torno a la investigación integral, reitérase que ésta, en rigor, consiste en la obligación que tiene el funcionario judicial de llevar al proceso todas las pruebas que tengan que ver con el esclarecimiento del hecho punible (y las consecuencias derivadas de éste) y con la responsabilidad que le pueda caber al procesado en el mismo. Con la simple observación resulta lógico que las pruebas que no tengan relación con ninguno de esos tópicos, devienen improcedentes y, por lo mismo, deben ser rechazadas por el funcionario que conozca del proceso (art. 250 C. de P.P.). Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 04 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Rojas Torres, José Gabriel. Delitos: Homicidio, porte ilegal de armas. Proceso: 009158. 581

NULIDAD / PECULADO POR APROPIACION

Un supuesto error en el proceso de adecuación típica que involucre tipos penales correspondientes a diferentes bienes jurídicos tutelados, es cuestión que en sede de casación debe plantearse dentro del ámbito propio de la causal tercera, pues teniendo en cuenta la congruencia que debe existir entre

Págs.

la acusación y la sentencia, ninguna solución distinta a la nulidad puede ofrecerse para restablecer el debido proceso cuando haya sido vulnerado por la irregularidad sustancial consistente en apreciar equívocamente la conducta investigada y subsumirla dentro de un tipo penal que además de no adecuarse a la realidad fáctica, tiene por objetivo proteger un interés jurídico distinto del verdaderamente afectado en el caso concreto. / 2. Peculado por apropiación, es delito contra la administración pública, hurto agravado por la confianza es delito contra el patrimonio económico. / “La expresión utilizada por la Ley en la definición de peculado y que dice ‘en razón de sus funciones’, hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado”. / “Las facultades de manejo en el empleado público no solamente las otorga la ley, el decreto, la ordenanza o el acuerdo, sino también las resoluciones, los reglamentos y hasta la orden administrativa, cuando los destinatarios son servidores del Estado. De suerte que por medio del mandato, entiéndase como contrato o como orden, se transfieren, trasladan o delegan, total o parcialmente, esas atribuciones al mandatario, quien por el mencionado cargo las ejercita”. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 04 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Sincelejo. Sujetos: Peralta Guevara, Ligia Esther. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 008729. 591

DEFENSOR / INDIVIDUALIZACION / UNIDAD PROCESAL / DERECHO DE DEFENSA / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

De ninguna manera la simple inactividad de los defensores dentro de alguna de las etapas del proceso penal puede llegar a considerarse como vulneración

Págs.

del derecho de defensa, siendo estrategia válida y de recibo la simple tolerancia en el recaudo de las pruebas, el consentimiento de algunas providencias y aún la permisividad del simple transcurso inactivo del tiempo, pues de todas esas circunstancias pueden válidamente esperarse beneficios procesales para el vinculado (libertad, prescripción, duda pronunciamientos más favorables o más rápidos, etc.), lo que frecuentemente torna esa aparente pasividad en efectivo mecanismo defensivo, a la espera del pronunciamiento de los juzgadores, ora en la expectativa de que así se procederá éste de modo más benigno, o se hará vulnerable frente a pruebas ya obrantes, cuando no a vacíos importantes y difícilmente superables. / 2. Nada interesa que el sujeto pasivo de la acción penal se presente con una pluralidad de nombres o de documentos de identidad, lugares o fechas de nacimiento, mecanismos fraudulentos que ninguna duda alcanzan a generar cuando se tiene la certeza respecto del individuo único y concreto sobre el cual recae la acción punitiva del Estado. / Ya en su momento el artículo 127 del Decreto 050 de 1987 establecía que la necesidad de determinar la identidad del procesado imponía al instructor la obligación de practicar con preferencia las pruebas orientadas a obtenerla, siempre y cuando "surgieren dudas" sobre ella, y dentro del mismo sentido el artículo 128 clarificaba que "la imposibilidad de identificar al procesado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución de la sentencia, cuando no exista duda sobre su individualización física" (subrayado de la Sala), condiciones que hoy subsisten aplicadas a los diferentes estadios procesales como sucede para comenzar cuando el 319 del Código de Procedimiento Penal, impone como objeto de la averiguación preliminar la determinación de la "identidad o individualización de los autores o partícipes de la infracción, el artículo 352 solo autoriza oír en indagatoria a quien sorprendido en flagrancia o señalado por los antecedentes y circunstancias contenidos dentro del proceso se pueda tener como autor o partícipe del hecho, y concordantemente el artículo 356 advierte que no podrá emplazarse "a persona que no esté plenamente identificada", en una clara prohibición a la vinculación de personas indefinidas, de una pluralidad de homónimos o de sujetos simplemente señalados como n.n., hasta culminar en la exigencia de que la redacción de la sentencia contenga los datos de la "identidad o individualización del procesado" (artículo 180 ibídem). / 3. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, a menos que por esa razón se lleguen a vulnerar derechos fundamentales. / 4. Refiriéndose con exclusividad los dos cargos contenidos al resarcimiento de perjuicios, debe ceñirse a las exigencias y requisitos previstos en la codificación procesal civil, no a la penal. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 05 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Vargas Sáenz, Pedro Simón; Rueda Martínez, Hernando; Rueda Nieto, Gilberto; Rojas

Págs.

