

R E P U B L I C A D E C O L O M B I A
C O R T E S U P R E M A D E J U S T I C I A

G A C E T A J U D I C I A L

*"Saber las Leyes non es tan solamente en aprender et decorar
las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento"*

(Siete Partidas: Partida 1a. Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

Segunda Parte
SALA DE CASACION PENAL

TOMO CLIX — Número 2400
Bogotá, D. E., Colombia — Año 1979

R E P U B L I C A D E C O L O M B I A

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CLIX

1979

SEGUNDA PARTE

SALA DE CASACION PENAL

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

SALA PLENA

Doctores **JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER, Presidente.**
JOSE MARIA VELASCO GUERRERO, Vicepresidente.
Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

SALA CIVIL

Doctores **GERMAN GIRALDO ZULUAGA, Presidente.**
Carlos Guillermo Rojas Vargas, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores José María Esguerra Samper.
Germán Giraldo Zuluaga.
Héctor Gómez Uribe.
Humberto Murcia Ballén.
Alberto Ospina Botero.
Ricardo Uribe Holguín.

SALA PENAL

Doctores **FABIO CALDERON BOTERO, Presidente.**
Alberto Mora Cogollos, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores Fabio Calderón Botero.
Dante Luis Fiorillo Porras.
Gustavo Gómez Velásquez.
Alvaro Luna Gómez.
Luis Enrique Romero Soto.
Alfonso Reyes Echandía.
Pedro Elías Serrano Abadía.
Darío Velásquez Gaviria.

SALA LABORAL

Doctores **JERONIMO ARGAEZ CASTELLO, Presidente.**
Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores Jerónimo Argáez Castello.
César Ayerbe Chau.
José Eduardo Gnecco Correa.
Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.
Juan Hernández Sáenz.
Fernando Uribe Restrepo.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores **LUIS CARLOS SACHICA, Presidente.**
Luis F. Serrano A., Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores Miguel Lleras Pizarro.
Luis Carlos Sáchica.
Luis Sarmiento Buitrago.
Hernando Tapias Rocha, hasta febrero 28 de 1979.
Gonzalo Vargas Rubiano.

RELATORES: Doctores Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral.
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal.
Hernando Guevara Peñafiel, Sala Civil.
Miguel A. Roa Castelblanco, Sala Constitucional.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA PENAL

DOCTOR HERNAN PRIETO RINCON

RELATOR SALA LABORAL

DOCTOR MANUEL ANTONIO VANEGAS M.

RELATOR SALA CIVIL

DOCTOR HERNANDO GUEVARA PEÑAFIEL

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL

DOCTOR MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CLIX - Enero a Diciembre de 1979 - Bogotá - Colombia - Número 2400

TESTIMONIO DE LA OFENDIDA

En la apreciación de esta prueba, el juzgador goza de un prudente y necesario arbitrio

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, 18 de enero de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bothero*

Expediente número 24514

Aprobado: Acta número 1

Vistos

El señor defensor del procesado Luis Antonio Rincón Vergara recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado, de fecha 15 de marzo del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual condenó a dicho procesado al confirmar en todas sus partes el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de la misma ciudad, a la pena principal de veintisiete meses de prisión más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de violencia carnal de que trata el inciso 2º del artículo 316 del Código

Penal, consumado en la menor de 14 años, Luz Amparo Lasso Lizarazo.

Procede la Sala a decidir sobre el mérito del recurso de casación, cuya tramitación se ha cumplido en forma legal.

Hechos

En las horas de la noche del 17 de febrero de 1977, la menor de 14 años Luz Amparo Lasso Lizarazo se hallaba en la discoteca "La Escalinata", de esta ciudad, en unión de sus parientes Marta y Neissa Lasso quienes departían con sendos amigos de éstas. En el citado establecimiento trabajaba Luis Antonio Rincón Vergara con quien la menor mantenía relaciones amorosas. A eso de la una de la mañana, de la citada fecha, la menor notó la desaparición de sus acompañantes y solicitó a Rincón Vergara la llevara a su casa, pero tomando un taxi se trasladaron a las "Residencias Luis XV", en cuyo lugar éste la accedió carnalmente, en dos ocasiones, siendo para ella la primera experiencia sexual de su vida. Expresa la ofendida que a eso de las once de la mañana llegó a la casa de sus padres con la disculpa, advertida por Rincón Vergara, de que había pasado la noche en casa de una parienta

de éste, quedando la coartada al descubierto por la búsqueda que de ella habían emprendido, formulándose así la correspondiente denuncia.

La presunta ofendida habló a través de su denuncia del voluntario acoplamiento sexual que, en dos ocasiones, efectuara con Rincón Vergara. En posteriores diligencias del sumario advirtió que la relación sexual había tenido ocurrencia por una sola vez y en forma incompleta: "... me introdujo esa cosa no toda sino la mitad...". En diligencia de audiencia pública, al preguntar el defensor, se lee lo siguiente: "Sírvese decirnos si en realidad Luis Antonio trató de introducir su asta viril en su vagina o no. Contestó: No trató por ningún momento".

Negó el procesado haber realizado acceso carnal con Luz Amparo; explicó que sólo recostó su cuerpo sobre el de ella y que la excitación le produjo la eyaculación.

Según copia del acta civil de nacimiento, por la época de autos Luz Amparo era menor de 14 años.

Sometida a reconocimiento médico-legal presentó: "Himen circular sin desgarros, pero elástico y dilatado, que indica que puede permitir el paso del miembro viril erecto sin causar desgarraduras".

Estudio de la demanda

1. Sentido de la Impugnación.

Para solicitar la infirmación del fallo, después de hacer un resumen de los hechos debatidos, el demandante aduce la causal 1ª de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuerpo segundo, al estimar que se dictó con *violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por estimación legal defectuosa de la prueba originada en un falso juicio de convicción.*

El error de derecho lo hace consistir el demandante en que el fallador dio valor de plena prueba del acceso carnal al relato de la menor y presunta ofendida Luz Amparo Lasso Lizarazo, relato éste del cual se retractara en la diligencia de audiencia pública.

Igualmente tacha de error de derecho el haberle otorgado el fallador el mismo valor a equivocadas apreciaciones suyas sobre los medios de convicción allegados al proceso, infringiéndose así los artículos 215, 217 y 236 del Código de Procedimiento Penal, y de modo indirecto el

artículo 316 del estatuto represor por el cual fue juzgado y condenado el procesado.

2. Respuesta del Ministerio Público.

Considera que los reparos efectuados por el demandante sobre el testimonio de la ofendida y sobre los indicios de culpabilidad deducidos por los sentenciadores, fueron desestimados con razonamientos en las instancias del proceso. Agrega textualmente:

"El error de derecho en la hipótesis planteada por el actor tiene lugar cuando el juez asigna a la prueba un valor superior e inferior al señalado por la ley, siendo deber inexcusable del recurrente demostrar de modo incontrovertible el yerro atribuido al sentenciador y la incidencia de dicho error en las conclusiones del fallo de condena.

"No debe perderse de vista que en la apreciación del testimonio y los indicios el juzgador goza de un prudente y necesario arbitrio, limitado únicamente por la comisión de errores manifiestos u ostensibles. Por consiguiente, solamente en presencia de conclusiones absolutamente reñidas con la razón y la lógica cabe aceptar un yerro manifiesto en la valoración de tales medios de prueba.

"El artículo 236 del Código de Procedimiento Penal no asigna valor específico al testimonio. Su credibilidad resulta de factores de interpretación señalados en dicha norma, todos estimados por el juzgador.

"En el presente caso el impugnador se limitó a expresar sus personales puntos de vista sobre la poca credibilidad que debe dársele a lo expuesto por la presunta ofendida, a los razonamientos aducidos por los jueces en las instancias pero sin lograr demostrar que éstos se equivocaron en la valoración de este medio de convicción.

"Las declaraciones iniciales de Luz Amparo fueron apreciadas y confrontadas con su posterior retratación para negarle a ésta su fuerza exculpatoria por tratarse de una tardía manifestación carente de espontaneidad y sinceridad.

"Fluye de lo expuesto que los reparos formulados a la sentencia recurrida resultan infundados, pues la valoración del material probatorio ensayado por el censor no puede prevalecer sobre la del fallador, máximo que éste, dentro del racional arbitrio de que goza en la estimación de los medios probatorios, explicó debidamente su decisión y la apoyó en otras pruebas...".

Solicita no casar la sentencia condenatoria recurrida.

3. Consideraciones de la Corte.

En técnica de casación el error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial no puede proponerse cuando el fallador les otorga valor probatorio de acuerdo con la credibilidad que razonablemente ésta merece. Sólo puede atacarse por error de derecho cuando se ha violado la legalidad de ella en su aducción, como lo ha sostenido en reiteradas decisiones esta Sala.

El planteamiento del cargo, por error de derecho, está basado en que al testimonio de la ofendida le fue otorgado por el sentenciador valor de plena prueba pese a que, a juicio del censor, dicho valor probatorio no podía ser reconocido por las contradicciones de la citada menor y su ulterior retractación.

Como puede observarse, el planteamiento del cargo es defectuoso al haberse propuesto por esa modalidad del error de derecho ya que, el error criticado al fallador se basa en la equivocada valoración jurídica de la prueba testimonial de la menor ofendida, y no porque éste hubiera incurrido en un falso juicio de legalidad en dicha prueba testimonial, es decir, creyéndola regular al suponer que fue llevada al proceso por el modo previsto por la ley para surtir su natural efecto, o al suponer que fue practicada con la observancia de las exigencias específicas para su formación, sin que dichas formalidades se hubieran satisfecho.

El testimonio de la menor Luz Amparo Lasso Lizarazo no podía ser impugnado por error de derecho con fundamento en un falso juicio de convicción. La ineptitud sustancial de la demanda

resalta y hace que el cargo no prospere en consecuencia.

Bien anota el Ministerio Público que el impugnador se limitó a exponer sus personales puntos de vista. Advierte la Corte que cuando ello ocurre, cuando existe antagonismo entre diversos criterios en torno al valor que debe otorgársele o negársele a una o varias pruebas, no basta ello para que pueda invocarse la causal primera de casación, cuerpo segundo, tal como se pretende en la demanda, sino que es menester demostrar que los puntos de vista aducidos son el fiel trasunto de la realidad probatoria que desconoció el fallador no obstante ser ella una verdad incontestable.

Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha quince de marzo del año próximo pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante Luis Fiorillo Porras; Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

Orden técnica en su presentación

Expediente número 24666

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, 25 de enero de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*

Aprobado: Acta número 2

Vistos

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 22 de mayo de 1978 que confirmó la del Juzgado Veintiocho Penal del Circuito del 18 de febrero del mismo año, modificándola en el sentido de imponer al procesado José Gilberto León Vargas o Vergara la pena de seis años y ocho meses de presidio por el delito de robo cometido en perjuicio de la empresa "Guillermo Bocanegra Jaramillo y Cía. Ltda."

Hechos

Fueron resumidos de la siguiente manera por los jueces de las instancias.

"...En la madrugada del trece de mayo del año próximo pasado (1977), cuatro individuos armados se apoderaron de un camión cargado con pasta alimenticia, en un garaje del centro de esta ciudad, luego de amordazar y amarrar al celador del garaje. Momentos después la policía interceptó al camión en la carretera que conduce al Llano y capturó a José Gilberto León Vargas o Vergara dentro del vehículo..."

Actuación procesal

Con base en la denuncia formulada por Laurencio Pacasuca Paipa y sus anexos, el Juzgado

Noveno de Instrucción Criminal de Bogotá profirió autocabeza de proceso el 14 de mayo de 1977.

Indagado José Gilberto León Vergara se decretó el 18 de mayo siguiente su detención preventiva por el funcionario instructor y perfeccionada la investigación fue cerrada por el Juez del conocimiento.

El Juzgado Veintiocho Penal del Circuito llamó a responder en juicio criminal al procesado por el delito de robo, decisión que quedó ejecutoriada en esa instancia. Surtida la causa, el mismo despacho profirió sentencia condenatoria que posteriormente vino a confirmar el Tribunal Superior de Bogotá, modificando la pena impuesta por aquél.

Estudio de la demanda

1. *Sentido de la impugnación.*

Después de hacer una síntesis de los hechos debatidos en el juicio, el recurrente propone la causal primera, cuerpo segundo, prevista por el numeral 1 del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues considera que el sentenciador incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba.

Al precisar la censura afirma que la presunción de responsabilidad prevista en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal no podía ser aplicada en este caso, porque la versión del procesado en su indagatoria "...según la cual se explica su presencia en la cabina del carro sustraído, por el hecho de haberlo encontrado abandonado en la carretera y como consecuencia de ello y vista la oportunidad, haberlo abordado con el fin de sustraer elementos o cosas que allí hubiera, tal como el radio pasacintas, trajín en el cual fue sorprendido por la policía constitu-

ye confesión de una actividad delictiva, que se supone verídica, conforme al artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, mientras no se pruebe en contrario. En el sumario no aparece prueba en contra, pues del dicho de los policías Germán Medina Romero (f. 21) y Luis Ignacio Medina Gómez (f. 23), lo único aceptable por ser lo único perceptible por ellos, es que el procesado se encontraba dentro de la cabina del camión...”.

Luego agrega que tener en poder la cosa robada es noción jurídica que implica posesión y que León Vargas "...no tenía ánimo de posesión sobre el camión y su mercancía...”.

Por donde concluye

“...la sentencia incurre en un error de hecho al considerar la presencia de León Vargas en la cabina del camión como ‘tener en poder el objeto robado’ y es errada por tanto la aplicación a León Vargas de la presunción legal de responsabilidad que consagra el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal por ausencia de uno de sus elementos constructivos...”.

2. Respuesta del Ministerio Público.

Solicita que la Corte no case la sentencia acusada porque "...tal como el demandante presenta el cargo, se trataría de un error de derecho y no de hecho como el supuesto yerro viene calificado, por tratarse de un juicio de valoración de prueba al desatender el juzgador la confesión vertida por el sindicado en el sentido de que el hecho de haber sido encontrado en el interior de la cabina del susodicho camión no significaba que lo tuviera en su poder sino que sólo pretendía sustraer por casualidad algunos implementos de fácil sustracción y en tales condiciones haberle otorgado toda la fuerza incriminatoria a la presunción legal de responsabilidad que está prevista en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. Al mismo tiempo tampoco determinó el concepto de violación de la ley sustancial, incurriendo en esas dos facetas, de modo particular, en faltas a la técnica de la casación, suficientes para que no prosperen los reparos hechos a la sentencia...”.

3. Consideraciones de la Corte.

Tiene razón el Ministerio Público en las observaciones de orden técnico que le hace a la demanda.

Evidentemente el actor equivocó la vía de la impugnación al proponer un error de hecho cuando en verdad lo atinado era señalar un falso juicio de convicción en la valoración de la confesión calificada del reo, pues si éste admitió que se hallaba dentro de la cabina del camión tratando de apoderarse del pasacintas y no del vehículo y de su mercancía, mal puede hablarse de que tenía en su poder la cosa robada y, por ende, resultaría inaplicable la presunción de responsabilidad. Quiere decir ello que el sentenciador no le dio a la confesión el valor que le correspondía según el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, esto es, el de presunción de veracidad, debiendo tomarla en su integridad para deducirle al procesado únicamente un delito imperfecto de robo de conformidad con uno cualquiera de los dispositivos amplificadores del tipo previstos en los artículos 16 y 17 del estatuto penal.

Por no haberle dado el fallador su valor legal a la mencionada prueba, dio aplicación a la presunción de responsabilidad de que trata el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, en razón de que por ese camino encontró reunidos los elementos exigidos por tal disposición para declarar la existencia de la plena prueba para condenar de acuerdo con los artículos 215 y 232 de la misma codificación.

Era, por consiguiente, de rigor aducir el error de derecho anotado para que su pretensión pudiera ser considerada de fondo. La circunstancia de haberlo propuesto como error manifiesto de hecho implica un desatino técnico, inexcusable, que obliga a la Corte a desestimar el cargo.

Es más, el demandante, dentro de su equívoco planteamiento, emitió determinar el concepto de la violación, porque en su afán impugnativo se quedó en la violación media o de orden probatorio, sin que por parte alguna demostrara su incidencia decisiva para concluir que, por falta de aplicación, o por aplicación indebida o por interpretación errónea, el sentenciador violó también la norma sustancial cuya correcta aplicación reclama al final de su libelo.

La confusión del error de hecho con el de derecho y su incompleta proposición, llevan, por uno u otro aspecto, a la ineptitud de la demanda.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sen-

tencia condenatoria de fecha veintidós de mayo del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante Luis Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DEBIDA FORMA EN LA REDACCION DEL FALLO

Su nulidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 1º de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado: Acta número 05, de febrero 1º de 1979.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en sentencia recurrida en casación y fechada el 10 de marzo del año de 1978, impuso a Gabriel Valencia Lloreda, por los delitos de "abuso de confianza y giro de cheques sin provisión de fondos" nueve (9) años de prisión y como accesoria la relegación a colonia agrícola de cinco a quince años.

En tiempo oportuno se presentó la correspondiente demanda, la misma que en auto de 28 de septiembre del año en referencia, se declaró ajustada a las formalidades de ley (artículos 576 y 578 del Código de Procedimiento Penal).

Hechos y actuación procesal

Así lo presenta el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien en parte acude al relato que el Tribunal y el Juzgado Penal del Circuito de Quibdó, ofrecen en sus respectivos fallos:

"Causa número 11 ... *Abuso de confianza y giro irregular de cheques* ... ofendido el señor Enrique Botero Asprilla en cuantía de \$ 18.125.75 moneda corriente... Carlos Enrique Botero Asprilla, vecino de Turbo (Antioquia), el 24 de

agosto de 1972 denunció al hoy condenado porque le confió el transporte en una lancha de su propiedad la cantidad de treinta mil plátanos, más el flete al cobro de unos planchones de hierro. Los plátanos debían ser vendidos en Barranquilla al mejor postor y el producto de esta negociación debía ser entregado a Antonio Botero. Gabriel cumplió su encargo; pero, no hizo la entrega de los dineros a don Carlos como tampoco devolvió dineros al ofendido. Este último hecho determinó que el ofendido hiciera rendir cuentas al condenado, quien le salió con múltiples evasivas, sin que nunca le diera cumplimiento a sus promesas. Así las cosas, Valencia Lloreda fue denunciado por *Abuso de confianza* ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, y cuando fue indagado afirmó que el producido de esta negociación tuvo que invertirlo en gastos de la lancha transportadora, pues había sufrido averías en el viaje; en la liquidación de jornales de los marineros y en las prestaciones sociales de los mismos ... al confesar que recibió \$ 18.125.75 moneda legal, y con el objeto de obviar las consecuencias de su encarcelación, giró dos cheques contra una cuenta bancaria que figuraba a su nombre, títulos valores éstos que a la postre resultaron 'sin suficiencia de fondos' al momento de ser presentados al banco para su cancelación...".

"Causa número 12 ... '*Giro irregular de cheques*' ... ofendido 'Almacenes Skandia Ltda.' de Medellín en cuantía de \$ 18.000.00, se originó en un contrato de compraventa ... celebrado entre Valencia Lloreda y un Agente vendedor de los almacenes dichos, pues el comprador pretendía adquirir muebles y enseres para instalar un establecimiento de diversiones, debiendo entregar una cuota inicial ... el adquirente para satisfacer esta exigencia giró tres cheques contra el Banco de Bogotá de Apartadó (Antioquia) para ser cobrados en noviembre 15 de 1972, octubre 26 y octubre 27 del mismo año, por las

sumas de \$ 11.440.00, \$ 2.300.00 y \$ 1.650.00, respectivamente, los cuales al ser presentados para su cobro resultaron 'sin suficiencia de fondos' necesaria, por lo cual generaron esta causa acumulada. Los vendedores ante esta irregularidad averiguaron por el paradero del girador de los cheques, sin resultados positivos; pero, si alcanzaron a recuperar parte de las mercancías...".

"La investigación correspondiente al primero de los procesos fue iniciada el 6 de octubre de 1972 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo, y por Resolución número 104 del 16 de abril de 1974 el proceso se radicó en el Juzgado Penal del Circuito de Quibdó.

"La investigación culminó con el auto del 17 de julio de 1974 en que se comprometió en juicio a Gabriel Valencia Lloreda como responsable del delito de 'abuso de confianza', determinación que fue confirmada por el Tribunal Superior de Quibdó en providencia del 30 de septiembre del mismo año y adicionada en el sentido de que el llamamiento a juicio dictado contra Valencia Lloreda lo fuera también por violación del Decreto 1135 de 1970, del que a su vez era responsable en conexidad con el anterior.

"La investigación relacionada con el segundo proceso fue iniciada igualmente por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Turbo el 5 de enero de 1973 y por cambio de radicación, de conformidad con la misma Resolución antes citada, correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Quibdó continuarla.

"Fue así como este Juzgado, cerrada la investigación, llamó a responder en juicio a Gabriel Valencia Lloreda como autor responsable del delito denominado 'giro irregular de cheques', (Decreto 1135 de 1970), determinación que confirmó el Tribunal Superior de Quibdó el 25 de abril de 1977.

"El Juzgado de conocimiento decretó la acumulación de estos dos procesos por auto de 8 de septiembre de 1977.

"La audiencia pública se celebró el 25 de enero de 1978 y tanto el señor Fiscal del Juzgado como el señor defensor del procesado presentaron sus alegaciones por escrito y verbalmente.

"En fallo de primera instancia del 8 de febrero de este año Gabriel Valencia Lloreda fue condenado a la pena principal de nueve años de prisión y otras penas accesorias, determinación que, apelada por el defensor del procesado, confirmó el Juzgado de segundo grado, imponiendo además, como pena accesoria, la relegación a co-

lonia agrícola por el término de cinco a quince años, en sentencia que es objeto del recurso extraordinario de casación".

La demanda

Se formulan dos cargos:

1. Violación indirecta de los artículos 215, 216 y 262 del Código de Procedimiento Penal, 3º del Código Penal y 1º, numerales 1 y 3, del Decreto 1135 de 1970.

El Tribunal omitió considerar la prueba que acredita en el proceso el no cobro de los cheques números 05811, 058505 y 058508, por las sumas respectivamente, de \$ 11.440.00, \$ 2.300.00 y \$ 1.650.00, situación plenamente demostrada por la certificación expedida por el Banco de Bogotá, Apartadó —fl. 159— y el extracto de la cuenta corriente de Valencia Lloreda —fl. 160—.

Si no fueron presentados para su pago (los títulos valores carecen de nota de protesto en la diligencia de canje —fls. 143 a 145—), mal puede suponerse que carecían de fondos suficientes. Esto, para el censor, patentiza un manifiesto error de hecho, decisivamente influyente en la sentencia proferida.

2. El artículo 37, apartes 5 y 11, del Código Penal, se aplicaron indebidamente puesto que la preparación ponderada del delito es actividad propia y elemento típico de las figuras delictivas que señala el Decreto 1135 de 1970; y, en cuanto el abuso de la credibilidad pública o privada, constituye deducción huérfana de su exigible prueba.

Sobre estos aspectos, en glosa que comparte la Sala, el Ministerio Público tiene oportunidad de señalar que "el apoderado del condenado propone dos motivos de impugnación al amparo de la causal primera de casación los cuales, a juicio de este Despacho, no pueden prosperar por deficiencias en la técnica propia de este recurso extraordinario. Así no se determinan las normas reguladoras de la prueba y el motivo de su infracción (violación de la norma medio) y tampoco la manera como se quebrantaron las normas sustantivas que se citan en el libelo (violación de la norma fin). Y en cuanto al segundo cargo, basta decir que en la demanda no se aclara si se trata de violación directa o indirecta de la norma de derecho sustantivo".

Esta razón lleva a desestimar los dos mencionados cargos.

Otras consideraciones de la Delegada

En un estudio profundo del proceso, el Ministerio Público censura la aceptación, por parte del Tribunal, de una tercera reincidencia en contra del sentenciado, aspecto que originó un desconsiderado aumento de pena. El fundamento de esta crítica radica en que sólo obran las partes resolutivas de los fallos tenidos en cuenta para este aumento de pena, ignorándose su debida notificación y desconociéndose si los hechos a los cuales se contraen fueron anteriores o concomitantes con los que son objeto de la decisión recurrida en casación (observación 2ª).

Las dos circunstancias de mayor peligrosidad advertidas por el Tribunal, así influyan en la pena señalada por el Decreto 1135 de 1970, no dan margen para una pena básica de cuatro años y medio de prisión. A la violación del artículo 39 del Código Penal, debe agregarse el notorio quebranto del artículo 33 *ibidem*, porque el aumento dispuesto por esta norma "hasta en otro tanto", se entendió como "en otro tanto" (observación 3ª).

Nadie, en este proceso, se ha preocupado por determinar el tiempo de privación de libertad que ha sufrido el sentenciado ni la que corresponde a otros procesos (observación 4ª).

Para el llamamiento a juicio la prueba admitida fue, evidentemente, muy precaria. Las explicaciones suministradas por Valencia Lloreda no merecieron atención alguna ni se verificó la exactitud o mendacidad de no pocas de sus afirmaciones. La defensa, igualmente, no se ejerció de modo efectivo, debiéndose concluir en la inexistencia de un debido proceso (observación 5ª).

El desistimiento presentado en la vista pública —fl. 269— no mereció el más mínimo comentario. De ahí que se desconozca su efecto real (observación 6ª).

Todo esto le permite solicitar la anulación del proceso desde el auto de llamamiento a juicio, inclusive.

Apreciaciones de la Corte

La Sala ha querido apartar la primera de las observaciones porque a su entender ésta es la que más afecta la sentencia y la que, a la postre, se acogerá en esta resolución.

Así se pronunció acertadamente el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Primera. El fallo de segundo grado carece de motivación. La fundamentación fáctica y jurídica de la condena se apoya en estos dos párrafos:

"Los delitos que originan estas causas acumuladas se probaron cabalmente, en su tipificación, durante el decurso de las investigaciones. Los elementos materiales o cuerpos de delitos de estos antes delictuales se encuentran plenamente acreditados en el expediente, precisamente con las pruebas que se permitió señalar al a quo en la sentencia que se revisa. Esta misma afirmación tiene plena vigencia en lo que respecta a la demostración de la responsabilidad penal del condenado Gabriel Valencia Lloreda, porque él sin ambages, confiesa sus delitos, confesión que es corroborada por las demás pruebas que figuran de autos, tales como la declaración de Gonzalo Ochoa Gaviria, la instructiva de Carlos Enrique Botero Asprilla y las constancias de los bancos sobre insuficiencia de fondos de los cheques girados por Valencia Lloreda y la fotocopia del extracto de la cuenta de este mismo sujeto que obra al folio 20 del expediente.

"De tal manera, que encontrándose demostrada la responsabilidad del condenado Valencia Lloreda y la tipicidad de los entes delictuales a él imputados, corresponde en este momento analizar lo pertinente en cuanto a la dosimetría de la pena". (Fl. 309).

"Enseguida el juzgador de segunda instancia se ocupa de los cálculos de la pena a imponer a Valencia Lloreda (fls. 309 a 312) y finalmente, en una página, se refiere a los argumentos propuestos por el defensor del acusado".

Quando se advierte esta incontrovertible realidad tiene que pensarse, de inmediato, en que gran parte de las glosas del Ministerio Público, ya reseñadas, se debieron precisamente a la ausencia de debida forma de redacción del fallo. Una sentencia que consultara elementales normas de procedimiento, entre ellas, la de percibir los efectos probatorios, tendría que concluir de modo muy similar al que recomienda el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en algunas de sus observaciones.