Niño, José Cayetano. Delitos: Daño en bien ajeno, perturbación de la posesión sobre inmueble. Proceso: 008515. 599

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Si bien es cierto que el artículo 501 del anterior estatuto procedimental penal autorizaba al juez del conocimiento para variar la adecuación típica del hecho punible, dentro del correspondiente título del Código Penal, atendiendo a las diligencias practicadas durante el término probatorio del juicio o en la audiencia pública, también lo es que según ha sostenido esta Corporación: / “El artículo 32 de Decreto 1861 de 1989, amplió las facultades del funcionario sentenciador, para modificar la calificación provisional sin sujeción a nuevas diligencias y dentro o fuera del título inicialmente considerado. / “Estas facultades permiten, en primera instancia, subsanar el error cometido en la resolución de acusación, respecto a la adecuación típica, sin necesidad de decretar nulidad. Pero es posible que la irregularidad solo se advierta en segunda instancia, en virtud de apelación o de consulta, caso en el cual es procedente decretar la nulidad, pero a partir de la audiencia, para que el juez del conocimiento, utilizando el procedimiento del artículo 501 del C. de P.P. varíe la calificación”. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 05 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Sujetos: Vargas Rojas, José René. Delitos: Homicidio. Proceso: 008698.

630

DERECHO DE DEFENSA / FALSO JUICIO DE EXISTENCIA / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / FALSO JUICIO DE CONVICCION / NULIDAD

El derecho de defensa encuentra su fundamento en la oportunidad plena y permanente que tiene el procesado para demostrar que es inocente o penalmente responsable en determinado grado, individualmente o por medio de apoderado puede hacer efectiva esta garantía superior. / 2. La causal primera, segundo cuerpo, versa sobre una errónea interpretación de las pruebas, bien lo que tiene que ver con su expresión, ora en lo atinente a su evaluación. / En el uno; se presenta el error de hecho por omisión, suposición o tergiversación de la probanza, es decir, por falsos juicios de existencia e identidad. En el otro, tienen cabida los juicios de legalidad y convicción, en el caso de que se tenga en cuenta una prueba que no reúne los requisitos legales para su aducción o se rechaza uno por que si los posee o no se le dá la valoración que prescribe la ley. En cambio, la causal tercera tiene que ver con el adelantamiento de un juicio viciado de nulidad, por haberse desconocido las garantías fundamentales que prescribe la ley procesal y la

Págs.

Carta. / Son dos fenómenos distintos, cada uno dotado de su propia esencia y, por ende de sus naturales efectos. Como quiera que su ámbito es diferente, necesita cada cual de una alegación acorde con su contenido. Entremezclarlos indica la inconsistencia de la objeción y el absoluto desconocimiento que se tiene sobre los dos motivos, amén de que oscurece su pensamiento precipitando el fracaso de la censura. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Tirado Caro, Arbey Darío; Londoño Vanegas, Jaime Andrés. Delitos: Tentativa de homicidio, homicidio agravado. Proceso: 008910. 637

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO / DEMANDA DE CASACION

El error de hecho toca con el examen material de la prueba, al paso que el de derecho hace referencia a su contemplación jurídica, lo que exige que la demanda previamente determine la clase de error que va a alegar, y escogida esta se respete los presupuestos lógicos de su proposición porque cuestionar los medios de convicción con fundamentos jurídicos cuando se afianza la censura en error de hecho, o viceversa, lanzar críticas referidas a la materialidad de las pruebas cuando de les ha invocado el error de derecho, resulta incompatible. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: Panesso, Juan Carlos. Delitos: Homicidio. Proceso: 008935. 660