La Sala no quiere detenerse en los aspectos destacados por el Ministerio Público, porque de no aceptarse éstos, en la nueva sentencia del Tribunal en la parte que son procedentes, quedaría la oportunidad de intentar su enmienda mediante el recurso de casación, ocasión en la cual ya la Sala entraría al fondo de la cuestión. Por ahora, se repite, basta admitir el cargo que ex officio plantea la Delegada y que incide sobre la exis-

tencia misma de la sentencia acusada. En cuanto a este aspecto las recomendaciones del Ministerio Público, ya reproducidas, no pueden ser más procedentes. Su exactitud permite a la Sala prescindir de nuevas o adicionales razones, todas confluyentes a los mismos puntos tratados por aquél y coincidentes con la petición pertinente que a este respecto cabe formular.

Si quiere la Sala comentar, así sea de modo ligero, lo relacionado con el debido proceso y que incidiría sobre la eficacia del auto de proceder. En esta cuestión si bien el expediente no es modelo de averiguación ni la defensa prototipo de lo que debe acontecer con función de esta naturaleza, sí debe advertirse que es punto que no resulta tan ostensible como para comprometer ahora el juicio de la Corte y dar por sentado que la investigación no responde a lo que se quiere significar con tal garantía. No debe olvidarse que una de las críticas acertadas del Ministerio Público, se relaciona con la escasa atención que le prestó el Tribunal, en su fallo, a las razones de la defensa. Esto indica que, en la parte más sustancial del proceso (juicio) este factor de protección del procesado se cumplió de modo adecuado y suficiente. No es factible, entonces admitir una tan rotunda descalificación como la que recomienda el Ministerio Público.

En consecuencia, la Corte Suprema, —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, contra Gabriel Valencia Lloreda, por los delitos de “abuso de confianza y giro irregular de cheques”, al no cumplirse con los mínimos requisitos formales que debe reunir una providencia de esta clase.

El *a quo* procederá a dictar el fallo que corresponda en este proceso, teniendo cuidado de cumplir con las exigencias procesales pertinentes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Fabio Calderón Botero, Luis Enrique Romero Soto, Jesús Bernal Pinzón, Pedro Elías Serrano Abadía, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

*Tarsicio Roldán Palacios
Conjuez.*

*Alberto Mora Cogollo
Secretario.*

CASACION

El recurso de casación tiene por objeto velar por la recta y auténtica aplicación de la ley, sin que se confunda con una nueva instancia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 15 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo*
Porras

Aprobado: Acta número 011

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó, sin modificaciones, la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 23 Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual condenó a cada uno de los procesados Juan Munévar Saiz y Héctor Alfonso Bohórquez Rodríguez a la pena principal de sesenta (60) meses de presidio y a las accesorias correspondientes como cómplices necesarios del delito de robo materia del proceso.

Contra esa providencia interpuso el recurso de casación el condenado Munévar Saiz, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual presentó la correspondiente demanda su apoderado especial, que fue estimada ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Antecedentes

Aparecen precisados en el proceso en los siguientes términos:

“... Narra el señor Víctor Hernán Padilla Silva en denuncia formulada ante la Unidad Operativa de San Fernando, que el día 20 de marzo del año en curso (1976) a eso de las siete y media de la mañana, y cuando se dirigía al garaje de su residencia ubicada en la calle 106

número 20-25 a sacar uno de sus autos, sus hijos observaron que las chapas, cerrojos y fallebas de la puerta de entrada habían sido totalmente violentados, constatando que dentro de la casa habían sido sustraídos un equipo de sonido Stéreo marca Fallet ... se pudo establecer que los autores del robo por él denunciados habían sido los celadores Juan Munévar Saiz y Héctor Alfonso Bohórquez, personas al servicio de la firma de celaduría “Duarte y Cía.”, así como el sujeto Jaime Rodríguez, quien en asocio de otras personas habían planeado un mes atrás la comisión del ilícito por él denunciado ... información que obtuvo directamente de Juan Munévar, quien además le manifestó que tanto a él como a su compañero Bohórquez, Jaime Rodríguez les ofreció la suma de \$ 500.00 para que guardaran silencio...”.

Demanda de casación

La sentencia condenatoria fue impugnada ante la Corte con fundamento en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual el recurrente formuló las siguientes críticas:

“... teniendo como base la sentencia condenatoria, tenemos que sirve de fundamento legal para impugnar la sentencia objeto de la presente demanda de casación el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto un análisis jurídico del proceso, se observa que existe una *interpretación errónea de la prueba y de los hechos*, consistente en: ...”.

“... La sentencia condenatoria, se basó únicamente en las afirmaciones hechas por el denunciante señor Víctor H. Padilla Silva y el Teniente Pareja Cardona. Especialmente en el punto referente a que el robo estaba planeado con antelación, sin embargo las afirmaciones del te-

niente no fueron corroboradas por los testigos que él mismo citó...".

"...Durante todo el proceso no se desvirtuó lo afirmado por Juan Munévar Saiz, consistente en su imposibilidad física para evitar el ilícito, tanto porque no contaba con armas para ejecutar su misión de vigilancia, y además por cuanto fue encañonado y puesto en condiciones de inferioridad...".

"...El careo decretado por el juzgado y que obra al folio 130, que debía realizarse entre el Teniente Javier Darío Pareja Cardona y Juan Munévar Saiz, no se llevó a cabo perdiéndose la oportunidad de confrontar los dichos del oficial de la policía, con el procesado, negándosele a este último una oportunidad legal de defensa...".

"...Respecto al testimonio rendido por el denunciante señor Padilla Silva, el señor juez dio plena validez legal al mismo, desconociendo el factor de interés económico o patrimonial que guiaba este testimonio, pues debió de conformidad con los principios que guían esta prueba analizar que el denunciante tenía un interés principal en recuperar sus bienes y en buscar un responsable cualquiera sea esta persona. Más aún cuando el mismo teniente expresa en forma clara "...se decidió que la víctima le formulara denuncia al celador...".

"...Igual análisis y objeción debe hacerse al testimonio rendido por el Teniente Pareja Cardona, pues él como autoridad encargada inicialmente de investigar los hechos, su interés principal consiste en buscar una persona a quien se le pueda imputar la comisión de un hecho...".

"...En los puntos referentes a los testimonios, en forma comedida y respetuosa manifiesto al Honorable Magistrado Ponente, que el señor juez interpretó en forma errónea o indebida el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal. En este punto la Corte ha dicho: 'En lo relativo a la prueba testimonial, es notorio que el fallador no puede limitarse a hacer un sintético recuento de lo dicho por los deponentes, sino que es preciso que haga un estudio crítico del contenido de tales testimonios' (Cas., 24 mayo 1961, XCV, 996). También sobre el testimonio ha dicho la Corte 'y entre dos testigos que según la frase de Bentham son los ojos y los oídos de la justicia uno categórico y enfático, y otro que vacile, puede resultar más digno de fe y confianza el último porque se ha dicho con bastante razón y tendiendo a las enseñanzas de la experiencia, que el mejor testigo es el que duda' (Sents. 22 octubre

1946, LXII, 146; 25 noviembre 1955, LXXI, 845)...".

"...Por lo tanto no existió durante el proceso la plena prueba de que habla el artículo 217, para que se le condenara a mi representado. Dándose igualmente una apreciación errónea por parte del señor juez...".

"...También el señor juez aplicó indebidamente el artículo 19 del Código Penal pues durante todo el proceso, no se demostró que el condenado Munévar Saiz Juan, hubiera participado en alguna forma en el delito, así mismo no se probó que de no estar él vigilando en ese sector no se hubiera cometido el delito...".

(fls. 23 a 24).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente a causa de estimar que la demanda correspondiente "adolece de graves fallas técnicas que impiden su prosperidad".

"...El artículo 569 del Código de Procedimiento Penal prescribe que habrá recurso de casación en lo penal, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores de distrito judicial...".

"...El actor desconoce el contenido de la norma mencionada y ataca a lo largo del libelo el fallo proferido por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Bogotá para solicitar finalmente su revocatoria...".

"...El censor omite precisar en el libelo si se trata de violación directa o indirecta de la Ley Penal sustancial, omisión inexcusable...".
(fls. 29 a 30).

".....".

"...Cabe advertir, además, que el censor al atribuir al *ad quem* error en la apreciación o valoración de las pruebas desconoció otros medios que por sí solos dan por establecida la comisión del delito por parte de Munévar Saiz...".

"...Como argumento final, esta Delegada destaca que el demandante acude indistintamente a la violación directa y a la indirecta, cuando la lógica jurídica y la técnica propia de este recurso enseñan que respecto de una misma situación no pueden predicarse las dos vías...".
(fls. 30 a 31).

Considerando:

Como reiteradamente lo ha declarado esta Corporación, "el recurso de casación tiene por fin velar por la recta y auténtica aplicación de la ley, sin que se le confunda con una nueva instancia. En él se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios imputados al fallo y dentro de precisos motivos, a fin de determinar, mediante la comparación con la norma, si ésta ha sido o no correctamente aplicada. Por lo mismo, es obligación del recurrente concretar con claridad los motivos de impugnación y fundarlos a fin de que la Corte pueda comprobar si verdaderamente se ha infringido la ley y cuál el concepto de la violación".

Así lo dispone expresamente el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal al establecer que "la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", exigencias mínimas legales ninguna de las cuales se reúne en la demanda presentada a nombre del condenado Juan Munévar Saiz, pues, por el contrario, como muy acertadamente lo ha advertido el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, adolece ésta de tan graves deficiencias técnicas, que aun formalmente resulta francamente inatendible:

a) No obstante que el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal indica expresamente que el recurso de casación en lo penal procede contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el recurrente desarrolla la impugnación contra la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado 23 Penal del Circuito:

"...Con base en las consideraciones anteriores, ruego al Honorable Magistrado Ponente y a la Sala Penal de esa alta Corporación de Justicia, revocar el fallo o sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Bogotá, en contra de mi representado Juan Munévar Saiz...".

(fl. 24).

b) Si bien en la demanda se expresa que se acude a la causal 1ª del artículo 580, el cargo no

se desarrolla en forma clara y precisa, de manera que unas veces se afirma que la sentencia se basó únicamente en los testimonios del denunciante y del Teniente Javier Darío Pareja Cardona, otras que no se desvirtuó la exculpación del procesado Munévar Saiz y otras, finalmente, que no pudo practicarse una diligencia de careo, sin demostrar el recurrente, en cada caso, de qué modo la sentencia fue violatoria de la ley sustancial, ni el fundamento de la violación, y sin que, de otra parte, el error de derecho o de hecho aparezca manifiesto en los autos:

"...Hecho un análisis jurídico del proceso, se observa que existe una interpretación errónea de la prueba y de los hechos...".

(fl. 24).

".....".

"...El señor Juez interpretó en forma errónea o indebida el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal...".

(fl. 24).

".....".

"...No existió durante el proceso la plena prueba de que habla el artículo 217...".

(fl. íd.).

".....".

"...El señor Juez aplicó indebidamente el artículo 19 del Código Penal...".

(fl. íd.).

c) Finalmente, aunque se demanda que hubo interpretación errónea de las pruebas, no se indican los fundamentos de la aseveración, ni se señala cuál ha debido ser la correcta valoración de aquéllas, a tiempo que de otra parte, se circunscribe la demanda a solo alguna de tales pruebas, dejando en todo su vigor las demás inculpativas.

"...Aunque de la lectura de la demanda se colige que el recurrente optó inicialmente por la vía indirecta para tratar de demostrar el quebranto de la norma penal sustantiva, toda vez que trató de controvertir los presupuestos que sirvieron de base a la sentencia impugnada, afirmando que hubo 'interpretación errónea de las pruebas', en definitiva no señala los preceptos supuestamente infringidos y tampoco si la violación se produjo por error de hecho manifiesto en los autos o error de derecho en la valoración

del caudal probatorio que hubiera llevado al fallador a la indebida aplicación de la ley penal sustantiva...".

(fl. 30).

Bastan las anteriores breves consideraciones, por tanto, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHE el recurso de casación inter-

puesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 21 de abril de 1978.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Causales. Lesión antecedente

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 15 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 11, de febrero 15 de 1979.

Vistos

El Juzgado 1º Penal de Circuito de Tunja, en sentencia de 23 de mayo de 1977, impuso al señor José Gustavo Castiblanco Rodríguez, dos años de presidio, así como las accesorias de ley, por el delito de "lesiones personales" en Ricardo Sierra Espitia, hecho sucedido el 2 de junio de 1971, en la vereda Ruchical del Municipio de Samacá.

Ahora, en trámite que se ha cumplido plenamente, se intenta la revisión de este proceso.

El apoderado de Castiblanco Rodríguez, en memorial de 14 de noviembre del año próximo pasado, invocó la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.

En esa oportunidad, al comentar los dos reconocimientos médicos considerados al calificar el mérito del sumario (junio 4 de 1971 y junio 23 de 1971), anota que "dentro de la investigación no se determinó si la pérdida del ojo que se anota en el dictamen del legista, como consecuencia del golpe recibido, era en realidad una secuela de la lesión o, por el contrario, dependió de la catarata que con anterioridad venía padeciendo la persona que fue sostenida al reconocimiento por parte del facultativo oficial.

"La localización del golpe (por encima del tercio externo de la ceja) y la ausencia de fractura

del hueso frontal en la parte que forma el arco supraciliar, hacían presumir, desde un principio, que la catarata reconocida por el especialista y que produjo luxación del cristalino y la pérdida del ojo, como lo anota el médico oficial, no podían ser de ninguna manera secuelas del golpe, sino consecuencias de una lesión que venía padeciendo, con anterioridad a los hechos, el señor Ricardo Sierra Espitia.

"Esta afirmación ha quedado perfectamente establecida, documental y técnicamente, mediante la copia de la historia clínica correspondiente al paciente Ricardo Sierra, historia que reposa en los archivos de la Clínica Nueva que funciona en esta ciudad en la Avenida 42 No. 16B-26, teléfono No. 45-40-50. En esta historia clínica, en el aparte correspondiente a la anamnesis, es decir, a la reminiscencia de antecedentes relativos a la enfermedad o a la evolución de la misma enfermedad, se anota que el señor Ricardo Sierra Espitia presentaba una *disminución progresiva de la visión hasta hace tres meses en que la pérdida de la visión es casi completa*.

"La historia clínica a que me vengo refiriendo, escrita en el lapso comprendido entre el 8 y el 12 de junio de 1971, no registra, en el diagnóstico definitivo, el hecho de que la catarata que determinó la intervención quirúrgica el ocho (8) de junio de mil novecientos setenta y uno (1971), hubiera sido de origen traumático, sino, por el contrario, recoge la afirmación categórica de que la enfermedad tuvo una evolución que comenzó con la disminución de la visión y culminó en la pérdida completa de ésta.

"La historia clínica a que se viene haciendo referencia, no fue conocida oportunamente al tiempo de los debates. El señor Juez sentenciador tampoco pudo tenerlos en cuenta. Solamente el Juez de Primera instancia alude a la dolencia del lesionado Sierra Espitia en su sentencia, con fundamento en las declaraciones de testigos que re-

ferían el hecho de que el ofendido padecía de una enfermedad en el ojo izquierdo. Y debido a esta circunstancia, condenó a Nicolás Malagón Ramírez como infractor del artículo 373 del Código Penal, considerando que la lesión sólo había producido daño en el cuerpo, mas no en la salud del denunciante.

“En la sentencia del Juez Primero del Circuito de Tunja, por medio de la cual se condena a Gustavo Castiblanco Rodríguez a la pena de dos años de presidio como autor responsable del delito de lesiones en Ricardo Sierra Espitia, según hechos ocurridos en jurisdicción de Samacá el día dos de junio de 1971, se ha incurrido en un error judicial que consiste en haber afirmado que la lesión atribuida a Gustavo Castiblanco produjo daño en la salud de Ricardo Sierra Espitia consistente en la pérdida de la visión del ojo izquierdo, cuando de acuerdo con la prueba que oportunamente se conocerá y a que me he referido en esta demanda, la lesión solamente produjo daño en el cuerpo, entendido como lesión anatómica, como desfiguración”.

En su escrito final (enero 19 de 1979), puntualiza los siguientes aspectos, propicios, según el memorialista, para obtener la revisión.

a) El proceso se adelantó con violación de claras y fundamentales normas legales. Así, al formularse el auto de cargos sólo se mencionó la denominación genérica del delito pero no se especificó la disposición penal en la cual encuadraba la conducta del inculcado; no se hizo mención particularizante de la lesión sufrida por Sierra Espitia; la sentencia de primera instancia, que absolvió a Castiblanco y condenó a Nicolás Malagón, impuso a éste “seis meses” sin determinar la naturaleza de la pena, cuestión que permite pensar que si Sierra Espitia sufría de una catarata en el ojo izquierdo y progresivamente disminuía su visión, hasta imponer una intervención quirúrgica, la consecuencia fue apreciada como simple incapacidad (artículo 372 Código Penal); esto indicaba, por tanto, que al llegar la Ley 17 de 1975 (artículo 1º) y mudar el criterio para fijar la consulta, la sentencia proferida no tenía este grado de jurisdicción y de ahí que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, careciera de competencia y no le fuera factible sustituir la absolución de Castiblanco por un fallo de condenación;

b) Para deducir la autoría y responsabilidad de Castiblanco, se omitió todo análisis probatorio;

c) A la época de su lesionamiento, el señor Sierra Espitia sufría, en el ojo izquierdo, de una

catarata “que fue registrada como antecedente de la enfermedad por la cual fue operado el día nueve (9) de julio de 1972”, seis (6) días después de los hechos, con las siguientes palabras: “disminución progresiva de la visión hasta hace 3 meses en que la pérdida de la visión es casi completa”. De ahí deduce el recurrente que “no fue el golpe sino la catarata que padecía, por lo que había perdido la visión”.

Entiende que el legista que rindió el concepto de fl. 172, identifica los términos catarata y cristalino. No obstante, apoyándose en esta pericia, concluye: “en el caso de Ricardo Sierra, se trataba de una catarata en evolución que indefectiblemente (en tiempo variable para cada persona) debía conducir a la pérdida casi completa de la visión, pero reversible con tratamiento quirúrgico”; y,

d) Finalmente refuta al Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien descalifica la procedencia del recurso cuando éste pretende aminorar la pena impuesta. A este fin anota que inocencia y responsabilidad no son términos absolutos sino relativos y “en el presente caso, José Gustavo Castiblanco, es inocente del hecho imputado porque de él se ha dicho sufre el causante de la disminución de la visión del ojo izquierdo de Ricardo Sierra Espitia y que por esta razón ha violado el artículo 374 del Código Penal.

“Los hechos probados demuestran algo bien diferente; demuestran que no fue a causa del traumatismo que se atribuye a mi mandante que el lesionado sufrió la disminución de la función visual, sino que esta disminución preexistía al momento del golpe imputado a Castiblanco. Su conducta, en caso de que exista prueba suficiente para estimarla contraria a derecho, puede estar prevista como delito en una norma diferente a la que se tuvo en cuenta para condenarlo”.

Consideraciones de la Sala y del Ministerio Público

Los aspectos agrupados en los acápites distinguidos con las letras a y b, ciertamente tienen que desestimarse de entrada en un recurso de esta índole. Esas alegaciones, aun admitiendo su realidad y trascendencia, no pueden constituirse en motivo válido para provocar la revisión de un proceso. Son razones que debieron alegarse oportunamente en las instancias y originar, en su momento, un recurso de casación. Ahora resultan argumentaciones extemporáneas que no pueden conseguir su fin por vía equi-

vocada, la cual, conviene reiterarlo, veda la ley y la abundante doctrina que sobre el particular existe.

De otra parte, el memorialista pretende revivir el debate sobre las probanzas estimadas por los falladores. Como bien lo afirma la Delegada, estas "cuestiones de hecho y de derecho ... no son propias de este recurso extraordinario pues lo que se pretende por el recurrente, en definitiva, es aplicar una sanción distinta a la que le señaló el fallo de segundo grado", situación que no se compadece ni con la finalidad que tradicionalmente se reconoce a esta acción que afecta la cosa juzgada, ni con la naturaleza de la causal invocada (artículo 584, 5º del Código de Procedimiento Penal).

Acierta el Procurador cuando replica así al memorialista, pues la nitidez de los conceptos de inocencia e irresponsabilidad, claramente determinados por la doctrina, no dan margen a simples atenuaciones o cambios de figura delictiva. Su efecto se fija en un sentido categórico: la absolución total del sentenciado. De modo que cuando se alega aspecto diferente, vale decir, la atenuación de la pena o la modificación del delito que mereció la condena, el recurso está mal planteado y éste no logra adecuarse en modo alguno a las causales que señala la ley de procedimiento para conseguir este resultado procesal.

Queda, entonces, la reflexión expuesta en la letra c.

A este respecto se comenta:

El memorialista vuelve a incurrir en un desvío de técnica pues pretende criticar las pericias que figuraron en el expediente para demostrar el yerro de los falladores de instancia. No hay prueba nueva, desconocida por éstos en esa época, sino una muy subjetiva y extraña interpretación de esos dictámenes, revaloración que se aleja de la realidad existente en el expediente y de la que se ha logrado reafirmar en el trámite probatorio de este recurso.

El demandante dice que Sierra Espitia padecía de catarata en el ojo izquierdo, la cual evolucionaba en perjuicio de su vista al punto que requería una intervención quirúrgica, para evitar su pérdida absoluta. Esto lo deduce de la historia clínica de fl. 39 (julio 27 de 1972) de los siguientes apartes: "diagnóstico definitivo: catarata luxada del ojo izquierdo. Anamnesis: disminución progresiva de la visión hasta hace tres meses en que la pérdida de la visión es casi completa".

Aun en este campo de la argumentación debe decirse que la pérdida definitiva del ojo izquierdo de Sierra Espitia, por extracción de su cristalino, se debió a la lesión que le causara Castiblanco Rodríguez.

Los dictámenes y sus ampliaciones distinguen muy bien entre la catarata preexistente, debida a causa natural (edad) o enfermedad (v. gr. diabetes), que disminuía la visión pero era susceptible de restablecerse en grado apreciable mediante operación quirúrgica, y la luxación del cristalino que obligó, celerosamente, a intervenirle en esa forma, produciéndose la pérdida del mencionado ojo izquierdo.

Baste este repaso procesal, que el Procurador Segundo Delegado, también tiene ocasión de comentar:

El 4 de junio de 1971, el doctor Florencio Nieto E. observa en Sierra Espitia: "hematoma subconjuntival del ojo, pérdida de la visión correspondiente y desorganización de los tejidos de este ojo. Equimosis e hinchazón de los párpados, erosión y equimosis en la parte superior izquierda del dorso de la nariz ... Es necesaria ... la intervención de un especialista en oftalmología" (fl. 36). Y el 23 de junio, el mismo perito indica: "... cristalino con catarata, luxado, la mitad en cámara anterior ... La intervención quirúrgica en este caso es de máxima urgencia por el peligro de una acción de graves consecuencias sobre el ojo sano ... Estas, y las demás lesiones descritas en el primer reconocimiento, suscitan una incapacidad definitiva de sesenta días con tratamiento adecuado y salvo complicaciones. Como secuela queda la pérdida del ojo izquierdo que constituye deformidad física y una serie de perturbaciones funcionales de carácter irreparable".

Ello daba lugar, como lo entendió el juzgador, a pensar que la lesión del cristalino, obligó a intervenirle quirúrgicamente, no tanto para salvar la visión del ojo izquierdo como sí para proteger el deterioro del derecho. No es posible reconocer la preexistencia de una catarata como causa del tratamiento quirúrgico que se dispuso de manera urgente.

De ahí que estos dos facultativos expresen:

"... no puedo testificar si ese cristalino era o no caratoso antes del trauma que sufrió evidentemente en la región orbitaria y en la ceja izquierda, el cual le produjo la luxación a la cámara anterior por lo cual fue operado ... es cierto que un traumatismo de la calidad que sufrió el paciente es capaz de provocar una catarata

en pocas horas y *tanto más cuanto que provocó la luxación del cristalino a la cámara anterior...*” (doctor Francisco Rodríguez Vásquez, fls. 69 y 70, subraya la Sala); y,

“...En este caso, si el individuo tenía una catarata en el ojo izquierdo (senil o diabética...) *la luxación del cristalino fue provocada o causada en el momento de la agresión que motivó la enucleación del cristalino correspondiente y por consiguiente la pérdida de la visión...* desde luego una cosa es la catarata y otra cosa es la luxación... Preguntado: en caso de que hubiera existido catarata, ¿cree usted que la luxación producida por el golpe coadyuvó con esta catarata en la extracción del cristalino izquierdo de Ricardo Sierra? Contestó: No sólo coadyuvó sino que *provocó la luxación y la posterior extracción...*” (doctor Florencio Nieto Escobar, fls. 76 y 77, subraya la Sala).

De otro lado, los conceptos técnicos provenientes del Instituto de Medicina Legal, no pueden ser más concluyentes en orden a determinar que la intervención quirúrgica la impuso, con apremio, la luxación del cristalino, efecto producido de manera exclusiva por el golpe; y que, de haber preexistido alguna catarata, ésta era corregible por tratamiento quirúrgico, sin causar la pérdida del ojo. Conviene extractar los siguientes apartes:

“...d) En el caso del señor Ricardo Sierra, en la época en que fue operado, el ojo izquierdo, *la operación se hizo necesaria por la luxación traumática del cristalino;*

“...e) El señor Ricardo Sierra Espitia en su ojo derecho, evolucionó también una catarata *pero el cristalino no se luxó* porque no recibió ningún traumatismo y en consecuencia no requirió ninguna intervención quirúrgica de urgencia...” (fl. 171, subraya la Sala);

“...c) Si el lesionado Ricardo Sierra tenía en el ojo izquierdo una catarata en evolución, *a su debido tiempo* (variable para cada persona) podría conducir a la pérdida casi completa de la visión, pero *reversible con tratamiento quirúrgico.*

“...d) La anomalía de la frase mencionada ‘pérdida progresiva de la visión’, hacía necesaria, a su debido tiempo, la intervención quirúrgica, *pero no para sacar el ojo.*

“Cuando en el ojo izquierdo del agredido Ricardo Sierra, *en forma espontánea evolucionaba una catarata*, sufrió un traumatismo que luxó el cristalino (la catarata) y según la historia clínica de 9 de junio de 1971, fue necesario practicarle ‘extracción del cristalino luxado del ojo izquierdo’” (fl. 172, subraya la Sala).

Debe anotarse, por último, que esta clase de lesión puede suscitar, en cuanto a la estimación de sus secuelas, varias apreciaciones; incapacidad, deformidad, desfiguración y perturbación funcional permanentes. Conforme a lo ordenado en el artículo 377 Código Penal, hay que excluir la valoración más benigna y aceptar la de mayor rigor. El juzgador de la primera instancia, estimó la conducta subsumible en el artículo 373 ib., pero olvidó que no venía al caso el inciso primero de esta disposición, por la perdurabilidad absoluta de la secuela. El fallador de la segunda instancia, aunque no precisó si se trataba de una deformidad, desfiguración o perturbación funcional permanentes, sí aplicó una sanción propia a esta última consecuencia, valoración la más indicada. De ahí, entonces, que en el fallo se acertó parcialmente. Cabe reiterar que el recurso de revisión no es la vía para variar los desvíos o equivocaciones que al respecto puedan cometerse.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acatando la opinión del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, resuelve:

No procede el recurso de revisión, intentado en favor del señor José Gustavo Castiblanco Rodríguez, sentenciado por el delito de lesiones personales en perjuicio de Ricardo Sierra Espitia.