IMPEDIMENTO / ACCION DE TUTELA / HABER DICTADO PROVIDENCIA

Los impedimentos están instituidos en nuestra legislación procesal como garantía de imparcialidad que deben tener los funcionarios judiciales en la difícil labor de impartir justicia, es decir, libre de sombras, de sospechas que puedan cercenar la recta y debida administración de justicia. / Entendidas así las cosas, no hay duda que la causal escogida por las magistradas para fundamentar el impedimento descorda el contenido de la preceptiva, pues la expresión "que el funcionario judicial hubiere participado dentro del proceso" hace relación a que éste haya intervenido en la actuación, en la etapa sumarial o en la del juicio, en calidad de Fiscal, juez o sujeto procesal. Ello porque así se evitan posibles prejuizgamientos en que pueda incurrir al conocer nuevamente del proceso, más aún, cuando nuestro sistema procesal tiene tendencia acusatoria y las etapas se encuentran bien delimitadas. Recuérdese que el objeto de la acción de tutela es bien distinto del que persigue la acción penal, por cuanto la primera ha sido creada por el constituyente con el fin de que los jueces amparen con un procedimiento breve y sumario la amenaza o violación de algún derecho fundamental de

Págs.

personas jurídicas o naturales, ocasionadas por medio de actos u omisiones por alguna autoridad o un particular, con base en los eventos que ha consagrado la Constitución y la ley. / La segunda, es una facultad subjetiva de la actividad jurisdiccional del Estado como forma de control y defensa social, cuya titularidad recae de manera exclusiva en la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes en la del juicio, salvo contadas excepciones legales. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto impedimento. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1994. Decisión: Declara infundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Girón Ramos, Adhemd. Delitos: Prevaricato. Proceso: 009758. 669

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / REFORMATIO IN PEJUS / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / PENA

El falso juicio de identidad implica demostrar que el juzgador alteró el contenido material de la prueba dándole un alcance que no tiene, o en otras palabras, poniéndola a decir lo que realmente ella no dice. / 2. El criterio reiterado de la Sala, es que el artículo 31 de la Carta no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que a la par consagra el artículo 29, pues la primera disposición no se ha constituido en mecanismo que le de una competencia especial al Juez de primer grado para apartarse de la preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e ineludibles consagradas en la ley, ni ese desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en un derecho a condición de que actúe como recurrente, toda vez que la armonización de los textos superiores que no podrían interpretarse en pugna, indica que la prohibición hace referencia a la “pena legal” y no a una tasación convencional o judicial que carencia de cabida dentro del ordenamiento vigente propio de un estado de derecho. / Cabe precisar como lo ha sostenido la Corte que la legalidad de la pena constituye no solamente garantía con relación al procesado, sino igualmente para el Estado, puesto que el ejercicio del poder punitivo que a su nombre cumple la autoridad judicial legítima, ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el juez que jerárquicamente es competente para revisar el pronunciamiento en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones. / El artículo 230 de la Carta consagra la independencia del juez, al disponer inequívocamente que “los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley”, pero no les da una independencia tal que los coloque por encima o al margen de la misma. / El juez a-quo debe imponer las penas de acuerdo con la ley (legalidad de la pena), y cuando ese supuesto no se da en la decisión de primera instancia ello legitima al Juez de alzada para corregir el error de legalidad de la dosificación punitiva, lo cual no

Págs.

implica ciertamente una agravación de la pena sin una corrección de la misma para ajustarla al marco legal que la define. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1994. Decisión: Desestima y casa parcial y de oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Castro Bonilla, Hernando. Delitos: Falsedad, peculado. Proceso: 008519. 675

CASACION DISCRECIONAL

El recurso extraordinario de casación por vía excepcional a que se refiere el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (hoy subrogado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993), previsto para los delitos que no acceden a la casación ordinaria, sólo proceden en aquellos casos en que la Corte lo considere "necesario para el desarrollo de la Jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". / Así mismo, ha sido uniforme la jurisprudencia al indicar que es al impugnante a quien corresponde demostrar aquella condición de procedibilidad, en forma tal que al interponer el recurso, debe, así sea en forma breve, señalar a la Corte cuáles son los aspectos relacionados con el caso sub-lite, que estima necesarios sean desarrollados por la Jurisprudencia de la Sala de Casación, o cuáles los derechos fundamentales vulnerados, pues sólo de esa manera resulta posible a la Corporación decidir sobre la admisibilidad del recurso. / En cuanto a la oportunidad para presentar tales argumentaciones, se ha dicho que lo es dentro de la oportunidad legal para recurrir la sentencia de que se trate. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Casación discrecional. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1994. Decisión: Inadmite el recurso de casación discrecional. Procedencia: Juzgado 73 Penal del Circuito. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Achuri Garzón, Nelson. Delitos: Lesiones personales, hurto calificado y agravado. Proceso: 009837. 700