El Juez dará cuenta a la Dirección General de Prisiones, para que ésta tome las medidas pertinentes para el cumplimiento de la pena impuesta.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Jesús Bernal Pinzón, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Causal 3ª. Medios probatorios

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 22 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*

Aprobado: Acta número 11, febrero 15 de 1979

Vistos

Por medio de apoderado, el condenado Juan Fernando Góngora Arciniegas ha propuesto el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 6 de julio de 1977, por medio de la cual el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá revisó, en grado de consulta, la proferida por el Juzgado 18 Penal Municipal de la misma ciudad, revocándola para, en su lugar, *condenar* al procesado Góngora Arciniegas a la pena principal de dieciocho meses de presidio, como responsable del delito de lesiones personales causadas a Alvaro Gutiérrez Martínez y a multa de doscientos pesos. Además, como indemnización de perjuicios morales y materiales se le condenó a pagar la suma de treinta y dos mil pesos, suma ésta consignada por el procesado ante esta Corporación para obtener el beneficio de libertad provisional, la que le fue otorgada mediante providencia de 4 de octubre último.

Hechos

Se hallan consignados en autos de la siguiente manera:

“El día seis de enero de mil novecientos setenta y tres, en las primeras horas, se celebraba una fiesta en la casa de la señorita Lucero Villquirán, situada en la carrera 25 número 9-32 de esta ciudad, a donde asistieron Alvaro Gutiérrez Martínez —hoy— denunciante y ofendido. Que

éste hubo de salir por algún momento y al regresar, Lucero se opuso a su ingreso a la casa por estar en avanzado estado de beodez. Esto motivó ira por parte de Gutiérrez y respondió con palabras soeces a la mujer ya citada e incitó a la pelea a unos amigos de aquélla que se encontraban dentro de un vehículo estacionado frente a su residencia”.

“Que por tal razón uno de los ocupantes aceptó el reto, bajó del vehículo y se trabó a puñetazos con Gutiérrez Martínez, resultando éste último con lesiones reconocidas dentro del expediente”.

Por tales hechos se llamó a responder en juicio criminal a Manuel Gustavo Sánchez Rico y Juan Fernando Góngora Arciniegas quienes fueron absueltos por el juzgador de primera instancia. Revisada la correspondiente sentencia, el *ad quem* la revocó y, en su lugar, profirió sentencia condenatoria en la forma dicha anteriormente.

El recurso de revisión

El apoderado del procesado Góngora Arciniegas, interpuso recurso de revisión contra la sentencia de segunda instancia con base en las causales tercera y quinta del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, desarrollando la demanda en los siguientes términos:

“Causal 3ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal”.

“En el caso de autos, señores Magistrados, creemos que se presentan los requisitos precitados así:

“a) El señor doctor Góngora se encuentra en la actualidad *cumpliendo condena*, a órdenes de

la Dirección Nacional de Prisiones, por razón del proceso cuya revisión se solicita;

“b) De conformidad con las copias de los fallos que se acompañan, mi poderdante fue condenado por el delito de lesiones personales perpetradas en la persona de Alvaro Gutiérrez González, quien, según se deduce de los dictámenes, sufrió una perturbación permanente del órgano de la vista, por haber perdido en forma absoluta la visibilidad del ojo derecho, como que se atrofió el mencionado ojo en su nervio óptico, por traumatismo;

“c) Para que los médicos legistas tuviesen en cuenta esa definitiva incapacidad, además de sus personales estudios, tuvieron en cuenta, de manera fundamental, la historia clínica. Efectivamente, ello se deduce del auto de proceder y de los diversos dictámenes, especialmente del verificado el día 15 de enero de 1973, en el que se consigna que se le asigne una incapacidad provisional de diez (10) días, *“mientras el señor funcionario nos envía copia de la historia clínica y Radiográfica completa”*. “Si se llega a demostrar que existió una falsedad en los dictámenes o en la historia clínica, pues obviamente resultaría el señor doctor Góngora condenado por un delito de lesiones personales cuya materialidad tuvo esa irregular comprobación”.

Luego de exponer las finalidades del recurso de revisión y de recordar que su poderdante fue condenado “única y exclusivamente por la lesión causada al señor Gutiérrez González en el ojo derecho”, continúa:

“d) Como se pudo establecer en la diligencia de inspección judicial, en la historia clínica de la Caja Nacional de Previsión, aparece que el día 31 de enero de 1973, el señor Jefe de la Sección de Medicina del Trabajo, expidió una certificación en la que consigna que desde la fecha de ingreso del señor Gutiérrez hasta *diciembre de 1972*, esto es, pocos días antes del hecho que se investigó, *no presentó disminución de la agudeza visual y tampoco aparecen consultas en el servicio de oftalmología...*”.

“Se trataba con este certificado de probar, como efectivamente se probó, que el lesionado había perdido la visibilidad en el ojo derecho, *única y exclusivamente*, por razón de los hechos por los que fue condenado y se descartaba la posibilidad de que con anterioridad hubiese sufrido traumatismos similares”.

“Pero, para fortuna de la justicia, señores Magistrados, en la diligencia de inspección judicial se pudo demostrar fehacientemente, que

el señor Gutiérrez Martínez el día 28 de abril de 1972, se presentó a examen a la Caja Nacional de Previsión *por traumatismos varios* iguales, o de mayor gravedad, a los que presentó para los efectos de este proceso. Allí se lee, como quedó consignado en la diligencia de inspección judicial lo siguiente:

“... 28 de abril de 1972 R. X., Huesos propios, no se aprecia fractura, presenta equimosis a rebordes orbitarios inferiores...”. “Entonces señores Magistrados, si el señor lesionado, meses antes del altercado que originó el proceso, había tenido una lesión similar, cómo predicar que su nervio óptico no se atrofió en esa oportunidad. Si había sufrido esa lesión y había sido atendido por la Caja Nacional de Previsión, ¿cuál la razón para que se oculte ese hecho a los médicos legistas? y ¿cuál la razón para que se otorgue otra certificación acomodada y presuntamente falsa?”

“Pero, la autenticidad de los documentos que sirvieron a los médicos legistas para llegar a la conclusión a la cual llegaron se torna mucho más sospechosa con los siguientes hechos:

“En la diligencia de inspección judicial que se practicó en la historia clínica, se dejó en claro que el señor Gutiérrez salió *por mejoría* el día 6 de enero de 1973”.

“Pero aparece con la novedad mucho tiempo después, como que en el dictamen del 15 de enero de 1973 se hace una provisional apreciación, en espera de la historia clínica”.

“Como los señores Magistrados lo pueden comprobar, la historia clínica que se envía al Juzgado no es de Alvaro Gutiérrez Martínez, sino de un tal Alvaro Gutiérrez González. Entonces, señores Magistrados, pudo haber ocurrido una falsedad, con o sin responsabilidad de tercero, pero creo que las dudas son de tal magnitud que ofrecen campo suficiente para una revisión”.

“Y ès más: ante esa serie de irregularidades, se torna muy sospechosa otra: la de que se hubiesen verificado irregulares alteraciones o intercalaciones, como las que aparecen en la historia clínica el día 25 de enero de 1973, sobre (sic) envío de copia a Inspección, ya que esa anotación de fecha 25 de enero, se encuentra antes de otra del 11 de enero, con letra diferente”. “El solo hecho de que la historia clínica que sirvió de fundamento para los médicos legistas, ya que es la que aparece en el sumario original sea de Gutiérrez González y no de Gutiérrez Martínez, como se llama el verdadero denunciante, impone, como muy respetuosamente lo solicito, un trámite de revisión”.

“Causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal

“Independientemente de la falsedad que puedan contener los documentos de acuerdo con lo transcrito, lo cierto es que por razón de la inspección judicial han aparecido hechos y pruebas nuevos, no conocidos al tiempo de los debates, que constituyen indicios graves de la inocencia de mi poderdante, así:

“a) Aparece que se tuvo en cuenta la historia de un señor Gutiérrez González y no la de Gutiérrez Martínez, verdadero lesionado. Al menos, esa es la verdad objetiva;

“b) Se expidió una certificación que no corresponde a la verdad y que pudo ser o fue definitiva para hacer recaer toda la responsabilidad sobre mi poderdante”;

“c) Entre la historia que aparece en el expediente y la que aparece en la Hoja de Vida, aparece una diferencia radical, pues mientras que en la del expediente se dice que no salió por mejoría, o al menos se omite ese hecho, en la encontrada en la Caja Nacional de Previsión sí aparece ese (sic) detalles de excepcional importancia”.

“Muy seguramente se demostrará la inocencia plena de mi poderdante cuando se establezca en la revisión, bien, que el señor Gutiérrez Martínez no perdió la visibilidad del ojo derecho, o si la perdió, no fue la actividad de Góngora la que causó ese fenómeno”.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que no es procedente el recurso de revisión, y luego de un somero estudio del material probatorio, en relación a la causal quinta, dice que el recurrente funda sus alegaciones en los mismos motivos de la causal tercera, y en cuanto a la falsedad afirmada, expresa:

“Pero examinadas las alegaciones dichas y las pruebas presentadas, se llega a deducir, que tal falsedad no se halla demostrada. En primer término, en cuanto a la diferencia de la historia enviada a los médicos legistas para efectos de su concepto, por aparecer nombres diferentes lo cual habría incidido, en su opinión definitiva para llevar a una conclusión errada sobre la naturaleza de la lesión, debe tenerse en cuenta como ya se observó en parte anterior de este concepto y se hizo notar también por el funcionario comi-

sionado en la inspección judicial, mediante constancia que reviste fuerza suficiente (artículo 228 Código de Procedimiento Penal) que el error se refiere tan solo al nombre del lesionado, en su segundo apellido, pues coincide su cédula y además las anotaciones sustanciales respectivas que aparecen suscritas por el médico correspondiente, en el documento que aparece original; por manera que de este aspecto, en forma alguna se deriva la falsedad alegada”.

“En cuanto a la certificación, que se considera también fue definitiva para deducir responsabilidad contra el condenado mencionado, si bien según las observaciones del acta referida, inexacta toda vez que entre la fecha de ingreso del lesionado como empleado —1962— y diciembre de 1972 sí se practicaron consultas oftalmológicas, tampoco esta inexactitud conduce a comprobar la falsedad de la prueba como se ha alegado, ya que no aparece constancia de haberse determinado anteriormente alguna lesión en los ojos y concretamente en el ojo derecho, pues en la primera como ya se dijo, sólo se anotó ‘equimosis en rebordes orbitarios inferiores’ (fl. 125 vto.) y en la segunda se determinó la agudeza visual correspondiente en ambos ojos, aproximadamente un mes largo antes de los hechos, lo cual lleva a concluir que por el contrario las observaciones médicas de la historia clínica correspondiente resultan reafirmadas sobre la realidad de la lesión descrita y la oportunidad en que se causó y ya que por otra parte la historia clínica de urgencia de 6 de enero de 1973 (fl. 126 vto.) se refiere a ‘...paciente que llega con traumatismos varios y con una contusión sobre ojo derecho...’. Así, debe admitirse que no se demostró que el lesionado hubiera sufrido con anterioridad la lesión motivo del proceso”.

“Respecto a la anotación de que el paciente y lesionado salió por mejoría, según la historia clínica que aparece en la Caja y no consta en la alegada al expediente, si bien no pudo hacerse esta comprobación según el acta de inspección judicial, tampoco se trataría de observación o información esencial, toda vez que el mencionado denunciante y afectado podía retirarse del establecimiento de salud, sin que en ese momento fuera determinable la lesión, que debía ser objeto de exámenes posteriores y una vez transcurrido determinado tiempo; así, a tal anotación no podría dársele un valor absoluto para considerar inexistente la lesión o causada con anterioridad, además de que este aspecto debía examinarse en relación con las restantes pruebas y anotaciones de la historia clínica; además de que como se di-

jo se trataba sólo de anotación en la casilla respectiva del formulario”.

“Tampoco podría reconocérsele el efecto indicado a la constancia colocada en forma desordenada o arbitraria con respecto a las fechas anteriores, sobre envió en 25 de enero de 1973 de envió de copia a la Inspección de Policía, antes de la constancia de 11 de enero de 1973 (fl. 125 vto.) aspecto también alegado en la demanda, pues no tiene valor absoluto y puede atribuirse a falta de orden estricto, como se anota en el acta; además de que la misma anotación se hizo en la ‘historia clínica de urgencia’ comenzada o de fecha 6 de enero de 1973 (fl. 126 vto.), es decir que se ratifica y no resulta impugnada”.

“Por manera de que de los anteriores aspectos no puede deducirse en forma alguna la falsedad alegada de la prueba mencionada”.

“Además, obra el dictamen médico-legal practicado a petición del demandante en el período probatorio del recurso, conforme al cual ‘...ratificamos en forma definitiva la secuela de perturbación funcional permanente por la pérdida funcional del ojo derecho...’ (fl. 135 cuad. rev.); es decir, que se compruebe la subsistencia de la lesión ocasionada, sin que tampoco por este aspecto se demuestre la inexactitud de la prueba como se ha alegado”.

Causal 5ª de Revisión. En cuanto a ella expresa: “ya se dijo que se apoya en las mismas alegaciones, en cuanto constituirían pruebas no conocidas o hechos nuevos; al respecto cabe advertir, que se trata de puntos que ha destacado el recurrente, pero que hacen referencia a aspectos contenidos ya en la prueba examinada —la historia clínica—, pues ya obraban en autos y así no tendrían la calidad expresada; sin embargo, para rechazar tales alegaciones basta con lo expresado en relación con la causal anterior, toda vez que funda en las mismas argumentaciones”.

Consideraciones de la Corte:

La causal tercera de Revisión, prescribe:

“Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo”.

El recurrente no presentó como causal de revisión falsedad en ninguno de los testimonios recogidos en el proceso, y tampoco atacó la forma como se apreciaron por parte del juzgador.

Si bien es cierto que para proferir sentencia condenatoria se tuvieron en cuenta los dictáme-

nes médicos, también lo fue, que los primeros fueron debidamente analizados y tenidos en cuenta por el juzgador para proferir aquélla en la forma en que lo hizo.

No cabe duda que fueron varias las pruebas que se llevaron al ad quem al convencimiento de la responsabilidad de los procesados, y una de ellas, en particular, lo fue el dictamen médico de los funcionarios del Instituto de Medicina Legal.

Alega el recurrente que el funcionario tuvo en cuenta historia clínica diferente a la del verdadero perjudicado por la infracción, pues se tomó como fundamental la que determina lesiones en la persona de Alvaro Gutiérrez González. En verdad, tal como lo manifiesta acertadamente el Ministerio Público, el haberse consignado el nombre de Alvaro Gutiérrez González, en lugar de Alvaro Gutiérrez Martínez, es una simple equivocación del empleado encargado de recibir, en urgencias, los datos personales del paciente. En efecto. El documento de identificación coincide con el de Alvaro Gutiérrez Martínez, y hubiera sido demasiada coincidencia que el mismo día y a la misma hora, hubieren solicitado servicio a la Caja Nacional, Alvaro Gutiérrez Martínez y Alvaro Gutiérrez González. En verdad no se trata de historia clínica de diferente persona, sino un simple error que para los efectos probatorios, no tiene relevancia de ninguna índole.

Ahora bien: el hecho de haberse intercalado la constancia aducida por el recurrente “Envío copia Inspección 4ª Penal Distrital de Policía” con diferente letra a la del galeno tratante, no quiere decir de suyo, que se hubiere alterado el contenido del concepto médico. Simplemente se trata de una constancia dejada por el empleado respectivo de haber remitido copia de la historia a una autoridad que investigaba los hechos. Ella pudo haberse puesto en cualquier parte de la historia, o haberse omitido. No demuestra en forma alguna que se haya querido faltar a la verdad, o hacer aparecer hecho diferente, ni se borró, ni enmendó el contenido del dictamen que para los fines investigativos se consideró como verdadera prueba.

La constancia aportada al proceso en la cual se dice que el paciente —denunciante y lesionado— no tuvo consultas anteriores con relación a lesiones de igual naturaleza o de mayor gravedad, como lo sostiene el recurrente, es factor igualmente irrelevante, puesto que, lo cierto fue que, Alvaro Gutiérrez Martínez, o Alvaro Gutiérrez González, es una misma persona y fue lesionado

el día de autos, y al momento de la riña se hallaba Juan Fernando Góngora en compañía de cuatro amigos más.

Por lo anterior, se llega a la conclusión de que no hubo prueba falta. Que la historia clínica examinada por el Juzgador al proferir su fallo, es la misma que se elaboró en la mañana del 6 de enero de 1973, cuando Alvaro Gutiérrez Martínez acudió en busca de los servicios médicos con ocasión de las lesiones recibidas por parte de varios jóvenes que estuvieron departiendo con el lesionado un rato de diversión.

Pero hay más: el hecho de haber sido atendido el año inmediatamente anterior Alvaro Gutiérrez Martínez en la Caja de Previsión por idénticas lesiones, no mengua en nada la responsabilidad de los procesados en las nuevas lesiones que, eventualmente pudieron precipitar las consecuencias de otras anteriores. Vale traer como ejemplo, el del paciente que se halla en inminente peligro de muerte, que se halla desahuciado por los facultativos y que recibe mortal agresión por parte de otra persona, y fallece. No puede alegar el agresor el estado de salud de la víctima y menos la absoluta certeza de su muerte en poco tiempo. Sin lugar a dudas, es responsable de la muerte causada y no podrá argüir que aquél venía enfermo. En el caso presente, el hecho de tener una lesión antigua, no da base suficiente a la Corte para ordenar la previsión del proceso, puesto que ello no predica la inocencia del procesado, sino sería materia de regulación de pena, y el propio recurrente así lo advierte.

El cargo no prospera.

En cuanto a la causal quinta que prescribe:

“Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituya siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad”.

Las pruebas aportadas por el memorialista y las practicadas en la etapa probatoria del recurso de revisión, no son nuevas y menos diferentes de las conocidas por los juzgadores en los debates del juicio. A folio 162 y siguientes del cua-

dero principal, se halla copia íntegra de la historia clínica del lesionado y es lo mismo que se aportó en la etapa probatoria, lo que predica a las claras que no existe prueba nueva que no se haya debatido en el proceso.

En cuanto a que el procesado no fuera reconocido como lo ordenó la Corte, tampoco encuentra la Sala motivo de revisión. Los facultativos emitieron un concepto sobre las historias clínicas y ratificaron el dictamen que sirvió como fundamento para condenar a Góngora Arciniegas.

No adujo el recurrente falsedad en cuanto a la incapacidad, ni en cuanto a las consecuencias de la lesión. Ni dejó ver por parte alguna la posibilidad de que el lesionado no hubiera perdido el ojo derecho como lo dice en los resultados médicos, caso en el cual, sí hubiere sido imperioso el examen al lesionado, y de esta forma, probar fehacientemente la falsedad de los dictámenes médicos.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, NIEGA la revisión del proceso que por lesiones personales se siguió contra el procesado Juan Fernando Góngora Arciniegas.

Como consecuencia de lo anterior, se remitirá el proceso al Juzgado de origen y se le hará la transferencia del título por valor de treinta y dos mil pesos consignados por el procesado como indemnización de perjuicios para obtener el beneficio de libertad que le fue otorgado mediante providencia de 4 de octubre último.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PECULADO:

Quiénes pueden ser sujetos activos del delito

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 22 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porras*

Aprobado: Acta número 012

Vistos

El Tribunal Superior de Quibdó confirmó, con algunas modificaciones, la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad y condenó a Francisco Pino Córdoba a la pena principal de cuatro (4) años de presidio y a las accesorias de pérdida de la patria potestad, publicación especial de la sentencia y prohibición para ejercer el comercio durante cinco (5) años, como autor responsable penalmente de la comisión de los delitos de falsedad en documentos negociables y de peculado que le fueron imputados en el auto de proceder.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual el doctor Antonio H. Maya Copete, en su condición de apoderado especial, presentó la correspondiente demanda, estimada ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Antecedentes

Aparecen correctamente precisados por el Tribunal en los siguientes términos:

“...El señor Francisco Pino Córdoba desempeñaba el cargo de Supervisor Administrativo del Fondo Educativo Regional (FER) de Quibdó y él, por colaboración espontánea, o por designa-

ción transitoria, colaboraba en la entrega de cheques al personal de Maestros de éste Departamento...”.

“...De esta manera cogió los cheques pertenecientes a Adriano Mena, Jaime Caicedo Flórez, Libia Perea de Baldosea, Magdalena Gracia, Leonor A. Palacios y Nancy de Pino, cuyos números y valores los dejó anotados el Juez investigador en el auto que se revisa...”.

“...En la planilla o control que se lleva en la oficina del FER sobre la entrega de esos títulos-valores el señor Pino Córdoba simuló la firma de los beneficiarios y a la vez estampó el número de una cédula que no correspondía al nombre...”.

“...Varios de los cheques fueron negociados con comerciantes de esta localidad...”.

“...En el respaldo de los cheques aparece la firma endosataria también simulada por el señor Francisco Pino Córdoba...”.

“...Los peritos del Instituto de Medicina Legal del Laboratorio de Grafología concluyeron que las firmas estampadas en los documentos materia de investigación, siete planillas y seis cheques, discriminados, son creaciones simulativas de puño y letra de Francisco Pino Córdoba...”.

“...En la diligencia de indagatoria el sindicado no niega que las firmas que aparecen en el endoso de los cheques fueron hechas por él, pero asegura que no causó daño a ninguna persona, ya que, Nancy de Pino, su nuera, le había autorizado por medio de una carta para que reclamara y cobrara ese cheque, lo mismo asegura con respecto al cheque perteneciente a Libia Perea de Baldosea. En igual sentido se refiere al cheque de Magdalena Gracia...”.

“...Como lo anota el Juez investigador, no puede perderse de vista que fueron algunos de los beneficiarios quienes empezaron a investigar el por qué no se les había entregado los mencio-

nados documentos de crédito y de esta manera el sindicato Pino Córdoba se vió obligado a firmarles una letra de cambio a favor de Juan Hipólito Baldosea, suegro de Libia, para cubrir la suma que él había cobrado...”

(fls. 169 a 170, cdno. princ.).

Demanda de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada ante la Corte con fundamento en las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, con apoyo en las cuales se hicieron a aquélla los siguientes cargos:

Causal 4ª

“...La nulidad que invoque como fundamento de la impugnación es la del orden procesal contenida en el numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

“...Artículo 210. *Causales*. Son causas de nulidad en los procesos penales:

“1)

“5º) Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido...”

“...La censura contra la sentencia la fundamento en el quinto motivo, o sea que en el auto de proceder se incurrió en error evidente y notorio en la denominación jurídica de la infracción por los siguientes motivos...”

“.....”

“...El señor Francisco Pino Córdoba en el ejercicio de sus funciones oficiales no tenía las facultades de ‘recaudar, o pagar, o administrar o guardar’ los dineros oficiales del Departamento del Chocó destinados al pago de los maestros de esa sección del país. Las funciones que desempeñaba Pino Córdoba en el Fondo Educativo Regional, FER, eran las de Supervisor Administrativo de la ya citada entidad y esporádicamente colaboraba en la entrega de los cheques al personal de maestros, pero él no tenía la facultad de girar los cheques mencionados, ni su firma estaba registrada en el Banco Popular como empleado pagador para que los cheques

girados por el Fondo Educativo Regional fueran pagados por la entidad bancaria...”

(fls. 12 a 13).

Causal 1ª

a) *Primer Cargo:*

“...El Tribunal sentenciador infringió por la vía directa los artículos 161, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, que son normas reguladoras de la prueba...”

“...Infringió así mismo el Honorable Tribunal sentenciador, los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil, aplicables al procedimiento penal, por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, violación que se produjo de manera directa, al darle pleno valor probatorio a una prueba (las copias de unas diligencias procesales) sin que tales copias hubieran sido legalmente producidas, por falta de su autenticación con la firma del Juez o de Notario...”

“...La violación de las anteriores normas procesales, como ya se dijo, se produjo en forma directa por parte del Honorable Tribunal sentenciador cuando dictó su propio auto de proceder, violación que se tradujo en forma *indirecta* en el orden sustancial al aplicarse *indebidamente* el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, en concordancia con el artículo 150 del Código Penal. De no haber mediado ese error tan evidente y notorio por parte del Honorable Tribunal sentenciador, la sentencia censurada en casación, no se habría producido por el delito de peculado doloso...”

“...El Honorable Tribunal cuando analizó el contenido probatorio del proceso, consideró que la responsabilidad penal del procesado Francisco Pino Córdoba estaba debidamente acreditada en el proceso por medio de las copias trasladadas a este proceso y derivó el pleno convencimiento de la responsabilidad penal del imputado de las copias indebidamente trasladadas las que como ya se dijo, no estaban legalmente producidas...”

“...El error evidente y manifiesto del Tribunal Superior consistió en atribuirle el valor de plena prueba a unas copias de piezas procesales no expedidas legalmente que se tradujo en ostensible y manifiesta violación de los artículos anteriormente citados, en el orden procesal. Igualmente quebrantó el Tribunal en forma directa el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con los numerales 2º y 3º del

artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, quebranto que se reflejó en la violación que en forma indirecta se produjo en la sentencia de los artículos 150 del Código Penal y 3º del Decreto 1858 de 1951...".

(fl. 19)

b) *Segundo Cargo:*

"...El señor Juez Primero Superior de Quibdó, por medio de auto de fecha 5 de mayo de 1977 (fl. 128) del cuaderno principal, designó como perito evaluador de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción, a los señores Víctor R. Quesada y Víctor R. Ricardo, quienes tomaron posesión del cargo y bajo la gravedad del juramento prometieron cumplir fielmente con los deberes de su cargo...".

"...A pesar de que ambos peritos tomaron posesión del cargo para el cual habían sido designados por el señor Juez del conocimiento, solamente uno de ellos, el perito señor Víctor R. Quesada M. rindió el dictamen visible a folio 129 del cuaderno principal...".

"...La censura contra la sentencia consiste en que habiendo sido designados dos peritos evaluadores de daños y perjuicios, solamente uno de ellos rindió su dictamen y el otro perito se abstuvo de hacerlo, lo que implica que el referido dictamen es incompleto en razón de que no se cumplieron a cabalidad los requisitos formales para su estructuración legal, como fue la orden del Juez de que eran ambos peritos los llamados a rendir su dictamen, y no uno solo de ellos como en realidad ocurrió...".

"...En tales condiciones, el dictamen pericial resulta incompleto y cae bajo la sanción de nulidad del acto, de conformidad con lo establecido por el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal. Cuando el dictamen no reúne las exigencias previstas por la ley, es nulo y no se puede tomar en cuenta por ser prueba ilegal. En el caso de autos, el Tribunal consideró que este dictamen tenía validez legal y así fue considerado en la sentencia para establecer la cuantía de los perjuicios causados por la infracción calificada en el proceso como peculado...".

(fls. 20 a 21).

c) *Tercer cargo:*

"...Las copias simples que fueron allegadas a este proceso, carecen de la formalidad legal de su autenticación por parte de funcionario com-

petente en ejercicio de sus funciones y por tal motivo, no constituyen prueba legalmente producida en el proceso. El Tribunal a folio 174 del cuaderno principal para imputarle el delito de peculado hace alusión a la resolución de nombramiento y acta de posesión del cargo de Supervisor Administrativo del Fondo Educativo Regional 'FER' del Chocó, de acuerdo con la Resolución número 002 de enero 11 de 1975 y al acta de posesión del cargo, según la constancia que figura a folio 28 del cuaderno principal. Pero resulta que la prueba de la calidad de funcionario público conforme a la cita que hace el Tribunal no constituye documento público por falta de los requisitos señalados por la ley procesal para que este medio de prueba sea considerado como prueba legalmente producida, puesto que el acta de posesión del cargo de funcionario público de Pino Córdoba, no aparece autenticada por funcionario competente...".