DEMANDA DE CASACION / LEGITIMA DEFENSA / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La mezcla indiscriminada de censuras con respecto a una misma prueba, resulta totalmente desafortunada pues no es posible determinar cuál es en definitiva la inconformidad del recurrente. / Plantear simultáneamente un falso juicio de identidad, falta de apreciación de una prueba e incorrecta valoración de la misma, es un buen ejemplo de una de las fallas que no se deben cometer en casación. / 2. Es propio de la legítima defensa, que el injustamente agredido actué con la intención de producir daño a su agresor, para evitar que con su conducta lesione el bien jurídico que se intenta proteger, de modo que no es lógico negar la intención para atribuir la muerte del atacante a sus inesperados movimientos, ya que eso conduce es a una

Págs.

causal de inculpabilidad –caso fortuito–. / La legítima defensa exige que la agresión además de actual e inminente sea injusta, esto es, contraria a derecho. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 06 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa parcial y de oficio. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Gutiérrez Quintero, Rubén Darío. Delitos: Homicidio. Proceso: 008543. 703

DELITOS CONEXOS / DEMANDA DE CASACION

El recurso extraordinario de casación se instituyó para reparar el agravio inferido por un fallo de segunda instancia proferido por los diferentes Tribunales del país contra cualquiera de los sujetos procesales. Sin embargo, su medida la dan los delitos que fueron materia del proceso, cuya importancia se mide por las penas máximas que les asigna la normatividad penal. / El Código de Procedimiento Penal de 1991 señalaba en un comienzo que los delitos por los que se había procedido debían tener como máxima una pena privativa de libertad de cinco o más años. Luego la Ley 81 de 1993 elevó el monto a seis (6) años. La reforma conservó la extensión del recurso a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos sea inferior a la dicha anteriormente. / Respecto de los delitos conexos es menester una aclaración adicional. Cuando el fallo versa sobre varios delitos, basta que uno solo de ellos cumpla con las exigencias del recurso extraordinario para que éste se extienda a todos los demás que, en condiciones normales no serían susceptibles de estudio en la Corte. / Puede suceder, sin embargo, que por alguno de ellos se absuelva y por los demás se condene a los imputados. En este caso, el recurso de casación, si es interpuesto por la defensa, procedería únicamente por los delitos, objeto de la condena. Si la conducta que fue materia del reproche penal continúa cumpliendo con las exigencias casacionales, no existe dificultad alguna. Pero si el punible que otorga la competencia a esta sede es objeto de absolución es claro que los restantes, que son los que exigen la reparación por medio de la impugnación, al tener una menor entidad de la exigida por el artículo 218 en comentario, quedan de por sí excluidos, pues la ofensa presuntamente inferida y el resarcimiento consiguiente al través de la casación del fallo, es menor a la que exige el instituto para actuar. / Diferente es el caso cuando cualquier otro de los sujetos procesales impugna el fallo respecto del delito que otorga la competencia a esta Sala. En este supuesto, los demás delitos conexos serían objeto del recurso, pues la presunta afrenta causada con el fallo corresponde a la normatividad. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Auto de casación. Fecha: OCTUBRE 10 DE 1994. Decisión: Declara la nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Medina Rendón, Edgar Hernán; Méndez de Lasso,

Págs.

Ana Lilia, Aedo; Miguel Eulises. Delitos: Fasedad material de particular en documento público, falso testimonio, proceso 009745. 717

SANA CRITICA

Hoy por hoy no existe en nuestro ordenamiento jurídico procesal norma alguna que regule el valor de verdad en materia probatoria. En esta labor, el juzgador goza de amplia discrecionalidad, tan sólo limitado por la lógica, la razón, las reglas de la experiencia y el sentido común que son los ingredientes del principio de la sana crítica. / El perfil del recurso extraordinario de casación, no es otro que el de un juicio lógico-jurídico que realiza la Corte en torno de la legalidad de la sentencia acusada. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Acosta Izquierdo, Nelson Sored. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 008721. 723

COLISION DE COMPETENCIA / TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO / AUDIENCIA ESPECIAL / NULIDAD

La competencia asignada por la ley a la Corte a través del incidente de colisión es exclusivamente para desatar la controversia, esto es, que escapa a su conocimiento cualquiera otro asunto que se le proponga con ocasión de dicho incidente, inclusive que si en desarrollo de su función encuentra una irregularidad capaz de invalidar la actuación podrá a lo sumo insinuarla al competente en ese momento procesal pero jamás decretarla y menos, con fundamento en ella, abstenerse de dirimir el conflicto, salvo que éste no haya sido debidamente trabado. / 2. No en vano el artículo 37 del C. de P.P., tal como quedó subrogado por el artículo 3o. de la Ley 81 de 1993, exige perentoriamente como acto previo al trámite de la solicitud de sentencia anticipada una providencia de fondo ejecutoriada: la resolución de la situación jurídica o la resolución de acusación, porque es allí donde están contenidos con fuerza procesal vinculante "los cargos formulados por el Fiscal" que el procesado debe aceptar libre y voluntariamente para que sobre los mismos se profiera sentencia "siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales"; pues si el procesado no está de acuerdo con dichos cargos el procedimiento a seguir ya no será el de la sentencia anticipada sino el consagrado en el artículo 4o. de la citada Ley 81, en donde en "audiencia especial" se procederá a la negociación en los términos allí indicados. En ambos casos, sin embargo, incumbe al Juez que tenga la competencia analizar los hechos probados, la acusación o el acuerdo para con base en ello proferir el fallo correspondiente. / En esta forma busca el legislador evitar dilaciones procesales innecesarias que pueden suscitarse

Págs.

sobre la naturaleza del hecho y obviamente sobre la competencia, pues apelada cualquiera de las providencias arriba indicadas tiene el superior la oportunidad de examinar los aspectos referidos y corregir cualquiera irregularidad en que hubiese podido incurrir el funcionario a quo. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias. Fecha: OCTUBRE 11 DE 1994. Decisión Asigna competencia al juez regional. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Suárez, Wilson de Jesús. Delitos: Porte de armas de uso privativo de las F.M. Proceso: 009814. 734

UNIDAD PROCESAL / UTILIZACION ILEGAL DE UNIFORMES / PERITAZGO / RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS / DEFENSOR / INDAGATORIA / NULIDAD / FISCAL REGIONAL

En cualquier etapa del proceso hasta antes de que finalice la audiencia pública, las partes pueden presentar las objeciones que a bien se tuviese para efectos de contradecir la prueba pericial. / 2. Que la diligencia de reconocimiento en fila de personas o la ampliación de indagatoria no se hubiese realizado con la presencia del defensor de confianza, sino con uno de oficio, en nada afecta la legalidad del proceso, ni se puede pretender con ello que se ha vulnerado el derecho a la defensa, porque en casos de urgencia y ante la ausencia injustificada del defensor de confianza, la investigación no se puede detener y es por ello, que el funcionario tiene todo el derecho que ante la imposibilidad de contar con el defensor de confianza puede practicar la prueba con un defensor de oficio y para el solo efecto de esa diligencia y tal proceder no puede servir de pretexto para alegar con posterioridad violación del derecho de defensa. / 3. La falta de la firma del instructor en la diligencia de ampliación de indagatoria, no acarrea irregularidad por cuanto con la expedición del Decreto 2790 de 1990 reformado por el Decreto 099 de 1991, el cual fue elevado a legislación permanente por el Decreto 2266 del mismo año, autorizó a los funcionarios judiciales de la entonces denominada jurisdicción de orden público que reservaran su identidad en la práctica de pruebas con el fin de garantizar su seguridad. / 4. Jurisprudencial como doctrinariamente se han establecido varios requisitos para que por conexión las conductas ilícitas puedan ser de conocimiento de un juez determinado, ellos son: / 1. Unidad de sujeto activo. / 2. Pluralidad de acciones o infracciones. / 3. Comunidad del medio probatorio. / 4. Unidad de denuncia y de proceso. / La razón de ser de este instituto no es otra que la de favorecer al procesado en la celeridad de la actuación, en aprovechamiento de la comunidad probatoria y la economía procesal que por razones de conveniencia con la justicia se hace necesario que los delitos se deban conocer en un solo proceso. / 5. Si bien el tipo penal previsto en el artículo 19 del Decreto 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, artículo 4o., lleva por

Págs.

título "Utilización ilegal de uniformes e insignias" su contenido es más vasto puesto que contiene diversos verbos rectores que alternativamente contemplan conductas diferentes, entre ellas las de importar, fabricar, transportar, almacenar, distribuir, comprar, vender, suministrar, sustraer, portar o utilizar. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 12 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Nacional: Sujetos: Gallego López, William; Posada Ospina, Rafael Antonio. Delitos: Tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado. Proceso: 008218. 740

FAVORABILIDAD / IN DUBIO PRO REO / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La favorabilidad opera cuando hay sucesión de leyes en el tiempo y existen dos o más que resultan aplicables a un caso concreto. / 2. La no aplicación de la norma que regula la existencia de la duda no se puede demandar al amparo de la nulidad, ya que no se trata del resquebrajamiento de la estructura procesal, ni de la vulneración del derecho a la defensa o al debido proceso, sino de errores del sentenciador que deben plantearse en casación por la causal primera, ya sea violación directa o indirecta. Si en la parte motiva se acepta la existencia de la duda pero no se aplica la disposición, vía directa; si la falta de aplicación se debe a un error en la apreciación probatoria, vía indirecta. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 12 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Duarte Garzón, Edgar Augusto. Delitos: Homicidio, porte ilegal de armas. Proceso: 008953. 760