"...Por manera que, no habiendo sido demostrada en el proceso mediante el aporte de la prueba legalmente producida, la calidad de funcionario público atribuida en la sentencia recurrida al procesado Pino Córdoba, la aplicación que hizo el Tribunal de los artículos 233, 150 del Código Penal, y artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, constituye evidente error de derecho por aplicación indebida de tales normas sustanciales. Con la aplicación de las normas anteriormente citadas, incurrió el Tribunal en violación directa de la ley sustancial por error de derecho...".

(fl. 24).

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha estimado que la demanda adolece de defectos de técnica, insalvables por la Corte y, en consecuencia, ha solicitado a ésta que deseche el recurso de casación presentado a nombre del condenado Francisco Pino Córdoba:

"...Si bien es cierto que una sentencia de segunda instancia puede impugnarse con fundamento en diversas causales de casación y por distintos cargos, es también verdad que debe preservarse la lógica jurídica para no incurrir en francas contradicciones que desvirtúen por completo la acusación...".

"...Así, por ejemplo, en el libelo en estudio se propone en primer término la causal cuarta de casación porque en el auto de proceder se incurrió en error en la denominación jurídica de la infracción. En concreto en opinión del actor, Pino Córdoba ha debido comprometerse por

abuso de confianza y no por peculado, dejando subsistente la falsedad en títulos-valores...".

"...Pero, en segundo término, al amparo de la causal primera de casación y resultado de un error de derecho, considera el demandante que no aparece probado el cargo de apropiación de dineros, sin objetar la infracción contra la fe pública...".

"...En tercer término considera la demanda que el hecho de la apropiación definitivamente no existió porque se incurrió en error de hecho manifiesto en los autos tanto en la estimación del dictamen rendido por el señor Víctor Quesada como en la apreciación de la prueba criticada en el cargo inmediatamente anterior. También aquí se deja subsistente el delito de falsedad en cheques...".

"...Pero, finalmente, en el último motivo de acusación al amparo de la causal primera, el actor declara que no existieron ni el delito contra la administración pública ni tampoco el relativo a la fe pública sino la estafa...".

"...Asegura el actor que se apoya en el fallo de la Honorable Sala de Casación Penal del 4 de diciembre de 1974 que autoriza el reconocimiento de nulidades del orden constitucional cuando son evidentes en el proceso y han sido alegadas al amparo de causales distintas a la cuarta...".

"...Por lo demás, la demanda no presenta una jerarquía en sus peticiones, pues simplemente al final de ella se lee que la Honorable Corporación '...dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal...'. "

"...Se pregunta entonces el Ministerio Público sin detenerse en el examen de los motivos de acusación: ¿cuál o cuáles fueron los ilícitos que cometió el señor Pino Córdoba y qué motivo de casación debe prevalecer?...".

"...Este Despacho no se encuentra en condiciones de dar respuesta lógica basado en la demanda de casación: que falsedad en títulos-valores y abuso de confianza; que solamente este ilícito; y, por último la estafa que comprende los dos anteriores...".

"...La falla que advierte el demandante en la autenticación de los primeros 39 folios del informativo la califica de error de derecho (fls. 11 a 13 de la demanda) por otorgársele el valor que no le corresponde; pero en el segundo cargo estima más bien que se trata de un error de hecho manifiesto en los autos (fl. 16 del libelo); y, finalmente, en el cargo tercero, ya considera esa situación como infracción directa de la ley

sustantiva, al aplicar indebidamente el artículo 233 del Código Penal porque la modalidad delictuosa establecida en los autos corresponde mas bien a la estafa (fl. 20 de la demanda)...".

".....".

Por último, la Delegada estima que si bien el Tribunal incurrió en graves equivocaciones, estas no pueden ser corregidas por la Corte por prohibición expresa del artículo 581 del Código de Procedimiento Penal.

Considerando:

Con resultar fundadas las críticas que por razones de técnica formula la Procuraduría a la demanda, no es menos cierto, tampoco, que los reparos de ésta al fallo impugnado carecen todos de fundamento legal.

1. No es cierto, en efecto, que se haya incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, que fue correctamente calificada en el proceso, como oportunamente lo advirtió el propio Tribunal, siguiendo las enseñanzas de la Corte Suprema en fallos recientes en los cuales, con apoyo en la doctrina penal italiana, ha venido sosteniendo que no es requisito indispensable para que pueda configurarse el delito de peculado que el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, esté expresa y precisamente encargado por la ley de las funciones de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar los bienes que se apropia o de los cuales hace uso indebido, siendo suficiente, para que pueda cometer el delito, que entre en posesión de los caudales o bienes oficiales "en dependencia del ejercicio de un deber del cargo". (Sentencia de 25 de noviembre de 1976, entre otras).

2. No resulta fundada, tampoco, la crítica que se hace consistir en que las copias dentro de las cuales aparecen transcritos el Decreto de nombramiento y el acta de posesión del procesado como Supervisor Administrativo del Fondo Educativo Regional del Chocó no aparecen autenticadas por el Secretario sino por la escribiente del Juzgado que las expidió; irregularidad con fundamento en la cual se afirma que no está demostrada la calidad de empleado público de Pino Córdoba, con olvido de que esas pruebas fueron tomadas del expediente original, de que todas las contenidas en ese y en éste acreditan esa calidad en el procesado, lo que éste, por otra parte, ha admitido y de que, por todo ello, final-

mente, su condición de tal jamás ha sido puesta en tela de juicio en las instancias.

3. *Ni es cierto, igualmente, que el valor del dictamen de un solo perito, como el rendido en este proceso por Víctor R. Quesada, haya sido erradamente estimado por el Tribunal para darle carácter de prueba plena o completa del delito de peculado, pues en parte alguna del procedimiento penal se dispone que esta diligencia deba ser cumplida siempre por dos o más peritos y antes, por el contrario, el nombramiento simultáneo o sucesivo de más de uno es la norma de excepción (artículo 267).*

El valor probatorio del dictamen, además, está sujeto a la apreciación racional de los jueces, como lo fue en este caso, razonadamente, por el Tribunal de Quibdó, al acogerlo parcialmente y al desecharlo también en parte, atendiendo reparos del propio defensor del procesado Pino Córdoba.

No prospera, pues, ninguno de los cargos.

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, visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de origen y fecha indicados en la parte motiva.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Jesús Bernal Pinzón, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE POLICIA CUANDO EL PAIS SE ENCUENTRA EN ESTADO DE SITIO

Competencia de la Justicia Penal Militar

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 22 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 12, de febrero 22 de 1979.

Vistos

El Juzgado 12 Superior de Medellín condenó a Huguiberto Palacio Bohórquez, ex-Agente de la Policía Nacional, a la pena principal de quince (15) años de presidio, más las accesorias de ley, como autor responsable del delito de homicidio con caracteres de asesinato en Alberto Bedoya Olaya. En la segunda instancia el Tribunal Superior de Medellín confirmó esa providencia y la adició para aumentar en seis (6) meses la pena principal y con la pérdida de la patria potestad las accesorias. Esta última providencia es el objeto del recurso de casación que aquí se resuelve.

1. Los hechos que dieron origen al proceso:

El Ministerio Público resume los hechos de la siguiente manera. "Aparece de autos que a eso de las once de la noche del 10 de marzo de 1976, el Agente del F2 de la Policía Nacional Huguiberto Palacio Bohórquez se apeó del bus que lo conducía a su residencia del barrio 'Las Margaritas' de la ciudad de Medellín encontrándose con el joven Alberto Bedoya Olaya con quien intercambió unas palabras. En momentos en que éste daba la espalda retirándose del lugar, aquél le disparó en la cabeza con el

arma de dotación oficial a consecuencia de lo cual murió horas después en la Policlínica Municipal".

2. La actuación judicial subsiguiente:

Practicó la diligencia de levantamiento del cadáver el Inspector del Permanente número 3 el día 11 de marzo a las dos horas y cuarenta minutos de la mañana, y abrió la investigación (auto cabeza de proceso) el Juzgado 52 de Instrucción Criminal que luego emitió el auto de detención (26 de marzo, folio 105) y solicitó la suspensión del cargo del detenido para efectos de su encarcelación. Correspondió el asunto al Juzgado 12 Superior de Medellín y allí, en providencia del 4 de octubre de 1976, se llamó a Palacio Bohórquez a responder en juicio ante Jurado por un delito de homicidio con la circunstancia de agravación prevista en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal.

Realizada la audiencia pública y sobre la base de un veredicto afirmativo de responsabilidad, el Juez del conocimiento emitió la sentencia condenatoria de 10 de febrero de 1978. Apelado este fallo fue confirmado por el Tribunal, con las modificaciones apuntadas, el 5 de julio de 1978.

3. La demanda de casación y la causal que invoca:

Una sola causal de casación agita el demandante: la cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque, según dice, la sentencia se emitió en juicio viciado de nulidad. Esta nulidad consiste en "la incompetencia del Juez" y se encuentra prevista en el artículo 210, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene el censor que el conocimiento de este proceso corresponde al Comandante del Departamento

mento de Policía de Antioquia y no al Juzgado Superior que lo falló. Lo anterior, porque el procesado era policía y cumplía una misión que no había terminado cuando el hecho de sangre que se le atribuye se produjo. Por este motivo, alega, puede afirmarse que el hecho fue ejecutado "con ocasión del servicio" y, por tanto, le amparaba fuero castrense de juzgamiento. Lo dicho se comprueba con el examen del Decreto 1249 de 1975 (sobre estado de sitio) y de los artículos 284 y 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia y anular el proceso desde el auto que declaró cerrada la investigación para que de allí en adelante el Juez competente rehaga el procedimiento.

4. La contestación del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que no se debe casar la sentencia impugnada porque no existe la nulidad que se alega. Esto porque "es incuestionable que los hechos imputados al procesado y por los cuales fue juzgado y condenado ocurrieron en circunstancias que nada tienen que ver con el servicio policivo, ni fueron ocasionados por causa del mismo o a consecuencia de funciones inherentes al cargo toda vez que se desarrollaron en momentos en que el Agente de Policía regresaba a su hogar...", y "la tragedia comenzó con un intercambio de palabras entre los protagonistas —vecinos y conocidos de tiempo atrás—, por razones no esclarecidas". La alegación de que el hecho se cometió "con ocasión del servicio" la califica de "desatino" del demandante pues la misión que se le confió al procesado fue la de conducción de un preso a Cali y eso nada tiene que ver con lo ocurrido en Medellín.

Sin embargo, el fuerte de la objeción lo centra el Ministerio Público en la afirmación de que los miembros de la Policía carecen de fuero de juzgamiento cuando cometen delitos que no pueden considerarse realizados "con ocasión del servicio, o por causa del mismo o de funciones inherentes al mismo", únicos casos en que les juzga la justicia castrense.

El que el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar asimilara los Policías a militares se debe al hecho de que por Decreto 1814 de 1953 fue integrada la Policía a las Fuerzas Armadas y como un cuerpo constitutivo de éstas. Esa situación fue radicalmente modificada por el Decreto 1705 de 1960 que devolvió a la Policía su carácter " eminentemente civil" y desde entonces ya no puede considerárseles "militares" co-

mo lo dice el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar. Más tarde vienen los Decretos 1667 de 1966 (Orgánico de la Policía Nacional) y 2347 de 1971 que en sus artículos 11 y 8º, respectivamente, sujetan a fuero castrense a los miembros de la Policía "que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometan un delito". En consecuencia, el fuero castrense existe sólo en los casos dichos en los dos últimos decretos en cita y el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar debe entenderse tácitamente derogado por el Decreto 1705 de 1960 que no ha sido declarado inexecutable. Además, el Decreto 2347 de 1971, reorgánico de la Policía Nacional, por ser ley posterior al Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250 de 1958) prevalece sobre éste al tenor de lo dispuesto en las Leyes 153 de 1887, artículo 21, y 57 del mismo año, artículo 5º.

De todo lo anteriormente resumido concluye el Ministerio Público que el recurrente fue juzgado y condenado por Juez competente y, por tanto, no existe la nulidad alegada.

5. Las consideraciones de la Sala:

El presente proceso se encuentra viciado de nulidad desde el auto que declaró cerrada la investigación y lo colocó en situación de ser calificado por quien carecía de competencia para realizar esa operación. El motivo de la nulidad no se encuentra alegado con exactitud en la demanda de casación, pero en razón de su existencia permite casar la sentencia impugnada con el objeto de removerlo y obtener de esta manera el cabal cumplimiento de las disposiciones que rigen la materia, como pasa a demostrarse.

El Ministerio Público actuante, en su concepto previo a este pronunciamiento de la Sala, vuelve a jurisprudencias ya superadas y al proceder así, coincide, punto por punto, con el criterio que anima en varias providencias del Tribunal Disciplinario emitidas en orden a la solución de conflictos entre la jurisdicción penal ordinaria y la militar o castrense, cuando del juzgamiento de miembros de la Policía Nacional en servicio activo se trata. Se conocen aquí tres decisiones de dicho Tribunal que se concretan en autos de 26 y 29 de septiembre y 28 de noviembre de 1978. En todas ellas se concreta el desacuerdo de dicha Corporación con lo resuelto por esta Sala en otras providencias de las cuales sólo se cita la emitida en casación de 7 de diciembre de 1977 para decir de ella que contiene una "sentillísima" jurisprudencia que redujo el problema

“a insospechadas proporciones de simplicidad”. Como quiera que el asunto no carece de importancia y en vista de un cierto retintín que se observa por parte de los críticos, conviene ampliar la doctrina y precisar aún más, si ello es posible, todo cuanto aquí se sostiene sobre el tema.

Dice la Sala que mientras el país permanezca en estado de sitio, el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional en servicio activo, cualquiera que sea el delito porque se proceda, corresponde a la Justicia Penal Militar y concretamente por la respectiva Fuerza a que pertenezcan. Que a dicha jurisdicción pertenece su procesamiento cuando se trata de infracciones cometidas “con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo” es asunto que no se remite a dudas y que no cuestionan ni el Ministerio Público en este caso, ni el Tribunal Disciplinario en aquellos que le competen. Además, el tema no reviste problema alguno si se tiene en cuenta la disposición del artículo 8º del Decreto 2347 de 3 de diciembre de 1971 (D. O. 33519 de 15 de febrero de 1972) que contiene la reiteración de un sistema de juzgamiento que viene de tiempo atrás. Además existen antecedentes jurisprudenciales de la Corte según puede verse en providencias de 30 de octubre de 1970 y 4 de noviembre del mismo año, entre otras.

La discrepancia se encuentra en lo atinente al juzgamiento de policiales cuando cometen delitos comunes en circunstancias diversas de las previstas en la disposición que se deja citada y en su mayor parte transcrita. Es en este campo en donde el Ministerio Público aquí y el Tribunal Disciplinario allá, y anteriormente la propia Corte, niegan que el conocimiento de tales infracciones corresponda a la Justicia Penal Militar y lo asignan a la justicia ordinaria en sus respectivos conceptos y decisiones.

Uno de los argumentos centrales en que se apoya la disparidad de criterios se encuentra en la afirmación de que la Policía Nacional “es una institución de carácter civil”, pues se extrae de allí que el juzgamiento de sus miembros activos corresponde a la justicia ordinaria y no a la castrense, cuando se trata de delitos comunes cometidos fuera de las previsiones del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971. Quienes tal cosa afirman se fundamentan en las palabras “institución de carácter civil” que se encontraba en el texto del artículo 40 del Decreto 1705 de 18 de julio de 1960 (D. O. 30302 de 11 de agosto de 1960) que en verdad así definía a la Policía

Nacional. Sucede, sin embargo que el Decreto 1667 de 30 de junio de 1966 (D. O. 31983 de 18 de julio de 1966) suspendió todas las disposiciones anteriores contrarias a sus normas y dispuso en su artículo 1º que: “La Policía Nacional es un Cuerpo Armado, eminentemente técnico de personal jerarquizado que hace parte de la Fuerza Pública con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Defensa Nacional, y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos”. Se ve de lo transcripción que la denominación de “institución de carácter civil” fue cambiada por la de “Cuerpo Armado” y, en consecuencia, aquella apenas sí duró seis años. Más tarde, y para mayor abundamiento, el Decreto 2347 de 1971, ya citado, derogó expresamente al anterior y a la ley que lo adoptó (la 48 de 5 de diciembre de 1967. D. O. 32397) y dispuso en su artículo 1º que “La Policía es un Cuerpo Armado de carácter permanente, que hace parte de la Fuerza Pública, creada para la guarda del orden público interno”. La denominación “institución de carácter civil” quedó abolida entonces desde 1966 y no se ha vuelto a reproducir en ninguna legislación subsiguiente.

De lo dicho y comprobado en el párrafo anterior se concluye que no se ve la razón para que tal denominación se reviva y menos si se tiene en cuenta que la actual de “Cuerpo Armado” se encuentra acorde con lo que de ella dice el inciso segundo del artículo 168 de la Constitución Nacional y con el carácter de Fuerza Pública que le asigna el artículo 167 del mismo estatuto suprallegal. Tampoco tiene el significado que con cierta ligereza se le ha querido otorgar a la desaparecida denominación.

Por otra parte, un rastreo legislativo retrospectivo permite establecer que el Decreto 1814 de 10 de julio de 1953 (D. O. 28248) consideró a la Policía Nacional “como cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas” junto al Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y como “parte activa del Ministerio de Guerra” como en aquella época se llamaba el actual Ministerio de Defensa. Más tarde el Decreto 1426 de 4 de mayo de 1954 (D. O. 28486), por el cual se establecen unas normas sobre la Justicia Penal Militar en relación con los miembros de las Fuerzas de Policía, dispuso en su artículo 1º que “De todos los delitos que cometan miembros de las Fuerzas de Policía en servicio activo conocerá la Justicia Penal Militar” y que para efectos de dicha administración de justicia,

los Agentes uniformados de la Policía de Vigilancia, los de Aduanas, los de Resguardo y los de Circulación y Tránsito, "se considerarán soldados". Esos antecedentes decretales, dicen los opositores a la tesis de la Sala, llevaron al legislador a incluir en el Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250 de 1958 y Ley 141 de 16 de diciembre de 1961) el artículo 284 que dice así: "Para los efectos de este Código, los términos militar, o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II". Y bien puede ser que ello resulte cierto si se tiene en cuenta, además, que el artículo 9º del Decreto 1426 de 1954, dijo: "En todos aquellos casos en que el Libro II del Código de Justicia Penal Militar se refiere a los militares, las respectivas disposiciones se aplicarán a los miembros de las Fuerzas de Policía".

A pesar de la claridad de estas disposiciones, que han venido sucediéndose ininterrumpidamente en el tiempo, se arguye que el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar se encuentra tácitamente derogado. Lo anterior porque, como ya se ha visto, se agita aquello de que la Policía Nacional "es una institución de carácter civil", y porque tanto el Decreto 1705 de 1960 como el Decreto 2347 de 1971 traen una disposición que, palabras más, palabras menos, dice en las dos disposiciones lo mismo; esto es, que la Justicia Penal Militar sólo cubre a los policías cuando delinquen "con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo" y en los demás casos, como sería el de los delitos llamados "comunes" cometidos en circunstancias diferentes, deben ser justiciables ante los jueces ordinarios. En este segundo aspecto del problema se aplica, aunque no se le cita expresamente en su locución latina, el principio del "inclusio unius est exclusio alterius". Por el primer aspecto, aquel de la "institución de carácter civil", se deja sin valor alguno al artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Bien se ve de todo lo anterior que ante la ausencia de una disposición expresa que derogue el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar se ha recurrido al expediente de la derogatoria tácita que no puede aceptarse así se encuentren para ella raíces legislativas derogadas. Conviene conocer los considerandos que sirvieron para la emisión del Decreto 1665 de 1965 y que tuvo por objeto despejar cualquier duda que pudiera permitir la interpretación del artículo 40 del Decreto 1705 y evitar una posible equivocación en el significado de la expresión "institución de carácter civil" que dicha disposición

trajo. En el estatuto en cita se dijo así: "Que el Decreto 1705 de 1960, por medio del cual se reorganizó el Ministerio de Guerra y determinó sus funciones, ha traído confusiones en relación con la aplicación del Código de Justicia Penal Militar para la Fuerza Armada de la Policía Nacional, con grave perjuicio para la disciplina y normal desempeño de sus atribuciones, especialmente estando turbado el orden público de la Nación", y "Que tal situación dificulta el pronto restablecimiento del orden, siendo indispensable dictar una norma que defina y aclare cualquier duda que se presente para su cabal interpretación". Con base en esos motivos se decretó: "Artículo 1º. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1705 de 1960, la Justicia Penal Militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional, con arreglo al Código de Justicia Penal Militar". Esta disposición, y ello resulta obvio, reitera y ratifica lo dispuesto por el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar.

Por otra parte, existen disposiciones como la del artículo 2º del Decreto 2953 de 2 de diciembre de 1968, por el cual se reglamenta la Ley 40 de 1968 sobre rebaja de penas, que dice así: "Para los efectos del párrafo del artículo 2º de la Ley 40 de 1968, entiéndese por 'personal Militar' el que integran las Fuerzas del Ejército, la Aviación, la Armada y la Policía". Y una legislación más reciente, la de la Ley 2ª de 1977, "por la cual se establecen normas sobre servicio militar obligatorio", dice así en su artículo 2º: "El personal de que trata la presente ley, quedará sometido a las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar". Bien se ve que en este último caso apenas si se trata de reclutas que prestan su servicio militar obligatorio en la Policía y que al terminarlo son "reservistas en la especialidad de Policía", y tienen el carácter de auxiliares de la misma. En consecuencia, el término "militar" o su plural "militares" que se encuentra en el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, subsiste pues no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente.

Por lo dicho entonces, la Sala reitera la jurisprudencia consignada en sentencia de casación de 7 de diciembre de 1977, allí donde se lee:

Establece el artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, en su numeral segundo, que la jurisdicción militar conoce: "de los delitos establecidos en las leyes comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden

público o conncoción interior". La Corte en sentencia del 4 de octubre de 1971 declaró exequible dicha disposición. Por otra parte, el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar dispone que: "Para los efectos de este Código, los términos militar o militares, se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II". La Corte, en fallo del 29 de septiembre de 1973 declaró la constitucionalidad de tal disposición.

Cabe agregar, aunque resulte bien conocido, que los fallos de constitucionalidad o de inconstitucionalidad que emite la Corte producen efectos "erga omnes".

En consecuencia, por encontrarse el país en estado de sitio (artículo 121 de la Constitución Nacional y Decreto 250 de 26 de febrero de 1971), por ser el sindicado miembro de la Policía Nacional asimilado a militar y en servicio activo (artículos 284 y numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar), el juzgamiento de los hechos que se le imputan correspondía a la jurisdicción militar (artículos 308 numeral 2º y 309 del Código de Justicia Penal Militar). Su juzgamiento se produjo por parte de la Justicia Ordinaria y, por tanto, este proceso es nulo desde el auto que ordenó se cerrara la investigación (artículo 210, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal).

Esa misma jurisprudencia cabe perfectamente en el caso presente pues el procesado pertenecía a la Policía Nacional y estaba en servicio activo cuando sucedió el hecho de sangre que se le imputa. Además el país venía en estado de sitio desde la emisión del Decreto 1249 de 1975 y el conocimiento del proceso hasta su finalización lo asumió un Juzgado Superior y no el Comando de la Policía de Antioquia al cual pertenecía.

La demanda sostiene que el policial procesado cometió el hecho "con ocasión del servicio" cuando en verdad no fue así según muy claramente lo puntualizaron los juzgadores de instancia y lo dice ahora el Ministerio Público a cuyos razonamientos se remite la Sala para no hacer más extensa esta providencia. Sin embargo, y como

se dijo al principio, la nulidad por "incompetencia del juez" (numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal) es resaltante y, por tanto, se casará la sentencia impugnada para declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto que cerró la investigación, inclusive, y que emitió el Juzgado 12 Superior de Medellín.

La anulación del proceso no implica la libertad del procesado a pesar del vencimiento de los términos de que trata el artículo 7º, numeral 9º de la Ley 17 de 1975 (453 del Código de Procedimiento Penal), porque no existe la "solicitud" de que trata su inciso segundo y porque bien puede suceder que, si presenta ella, sea negada por encontrarse mérito para sostener un auto vocatorio a juicio, cerrar la investigación y disponer del término previsto para efectuar la calificación, cuestión ésta que corresponde, privativamente, al juzgador de la primera instancia, según se desprende del inciso en cita.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia impugnada y, en consecuencia, DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado en este proceso desde el auto que declaró cerrada la investigación, inclusive, y ORDENAR que por el juez competente, que lo es el Comandante de la Policía Nacional de Antioquia, se rehaga el procedimiento, según lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DOCUMENTOS

Documentos públicos y documentos privados. Valor probatorio. Documentos auténticos y documentos veraces

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 26 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 12, de febrero 22 de 1979.

Vistos

Contra la sentencia proferida el 23 de febrero del año pasado por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual confirmó, en todas sus partes, la de 1º de diciembre de 1977 en que el Juzgado Primero Penal de este Circuito condenó a Augusto Rodríguez Perilla a la pena principal de veintisiete meses de prisión por el delito de hurto y absolvió a Javier Morales González, Delio Díaz Velásquez y Alfonso Campos Ladino por el mismo delito, interpuso el primero de los nombrados, en momento oportuno, recurso de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala que también lo tramitó hasta el momento actual en que se pronuncia sentencia decisoria.

Hechos y actuación procesal

Pueden resumirse los primeros diciendo que el 25 de noviembre de 1974, el Jefe de Depósitos de la firma "Siemens Sociedad Anónima", cuyas bodegas se encuentran situadas en la carrera 65 número 11-93 de esta capital, formuló denuncia de carácter penal contra personas en ese momento desconocidas que habían venido sustrayendo de dichos depósitos artículos de propiedad de la persona jurídica mencionada.

No obstante que desde el momento de la denuncia se tomaron las medidas conducentes a prevenir posterior sustracción de las mercancías, éstas siguieron desapareciendo hasta alcanzar su valor una suma de varios millones de pesos. Esto permitió orientar la investigación hacia los empleados de la firma, lo que dio como resultado que el 11 de junio de 1975 fueran descubiertos, en el almacén Electro Equipos, de propiedad de Carlos Chiriboga y ubicado en la calle 15 número 10-20 de esta ciudad varios elementos que el dueño dijo le habían sido vendidos por Augusto Rodríguez Perilla "a precios cómodos".

Pese a que parte de los mismos le fue devuelta posteriormente a Chiriboga, se siguieron las pesquisas sobre Rodríguez Perilla quien había sido jefe de ventas de la "Siemens" y uno de cuyos amigos, Alberto Méndez Obando, denunció la presencia de artículos de esa marca en un apartamento que aquél tenía en la calle 17 número 12-39 en donde, efectivamente, se encontraron 14 cajas con productos de la marca mencionada por valor de \$ 1.046.660.00.

Al efectuarse esta requisa Rodríguez desapareció y permaneció oculto cerca de dos meses, al cabo de los cuales se presentó ante el investigador diciendo que se había ausentado de la capital por tener varios negocios fuera de ella. Al mismo tiempo exhibió, para justificar la presencia en su poder de los mencionados artículos, un documento privado, firmado ante testigos, registrado y autenticado, según el cual Hernán Piedrahíta Vélez le había vendido esos artículos por la suma de \$ 145.000.00.