COLISION DE COMPETENCIA

La decisión que dirime la colisión de competencias, bien sea emitida por esta Corte, por el Consejo Superior de la Judicatura o por cualquiera otra autoridad encargada de hacerlo de acuerdo a la ley, es vinculante no sólo para los protagonistas de la colisión, sino también para los demás funcionarios judiciales que intervengan en el proceso, incluidos desde luego, los fiscales de la República, quienes deberán obrar en consecuencia. Significa lo anterior que si esta Sala decide que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por cuanto que el cultivo de marihuana encontrado no sobrepasaba las dos mil matas, y ello implica que esa Corporación decrete la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación por incompetencia del fiscal que la calificó, el nuevo fiscal deberá formular la acusación de conformidad con lo decidido por esta Corte. De no hacerse así, se estaría desconociendo

Págs.

una decisión tomada por la Sala en pleno ejercicio de sus funciones, al abrirse paso la hipótesis de que el conflicto de competencias que ahora se dirime, pudiera volver a presentarse ante la persistencia de la entidad acusadora en su inicial decisión. Es una situación muy similar a la que se presenta cuando la Corte, en sede de casación, decreta la nulidad del proceso por un error en la calificación del sumario. Si el fiscal, al calificar de nuevo su mérito tuviera la posibilidad de apartarse del criterio de la Corte, en el fondo estaría desconociendo una sentencia, que es de obligatorio cumplimiento para todos los sujetos procesales. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de colisión de competencias. Fecha: OCTUBRE 12 DE 1994. Decisión: Declara competencia al Tribunal Superior de Quibdó. Procedencia: Tribunal Nacional. Sujetos: Castañeda Jiménez, César de Jesús; Castañeda Serna, Edwar; Castañeda Echeverry, Isaac. Delitos: Violación de la Ley 30/86. Proceso: 009768. 775

CESACION DE PROCEDIMIENTO / PREVARICATO POR ACCION

El legislador fué excesivamente celoso en señalar un grado de prueba para la demostración de cualquiera de esos supuestos (el hecho imputado no existió, el procesado no lo cometió, la conducta es atípica, demostración de una causal eximente de antijuridicidad o inculpabilidad o porque el proceso no podía iniciarse o proseguirse) aliviando que debía ser plena, o sea, aquella que, sin ninguna mezcla de duda, tiene la virtualidad de producir certeza en el espíritu del funcionario judicial que reconoce su existencia. / Con ese propósito su actividad debe estar dirigida al examen de los puntos en que se finca la prueba, concatenarlos, sacar de ellos consecuencias, y después de cotejarlos de cerca, teniendo en cuenta sus diferentes circunstancias, establecer una conclusión final entre los diversos resultados de estas operaciones mentales. Por manera que esta convicción adquiere la denominación de certeza, cuando rechaza positivamente los motivos contrarios que no pudieron oponerse válidamente a los afirmativos. / Apuntando a esa finalidad, no debe desconocerse que el funcionario cuenta con libertad de apreciación de las pruebas, sometido tan sólo a las reglas de la sana crítica, pero esa libertad no puede tomarse como sinónimo de arbitrariedad, en términos de aceptar o rechazar un medio de prueba a su libre talante, de ignorarla o de darle un alcance que no tiene, pues así también se es deshonesto en la difícil pero noble misión de administrar justicia. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de segunda instancia. Fecha: OCTUBRE 12 DE 1994. Decisión: Revoca sentencia absolutoria y condena. Expide copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Sujetos: Alzate Restrepo, Oscar de Jesús. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 009546. Publicada: Si. Notas aclaratorias: Salvamento parcial de voto del Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 781

Págs.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de segunda instancia. Fecha: OCTUBRE 12 DE 1994. Sujetos: Alzate Restrepo, Oscar de Jesús. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 009546. Notas aclaratorias: Salvamento parcial de voto de Jorge Enrique Valencia Martínez. 796

COLISION DE COMPETENCIA

El proceso en que se presenta (la colisión) ya tiene calificado el mérito del sumario con Resolución Acusatoria debidamente ejecutoriada, que fue dictada, luego de agotarse las etapas previas, por una delegada de la Fiscalía General de la Nación, entidad que conforme al artículo 120-1 del Código de Procedimiento Penal, es la competente para investigar todos los delitos que se cometan dentro del territorio nacional, salvo los casos especiales de fuero, y acusar a los presuntos infractores. / Dicha acusación, por tanto, proviene de autoridad competente y se ajusta a las formalidades legales, razón suficiente para que deba ser respetada como ley del proceso que es, máxime si se tiene en cuenta que la ejecutoria de esa providencia marca el final del sumario y el comienzo del juicio, circunstancia que en un sistema penal acusatorio como el que rige en nuestro país determina variación de la competencia, pues la investigación que venía siendo adelantada por un fiscal pasará desde ese momento a manos del juez competente para la causa. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias. Fecha: OCTUBRE 12 DE 1994. Decisión: Dirime la colisión asignándola al Juez 24 Penal del Circuito de Cali. Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito. Ciudad: Cartago. Sujetos: Rosero Torres, Daniel Enrique. Delito: Peculado. Proceso: 009703. 798

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El alegato de las partes no recurrentes es aceptable siempre que se limite a tratar asuntos pertinentes a la demanda presentada por el actor, bien para apoyarlos, ora para desvirtuarlos. Como quiera que está sujeto al principio de limitación no puede abordar temas extraños al escrito so pena de que sus palabras sean desatendidas por la Sala por desbordar los lindes propios de su condición. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 13 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Peñaranda Supelano, Daniel Ricardo; Aguilera Peña, José Mario. Delitos: Peculado por apropiación, falsedad documental. Proceso: 008626. 803

Págs.

*PRESCRIPCION / NOTIFICACION / EJECUTORIA / DESTINACION DE
DINEROS A CONTROL DE ENTIDADES FINANCIERAS*

Propuestas a la vez, varias alternativas de invalidación, tendrá que analizarse de primera la atinente con la prescripción de la acción penal, pues el tema se ofrece prioritario, en tanto que de admitirse la extinción de la acción resultaría imposible la prosecución del trámite a precluir para el Estado la posibilidad de perseguir y reprimir los comportamientos endilgados. / La alegación de prescripción de la acción penal en casación debe encaminarse bajo el amparo de la causal tercera, por la vía de la nulidad, en cuanto proseguir y culminar una causa sin que la respectiva acción penal se halle vigente constituye un quebrantamiento por parte del juez de las normas y principios que rigen la legitimidad del juicio y del derecho de defensa, intereses bajo amparo constitucional. Por ello, "repugnaría a un sentimiento general de justicia que se considerara válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar el juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado". / Pretender la alegación de este vicio por la causal primera de casación resultaría contradictorio con la naturaleza de esa formulación y el fin que en ese caso se persigue, pues quien alega violación directa o indirecta parte del presupuesto de la validez del proceso centrando su ataque en la ocurrencia de errores al interior de la sentencia, y además persigue la expedición de un fallo de sustitución que obviamente se hace de imposible proferimiento a falta de una acción penal vigente. / 2. El Decreto 2920 de 1992 art. 18 advierte que incurrirán en infracción los directores, administradores, representantes legales, y funcionarios de las instituciones financieras que, utilizando fondos captados del público, los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria u otras sociedades, haciéndose acreedores a una sanción de 2 a 6 años de prisión. / 3. Tratándose de providencias que en segunda instancia decretasen prescripción de la acción o de la pena, proferiesen resolución de acusación, o dictasen o sustituyesen medidas de aseguramiento, supeditarían todavía su ejecutoria al cumplimiento de otro requisito: su notificación. / 4. Sabido es que en materia penal no existen ejecutorias fraccionadas o parciales, de manera que aquella opera no para cada procesado individualmente considerado sino que para todos cuenta a partir de la última notificación. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: OCTUBRE 13 DE 1994. Decisión: Casa y declara cesación de procedimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Naranjo Dousdebés, Germán Pablo; Caicedo Roa, Alcides; Michelsen Uribe, Jaime. Delitos: Infracción al D. 2920/82, infracción al D. 3227/82. Proceso: 008690. 824

INDICE ALFABETICO DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

A

ACCION DE REVISION. 235, 415
ACCION DE TUTELA. 669
ACUMULACION JURIDICA DE PENAS. 352
ALEGATO DEL NO RECURRENTE. 803
APELACION. 97
APODERADO. 254
ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. 432
AUDIENCIA, 66
AUDIENCIA ESPECIAL. 734