Según Rodríguez Perilla, el vendedor Piedrahíta Vélez era dueño de un almacén de materiales eléctricos situado en la carrera 15 entre calles 13 y 14 de esta ciudad y el pago se lo había hecho en efectivo pese a que el comprador tenía cuenta en uno de los bancos de la ciudad,

Interrogado Claudio Mauricio González, uno de los que firmó, en calidad de testigo, el documento en cuestión sobre el negocio que constaba en éste, manifestó no haberlo presenciado y simplemente haber puesto su firma a petición de Rodríguez Perilla.

Por su parte dos amigos de éste, Carlos Chiriboga, ya mencionado y Jorge Guerrero al interrogárseles sobre el susodicho Piedrahíta Vélez y su calidad de comerciante en artículos eléctricos, dijeron no haberle conocido esa actividad agregando que conocían, por estar entregados a ella, a las personas que componían el gremio de comerciantes de esa rama.

Otro declarante, Alberto Méndez, depuso diciendo que Piedrahíta era un beodo consuetudinario, jamás dedicado al comercio de artículos eléctricos y agregó que, a su parecer, dicho sujeto había sido muerto en una riña de cantina.

Es de advertir que Rodríguez reconoció haberle vendido a Chiriboga artículos de la marca "Siemens".

Correspondió el conocimiento del presente proceso al Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá que con fecha 3 de marzo de 1976 calificó el mérito del sumario sobreviendo temporalmente en favor de Rodríguez Perilla. Apelada dicha decisión por el representante de la parte civil, el Tribunal declaró nulo lo actuado, a partir del auto de cierre de la investigación, por no haberse vinculado a ella al mencionado Piedrahíta Vélez.

Nuevamente el proceso en el Juzgado, se le calificó por auto de 15 de septiembre de 1977 en el cual se sobreseyó, otra vez en forma temporal, en favor de Rodríguez Perilla.

Tomó el apoderado de la parte civil a apelar la determinación del *a quo* y el Tribunal, en auto de 22 de noviembre de 1976, la revocó para, en su lugar, llamar a juicio a Rodríguez Perilla por el delito de hurto. Igual cosa hizo con Jaime Morales González y Alfonso Campos Ladino.

Adelantado el juicio, se llevó a cabo la audiencia pública y el 1º de diciembre de 1977 el Juzgado profirió sentencia en que se condenaba al primero de los nombrados, esto es, a Rodríguez Perilla, y se absolvía a los restantes.

Apelada la sentencia, el Tribunal profirió la que es materia del presente recurso extraordinario de casación.

En ella el Tribunal reiteró, como fundamento de la decisión reclamada, los argumentos que había tenido en cuenta para residenciar en juicio

a Rodríguez Perilla, entre ellos haberse encontrado en su poder mercancías de propiedad de la firma denunciante por un valor de \$ 1.046.660.00 que dijo haber comprado por la suma de \$ 145.000.00, evidentemente inferior a su precio verdadero el cual debía ser conocido por el procesado en mención en su calidad de antiguo jefe de ventas de la "Siemens".

Además, agrega el Tribunal, resulta extraño que no la guardara (la mercancía) en su residencia sino en lugar distinto, y, también, que no averiguara cómo había sido adquirida por Piedrahíta, máxime si el precio era escandalosamente bajo.

Otro aspecto que llama la atención, continúa diciendo el *ad quem*, es que los \$ 145.000.00 dizque los pagó en efectivo y no existe una razón atendible para aceptar este aserto si se tiene en cuenta que Rodríguez Perilla tenía cuenta corriente en uno de los bancos de la ciudad y que, como comerciante, acostumbraba a cancelar a través de este medio y, en la misma forma, recibir pagos. En lo tocante a estos aspectos, a lo largo del proceso, Rodríguez Perilla no dio explicación satisfactoria.

Insiste también el Tribunal en que el procesado, ahora recurrente, vendió a Carlos Chiriboga artículos pertenecientes a la firma denunciante. Y señala que, con motivo de la incautación de los que se encontraban en un local tomado en arrendamiento por aquél, distinto a su casa de habitación, resolvió ausentarse por dos meses, al cabo de los cuales se presentó ante el investigador "con un documento mediante el cual, advierte el Tribunal, en vano quiso hacer ver que la procedencia de los artículos recuperados era lícita, o al menos que él los había adquirido de buena fe".

Hace hincapié el sentenciador de segunda instancia en que las explicaciones de Rodríguez sobre la adquisición de los artículos encontrados en su poder resulta inverosímil no solamente porque las cajas en cuestión estaban aún "zunchadas" sino por el bajo precio en que dice las compró y por ser desconocido el vendedor como comerciante en ese ramo aunque sí lo era como borracho consuetudinario.

Sin referirse el *ad quem* en forma específica al documento privado que presentara Rodríguez para explicar el negocio con Piedrahíta Vélez, termina diciendo:

"De este modo, no son de recibo las mendaces explicaciones de Rodríguez ya que resultan absurdas, inverosímiles e ilógicas. La responsa-

bilidad de Rodríguez es, pues, evidente en el proceso. Y no hay causales de justificación jurídicamente atendibles, ni aspectos negativos de culpabilidad a su favor. En consecuencia, obró con acierto el señor Juez Veinticinco Penal del Circuito al condenarlo, por estar reunidos en su contra los requisitos del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto es oportuno afirmar que las penas, tanto la principal como las accesorias se ajustan a derecho”.

*Demanda de casación y respuesta
de la Procuraduría*

Tres cargos formula el demandante contra la sentencia recurrida, todos ellos en el marco del segundo aparte de la primera causal de casación por considerar que la providencia reclamada se basó en indebida apreciación de pruebas. Se resumen las censuras a continuación y, con dada una de ellas, se hace lo mismo con la respuesta del Procurador Tercero Delegado Penal quien lleva la voz del Ministerio Público en el presente recurso extraordinario.

Primer cargo. Lo hace consistir el censor en que, según su concepto, el Tribunal violó en forma indirecta los artículos 32, 398 y 399 del Código de Procedimiento Penal y de modo directo el artículo 7º de la Ley 21 de 1973 modificatorio del artículo 397 del Código Penal, por haberle quitado el valor probatorio al documento que aportó Rodríguez Perilla para demostrar la adquisición de las mercancías que le fueron incautadas en el allanamiento practicado por el Instructor al departamento tomado en alquiler por el procesado.

Al sustentar el cargo expresa el demandante que el documento en cuestión tiene el carácter de auténtico y que, por lo tanto, no le era dable al juzgador desconocerlo “sin una prueba que infirme o demuestre la falsedad de su contenido”.

Luego de insistir en que el negocio sobre el cual versa el susodicho escrito tuvo existencia real advierte que el Tribunal no podía desconocer el documento sin haber tramitado, dentro del proceso, el incidente de falsedad para demostrar la de su texto, lo que las partes no hicieron y concluye este punto diciendo:

“Si el documento no fue redargüido de falso a través del proceso y llegó ileso hasta la sentencia, no podría sin razón alguna desvalorizársele quitándole su valor probatorio cuando se ha reconocido su autenticidad, sin que aquel valor probatorio aparezca infirmado en los autos”.

Señala que el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal fija las condiciones para que el documento privado pueda ser tenido como auténtico y le da al Juez facultad para apreciar el valor probatorio del mismo teniendo en cuenta si la autenticidad fue o no demostrada así como también los principios de la crítica de dicha prueba.

Menciona que según el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos norma ésta aplicable al procedimiento penal y que fue violada también por el Tribunal.

Y termina diciendo:

“Es decir que si lo que se proponía las partes comprometidas en el documento privado era respaldar la veracidad o legalidad de uno de los contratos susceptibles de formación por medio de documento privado, el Juez que ha de conocer de él, para con su autenticidad valorar la prueba pertinente, está obligado a aceptarlo en su integridad, dando por cierto el acto contractual que el documento acredite”.

Replica la Procuraduría diciendo que aun cuando no ha sido puesta en tela de juicio la autenticidad del documento en cuestión, su contenido no concuerda con la realidad, por cuanto los objetos que en él se mencionan no fueron los mismos que se decomisaron a Rodríguez Perilla como puede apreciarse comparando su texto con la diligencia de avalúo de estos últimos.

Agrega que de autos aparece que el presunto vendedor Piedrahíta Vélez no era conocido como comerciante en ese ramo ni en ningún otro y que el Tribunal Superior de Bogotá tuvo en cuenta estas circunstancias, al igual que las anteriores, concomitantes y posteriores al presunto negocio para negar la existencia del mismo y por lo tanto la veracidad del contenido documental.

Pide, en consecuencia, que se deseche este cargo.

Segundo cargo. Considera el actor que el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 215, 262 y 263 del Código de Procedimiento Penal, precepto, el primero, que exige la plena prueba para condenar y señalan, los últimos, el valor probatorio de los documentos privados, al dejar de apreciar la prueba consistente en la devolución a Carlos Chiriboga de los artículos que se le decomisaron y que le habían sido vendidos por Rodríguez Perilla, diligencia que demuestra que tal adquisi-

ción era legítima lo que el Tribunal desconoció pues dijo que eran de propiedad de la Siemens.

Replica el Ministerio Público que no es cierto lo afirmado por el censor en el sentido de que los artículos decomisados a Chiriboga le hubieran sido en su totalidad devueltos porque lo cierto es que solo se le reintegró una parte de ellos, cuya procedencia legítima logró demostrar.

Agrega que otros artefactos de la misma procedencia, es decir, comprados por Chiriboga a Rodríguez Perilla, fueron vendidos por el primero, razón por la cual no los retuvo la autoridad y tampoco figuraron en la diligencia de devolución.

Termina diciendo que, de otro lado, a Chiriboga le fueron decomisados artículos que no le habían sido vendidos por Rodríguez y que, por esa razón, le fueron también devueltos.

Como en el cargo anterior, también pide que éste sea rechazado.

Tercer cargo. Dice el actor que el Tribunal dio por sentado que Rodríguez Perilla había mantenido relaciones comerciales con Rafael Guerrero, Juan Cadavid y Alberto Méndez Obando, agregando que existía "la posibilidad de que estos fueran 'enlaces' para la venta de los productos hurtados a Siemens mediante el procedimiento atrás mencionado...".

Estas aseveraciones del *ad quem* las califica el censor de infundadas y atribuye el error a indebida apreciación de las indagatorias de las personas que se dejan mencionadas pues que ninguna de ellas, a su juicio, ofrece fundamento para decir que esos individuos fueran "enlaces" de Rodríguez y deducirle a éste con tal base, responsabilidad penal en el presente proceso.

También en este mismo cargo atribuye error al Tribunal al dar por sentado que los artículos decomisados a Rodríguez Perilla eran de pertenencia de la Siemens, cuando en realidad ninguno de ellos correspondían a las especificaciones consignadas por esa empresa al dar la lista de los artefactos que le habían sido sustraídos.

Concluye diciendo que el *ad quem* sin demostración de la propiedad, preexistencia y subsiguiente falta de los objetos materiales del ilícito dio éste por plenamente probado, cometiendo grave error en contra de los intereses de su patrocinado.

A todo lo anterior responde la Procuraduría diciendo que el Tribunal no hizo énfasis en las relaciones comerciales o de otra índole de Rodríguez con las personas que se dejan mencionadas

y que, por lo tanto este aspecto del proceso no tuvo trascendencia en la condena de aquél. Agrega que, por otra parte, basta la lectura de las indagatorias de ellos para llegar a la misma conclusión del Tribunal, o sea, que eran sospechosas las relaciones del procesado con dichos individuos.

En cuanto a la discordancia alegada entre los objetos decomisados y los que relacionó la Siemens como sustraídos, asevera el Ministerio Público que aquellos fueron reconocidos como propiedad de dicha firma por varias personas.

Pide también que se rechace esta censura.

Consideraciones de la Corte

Cargo primero. Pretende el censor que con base en la autenticidad del documento privado contentivo de la venta de artefactos eléctricos que Hernán Piedrahíta Vélez le hiciera a Augusto Rodríguez Perilla, se tenga por incuestionable la existencia de ese contrato y, en consecuencia, como legítimamente adquiridos los artículos a que el mismo se refiere.

Confunde el actor, de modo inadmisibles, dos características distintas de los documentos, así públicos como privados: la autenticidad y la veracidad.

Aquella, la autenticidad, consiste en que el documento provenga de la persona que en él aparece como autor, generalmente la que hace las declaraciones de verdad o la narración de hechos contenidos en el escrito. Hace referencia esta característica a la genuinidad del documento, entendida como la pureza de su origen en cuanto realmente quien ha querido documentar es el que aparece documentado.

La veracidad, en cambio, hace relación al contenido del documento y consiste en que éste corresponda a la realidad bien sea a la material (descripción de objetos), la histórica (narración de hechos) o la espiritual (pensamientos, raciocinios, etc.).

Un documento puede ser, en consecuencia, auténtico pero no veraz y a la inversa: decir la verdad pero no proceder del que aparece como su autor.

De otra parte, un documento puede ser falso porque se haya alterado uno de los dos aspectos, es decir, porque quien aparece como su autor no lo es en realidad o porque su texto primitivo ha sido cambiado para hacerle decir cosa distinta a la que se quiso documentar.

El Código de Procedimiento Penal contiene en sus artículos 261 y 262 las normas para juzgar sobre el valor probatorio de los documentos públicos y privados, respectivamente.

En relación con los primeros, la norma citada en primer término establece que cuando son expedidos por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe, es decir, de aquéllos ocurridos en su presencia o de que está legalmente enterado.

En esos casos el contenido no puede desconocerse sino después de que se acredite la falsedad del documento.

Pero cuando no se trata de esa clase de hechos sino de declaraciones de las partes, su valor probatorio es el mismo de la confesión y del testimonio.

Significa lo anterior que solo prueba en contra del particular. En los demás casos el contenido de las declaraciones de éste debe ser apreciado conforme a las normas de la crítica del testimonio.

Por lo que hace a los documentos privados, según el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal, su valor probatorio se basa, en primer término, en su autenticidad.

Y en segundo lugar de lo que resulte de aplicar al contenido las normas de la crítica.

No basta para esta especie de documentos que se haya demostrado su autenticidad para que deba dársele el valor de plena prueba a su contenido. Tal cosa no ocurre sino en los documentos públicos cuando el funcionario se refiere a hechos ejecutados por él mismo o que documenta en ejercicio de sus funciones.

En el documento privado auténtico, el contenido prueba en el caso de que su veracidad se haya establecido conforme a las normas de la sana crítica, es decir, si resulta de su mismo texto y del examen que se le haga valiéndose de otros medios de prueba.

Si su texto aparece ilógico o irreal o si, pareciendo verídico, se establece, por otros medios de convicción, que no lo es, su autenticidad solo sirve para demostrar que proviene de su autor aparente, pero no prueba que se haya ejecutado el hecho o hechos que relata su texto o que realmente se expresó la voluntad de una o más personas. En fin, no sirve para probar el nacimiento, modificación o extinción de un derecho.

Esa demostración puede hacerse por cualquier medio de prueba y sin necesidad de tramitar un

incidente especial, como lo pretende el actor, procedimiento que solo es obligatorio en los asuntos civiles.

Esto es lo que ha ocurrido en el presente proceso con el documento privado auténtico que el procesado Rodríguez Perilla presentó para tratar de establecer que las mercancías que le fueron decomisadas habían sido legítimamente adquiridas por él en compra hecha a Hernán Piedrahíta Vélez y que ahora pretende el actor fue erróneamente estimado en su valor probatorio por no haber aceptado el Tribunal que servía para establecer ese hecho.

Y es que el ad quem examinó críticamente el contenido de ese documento a la luz de las demás pruebas del expediente, en particular tomando en cuenta que el presunto vendedor jamás había sido comerciante, menos en el ramo de artículos eléctricos y que el precio de la venta resultaba irrisorio en comparación con el real y verdadero de esos artefactos, diez veces superior a aquél en que Rodríguez lo adquirió, sin que pudiera éste alegar que desconocía ese precio puesto que había sido empleado de la firma damnificada, precisamente en el renglón de ventas. Todo lo cual condujo al Tribunal a la conclusión de que se trataba de un documento falto de veracidad en su contenido, apreciación correcta que esta Sala comparte en su integridad y en razón de la cual desecha el presente cargo.

Segundo cargo. El argumento del actor en el sentido de que el haberse devuelto a Carlos Chiriboga los artículos decomisados prueba que los había adquirido legítimamente y exonera a Rodríguez de la acusación de haberlos sustraído, en realidad no resiste análisis si se tiene en cuenta que, por una parte, los artículos devueltos al primero eran los que él había adquirido de otras fuentes y, en segundo lugar, que muchos de los que vendió el procesado no pudieron ser decomisados porque ya habían sido vendidos. Es decir que no es esa devolución prueba, como lo pretende el demandante, de que los artefactos decomisados a Chiriboga no hubieran sido de los sustraídos a la Siemens. Siguen operando entonces en contra del procesado los demás indicios de que sí lo habían sido y en pie el cargo hecho al recurrente de haber tomado parte directa en esa sustracción.

En consecuencia, no prospera esta censura.

Tercer cargo. Completamente desenfocada es la crítica que, en este punto, hace el demandante a la sentencia por cuanto el juzgador de instancia no se basó, para condenar a Rodríguez Perilla, en sus pretendidas relaciones comerciales

con Guerrero, Cadavid y Méndez Obando ni en que éstos le hubieran servido o no de enlace para su delito.

Estas fueron observaciones perfectamente marginales que en forma de simple hipótesis formuló el Tribunal, sin que tengan ni el *ad quem* les hubiera dado, valor de pruebas, así fueran solamente indiciarias de la responsabilidad penal del procesado.

Tampoco la pretendida falta de concordancia entre la numeración de los artículos decomisados a Rodríguez y la lista que pasó la Siemens de los que le fueron sustraídos sirve para probar la inocencia de aquél pues tales artefactos, es a saber, los que el procesado tenía en su apartamento, fueron perfectamente reconocidos como de propiedad de la firma lesionada.

Tampoco, pues, este cargo prospera.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal—, administrando jus-

ticia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

Objeciones. Pruebas. Oportunidad legal para objetarlo. Pruebas. Procedencia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 8 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*

Aprobado: Acta número 15.

Vistos

Se encuentra acusada en casación la sentencia originaria del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual confirmó la de primera instancia proferida por el Juez 18 Penal del Circuito del mismo lugar y condenó a Darío Valencia Eastman, Fabio Valencia Hoyos y Arturo de Jesús Vélez Arango a la pena principal de 36 meses de presidio y a las accesorias de ley, como responsables de infracción al Decreto 1188 de 1974.

Admitido el recurso, se ordenó el traslado de ley a las partes. Las demandas de sustentación, presentadas por los doctores Hernando Londoño Jiménez, Jorge Ochoa Henao y Tarsicio Roldán Palacio, se declararon ajustadas a las exigencias legales.

Antecedentes

El Tribunal sentenciador resumió los hechos del proceso en la forma que sigue:

“El 10 de enero de 1976, los agentes del F-2 o del Dipec, señores Leonidas Estrada, José Gaona, Pablo Callejas y el Teniente Ramiro Rueda Pineda, con motivo de informes obtenidos previamente, se ignora la fuente, se trasladaron a los alrededores de la residencia marcada en la puerta con el número 37-27 de la carrera 63B, nomenclatura oficial de Medellín, con el fin de

verificar si, como decían los informes, en ese lugar se llevaría a cabo una transacción de drogas estupefacientes o que producen dependencia física y síquica. Efectivamente, a eso de la una y media de la tarde, frente a esa casa se estacionó un automóvil ‘Renault’ en el que viajaban Darío Valencia Eastman y Fabio Valencia Hoyos. Aquel salió del vehículo y se dirigió a la puerta. Hizo sonar el timbre y alguien salió y habló con él. Luego el mismo Darío regresó al automotor a cuyo volante permanecía Fabio y sacó un pequeño paquete. Regresó a la residencia y penetró en ella una vez le fue franqueada la puerta. Inmediatamente el Teniente Rueda Pineda y otro agente acudieron a esa puerta, tocaron y como no les abrieron rompieron un vidrio de una ventana. La puerta al parecer fue abierta y los dos agentes penetraron en ella. Y constataron en el piso muestras de una sustancia pulverizada blanca y lo mismo en un lavaplatos de donde infirieron que alguien trataba de echar esa sustancia por la cañería. Pero en una alacena encontraron el pequeño paquete, ya abierto. Examinado el contenido por medio de una prueba de campo, la reacción química dio resultado positivo para cocaína. Mientras esto sucedía en el interior de la casa, otro agente había ya capturado a Fabio Valencia Hoyos. Así, pues, los cuatro agentes y los dos de apellido Valencia se reunieron dentro de la residencia en la cual se encontraba su habitacional Mario Oswaldo Pimental López, la esposa de éste y la empleada del servicio. Allí permanecieron un tiempo registrando la habitación e interrogando a las personas mencionadas. Cuando de pronto sonó el timbre del teléfono y el Teniente Rueda Pineda contestó: Y se estableció el siguiente diálogo: El preguntó: ¿Mario?, entonces le dije: sí. El dijo: voy a recoger el cubiche y bajo inmediatamente, yo le dije: aquí lo espero”. Por ahí a la media hora de esa conversación llegaron en una camioneta Arturo de Jesús Vélez Arango, Joaquín Rivera,

un cubano de La Habana que vive en Miami y había llegado ese mismo día a esa ciudad, Alirio Ortégón Zabala, Alcides Granados Salazar y Beatriz Eugenia Vélez Arango hermana de Arturo. Tan pronto llegaron estas personas fueron aprehendidas. Esa misma tarde de los hechos y en la misma residencia, los referidos agentes pesaron la cocaína decomisada y elaboraron el acta que obra a fls. 8-9 firmada por los agentes y otras personas. Pero solo fueron indagatoriados Mario Oswaldo Pimienta López, Darío Valencia Eastman, Arturo de Jesús Vélez Arango y Fabio Valencia Hoyos.

Actuación procesal

La sintetiza así el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

“El señor Comandante de la Cuarta Brigada con sede en Medellín comisionó al Juez 37 de Instrucción Criminal ‘para que inicie y perfeccione dentro del término legal la investigación penal por violación al Decreto 1188 de 1974 (cocaína), contra los particulares Mario Oswaldo Pimienta López y otros relacionados en el informe suscrito por la jefatura del Dipec del Departamento de Policía Antioquia’.

“Efectivamente el Juez comisionado avocó el conocimiento del asunto y ordenó practicar ‘todas aquellas diligencias que se consideren necesarias para el total esclarecimiento de los mismos y especialmente las ordenadas por el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal’.

“Al efecto, recoge considerable prueba, en especial de carácter testimonial y oye en indagatoria a los sujetos que habían sido capturados por la Policía, sindicados de ser los transgresores del Decreto 1188 de 1974 en la modalidad explicada por el informe policivo, sujetos a quienes se ordena detener preventivamente.

“El laboratorio criminológico Decypol hizo el análisis respectivo a la sustancia decomisada, concluyendo ‘que la sustancia en mención corresponde a cocaína clorhidrato’ (fl. 39).

“El mismo laboratorio criminológico hace otros análisis posteriormente, según los folios 90 y 99, con aclaración de los dichos dictámenes al folio 104.

“Posteriormente es comisionado el Juez 50 de Instrucción Penal Militar para continuar la investigación iniciada.

“El señor Fiscal Militar permanente da concepto sobre el desistimiento ‘a la petición sobre

revocatoria del auto de detención dictado contra Mario Oswaldo Pimienta López y otros’, lo que en tal sentido es resuelto por el Juez instructor.

“Cumplida la comisión, lo actuado se remite a la Auditoría Principal de la Cuarta Brigada, despacho que solicita la práctica de numerosa prueba tendiente al esclarecimiento de la idoneidad del laboratorio del Departamento de Estudios Criminológicos y de Policía Judicial ‘Decypol’. Igualmente se solicitaba someter a estudio del Instituto de Medicina Legal un cuestionario redactado por la misma Agencia Fiscal.

“Por razón del levantamiento del estado de sitio en que se encontraba el territorio nacional, la Justicia Penal Militar perdió la competencia para conocer de esta clase de delitos, por lo cual el Comandante de la Cuarta Brigada dispuso enviar el sumario a los señores Jueces Penales del Circuito de Medellín, tocándole el conocimiento al 18, funcionario que ordena se practique la prueba que queda faltando, lo que se hace por medio de Juez Instructor comisionado”.

Cerrada la investigación, y oídos los señores apoderados de los sindicados, se califica el mérito del sumario con esta orden:

“I. Por los trámites ordinarios y como autor de la violación a la Ley 17 de 1973 y su Decreto reglamentario 1188 de 1974, delito éste primitivamente considerado contra la salubridad pública e incorporado al Código Penal en su Libro II, Título VIII, Capítulo II según, se llama a responder en juicio a Darío Valencia Eastman, de las notas y características civiles insertadas en la parte orgánica de este auto.

“El cargo consiste en que a eso de la 1:30 p.m. del 10 de enero del corriente año, fue sorprendido cuando llevaba consigo aproximadamente 430 gramos de cocaína. El decomiso se efectuó en la residencia número 37-27 de la carrera 63B de esta ciudad, a donde el sindicado llevó la droga al parecer con fines de venta.

“II. Por los trámites ordinarios y como cómplice no necesario o secundario de la violación a la Ley 17 de 1973 y su Decreto reglamentario 1188 de 1974, delito éste que fue considerado contra la salubridad pública e incorporado al Código Penal en su Libro II, Título VIII, Capítulo II, se llama a responder en juicio a Fabio Valencia Hoyos, de la filiación anotada en la parte expositiva de este auto.

“El cargo consiste en que, previo concierto con su primo Darío Valencia Eastman, cooperó con

éste en la ejecución de la conducta descrita en el numeral primero de este proveído, prestándole una ayuda que se concretó en la conducción del sindicado que llevaba consigo la droga hasta la residencia atrás anotada.

“III. Se sobresee temporalmente en favor de Mario Oswaldo Pimienta López y Arturo de Jesús Vélez Arango, del cargo de violación a la Ley 17 de 1973 y el Decreto 1188 de 1974, por el cual fueron oídos en injurada.

“IV. Como autor de un delito de cohecho previsto y sancionado en el Libro II, Título II, Capítulo III del Código Penal, se llama a responder en juicio a Mario Oswaldo Pimienta López de las notas civiles incorporadas en la parte orgánica de este auto.

“El cargo consiste en que en las horas de la tarde del 10 de enero próximo pasado, cuando se decomisó la cocaína que a su casa llevó Darío Valencia Eastman, ofreció \$ 300.000.00, joyas por elevado valor y la droga incautada a los agentes que practicaron el procedimiento para que éstos omitieran un acto propio de sus cargos y para que ejecutaran uno contrario a sus deberes oficiales, como eran el no decomisar la cocaína y el dejar en libertad a los implicados, sin informar a las autoridades competentes sobre los hechos criminosos. Nada de eso fue aceptado por los policiales.

“V. En lo concerniente a los sobreseídos temporalmente se reabre la investigación por un término no superior a seis meses durante el cual se evacuarán las pruebas que faltaron de la ampliación ordenada a folios 163 y ss. y las demás que tiendan a establecer la conducta de Mario Pimienta y Arturo Vélez.

“VI. Los enjuiciados deberán nombrar defensor para que los asista en la etapa de la causa.

“VII. Darío y Fabio Valencia continuarán detenidos. Arturo Vélez Arango, seguirá disfrutando de libertad.

“VIII. Mario Oswaldo Pimienta López podrá gozar de excarcelación si otorga caución por \$ 5.000,00, con la cual garantizará que no se ausentará de la ciudad ni variará de domicilio sin previo aviso al Juzgado y que se presentará al Despacho cada quince días”. (...)

El vocatorio a juicio fue protestado, por lo que hubo de remitirse al honorable Tribunal Superior, Entidad que resuelve:

“En consecuencia, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, oídos el señor Fiscal y el único recurrente que sustentó el

recurso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el llamamiento a juicio de los señores Darío Valencia Eastman y Fabio Valencia Hoyos. Confirma también el llamamiento a juicio de Mario Oswaldo Pimienta López, por el delito de cohecho. Revoca el sobreseimiento temporal proferido en favor de Mario Oswaldo Pimienta López y Arturo de Jesús Vélez Arango y en su lugar, se llama a responder en juicio criminal, de trámites ordinarios, por el delito previsto en el inciso primero del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 en la forma indicada en la parte motiva. Es en esta disposición en donde está previsto el delito imputado a los señores Valencia Eastman y Valencia Hoyos. Se cancela el beneficio de excarcelación de que viene gozando Mario Oswaldo Pimienta López y Arturo de Jesús Vélez Arango y se decreta su detención preventiva y ordena su captura. Se ordena compulsar copias de lo pertinente para los fines anotados en la parte motiva” (fls. 518 y 519).

“Fueron emplazados los procesados Mario Oswaldo Pimienta López y Arturo de Jesús Vélez Arango y luego declarados reos ausentes, nombrándosele su defensor de oficio.

“La causa es rituada con toda la normalidad pertinente, dentro de la cual se practican algunas pruebas y se le termina con los fallos de primera y segunda instancias ya aludidos”.

Las demandas de casación

En representación de los sindicados se presentaron por los distintos apoderados tres demandas de casación.

Dos de las demandas presentan un primer cargo por nulidad, al amparo de la causal cuarta, y otros más con fundamento en la causal primera —cuerpos primero y segundo—, y en la causal segunda.

Cargo primero. Causal cuarta de casación.

La sentencia acusada es violatoria del artículo 26 de la Constitución Política, por inobservancia de las formas propias del juicio. Concretamente por haber proferido en juicio viciado de nulidad consistente en haber negado el sentenciador la práctica de una prueba encaminada a desvirtuar la base fundamental de la sentencia, o sea, que la sustancia cuyo decomiso dio lugar a la formación del proceso es cocaína.

En las consideraciones de la Corte se hará referencia constante a los argumentos con los cuales los apoderados de los procesados recurrentes

sustentan este primer cargo. Y como su prosperidad hace inútil el estudio de los restantes, con excepción del cargo segundo que por nulidad se propone en la primera de las demandas; la Corte se abstendrá de analizar los cargos restantes ya que con el estudio de los dos primeros se satisfacen con amplitud las pretensiones de todas ellas.

Concepto del Procurador

Pide que se deseche el cargo y argumenta que los varios exámenes practicados por los funcionarios de la Policía Judicial son suficientes para fundar el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

No cabe remitir a duda que lo mismo en el sumario que en la etapa probatoria del juicio los defensores de los procesados recurrentes objetaron los dictámenes emitidos por los peritos oficiales de los cuerpos integrantes de la Policía Judicial (Decypol y Dipec), con fundamento en que entre unos y otros había notables diferencias de concentración, por encima de los niveles porcentuales admitidos internacionalmente en exámenes de cocaína, y en que los métodos empleados por Decypol —en concepto de la defensa— no son específicos para el análisis cualitativo de aquella. Y además porque el realizado por Dipec, comparado con los primeros, no obstante haber empleado el mismo procedimiento cromatográfico, exhibe notorias diferencias. Este describe dos manchas con RF igual para los patrones de Cocaína y Clorhidrato de Xilocaina, separación que no hizo Decypol, diferencia que no supo explicar, habiéndose limitado a decir cuando fue preguntado sobre el particular que sus placas no registraron la Xilocaina.

En la primera de las pruebas realizadas por Decypol con el auxilio de los métodos de Wagner, Mayer y Scott, y el cromatográfico, obtuvo resultados positivos para cocaína en concentración del 72,8 por ciento de cocaína pura. Y en el segundo de los exámenes ordenado por el Juzgado de Instrucción Criminal, los resultados ofrecieron una concentración del 87,5 por ciento. Y en un tercer examen practicado sobre la primera y segunda muestras, la concentración ascendió al 89 por ciento (fl. 104).

Decypol explicó las diferencias de concentración de cocaína en los distintos exámenes practicados por él a muestras alícuotas de la misma sustancia, por la falta de homogeneidad de las muestras y por su distinto grado de humedad,

y porque las variaciones de voltaje en la corriente eléctrica que alimenta el espectofotómetro, impide la correcta lectura de sus datos.

Las anteriores explicaciones sirvieron a la defensa para objetar por error grave los dictámenes. Admitido el incidente, la defensa solicitó que por el Juzgado fueran enviados al Instituto de Medicina Legal en Bogotá los resultados de las peritaciones concluidas por los organismos de la Policía Judicial, y muestras del alcaloide decomisado, para nuevo examen.

Cuando avanzaba el incidente de objeciones al dictamen de los peritos, por error grave, el Comando de la Cuarta Brigada con sede en Medellín solicitó el expediente, y en sus manos permaneció inactivo por más de cuatro meses, al cabo de los cuales negó la prueba solicitada por la defensa, decisión que fue apelada para ante el Tribunal Superior Militar, que nada resolvió sobre el particular.

Ya de regreso el país al estado de normalidad jurídica, el negocio pasó a la justicia ordinaria, y el Juez Decimotavo Penal del Circuito a quien correspondió el conocimiento, una vez más recibió de la defensa solicitud para que decretara las pruebas imprecadas a la justicia castrense, y nuevamente fueron negadas con el argumento de ser extemporáneas, “pues debieron pedirse dentro del incidente de objeciones a los dictámenes y que actualmente el auto que las negó en esa oportunidad se encuentra apelado”, dijo el Tribunal Superior de Medellín, al resolver la apelación propuesta a la decisión anterior: “el proceso penal colombiano está regido por el principio de la investigación integral consagrado en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 334, *ibidem*. Además, los apoderados de los sindicados para el ejercicio de su función defensoria tienen la facultad de solicitar la práctica de pruebas conducentes a los hechos y de controvertir las que hayan sido aportadas. En un Estado regido por el principio del imperio de la ley y en el juzgamiento regido por el principio del debido proceso, no es aceptable menoscabar las facultades defensorias de los sindicados”.

El Tribunal ordenó en consecuencia la práctica de las pruebas solicitadas, y el Juzgado Decimotavo Penal del Circuito, en obediencia al Superior, dijo en auto de 11 de octubre de 1976, confirmado posteriormente por el Tribunal: “El Juzgado acata y acoge la decisión del Honorable Tribunal Superior y se dispone a cumplirla en su debida oportunidad procesal, porque desafortunadamente cuando el expediente regresó de esa

alta Corporación ya la etapa hábil para proceder de conformidad se había clausurado; medida esta que se tomó por encontrarse más que vencido el término de formación del sumario al cual estaban vinculados tres sindicados detenidos. En la fase probatoria del juicio se evacuarán las diligencias que echó de menos el honorable Tribunal Superior y otras que considera de importancia el Juzgado, sin que esto implique que la carga probatoria no es lo suficientemente onerosa para sustentar un auto de proceder". Y agrega sin más: "Tal parece que para los señores apoderados la bondad de la prueba se mide de acuerdo con sus intereses profesionales...".

En febrero de 1977, dentro del término probatorio del juicio insistió la defensa en su petición para que por el Instituto de Medicina Legal fuera practicado "un nuevo examen sobre las muestras de la substancia que en su poder se encuentran", incluyendo análisis cualitativo y cuantitativo de las mismas, todo de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, inciso segundo, que consagra el derecho a repetir en el proceso las pruebas practicadas por la Policía Judicial, a solicitud de parte y aun de oficio por el Juez.

El memorial de la defensa fue resuelto por el Juez Decimotavo Penal del Circuito de Medellín, el día 14 de marzo siguiente. Se dijo en él:

"De las pruebas pedidas son procedentes las dos primeras no sólo porque fueron solicitadas en tiempo sino porque habían sido decretadas con antelación. La tercera, o sea, la concerniente a la repetición del análisis sobre la droga incautada resulta improcedente, porque si bien el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal faculta a las partes para pedir la repetición de las pruebas practicadas por la Policía Judicial, esta medida ya la tomó de oficio el Juzgado Instructor en relación con el análisis de la sustancia decomisada, pues cuando practicó la inspección judicial sobre la droga incautada tomó muestras para ser enviadas a Decypol, donde se practicó un nuevo dictamen ordenado por el Juzgado y distinto al que en la indagatoria preliminar había ordenado la Policía Judicial (folios 58 fte. y 90 fte.)".

Se recibió así la declaración del doctor Jaime Posada Valencia. Se practicó inspección judicial al Laboratorio de Decypol, con la participación de peritos y se remitió al Instituto de Medicina Legal el cuestionario formulado por la defensa, y se ordenaron nuevas pruebas (568 y siguientes y 141 a 143)".

A folios 625 del expediente aparece la absolución que dio al cuestionario propuesto por la defensa el Instituto de Medicina Legal. Afirma: "indudablemente si dos o más partes alicuotas de una muestra determinada se analizan científicamente y por personal capacitado el resultado será igual o a lo sumo con una pequeña diferencia de -0.01% .

Contestando sobre la posibilidad de diferencias cuantitativas como las ofrecidas por los resultados de los análisis practicados por Decypol, dice el Instituto de Medicina Legal:

"Es un imposible analítico toxicológico. Más bien es el resultado de un análisis llevado a cabo por un inexperto, o en último caso por la falta de equipo apropiado. Esta diferencia en la concentración tan astronómica no sería aceptada por ninguna organización docente y mucho menos por quien está administrando justicia".

Asegura igualmente que la prueba de Scott que en opinión de Decypol y de los juzgadores se especifica para cocaína, no lo es, pero sí reacción química preliminar en dichos análisis, y concluye:

"Por lo anotado, conceptuamos que para eliminar cualquier duda en relación con la naturaleza de la sustancia a que se refieren los dictámenes de Decypol, es necesario practicar un nuevo análisis de aquella y así se le insinúa muy respetuosamente a la señorita Juez de Instrucción Criminal".

El concepto anterior fue suscrito por la doctora Graciela Téllez Téllez, Supervisora del Departamento de Toxicología del Instituto de Medicina Legal en Bogotá, el día 19 de abril de 1977.

A folio 265 vuelto dice la Fiscalía del Tribunal Superior de Medellín:

"Considero además que en este proceso, en donde está en juego la comprobación específica de la infracción, o sea el cuerpo del delito, con todo y haber sido tratado por verdaderos técnicos de laboratorio, han sufrido profundas contradicciones que es necesario esclarecer suficientemente, dado que no se podrían cometer injusticias contra personas. Yo creo que esclarecer el conflicto que se presenta, o mejor, resolverlo por las vías legales como debe ser, daría buenos resultados, porque al momento de decidir, al señor Juez de derecho no le debe quedar sombras de dudas porque la tipicidad de las conductas debe ser clara e inobjetable".

El Tribunal había dicho: "Estas pruebas tienen a aportar al expediente criterios aptos para

evaluar los dictámenes químicos producidos en el expediente respecto de que la sustancia decomisada es Cocaína. Y la demostración de la naturaleza de dicha sustancia tiene relación no sólo con el objeto particular del incidente de objeciones a esos dictámenes, sino también y muy claramente con el objeto del sumario y de la totalidad del proceso" (folio 266 vuelto).

Sin embargo se dictó la sentencia acusada en casación sin que se hubiere decretado la prueba tan reiteradamente solicitada por los procesados recurrentes y por sus defensores y haciendo caso omiso del concepto del Instituto de Medicina Legal y de su petición para que se le enviaran muestras de la sustancia decomisada a fin de eliminar cualquier duda sobre su naturaleza.

Y no se diga como lo dicen los juzgadores de las instancias que la prueba solicitada por la defensa, aceptada en principio por el Tribunal Superior de Medellín y aconsejada por el Instituto de Medicina Legal, se satisfizo cuando la Juez de Instrucción Criminal la decretó de oficio y ordenó que se repitiera una y otra vez por un mismo organismo de la Policía Judicial. Porque, no importa la idoneidad científica de Decypol, tan discutida en el proceso, una vez objetada su peritación, por error grave, y admitido el incidente, la segunda instancia en la materia correspondía, no al mismo laboratorio cuyo dictamen suscitaba la objeción, sino, por fuerza de las circunstancias y por Ministerio de la ley, al Instituto de Medicina Legal en Bogotá, máxima autoridad en el particular, cuyo concepto desplazaba, por lo mismo, y por razones de rango y jerarquía a los demás que sobre el punto discutido figuran en el expediente (Artículo 71 y concordantes del Decreto 1188 de 1974).

Como se ha visto por las transcripciones precedentes, también el Tribunal Superior de Medellín, que expidió la sentencia acusada, pasando por encima de sus propias apreciaciones, juzgó conveniente practicar las pruebas solicitadas por los procesados recurrentes. De donde resulta inexplicable que, posteriormente, sin dar una razón convincente sobre tan significativo cambio de opinión, procediera a dictar sentencia condenatoria sin haber hecho lo posible, y lo indicado por él mismo, para despejar la duda cierta que, aún ahora subsiste, sobre la naturaleza de la sustancia problema, y que podía conjurarse sin más que atender a sus propios dictados y a las insinuaciones del Instituto de Medicina Legal, conocidas por el Tribunal y por el Juez de la primera instancia, y con mucha anterioridad a sus pronunciamientos.

No cabe duda entonces que en el presente caso se ha dictado sentencia por el Tribunal Superior de Medellín, absolviendo la duda desfavorablemente a los intereses de los sindicatos, con franca e inexcusable violación de los artículos 26 y concordantes de la Constitución Política de la Nación y de los artículos correspondientes del Código de Procedimiento Penal que mandan expresamente lo contrario, y con violación además de las formas propias del juicio.

Así las cosas, el cargo primero de las demandas de casación —nulidad suprallegal— que los impugnadores sustentan dentro del marco de la causal cuarta, por violación de las normas anteriormente citadas, viene llamado a prosperar.

Cargo segundo.

Al amparo de la causal cuarta de casación se acusa la sentencia recurrida, por haber sido dictada en un proceso viciado de nulidad.

Lo hace consistir en que: "La sentencia materia del recurso, puso fin al proceso afectado de la primera causal de nulidad a que se refiere el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, esto es por incompetencia del Tribunal Superior para revocar el sobreseimiento temporal ya ejecutoriado con que se había favorecido a Mario Oswaldo Pimienta López por el Juez del conocimiento en relación con la imputación de violación del Estatuto Nacional de Estupefacientes.

"Las Salas Penales de Decisión de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen: en segunda instancia, de los recursos de apelación y de hecho y de las consultas en los procesos de que conocen en primera los jueces superiores y de circuito".

"Es lo que dispone el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal.

"A los jueces penales y promiscuos del circuito atribuye exclusivamente el artículo 48 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, la competencia para conocer de la primera instancia de los procesos que origina su infracción.

"Lo anterior es indiscutible.

"Y también lo es, según consta a fls. 476, 476 vto., 482 y 482 vto., que el auto que califica el mérito de la sumaria contra los sindicatos Darío Valencia Eastman, Fabio Valencia Hoyos, Arturo de Jesús Vélez Arango y Mario Oswaldo Pimienta López, no fue apelado en cuanto sobreseyó temporalmente a este último de los cargos que se le habían hecho en sus indagatorias en relación con la violación del numeral 1º del ar-

título 38 del Decreto 1188 de 1974, sino únicamente por el llamado a responder de cohecho y, a los demás, por los delitos de 'llevar consigo cocaína' y del sobreseimiento temporal con que resultó favorecido Vélez Arango".

Se considera.

Sobre el punto concreto a que se contrae éste segundo cargo, dijo la Corte para resolver el recurso de casación propuesto por Antonio Restrepo Sánchez (1º de marzo de 1979, Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez).

"La Sala estima que el *ad quem* tiene atribuciones para conocer del sobreseimiento definitivo, aunque éste no sea motivo de consulta ni haya sido apelado, en virtud del recurso de alzada interpuesto contra el auto de proceder.

"La ley de procedimiento penal colombiano fija, es mandato expreso y nítido, la solución que debe darse a casos como el sub júdice, en los cuales una misma resolución contiene varias decisiones. La Ley 17 de 1975, en su artículo 3º, ordena: 'Artículo 197 bis. *Reformatio in pejus*. El recurso de apelación otorga competencia al Juez o Tribunal de Segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada'. Nótese como esta disposición atiende, preferentemente, al recurso de apelación y generaliza en el sentido de conceder absoluta y plena atribución para revisar 'la providencia', sin restringir esta actividad procesal a la decisión apelada.

"El criterio opuesto, comentado por el Magistrado que salva su voto, se apoya en foráneas enseñanzas de Leone, Florián y en la jurisprudencia italiana. Con base en ellas sostiene la existencia ya no de dos efectos (devolutivo y suspensivo) sino de tres, agregándose 'los efectos total y parcialmente suspensivos de la apelación'. De ahí que diga, si la apelación se concede en el efecto totalmente suspensivo, esto es, cuando 'el efecto del recurso impone el traslado de la totalidad de la causa y de la jurisdicción al juez de segundo grado (*appellatio devolvit totam causam et negotio principale ad iudicem appellationis*), como en el evento de las sentencias de primer grado, por ejemplo, en que el efecto extensivo de la apelación interpuesta por sólo uno de los condenados lleva, necesariamente, a la revisión de la totalidad del proceso y de todos los procesados (condenados o absueltos) hayan o no interpuesto éstos el recurso correspondiente, o en cuanto a la situación de los procesados no apelantes llamados a juicio conjuntamente con el recurrente (la apelación de un procesado contra

el auto de proceder hace extensivo el recurso a los demás procesados no apelantes también llamados a juicio); cuando la apelación se refiere sólo a uno o algunos *extremos* de la providencia y quedan otro u otros no impugnados, respecto de los cuales la jurisdicción no se suspende ni se pierde para el *judez a quo*, el efecto de la apelación contra la providencia es apenas parcialmente suspensivo y limitada la jurisdicción *judez ad quem*, por consiguiente, al extremo o decisión únicamente recurrida (*tantum devolutum quantum appellatum*)...".

"La sola lectura de estos apartes destaca la forma sutil como quiere esquivarse las consecuencias propias a un sistema procedimental que, como el colombiano, se parta radicalmente de la *reformatio in pejus*, pues se alude el efecto del recurso y no la restricción que pueda imponer el autor del recurso (toda persona, desde el punto de vista abstracto, puede interponer un recurso, pero, si se trata de una situación concreta, sólo puede recurrir quien recibe agravio con la providencia; carece de legitimación para impugnar aquella parte a la cual no agrava ni perjudica el acto jurisdiccional; el agravio da la medida del recurso y establece, en consecuencia, los poderes del juez *ad quem*). Pero a la postre el esguince no subsiste y se acaba por reconocer que se trata del mismo fenómeno, viniendo entonces al caso la solución que prevé el citado artículo 3º de la Ley 17 de 1975. Tan cierto es esto que la parte final de la cita de Leone, mencionada por el Magistrado, que se aparta de la votación mayoritaria, expresa: '...el procedimiento de apelación, en cambio, se remite a la voluntad de las partes interesadas, que tiene así un poder de disposición del proceso que de ordinario se niega en el procedimiento de primer grado...' (cita de Leone, ob. cit., t. III pág. 166)".

"¿Entonces, si nuestro procedimiento obedece a un sistema inquisitivo y dado su carácter público y su finalidad ético-jurídica, preconiza una amplitud de atribuciones del juez o magistrado para encontrar la verdad histórica del proceso, especialmente cuando se está en oportunidad de formular cargos, terminar el sumario o continuar éste bajo la fórmula del sobreseimiento temporal, cómo puede aceptarse que las partes gobiernen y limiten esos poderes jurisdiccionales? No debe olvidarse que, aun dentro del sistema acusatorio que concede mayor y decisiva influencia al comportamiento de las partes, se reconoce al juez o magistrado la plenitud de sus facultades cuando la múltiple decisión surge de una misma ac-

tuación (caso sub exámine, en donde la conducta de Restrepo Sánchez, se valora en dos sentidos: peculado y abuso de autoridad) o cuando un cambio en la decisión recurrida suscita una necesaria variación en la que no lo fue.

“No se ve razón para invocar, en favor de las plenas atribuciones del *ad quem*, el efecto suspensivo de un recurso; pero al mismo tiempo negarlos en este proceso que trata, precisamente, de la apelación de un auto de proceder. Si algo puede deducirse de esos comentarios, para mantener la unidad en el concepto, es que una apelación en efecto suspensivo permite la revisión integral del proveído. De otro lado debe anotarse que el efecto del recurso no suele vincularse al aspecto del contenido y alcance de las facultades del *ad quem*, sino a la inmediata ejecución del auto o sentencia recurrido o la conservación de alguna actividad en el juez o magistrado *a quo*. En uno y otro evento, las atribuciones del *ad quem* pueden ser las mismas, pero en el devolutivo la determinación tomada tiene aplicación instantánea (libre o caucionada), mientras el superior resuelve, al paso que en el suspensivo tiene que esperarse su confirmación. Pero, se repite, las facultades del juez o magistrado de segundo grado dependen del sistema procedimental escogido (inquisitivo o acusatorio), la verdad que se busca en el proceso (histórica o formal), la prevalencia de la voluntad de las partes (si fijan o no la órbita de la decisión) y la adhesión o rechazo al principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*.

“Agréguese, finalmente, esta nota: ¿Si la calificación sumaria es una y constituye el necesario fundamento de la sentencia, cómo propugnar porque la decisión se circunscriba a lo impugnado y se dejen otros extremos intocados, para que después, en la sentencia, se decreten las nulidades por error en la calificación de los hechos o por causas similares o análogas? ¿Qué perjuicio, a no ser que se vulnere la inexistente prohibición de la *reformatio in pejus*, puede surgir de revisar el enjuiciamiento apelado y el sobreseimiento temporal o definitivo, no apelado ni consultado, que se convierte en otro enjuiciamiento?

“La tesis no compartida trata de evitar escollos prácticos en la tramitación de un proceso. Pero esas situaciones de conflicto, que la propia ley crea, reciben otra solución. Así, un enjuiciamiento no apelado obliga a continuar la causa, sin esperar a que el sobreseimiento definitivo apelado o consultado, se confirme, pudiendo suceder que se mude en otro enjuiciamiento, lo que daría lugar, a lo sumo, a suspender la actua-

ción más adelantada si ésta se encuentra para pronunciar fallo de primera instancia. Aquí hay dos efectos del recurso o la consulta: uno devolutivo (enjuiciamiento) y otro suspensivo (sobreseimiento definitivo), aspectos sin importancia alguna en la decisión del recurso o la consulta, ni menos en cuanto afectar los atributos del *ad quem*.

“Esto lleva a la Sala a reafirmar la tesis que concede al juez o magistrado de la segunda instancia plena autonomía y poder decisorio, en la revisión de la providencia apelada, aunque este contenga pronunciamientos no objetados ni sometidos a la consulta”.

El cargo no prospera.

Sin otras consideraciones, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, de la fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia y *declara la nulidad* de lo actuado en este proceso a partir del auto inclusive que en la etapa probatoria del juicio negó la práctica de la prueba de que ha hecho mérito en ... este pronunciamiento. Por la Secretaría dése cumplimiento a lo ordenado en el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras (con salvamento parcial), *Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero*.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Con todo comedimiento discrepo de la anterior providencia porque, contra lo que se afirma en ella, estimo que el Tribunal Superior de Medellín carecía de atribución legal para revisar el auto de sobreseimiento temporal ya ejecutoriado proferido por el juzgado del conocimiento respecto del procesado Mario Oswaldo Pimienta López, por violación del Decreto 1188 de 1974, providencia que no fue recurrida por quienes podían hacerlo ni se hallaba, tampoco, sujeta al grado jurisdiccional de la consulta, únicas hipótesis con fundamento en las cuales el juez de segundo

grado adquiere competencia para conocer y revisar la dictada en primera instancia, de modo que su revocación y el llamamiento a juicio proferido en su lugar lo fueron sin competencia funcional para hacerlo (artículo 209 del Código de Procedimiento Penal) y, por consiguiente, sin validez procesal alguna (ordinal 1º del artículo 210 *ibídem*).

No se trata, como viene empeñada en sostenerlo la Corte, del fenómeno procesal de la *reformatio in pejus*, que solo se predica respecto de las providencias recurridas en apelación, en este caso el auto de proceder dictado contra los procesados Darío Valencia Eastman, Fabio Valencia Hoyos y Mario Oswaldo Pimienta López, a aquellos por violación del estatuto de estupeficientes y a éste por cohecho, sino de la intangibilidad de las decisiones judiciales contra las cuales no se ha interpuesto recurso alguno ni la ley ha ordenado, tampoco, que deban ser consultadas, en este caso el primer sobreseimiento temporal proferido a favor del mismo Pimienta López y de Arturo de Jesús Vélez Arango.

El criterio que ha venido exponiendo la Corte se funda en la consideración de que la apelación concedida en el efecto suspensivo, al igual que la consulta, *dan siempre* al juez de segundo grado facultad para revisar la totalidad del proceso y, en consecuencia, en el supuesto de que una vez producida la apelación o dispuesta la consulta de una determinada decisión, no puede limitarse el conocimiento de aquél a solo la parte recurrida o consultada de la providencia.

La tesis de la Corte es incuestionable, sin embargo, solo cuando la apelación se concede en el efecto totalmente suspensivo, esto es, cuando la totalidad de la causa y el negocio principal se remiten al juez de segundo grado, como ocurre, por ejemplo, cuando uno o varios procesados son todos llamados a juicio sobreesidos temporal o definitivamente o cuando se dicta sentencia de primera instancia, cualesquiera que sean las decisiones adoptadas en ella respecto de cada uno de los procesados, condenados o absueltos.

Esta tesis, que comparto, se funda en las consecuencias jurisdiccionales del efecto totalmente suspensivo de la apelación (*appellatio devolvit totam causam et negotio principale ad iudicem appellationis*), criterio conforme al cual la jurisdicción se suspende totalmente para el juez de primer grado y se asume íntegra y simultáneamente por el *judex ad quem*, de suerte que éste viene a sustituirlo en el conocimiento del asunto y a ejercer sin limitación alguna los poderes de que hasta entonces estaba investido aquél.

Por las consecuencias jurisdiccionales del efecto totalmente suspensivo, Leone (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III), dice que “el efecto suspensivo afecta también (se extiende) a los capítulos (extremos) no impugnados” (página 107) y explica que la expresión “extremos” se refiere “a los pronunciamientos concernientes a las distintas imputaciones y a los distintos imputados” (página 138), “esto es, a la pluralidad de decisiones (contenidas en una misma providencia), cada una de ellas dotada de una tal autonomía, que hubiese podido dar lugar a una sentencia distinta” (página *id.*), evento en el cual concluye el autorizado tratadista, “para que opere la extensión de la apelación a todos los extremos, es suficiente que ella sea propuesta por quien tenga derecho a ello (y por tanto), basta la proposición de la apelación por parte de un sujeto que esté previsto entre los titulares del derecho de apelación” (*id.*) para que ésta se extienda a todas las demás cuestiones y a los no apelantes.