C

CASACION DISCRECIONAL. 395, 700
CAUCION JURATORIA. 437
CAUCION PRENDARIA. 437
CESACION DE PROCEDIMIENTO. 781
CIERRE DE INVESTIGACION. 189
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION. 274
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). 56, 127, 286, 796
COLISION DE COMPETENCIA. 129, 223, 257, 287, 432, 734, 775, 798
COMISO. 38
COMPETENCIA. 102, 136, 164, 174
COMPETENCIA A PREVENCION. 223
CONCURSO DE DELITOS. 240
CONCURSO (SALVAMENTO DE VOTO). 298
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. 179
CONEXIDAD. 240

CONEXIDAD (SALVAMENTO DE VOTO). 249
CONFESION. 189
CONTRAVENCION. 83
CULPA CON REPRESENTACION. 439

D

DEFENSOR. 599, 740
DELITOS CONEXOS. 399, 717
DELITOS CONEXOS (SALVAMENTO DE VOTO). 249, 403
DEMANDA DE CASACION. 7, 189, 203, 240, 254, 374, 380, 399, 426, 481, 488,
524, 561, 581, 660, 03, 717
DEMANDA DE CASACION (SALVAMENTO DE VOTO). 249
DERECHO DE DEFENSA. 189, 599, 637
DESTINACION DE DINEROS A CONTROL DE ENTIDADES FINANCIERAS. 824
DOLO. 439
DOLO EVENTUAL. 439

E

EJECUTORIA. 824
ENRIQUECIMIENTO ILICITO. 515
ERROR DE DERECHO. 660
ERROR DE HECHO. 83, 660
EXTORSION. 257
EXTORSION (SALVAMENTO DE VOTO). 303
EXTRADICION. 18, 475

F

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. 223
FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO. 136
FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO. 561
FALSO JUICIO DE CONVICCION. 58, 426, 637
FALSO JUICIO DE EXISTENCIA. 637
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. 637, 675
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD. 426, 637

FAVORABILIDAD. 352, 760
FISCAL. 174
FISCAL REGIONAL. 740
FISCALIA. 466
FISCALIA DELEGADA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 97
FUERO. 164
FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). 162

H

HABER DICTADO PROVIDENCIA. 669
HECHO NUEVO. 415
HOMICIDIO AGRAVADO. 274

I

IMPEDIMENTO. 66, 216, 669
IN DUBIO PRO REO. 760
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. 515, 630
INDAGATORIA. 740
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. 599
INDIVIDUALIZACION. 599
INIMPUTABILIDAD. 262
INSPECCION JUDICIAL. 488
INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS. 58, 102
INTERES EN EL PROCESO. 216
INVESTIGACION PENAL. 581

J

JUEZ DE CIRCUITO. 129, 257
JUEZ REGIONAL. 129, 257
JUSTICIA PENAL MILITAR. 136
JUSTICIA PENAL MILITAR (SALVAMENTO DE VOTO). 162

L

LEGITIMA DEFENSA. 380, 703
LESIONES PERSONALES. 83

M

MINISTERIO PUBLICO. 164

N

NARCOTRAFICO. 38

NORMAS LEGALES. 488

NOTIFICACION. 824

NULIDAD. 380, 591, 637, 734, 740

P

PECULADO POR APROPIACION. 591

PENA. 24, 675

PENA ACCESORIA. 58

PERDIDA DEL EMPLEO PUBLICO U OFICIAL. 102

PERITAZGO. 740

PERITO. 439

PERJUICIOS (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). 508

PERSONERO. 164

POLICIA JUDICIAL. 102, 227, 550

PORTE ILEGAL DE ARMAS. 336

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL. 129

PRESCRIPCION. 541, 577, 824

PREVARICATO POR ACCION. 781

PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL. 66, 112

PRINCIPIO DE CONTRADICCION. 102

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 675

PRUEBA. 66, 48

R

REBAJA DE PENA. 189

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS. 11, 740

RECONSTRUCCION DE PROCESOS. 363

RECURSO. 171

RECURSO DE HECHO. 395

REFORMATIO IN PEJUS. 336, 408, 561, 675

RESOLUCION DE ACUSACION. 189, 408

S

SANA CRITICA. 58, 262, 723

SECUESTRO. 287

SECUESTRO EXTORSIVO. 287

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA. 372

T

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO. 734

TERMINO. 171

TESTIMONIO MENOR. 550

TIPICIDAD. 515

U

UNIDAD PROCESAL. 515, 599, 740

UTILIZACION ILEGAL DE UNIFORMES. 740

V

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. 179, 760

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. 179, 524, 703, 760

**INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO
Y CARCELARIO "INPEC"**

Esta obra se terminó de imprimir en el
Taller de Artes Gráficas de la Peniten-
ciaria Central de Colombia en el mes
de febrero de 1996.

Santafé de Bogotá, D. C.