Florián (Derecho Procesal), sostiene igualmente la extensión de la apelación a los no apelantes en caso de coparticipación criminal, de suerte que la apelación interpuesta por uno de los procesados se extiende a todos los demás coautores, partícipes y cómplices del delito:

“...La participación mancomunada de varias personas en la comisión de un delito produce como consecuencia, formulada como regla general, que la declaración de la impugnación y los motivos de la misma, en cuanto no sean exclusivamente personales, se extiende *de jure* a todos los demás participantes (extensión necesaria de los recursos)...” (ob. cit. página 425).

Estos principios universales, de indiscutible valor científico, sólo son aplicables, sin embargo, a los casos en que la apelación se concede en el efecto totalmente suspensivo esto es, cuando como se ha dicho, el efecto del recurso impone el traslado de la totalidad de la causa y de la jurisdicción al Juez de Segundo grado, situación bien diferente a la que dan lugar el efecto parcialmente suspensivo y el devolutivo de la apelación, según los cuales, por el contrario, la jurisdicción del Juez Superior está limitada al conocimiento y decisión de una determinada cuestión en particular y solo a ésta exclusivamente, sin que se pierda por tanto para el inferior el conocimiento de la totalidad del asunto (salvo en el punto o materia de la apelación y del conocimiento del *judex ad quem*).

Esto del efecto parcialmente suspensivo no es invención mía ni figura exótica dentro del pro-

cedimiento penal colombiano, en el cual, como es bien sabido, no siempre que se consulte o se interpone apelación contra una providencia se suspende la totalidad del conocimiento para el juez de primer grado, quien mantiene su jurisdicción sobre los aspectos no impugnados o consultables de la providencia a tiempo que el superior la adquiere respecto del punto o puntos sujetos al recurso o a la consulta.

Nadie puede desconocer, en efecto, que existen disposiciones del procedimiento penal colombiano que consagra el efecto parcialmente suspensivo de la apelación y de la consulta:

“... Artículo 482. *Auto de proceder y otras decisiones.* Cuando el auto de proceder no fuere apelado y los procesados, siendo varios, no fueren todos llamados a juicio, se enviarán las copias del proceso para la consulta del sobreseimiento, *sin suspender el juicio...*”

“... Artículo 486. *Ejecución inmediata de detención y embargo.* La apelación del auto de proceder *no impedirá la ejecución* de la detención del procesado ni de las medidas preventivas sobre sus bienes si hubieren sido ordenadas en dicha providencia...”

“... Artículo 490. *Apelación del sobreseimiento temporal.* La apelación del sobreseimiento temporal *no suspenderá la reapertura de la investigación*, pero el inferior no podrá hacer una nueva calificación antes de que el superior resuelva...”

Tal es el caso del auto de calificación sumarial proferido por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Medellín en este asunto, en cuanto contenía varias decisiones (auto de proceder contra Darío Valencia Eastman y Fabio Valencia Hoyos por un delito contra la salubridad pública y contra Mario Oswaldo Pimienta López, por cohecho y auto de sobreseimiento temporal a favor de cada uno de los procesados Mario Oswaldo Pimienta López y Arturo de Jesús Vélez Arango, respecto del delito contra la salubridad pública),

cada una, cuestiones idóneas para una consideración autónoma y en cuanto a una de ellas (el primer sobreseimiento temporal) no fue nunca impugnado, ni estaba tampoco sujeto al grado jurisdiccional de la consulta.

La apelación interpuesta contra el auto de proceder no otorgó al Tribunal de Medellín, por tanto, el pleno conocimiento ni la totalidad de la jurisdicción sobre el proceso, por la existencia de un extremo o punto de decisión autónoma respecto de otro delito, que no fue recurrida, al que, desde luego, no podía extenderse arbitrariamente la apelación interpuesta contra el auto de proceder y respecto de la cual no había lugar a consulta (y en relación con cuya decisión, en consecuencia, no se perdió ni se suspendió la jurisdicción del Juez Dieciocho Penal del Circuito ni la adquirió, tampoco, el Tribunal Superior de Medellín).

El efecto de la apelación fue, por tanto, sólo parcialmente suspensivo respecto de la totalidad de la providencia (por lo que si bien el proceso original fue enviado al Tribunal para la apelación del auto de proceder, el Juez de Circuito conservó consigo el duplicado del expediente para continuar la investigación respecto de los procesados temporalmente sobreseídos); el Tribunal de Medellín no podía ejercer en este último caso la jurisdicción que la ley había reservado al juez *a quo*.

Estos sencillos objetivos argumentos, que he venido sosteniendo desde hace varios años, primero como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla y luego en la Sala de Casación Penal de la Corte, han sido ampliados en la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Mario Oswaldo Pimienta López en términos que comparto ampliamente y con fundamento en los cuales, a mi juicio, la causal de casación invocada estaba destinada a prosperar.

Por tales consideraciones, salvo parcialmente mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

Bogotá, marzo 13 de 1979.

VEREDICTO DEL JURADO

Veredicto contradictorio. Cuando sus términos se destruyen

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 9 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 15.

Vistos

El Juzgado Noveno Superior de Medellín, en sentencia de cuatro (4) de octubre de 1977, condenó a Abelino Lemus Obregón a la pena de cuarenta (40) meses de presidio más las sanciones accesorias correspondientes, por el delito de homicidio cometido el 12 de abril de 1974 en la persona del menor Julio César Asprilla.

De dicha providencia conoció, en grado de consulta, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial que por la suya de 29 de noviembre de 1977, reformó la revisada para aumentar la pena principal a sesenta y seis (66) meses y quince (15) días de presidio, proporción en que también incrementó las accesorias, confirmando en lo demás.

Contra esta última sentencia recurrió en casación el Fiscal Segundo del Tribunal habiéndosele concedido el recurso, que esta Sala declaró admisible y ante la cual lo sustentó oportunamente, por lo que, agotado el trámite, ha llegado el momento de fallar.

Hechos y actuación procesal

Pueden resumirse los primeros en la siguiente forma:

Abelino Lemus, boxeador de profesión, era concubinario de Miriam Asprilla y cuando en el año de 1970 esta se hallaba en estado de embarazo, fue reducido a prisión y condenado a pagar tres años de presidio como responsable por el delito de robo. Descontada la pena, regresó al lado de la mujer que ya había dado a luz un niño, al que bautizó con el nombre de Julio César y que, para entonces, tenía dos (2) años de edad.

No obstante esos antecedentes, Lemus no solamente no reconoció legalmente a su hijo, sino que empezó a maltratarlo, golpeándolo cruelmente con cualquier pretexto pese a las súplicas que le hacía la madre.

Esta situación vino a culminar el 12 de abril de 1974 día en que Abelino extremó sus malos tratos con el niño ya que, en la mañana, lo puso a entrar unas piedras y como el menor se quejara ante su madre de cansancio y ésta, conociendo la crueldad de su amante, lo instara a seguir en esa tarea, el desnaturalizado padre lo golpeó repetidamente con la hebilla de su correa lo que ocasionó el reclamo de la madre a la cual también dio de cachetadas y luego volvió a golpear al infante, esta vez con un palo de escoba que le partió encima.

No se hicieron esperar los efectos de los golpes en la salud del menor que, después de haberse negado a almorzar, comenzó a vomitar. Como por la noche el niño no quisiera tampoco comer, Lemus lo obligó a traerle la escoba y, con ella, lo golpeó de nuevo ante la desesperación de la madre que se arrodilló delante del verdugo para implorar cesara el castigo de su hijo, pese a lo cual éste seguía maltratándolo y, para extremar su sevicia, lo obligaba a correr sosteniendo, en alto un recipiente.

Poco después el niño perdió el conocimiento y entoces su verdugo, para que lo recobrará, lo sumergió en una pila de agua fría, pero como su estado de postración se hiciera alarmante, el

propio Lemus lo llevó a la Clínica de la Policía a donde el niño llegó ya muerto a eso de las diez de la noche.

En la diligencia de autopsia se asentó la siguiente:

“Conclusión. De los hallazgos anteriores conceptuamos que el deceso de Julio César Lemus Obregón fue consecuencia natural y directa de los traumas craneoencefalíticos de origen contuso cuya severidad los hizo de naturaleza mortal. En el encéfalo había huellas de traumatismos antiguos también severos, como se demuestra por las lesiones de la corteza frontal. Este caso parece corresponder al denominado *Battered Child Syndrome* muy conocido en la literatura médica forense de la lengua inglesa y que en español podría traducirse como *síndrome del niño golpeado*” (fl. 31 vto.).

Perfeccionada la investigación, el Juzgado No. veno Superior de Medellín, a quien correspondió el conocimiento del proceso, calificó su mérito llamando a juicio, por auto de 26 de agosto de 1974 a Abelino Lemus Obregón, como responsable por el delito de homicidio en la persona del menor Julio César Asprilla, especificando que el hecho se encontraba contemplado por el artículo 362, en concordancia con el artículo 27 del Código Penal, es decir, homicidio simple cometido en exceso del derecho de castigar (fl. 100).

Apelada esta providencia por el Fiscal del Juzgado, el Tribunal la confirmó por la suya de 20 de noviembre de ese mismo año modificando, empero, la ubicación del ilícito para colocarlo en el artículo 363, numerales 1º y 6º.

Tramitada la causa, se llegó a la audiencia pública que tuvo lugar el 17 de noviembre de 1976 y en la cual se sometió a la consideración de los jueces de conciencia el cuestionario de rigor que ellos respondieron diciendo: “Es responsable del delito de homicidio simplemente culposo y dentro de las circunstancias del artículo 27 del Código Penal o sea con abuso o exceso en el derecho de reprender a su hijo” (fl. 149).

Este veredicto fue declarado por el Juez contrario a la evidencia de los hechos por medio de sentencia fechada el 18 de diciembre de 1976 que, consultada con el superior, fue confirmada por éste en la de 9 de mayo de 1977.

Se convocó entonces un nuevo jurado que, en audiencia de 22 de septiembre de 1977 dio al cuestionario la respuesta que dice:

“Sí es responsable en las circunstancias del artículo 27 del Código Penal, en armonía con el

artículo 363 ordinal 1º del mismo código” (fl. 182).

El Juzgado, en la sentencia mencionada, después de poner de presente que se trataba de un segundo veredicto y que, por lo tanto, era obligatorio su acogimiento, considera que el silencio del jurado sobre la característica de asesinato consistente en la indefensión o inferioridad de la víctima (numeral 6º del artículo 363) hacía desaparecer esta agravante y que la correcta interselección de lo dicho en el veredicto hacía forzoso aceptar la existencia de un asesinato agravado por el lazo de parentesco entre la víctima y el victimario.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el procesado es un reincidente, fijó como pena principal la de cuarenta (40) meses de presidio.

Consultada esta decisión con el Tribunal la confirmó por medio de la que ahora es objeto del presente recurso pero aumentando la pena a sesenta y seis (66) meses de presidio (fl. 217).

Manifestó en esta oportunidad el *ad quem* que no comparte la inclusión de la diminuyente de responsabilidad consagrada en el artículo 27 del Código Penal pero que, frente a un segundo veredicto no queda otro camino que aceptar la respuesta del *juri*. Mas como el juzgador puede graduar la pena el Tribunal echa mano de esta que el mismo denomina *tabla de salvación* para aumentar la que corresponde al procesado en el presente caso.

Demanda de casación

Interpuesta, como se deja expresado, por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Medellín, no ampliada por la Procuraduría, se apoya en las causales segunda y primera (primer aparte) para atacar la sentencia enderezando contra ella dos cargos que se resumen a continuación.

Primer cargo. Considerar el recurrente que la providencia recurrida fue dictada en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Expresa, para sostener la censura, que éste fue mal interpretado por los juzgadores, en particular, el *ad quem* ya que, en su concepto, no es admisible en este caso la diminuyente de responsabilidad consagrada por el artículo 27 del Código Penal, por cuanto el procesado no tenía autoridad para castigar a su víctima en calidad de padre ya que no había reconocido a éste como hijo natural lo que automáticamente dejaba a la madre el ejercicio de la patria potestad de acuerdo

con lo dispuesto por el artículo 63 de la Ley 153 de 1887.

De allí deduce el recurrente que el agregado hecho por los jueces de conciencia al "sí" con que iniciaron su veredicto, no debió ser tomado en cuenta por el juzgador que, al hacerlo, desconoció una condenación sin atenuantes que fue la pronunciada, en definitiva, por aquéllos.

Segundo cargo. Lo presenta como una consecuencia del anterior pues dice que como resultado del error que deja señalado se incurrió en violación directa de la ley sustancial al aplicar indebidamente el artículo 27 del Código Penal imponiendo, por ende, al procesado, una pena menor a la que le correspondía que era la del artículo 363 del mismo ordenamiento.

Reitera que habiendo sido decretada, en sentencia anterior, la pérdida de la patria potestad para Abelino Lemus, la agregación hecha por los jurados sobre el exceso en el derecho de castigar, no podía tener vida jurídica y nada agregaba al "sí" condenatorio.

Termina solicitando que se condene a Abelino Lemus Obregón como responsable por un delito de homicidio agravado "conforme a los numerales 1º y 6º del artículo 363 del Código Penal, subsidiariamente conforme al último numeral".

El Procurador Tercero Delegado Penal, si bien se abstuvo de ampliar la demanda, expresó que "la situación alegada, por el señor Fiscal del Tribunal en cuanto a que el procesado estaba privado de la patria potestad se halla demostrada (fl. 63 y ss. cuad. 1º) con la consecuencia de que no tenía el derecho de castigar al menor, no reconocido por el mismo en ese momento, aparte de que su cuidado por tratarse de infante correspondía a la madre; si bien obra el reconocimiento del jurado en el segundo veredicto en cuanto a la expresada situación" (fl. 26 cdno. de la Corte).

Consideraciones de la Corte

Realmente y pese al hecho de que el demandante trata de enfocar por dos aspectos distintos la sentencia recurrida, solo existe en el fondo un cargo que consiste en haber aceptado el Tribunal la respuesta del jurado tomándola en su forma literal, esto es, dando valor al agregado que hizo consistente en reconocer que se había cometido asesinato pero que éste había sido ejecutado en exceso del derecho de castigar.

Por esa razón la Sala habrá de examinar conjuntamente las dos censuras, pues se da cuenta

de que, en síntesis, la inconformidad del recurrente reside en la aceptación de que el procesado estaba en ejercicio de la patria potestad sobre el menor, siendo así que, de una parte, ese derecho le había sido quitado por sentencia anterior y, además, no había reconocido a aquél como hijo suyo.

Tanto el actor como el Tribunal y el Juzgado no se eximen de mostrar su repugnancia con el veredicto al que consideran no sólo injusto sino, en cierto modo, contradictorio. Pero ambos expresan que lo aceptan por ser el segundo y estar obligados a ello en virtud de lo dispuesto por el tercer inciso del artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

De autos aparece que el procesado en su indagatoria reconoció como hijo natural suyo a la víctima.

Empero, con anterioridad, y durante la vida del niño no había hecho, en forma alguna, ese reconocimiento si bien convivía con la madre del niño y no rechazaba que éste fuera su hijo.

No va, sin embargo, la Sala a examinar si para los efectos penales es necesario que el reconocimiento de los hijos naturales se lleve a efecto en las formas prescritas por la ley.

El problema que se plantea en el presente proceso es en verdad el tratarse de un segundo veredicto al que se ha considerado inmodificable y de ineludible aceptación.

Sin embargo, si se examinan los términos en que está concebida la respuesta del jurado, se ve que contiene una contradicción irreductible, vale decir, que sus términos se destruyen en cuanto afirman dos situaciones que no pueden coexistir jurídicamente.

En efecto, y teniendo, como debe tenerse la afirmación con que se inicia ("sí es responsable") como simple aceptación, por parte del jurado, de que los hechos tuvieron ocurrencia en la forma como los resume el cuestionario y que el procesado fue el autor material de la muerte del menor, en otras palabras, como una mera afirmación de la materialidad de los mismos, lo que sigue o sea la frase "en las circunstancias del artículo 27 del Código Penal, en armonía con el artículo 363, ordinal 1º del mismo Código", contiene como se deja expresado, una "contradictio in adjecto".

Efectivamente la referencia al artículo 27 significa, como lo explicaron el Fiscal del Juzgado y el defensor en la audiencia pública y lo han entendido el Tribunal, el recurrente y la Procuraduría, que el procesado se excedió en el dere-

cho de corregir a su hijo, esto es, que teniendo, por ley, el "jus corrigendi", traspasó los límites de moderación que las normas legales y las sociales imponen a los padres cuando corrigen a sus hijos.

No es necesario entrar en disquisiciones sobre si el asesinato es, en derecho colombiano, un delito autónomo o sólo una modalidad agravada del homicidio intencional. Esta última aseveración es unánimemente aceptada.

Partiendo de ella se debe resaltar que el homicidio intencional, del que es una modalidad el asesinato, presupone obviamente la intención de matar.

En cambio la corrección de carácter disciplinario, esto es, el ejercicio del "jus corrigendi" implica que esa intención de matar no existe.

El legislador no ha concedido a ningún titular del mencionado derecho de corrección la facultad de dar muerte a la persona corregida. Sería el mayor despropósito que un derecho encaminado al mejoramiento moral y material de una persona involucrara la facultad de destruirla.

Más aún: el derecho de corregir supone el empleo de medios adecuados para ese fin los cuales deben revestir el carácter de lícitos bien sea porque los ha señalado expresamente la ley, ora porque los permiten las costumbres del medio social en que se actúa.

El uso de medios lícitos sitúa la acción en el campo del ejercicio del derecho en cuestión. No así el de medios ilícitos.

Pero el empleo de esta última clase de medios admite distinción. Puede tratarse de medios relativamente ilícitos, como castigos usuales que se intensifican más allá de lo admisible, v. gr. maltratamientos de obra que no causan lesión ni, mucho menos, la muerte; privaciones de la libertad que se prolongan demasiado pero sin poner en peligro la salud; expulsiones del hogar o de establecimientos de educación que no dañan físicamente al subordinado etc.

El tratarse de medios absolutamente ilícitos como sevicias o crueldades excesivas, uso de elementos lesivos etc., que ya no dan lugar a que se llame legítimo el ejercicio del derecho de castigar ni tampoco a que pueda hablarse de exceso en el mismo.

En otros países estos excesos del "jus corrigendi" están contemplados en forma de delito autónomo. Es lo que sucede en Italia donde una disposición especial, el artículo 571 del Código Penal, sanciona los abusos de medios de correc-

ción o de disciplina cuando se ejecutan dolosamente.

Refiriéndose a esa disposición pero en forma perfectamente aplicable a nuestro derecho en el que no existe una semejante, dice Manzini:

"El medio empleado debe ser por sí mismo lícito o indiferente, en su esencia, y convertirse en ilícito solamente por elementos accidentales. Los medios absolutamente ilícitos por sí mismos (por ejemplo, sevicias u otras crueldades), o que por su potencialidad (por ejemplo, armas), por el modo (por ejemplo, ataduras demasiado ajustadas), por el lugar (por ejemplo, encerrar a un niño en una cámara mortuoria), por el tiempo (por ejemplo, durante una enfermedad) por la persona (por ejemplo, un hemofílico reconocido) o por otra razón, son manifestaciones contrarias al fin disciplinario, no pueden ser usados con tal propósito, y, por lo tanto, no puede hablarse de abuso. En consecuencia, quien usa de tales medios bajo pretexto disciplinario es responsable por el delito contra la persona concretado en el hecho y no por el delito que se examina (excesos disciplinarios)". Tratado, Tomo VII, págs. 486 y 487.

Quando, como en el caso de autos, se han usado medios verdaderamente letales, hasta el punto de que la conducta ha sido calificada de homicidio intencional con características de asesinato, no puede decirse que haya habido uso y, mucho menos, abuso del derecho de corregir.

Desde el momento en que el resultado de muerte ha sido querido, desaparece el derecho disciplinario porque el fin de la conducta ya no es el de mejorar al subordinado sino el de aniquilarlo.

Dice el autor citado antes:

"El resultado dañino o peligroso, no debe ser querido porque ... si es querido queda eliminado el fin exclusivamente disciplinario y entonces el hecho constituye un delito contra la persona".

Y más adelante agrega:

"Puesto que el hecho debe haberse cometido abusando de los medios de corrección o de disciplina, es evidente que la ley presupone una actividad dirigida a fines disciplinarios no a un propósito diverso o al solo desfogamiento de innata bestialidad, de ira repentina o de otra pasión o emoción".

Y termina diciendo:

"Para que pueda admitirse el fin disciplinario se necesita que, en el momento del hecho, haya

surgido la ocasión de corregir o de castigar, esto es, que el sujeto pasivo hubiese ejecutado cualquier falta (o así lo creyere, por error, el sujeto activo) que reclame una reacción disciplinaria. Si ha faltado tal ocasión o si ella hubiese terminado (salvo que se hubiere tenido noticia de la misma en un tiempo cercano al acto) en forma que no se justifique la intervención correctiva, debe excluirse a priori, el fin correctivo y aplicarse, por lo tanto, el título de golpes, maltratos, lesiones etc''.

En conclusión y aplicando al presente caso lo que se acaba de decir, se tiene, como ya se expresó, que la respuesta del jurado al afirmar al mismo tiempo la existencia del exceso en el derecho de corregir y la de un asesinato, así se base esta calificación únicamente en el nexo de filiación natural que según se aceptó procesalmente existía entre la víctima y el victimario, es perfectamente contradictoria y destruye, por lo tanto, el veredicto ya que solo deja subsistente la afirmación de la autoría material.

Ciertamente no ha invocado el actor la causal tercera como fundamento de su demanda contra la sentencia revisada, esto es, no ha dicho expresamente que la contradicción que él anota en el veredicto al decir que solo rige la primera parte de él, mas no la segunda, pueda enfocarse a la luz de la mencionada causal.

Pero está implícita esta alegación en su querrela de casación al sostener que las dos partes del mismo son incompatibles entre sí por lo que, en su concepto, debe darse validez solamente a la

primera, la que contiene la afirmación de responsabilidad y desestimarse la segunda, esto es, la que reconoce la existencia de motivo de justificación excedido por el procesado.

La Sala habrá de atenerse a este planteamiento de fondo para decidir el presente recurso, casando la sentencia con base en la mencionada causal tercera, es decir, por ser contradictorio el fallo del jurado y procederá conforme lo indica el numeral segundo del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia recurrida.

Devolver el proceso al Tribunal de origen para que éste lo remita al Juzgado de la competencia a fin de que se convoque a un nuevo jurado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Incompetencia de jurisdicción. Reconocimiento fotográfico

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 15 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 18, marzo 15 de 1979.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Superior de Cali en el proceso por robo, estafa y un delito contra la libertad individual, seguido a Walter Marín Castro y a Carlos Julio Rodríguez. Dicha sentencia que lleva fecha del 16 de enero de 1978 modificó la del Juzgado 16 Penal del Circuito para dejar como definitiva la pena de siete (7) años de presidio para cada uno de los procesados. El sentenciado Marín Castro constituyó apoderado especial y éste sustentó el recurso extraordinario.

1. Los hechos que originaron el proceso:

El juzgador de primera instancia al calificar el mérito de la sumaria los resumió de la siguiente manera:

“El 6 de marzo de 1974 el señor Hernán Jaramillo Mejía, administrador de la Empresa ‘Transportes El Paraíso Limitada’, se presentó ante la Comisaría Norte de Policía de esta ciudad y manifestó que el 28 de febrero anterior había llegado a las oficinas de la compañía el señor Jorge E. Morán, a pedir que se le diera carga para transportar en el camión que manejaba, de placas SW-0962, modelo 1962, marca International, de color verde y de diez toneladas de capacidad, de propiedad del señor José

A. Luna y otro. Se le entregó la orden de cargue número 1957, para tomar diez toneladas de lámina metálica del Almacén Láminas y llevarlas a Medellín, pero que poco después de dicho almacén recibió una llamada telefónica para informarle que el mencionado motorista se negaba a levantar la remesa alegando que la longitud de las láminas era superior a la de la carrocería del vehículo y que por lo demás los cargadores le cobraban veinticinco pesos por tonelada. Agregó el señor Jaramillo Mejía que al día siguiente Morán se presentó nuevamente a la Compañía Transportadora en solicitud de carga y entonces le fue entregada la orden de cargue número 1959 para acarrear a la ciudad de Ibagué diez mil kilos de soya, los que recogió en ‘Almacén Silos’ mediante planilla número 1240231 y remisión número 29577 del mismo establecimiento, pero que cinco días después el señor Octavio García, socio de ‘Transportes El Paraíso Limitada’, a las cinco de la mañana recibió una llamada telefónica presumiblemente hecha por el mismo motorista para informarle que había sido asaltado y se encontraba en Guacarí, hecho este que consideraba sospechoso, máxime cuando había llegado a su conocimiento que Morán había retirado un cargamento de la Empresa Colgate Palmolive utilizando una orden de cargue desaparecida de las oficinas de ‘Transportes El Paraíso’. El denunciante estimó en ochenta mil pesos el valor del cargamento de soya extraviado y explicó que la firma que aparecía en la orden con la cual fue retirada la remesa de ‘Colgate Palmolive’ no era la de Morán y que tampoco había sido expedida por la empresa transportadora porque este documento aparecía escrito a máquina y los empleados de la empresa acostumbraban hacerlo en manuscrito. El señor Jaramillo Mejía a su denuncia acompañó copias de las órdenes 1957 y 1959, del comprobante de entrega expedido por ‘Almacén’ y de la planilla de carga número 1240231”.

2. La actuación procesal subsiguiente:

Inició la investigación el Juzgado Tercero Penal Municipal de Cali en auto de siete (7) de marzo de 1974 (fl. 9) y allí se practicaron algunas diligencias probatorias y se recibió la indagatoria de Jorge E. Morán (fl. 13). El Juzgado Segundo de Instrucción Criminal fue comisionado para continuarla y en tal misión recibió la indagatoria de Carlos Julio Ruiz Villalobos (fl. 58). La indagatoria de Walter Marín Castro (fl. 150) fue recibida por el Juzgado 16 Penal del Circuito que fue el del conocimiento y que emitió en su contra auto de detención el 18 de julio de 1975 (fl. 154). Este mismo Juzgado emplazó a Carlos Julio Rodríguez (fl. 186), y por auto de 30 de octubre del mismo año le declaró reo ausente y le proveyó de un apoderado de oficio y más tarde, el 18 de noviembre, dictó auto de detención para él (fl. 189) y ordenó su captura. El camión "International", modelo 1966, tipo estacas, de placas SW-0962, de 10 toneladas, verde en su color, avaluado en \$ 200.000 dentro del proceso, fue entregado en depósito al Teniente Coronel Marco A. Luna, a cuyo nombre y al de José A. Luna aparece matriculado (fls. 33, 34, 36 y 37), en diligencia que realizó el Juzgado 3º Penal Municipal.

La investigación fue cerrada por auto del 1º de diciembre de 1975 y mediante providencia de 31 de enero del año siguiente se llamó a responder en juicio a Marín Castro y al ausente Carlos Julio Rodríguez por los delitos de "robo" y "secuestro" y se sobreseyó temporalmente a Morán y a Ruiz Villalobos. Esta providencia no tuvo segunda instancia y una vez ejecutoriada el proceso marchó hacia la audiencia pública que empezó el 18 de mayo de 1976. Por auto de 28 de agosto siguiente (fl. 235) el Juez del conocimiento resolvió anular lo actuado por "errónea calificación jurídica de la infracción". En la parte resolutive de dicha providencia, dijo: "Declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación, en virtud de haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al *nomen juris* de una de las infracciones penales atribuidas a los sindicados, decisión que se adopta en concordancia con lo dispuesto en los artículos 210 y 212 del Código de Procedimiento Penal".

Se volvió a calificar el proceso el 8 de octubre de 1976 (fl. 239) y esta vez Rodríguez y Marín fueron llamados a responder en juicio por "robo, secuestro y estafa" y definitivamente sobreseyó Morán y Ruiz Villalobos. En la se-

gunda instancia el Fiscal 4º conceptuó que debía confirmarse dicha providencia y la Sala de Decisión correspondiente así lo hizo en auto de 24 de marzo de 1977, que en su parte resolutive dice así: "Confirmar el auto de proceder recurrido pero con la aclaración de que se trata de un delito contra la libertad individual por el cual deberán responder los enjuiciados y no de secuestro como lo había dispuesto el *a quo*, y con la adición hecha sobre las disposiciones violadas", y "confirmar el sobreseimiento definitivo consultado".

La nueva audiencia se sucedió el 20 de mayo de 1977 y la sentencia se produjo el 30 de julio del mismo año, en ella se condenó a los enjuiciados por secuestro, robo y estafa a la pena principal de diez (10) años para cada uno. En la segunda instancia el Fiscal 4º solicitó la confirmación de dicho proveído. El Tribunal, en sentencia de 16 de enero de 1978 la confirmó para modificarla en el sentido de declarar que se condenaba a los procesados "por los delitos de robo, estafa y contra la libertad individual, en concurso real o material a la pena principal de siete (7) años de presidio para cada uno".

3. La demanda de casación y las causales que invoca:

Dos causales de casación agita el censor: la 4ª y la 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en el orden indicado. Por la vía de la 4ª fórmula tres cargos de nulidad a la sentencia impugnada.

Esos tres cargos, son: 1. El proceso es nulo porque los hechos constitutivos del delito de robo se realizaron en inmediaciones del "Aeropuerto de Palmaseca", ubicado en jurisdicción territorial de los Jueces Penales del Circuito de Palmira y, en el caso de autos, conoció del proceso hasta fallarlo el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali. Se desconoció de esta manera el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, "por incompetencia del juez", y el numeral 5º del mismo artículo por error relativo al "lugar en que se cometió la infracción";

2. También resulta nulo el proceso porque después del decreto de nulidad de la primera calificación que en él se produjo "se dejó sin valor el auto que cerró la investigación" y este auto no volvió a dictarse, lo cual no fue obstáculo para que el juzgador volviera a calificar el proceso. Se desconoció de esta manera el artículo 26 de la Constitución Nacional, por inobservancia de las formas propias del juicio;

3. El proceso es nulo, además, porque la investigación fue dedicada a la averiguación de todo cuanto desfavorecía al procesado y nada se hizo en relación con aquello que podía favorecerle, con desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal. También se trasgredió de esta manera el artículo 26 de la Constitución Nacional porque al procesado se le negó el derecho de defensa desde su captura, porque no se averiguó nada acerca de las exculpaciones que dio en su indagatoria, porque no se le nombró apoderado para una diligencia de reconocimiento en fila de personas y, porque tampoco fueron observados los preceptos legales en relación con los careos a que fue sometido.

En cuanto a la segunda causal dice el censor que los artículos 404, 294 y 408 del Código Penal y la Ley 21 de 1973 fueron violados "en forma indirecta". Esta violación indirecta, en su sentir, consiste "en haber valorado equivocadamente diligencias de reconocimiento, careos, las cuales jamás fueron observadas las formalidades exigidas por los artículos 407, 408 y 416 del Código de Procedimiento Penal", porque los procesados carecieron de apoderados. Agrega, en párrafo que también se copia textualmente: "Se le atribuyó a esas pruebas allegadas irregularmente al proceso, el valor probatorio requerido por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, para dictar sentencia condenatoria objeto de este recurso extraordinario de casación. Con motivo de esa errada interpretación de las pruebas señaladas, el Honorable Tribunal sentenciador aplicó indebidamente las normas sustanciales indicadas, lo que dio lugar a un quebrantamiento de la ley sustancial, incurriendo por tal motivo en error de derecho". Al final, y sobre este mismo tema, reafirma su posición así: "El tipo de violación es el de la indirecta violación de la ley sustancial por error de derecho".

4. La contestación del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que todos los cargos de la demanda deben rechazarse.

En relación con el primero afirma que parece existir una contradicción en la demanda porque una cosa es que el proceso haya sido calificado por un juez que carece de competencia para hacerlo y otra que, a pesar de ser competente, incurra en error relativo al lugar en donde se cometió la infracción. Esto porque el censor coloca, a un mismo tiempo, como normas violadas

las de los numerales 1º y 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Agrega el Ministerio Público que la incompetencia del juez es causal de nulidad más amplia que la del error relativo al lugar de realización del hecho porque la primera abarca el auto que declara cerrada la investigación, al paso que la segunda sólo afecta a la calificación. También porque el primero es motivo de nulidad absoluta mientras el segundo "sólo puede tener significación jurídica en la medida en que tal error pueda conducir a perplejidades sobre el ilícito de que se trata".

Del texto de la demanda extrae el Ministerio Público que lo que en verdad alega el demandante es la incompetencia del Juez y luego de un análisis de la prueba que cita y que trae el expediente llega a la conclusión de que lo probado es que el delito de robo se produjo en un punto situado entre los Municipios de Cali y Palmira, pero que el cargo no puede prosperar porque "no existe dato sobre el sitio exacto en que se produjo el hecho", es decir, que no puede establecerse, con entera certeza, que se produjera en territorio de Cali o en territorio de Palmira.

Los otros aspectos de las nulidades alegadas también los examina el Ministerio Público para decir que no existen. Así, aquella en donde el demandante afirma que se violó el derecho de defensa del procesado porque no se resolvió una solicitud de libertad que hizo, dice que al producirse una nueva calificación en este proceso tácitamente quedó negada dicha solicitud. La que se fundamenta en una posible ausencia de auto para cerrar la investigación dice el Ministerio Público, que no había necesidad de emitir uno nuevo porque el decreto de nulidad no cobijó al que ya se había dictado. Por lo que respecta a pruebas que podían favorecer al procesado y que no se practicaron, se refiere a un posible examen psiquiátrico que el demandante insinúa debió practicarse sobre la base de que el procesado afirmó en su indagatoria que no recordaba muchos de los puntos por los cuales se le preguntó y porque había tenido una tía y un hermano locos. Dice el Ministerio Público que es frecuente la negativa reiterada en las indagatorias y que el punto lo rige el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal que permite el dictamen psiquiátrico cuando el funcionario de instrucción o el juez del conocimiento consideren que es necesario, lo cual no sucede en este caso. En cuanto a la ausencia de un apoderado de oficio para el reconocimiento en fila de personas dice el Ministerio Público, que la afirmación del demandante es cierta, pero que ese recou-

cimiento no es prueba única para fundamentar la sentencia, en cuyo caso ésta no puede casarse por ese solo aspecto. En la diligencia de careo que sostuvo con otro procesado el recurrente resulta asistido por apoderado y el que no lo tiene es el otro, caso en el cual, dice el Ministerio Público, tal hecho no afecta al recurrente sino al no recurrente.

La presentación del cargo hecho al amparo de la causal 1ª del artículo 580 la dice contradictoria pues a pesar de que al principio bien puede creerse que se trata de una alegación de violación directa de la ley sustancial deriva hacia una alegación de violación indirecta por error de derecho. Además, e indiscriminadamente, habla el censor de "infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea", y ello no es de recibo porque no es posible que las tres hipótesis se den simultáneamente ya que son excluyentes y la demanda no deja en claro a cual en concreto se refiere.

5. Las consideraciones de la Sala:

De los tres cargos de nulidad que formula el censor al amparo de la causal cuarta de casación, con base legal el primero y fundamento supralegal los otros dos, se hace necesario eliminar, de una vez por todas, el segundo en donde se echa de menos la expedición de un auto para cerrar la investigación después de que se decretó una nulidad que, en sentir del demandante, cobijó dicha providencia. Esto porque el juzgador de primera instancia al resolver el punto declaró la nulidad de lo actuado "a partir del auto que declaró cerrada la investigación, en virtud de haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al *nomen iuris* de una de las infracciones penales atribuidas a los sindicatos" y resulta sumamente claro que si la nulidad tiene como motivo la errónea denominación jurídica de la infracción y ésta sólo se da en la providencia de calificación, es a ésta y no a otra a la cual el vicio afecta y, además, porque la expresión "a partir de" se tomó allí tal como aparece en la décima segunda acepción que del vocablo trae el Diccionario de la Academia Española, esto es, en el sentido de "tomar un hecho, una fecha o cualquier otro antecedente como base para un razonamiento o cómputo", cómputo que para el caso de autos es aquel de que dispone el funcionario para efectuar una nueva calificación en reemplazo de la que encontró defectuosa, y razonamientos que no son otra cosa que las motivaciones de la providencia que en verdad debe

emitirse. Por otro aspecto, "partir" vale tanto como decir "empezar a caminar" o "ponerse en camino" (décima cuarta acepción) y, en consecuencia, al reanudar el trayecto anulado es apenas lógico concluir que el juzgador no se situara más allá del punto en donde la actuación que debía cumplir se torció. De todo lo dicho se desprende que no tenía el juzgador necesidad de emitir un nuevo auto para cerrar la investigación, pues la nulidad que decretó no afectó al que ya existía.

La nulidad que tiene como motivo "La incompetencia del Juez" (numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), si se comprueba su existencia, permite, al ser declarada, el ordenamiento de retrotraer el procedimiento, para casos como el que aquí se examina, hasta un punto anterior al de la emisión o expedición del auto que ordena cerrar la investigación y coloca al funcionario en condiciones de efectuar la calificación de la sumaria. Esto, porque el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal otorga esa facultad al "juez competente" y éste no es otro que aquél en quien confluyen todos los factores que la ley ha previsto para asignarle, no la simple labor instructiva, sino la conducción del proceso hasta su conclusión. En consecuencia, el primer acto típico que afirma la competencia juzgadora se hace al dictar el auto que clausura la investigación.

Este tema de la "incompetencia del juez" aparece en la demanda junto con el del "error relativo al lugar en donde se cometió la infracción" (numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal) y sobre el tema dice el Ministerio Público actuante que dicho planteamiento conjunto "parece entrañar una contradicción", pues al paso que la primera causal constituye nulidad absoluta que impide al juez cerrar y calificar la investigación, la segunda presupone su capacidad para proceder así y solamente puede tener significación jurídica "en la medida en que tal error pueda conducir a perplejidades sobre el ilícito de que se trata". Además, difieren en cuanto al ámbito que abarca la posible nulidad que con base en una u otra pueda declararse, pues la primera deja sin valor el auto que cierra la investigación y la segunda la sola calificación del proceso. Pese a lo acertado del concepto cabe precisar aquí que la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal por error relativo al lugar en donde se cometió la infracción, existe cuando la equivocación se da en relación con varios lugares comprendidos en territorio sometido a la

jurisdicción del funcionario que se equivoca en la precisión de uno de ellos, en cuyo caso la nulidad que sobre esa base se decreta afecta a la sola providencia de calificación y el juez sigue siendo competente. Pero cuando el error es de tal magnitud que al cometerlo se exceden los límites territoriales de jurisdicción y se invade la órbita local de otro, se está en presencia de nulidad por incompetencia del juez. Por la primera hipótesis se desemboca en una calificación errada y por la segunda en una calificación que no debió producirse porque ello subvertía el ordenamiento procedimental. Para el caso presente y a pesar de que el censor alude a las dos hipótesis la enunciación de los hechos de la demanda, no deja lugar a dudas de que la nulidad que agita es la del numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, conclusión ésta a la cual también llega el Ministerio Público.

En cuanto a los cargos que se fundamentan en inobservancia de las formas propias del juicio (artículo 26 de la Constitución Nacional) con su secuela de perjuicios al derecho de defensa, su aceptación provocaría la retrotracción del proceso hasta el mismo punto en que la permita la prosperidad de la nulidad por incompetencia del juez. De donde se desprende que basta el examen de esta última sin perjuicio de que se aluda a la otra si los motivos de crítica encuentran fundamento sólido.

Las únicas bases probatorias de que se dispone en el expediente en orden a la determinación del lugar en donde se cometió la infracción y partiendo de la base cierta de que la más grave de cuantas se han deducido a los procesados es la de robo, surgen de las versiones que dan Jorge E. Morán y Carlos Julio Ruiz Villalobos tanto en los interrogatorios a que fueron sometidos en las dependencias del F 2 como en las preguntas que se les hicieron al ser indagados dentro de este proceso. Se advierte también que Jorge E. Morán aúna a su carácter de sindicado el de ser denunciante de los mismos hechos por los cuales luego se le indagó, y que Ruiz Villalobos aparece primero como simple declarante y luego como indagado. Los dos fueron inicialmente sobreseídos en forma temporal pero a raíz del decreto de nulidad, que fue inmediato, en la nueva calificación fueron definitivamente sobreseídos en providencia que ya por este aspecto confirmó el Tribunal.

Del examen de la denuncia de Morán, de la declaración de Ruiz Villalobos, de los interrogatorios policiales de uno y otro, y de sus respectivas versiones de indagatoria, se llega a la clara

conclusión que fueron despojados con violencia, del camión que mamejaban, en las inmediaciones del aeropuerto de "Palmaseca" que, como es un hecho de público conocimiento, se encuentra ubicado en territorio del Municipio de Palmira, y, por supuesto, del circuito de Palmira que comprende, además, los Municipios de Candelaria, Florida y Pradera. En consecuencia, los delitos cometidos en dicho territorio y que por otros aspectos se asignan a la competencia de los Jueces Penales del Circuito corresponden, como bien claro resulta, al conocimiento del Juez Penal del Circuito de Palmira. Tal situación se da en el caso de autos y le asiste razón al censor cuando agita este punto de nulidad en la actuación juzgadora realizada en Cali por el Juzgado 16 Penal del Circuito. El Ministerio Público afirma que con base en la lectura del expediente se llega a la conclusión de que el hecho aconteció en un lugar situado entre los Municipios de Cali y Palmira sin que se pueda determinar en cual de los dos territorios se realizó. Sucede, sin embargo, que las versiones de los dos camioneros coinciden en datos de tanta objetividad que resulta forzoso concluir que, como al principio se dijo, el delito más grave se cometió en territorio palmirano, y aun el cautiverio de los dos también tuvo lugar allí. "Antes de llegar al aeropuerto" y luego de tomar la autopista que a él conduce (fl. 18 v.), "en inmediaciones del aeropuerto de Palmaseca" (fl. 19), "cuando faltaba poco para llegar al aeropuerto" (fl. 21 v.), "antes de llegar al aeropuerto" (fl. 29), "nos desviamos antes de llegar al aeropuerto de Palmaseca" (fl. 72), etc., son frases que sirven perfectamente para ubicar la delincuencia averiguada en territorio del Municipio de Palmira.

El artículo 41 del Código de Procedimiento Penal dice que: "Es competente por razón donde debe ventilarse el proceso, el juez del territorio donde se cometió la infracción" y, sobre esta base, el numeral 1º del artículo 210 dispone como causa de nulidad en los procesos penales: "La incompetencia del juez". Demostrada esa incompetencia por lo que al factor territorial atañe, se casará la sentencia impugnada con base en la causal 4ª del artículo 580 y, para dar cumplimiento a lo que sobre el particular dispone el numeral 3º del artículo 583 del mismo Código en cita, se declarará en qué estado queda el proceso y se dispondrá que se envíe al tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte.

Por otro aspecto, resulta comprobado, y así lo dicen, tanto el censor como el Ministerio Público,

que en el reconocimiento del procesado Marín Castro por parte del procesado Morán, no se cumplieron las exigencias del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, pues Marín no tuvo apoderado para esa diligencia. Tampoco se cumplieron los requisitos de ley en el careo sostenido entre Ruiz Villalobos y Marín porque mientras éste estuvo representado, aquél no porque ya el juez le llama "testigo" cuando en verdad estaba indagado. Por otra parte, el llamado "reconocimiento fotográfico" del cual se da cuenta en el informe policial que aparece a folios 19 y 20, no se ajusta a las previsiones del numeral 11 del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, porque no aparece la diligencia que deba ser firmada por quien reconoce, en este caso Morán, y por quien practica la diligencia que es un funcionario de Policía Judicial.

A pesar de lo dicho, y a pesar de que al prosperar la causal de nulidad queda este proceso sin auto de proceder y excedido en los términos previstos por el numeral 9º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975 (artículo 453 del Código de Procedimiento Penal), cualquier solicitud de libertad para el detenido Walter Marín Castro debe hacerse al Juez del conocimiento que, como queda establecido es el Penal del Circuito de Palmira, porque sólo él puede pronunciarse en la forma prevista en el inciso final de la misma norma en cita, y proceder en una u otra de las formas allí indicadas.

Queda eximida la Sala de referirse al cargo que el censor formula al amparo de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque, aun en el hipotético caso de que

prosperara, se haría imposible para la Sala dictar un fallo en reemplazo de aquel que se casa porque sobre un proceso nulo sólo puede levantarse una providencia que tal situación reconozca y que brinde los medios para remover el obstáculo que el vicio representa.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia impugnada y, en consecuencia, decretar la nulidad de todo lo actuado en este proceso desde el auto que cerró la investigación, incluyendo en el ámbito de la nulidad esa providencia, y ordenar que este proceso pase al conocimiento del Juez Penal del Circuito de Palmira.

Cópiese, notifíquese y envíese al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo dispuesto por la Corte.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Cómo se demuestra el recurso. Sus causales

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 15 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 18.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el procesado Fabio Rojas Perdomo contra la sentencia originaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva que lo condenó a la pena principal de seis años de prisión como responsable del delito de robo.

Admitido el recurso y tramitado legalmente, se abrió el negocio a pruebas el día trece de octubre último, sin que las partes hubieran solicitado ninguna.

Se pide la revisión de la causa con base en el numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.

Se considera:

No pretende demostrar el recurrente que con posterioridad a la condena ha surgido un hecho nuevo que conduzca a la convicción de su inocencia o irresponsabilidad en los hechos que le fueron atribuidos y que sirvieron de sustento al fallo recurrido, sino que limita su alegato —exposición de pruebas— a la afirmación de que, en las instancias, a pesar de reiteradas peticiones para que Fabio Rojas Perdomo fuera examinado siquiátricamente por estar afectado de cleptomanía y otras dolencias cerebrales, fue desatendido. No obstante lo cual, se asegura, aún padece perturbaciones mentales, que lo harían, si acaso, sujeto de medidas de seguridad, en su condición de inimputable, y no, por ningún modo, acreedor, como lo ha sido, de sanciones restrictivas de su libertad.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal advierte cómo el impugnador no se cuidó de acompañar prueba que siquiera insinúe la perturbación mental que padecía Rojas Perdomo para la época de la comisión de los hechos porque fue condenado, tema del cual se ocuparon los sentenciadores de instancia. De donde se concluye que el motivo propuesto por el actor para sustentar el recurso de revisión no guarda paridad con las exigencias que ha de ostentar el hecho nuevo de que trata la causal invocada por él, que, huérfano de pruebas, no permite a la Corte, por ahora, decir si es posible o no que la condena a título intencional de persona que posteriormente demuestre haber obrado en una de las circunstancias de que trata el artículo 29 del Código Penal, preste eventual fundamento para acudir ante la Corte en demanda de la revisión de su causa. O si como lo afirma el Procurador, la situación que plantea el recurrente resulta inútil para los fines que pretende, pues en los artículos 675 del Código de Procedimiento Penal, y 98 y 99 del Código Penal encuentra oportuna y cabal solución.

Conclusiones

Bastan las consideraciones anteriores para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGUE la revisión solicitada en este proceso.

Dése cumplimiento al inciso final del artículo 587 del Código de Procedimiento Penal:

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

*Alberto Mora Cogollos
Secretario.*

DERECHO DE DEFENSA. ARTICULO 26 CONSTITUCION NACIONAL

Defensa material. Defensa técnica. Artículo 120 del Código de Procedimiento Penal. Cuándo opera y cuándo no. Recurso extraordinario de casación

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 15 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

Aprobado: Acta número 16, de marzo 9 de 1979.

Vistos

Dentro del trámite de ley que se ha dado al recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Roosevelt Salazar Herrera contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que lo condenó a la pena principal de cuarenta y dos meses de presidio, al hallarlo responsable de la comisión de los delitos de falsedad en documentos, hurto y estafa, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Sala que reponga su auto de quince de febrero último, por medio del cual se declaró ajustada a las exigencias legales, la demanda de casación presentada por el apoderado del procesado especialmente constituido para la sustentación del recurso extraordinario. La reposición presentada por el Delegado, incluye la solicitud de que el recurso se declare desierto, como consecuencia obvia de la petición principal.

Sustenta el Ministerio Público su pedimento en las siguientes consideraciones que pueden resumirse así:

1. El condenado Roosevelt Salazar Herrera, lo fue, por providencia dictada por el Juzgado Segundo Superior de Manizales, que le concedió la libertad provisional;

2. El Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó la sentencia de condena, pero la modi-

ficó respecto a la cuantía de la pena, lo cual determinó que se ordenara el “encarcelamiento” del procesado que hasta esa fecha gozaba de libertad y no ha sido capturado. En esas condiciones, el defensor del condenado, interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segundo grado el cual fue admitido, habiendo constituido el procesado entonces, y como se anotó, apoderado especial para la sustentación del recurso de casación mediante poder que fue presentado en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali, y no ante la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en donde se hallaba el proceso, con lo cual en sentir del recurrente, se desobedeció lo dispuesto por el artículo 120 del Código de Procedimiento Penal que es el que sirve de apoyo al recurso imputado.

Por su parte, el apoderado en la casación, doctor Miguel Sornoza Falla, se opone a las pretensiones del reposicionista por cuanto considera que el contenido de la norma invocada, en apoyo del recurso de reposición, es de entendimiento claro cuando se refiere al sumario y al juicio, y por tanto, de interpretación restrictiva, en cuanto a sus alcances.

Que, de otra parte, no existiendo norma expresa que disponga que en el trámite del recurso de casación el poder otorgado por el procesado para que se sustente el interpuesto en la oportunidad procesal, deba ser presentado ante la Secretaría de la Sala de Casación Penal, está a indicar, que el que actualmente lo habilita para obrar en representación del condenado tiene plena validez.

No hay duda de que los planteamientos formulados por el Procurador, aun cuando se refieren estrictamente al contenido, significado y alcances del precepto del artículo 120 del Código de Procedimiento Penal, tocan también con un problema sustancial que se refiere al derecho de

defensa y a su normal ejercicio dentro del proceso penal.

El derecho de defensa, que se halla desarrollado y reglamentado en diversas normas de la ley procesal, encuentra su apoyo constitucional en lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta allí donde expresamente se ordena que el juzgamiento de los ciudadanos deberá cumplirse conforme a las leyes preexistentes al hecho que se imputa —principio de legalidad o de reserva—, ante Tribunal competente —principio del juez natural—, y fundamentalmente, “observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.” principio del debido proceso.

“El concepto de la defensa —escribe Carnelutti— es opuesto y complementario del de la acusación; ya se ha dicho que la formación del juicio penal sigue el orden de la triada lógica: tesis, antítesis, síntesis; si el juicio es síntesis de acusación y defensa, no se puede dar acusación sin defensa, la cual es un contrario y por tanto un igual de la acusación. Se reclama nuevamente la atención sobre la igualdad propia de los opuestos o contrarios; esta verdad, que quizá no ha sido puesta en luz por la lógica, precisamente a propósito de las relaciones entre acusación y defensa, constituye uno de los principios de la mecánica penal ... La defensa es también, entonces, en primer lugar una búsqueda de pruebas, como la acusación; pero puesto que la búsqueda es inescindible de la valoración, se resuelve también en un juicio, como la acusación el fin de persuadir antes que de decidir y por tanto en una propuesta de decisión ... Si la acusación es por consiguiente el desarrollo razonado de la pretensión penal, la defensa es la razonada contestación; aquí aflora el concepto de la contestación, elaborado también, como el opuesto al concepto de la pretensión, por la teoría general del proceso: contestación de la pretensión es la exigencia de la no punición del imputado; como a la exigencia de su punición la acusación da las razones, así, las ofrece la defensa para la exigencia opuesta”. (F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, página 162).

Entonces, es sobre la base del respeto al principio del contradictorio que ilumina todo el proceso penal, y a la necesidad de colocar a los sujetos procesales y a las partes en una posición de paridad dialéctica, lo que explica la presencia de los defensores o apoderados en el proceso penal, hasta el punto de que como dijera un eminente procesalista “si el abogado no existiera, sería necesario inventarlo”. El imputado que no sabe el derecho y aun en el caso de que lo sepa,

por su misma condición de imputado o sindicado, frente al ansia de su propia suerte, tiene necesidad de estar asistido por alguien que lo sepa, o que se encuentre en condiciones psicológicas de poder hacer valer sus derechos y demostrar su inocencia, porque la misma dialéctica del proceso exige un duelo de armas iguales y no son iguales las armas de un acusador jurisperito y las de un acusado ayuno de derecho.

De consiguiente, cuando la Carta Constitucional se refiere a que el juzgamiento se realice con la plena observancia de las formas propias del juicio de que se trate, entre esas fundamentales y esenciales formas está el derecho de defensa que no puede ser menoscabado, limitado, cercenado o desconocido, so pena de que se incurra en nulidad absoluta de rango constitucional como en tantas oportunidades lo ha sostenido esta Sala.

Así lo entienden los doctrinantes extranjeros; entre otros, Sabatini, quien se pregunta: “¿Cómo funciona el derecho de defensa, con respecto a la relación jurídico procesal? Esto es importante para establecer cual efecto frente a la relación procesal produce la falta del ejercicio del derecho de defensa, su no ejercicio dependiente de la imposibilidad del ejercicio mismo. No es ciertamente un presupuesto procesal el ejercicio de la defensa. El derecho de defensa opera en referencia a la eficiencia de la relación procesal, aquella que es la posibilidad de ejercicio del contenido de la relación, es decir, la posibilidad de ejercicio de los poderes, de las cargas, de los derechos, de las facultades, por consiguiente se vincula a su eficacia. Es entonces el ejercicio del derecho de defensa una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal; podemos agregar también que es una condición de validez de la relación jurídico procesal. Siendo una condición y no un presupuesto, su falta evidentemente no puede conducir a la inexistencia, que como vosotros sabéis depende de la falta de un presupuesto procesal, sino que conduce, en cambio, a la restaurada categoría de las nulidades absolutas que pueden hacerse valer en cualquier estado o grado del procedimiento”. (G. Sabatini, *Il diritto di difesa del procedimento penale*, en *Conferenze*, Tomo I, página 833).

Siendo entonces, como lo afirma el autor últimamente citado que, el ejercicio del derecho de defensa es una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal, ella se vincula, como ya se anotó, necesariamente a las formas propias de cada juicio que es a las que se refiere

el artículo 26 del Estatuto Superior, y cuyo desconocimiento engendra nulidad absoluta.

Independientemente de los problemas que se planteen en la doctrina respecto a la posición jurídica del defensor dentro del proceso penal, cuestión que no se debate ahora, es incuestionable que el derecho de defensa tiene diversas manifestaciones, si se atiende especialmente a la fase o grado del proceso en donde tal derecho debe ejercitarse. De esa forma, se afirma, que la defensa puede realizarse mediante la intervención directa del procesado, tal como ocurre en la diligencia de indagatoria, o mediante la asistencia, también en los casos en que la ley ordena la presencia del procesado y la de su apoderado; y, finalmente mediante la representación que es la situación en la que no exigiéndose la presencia física del procesado, la defensa se ejerce por representación. De esa forma, la doctrina hace una diferencia esencial entre la llamada defensa material, es decir, la defensa actuada por el mismo imputado, que se desarrolla en todas las diligencias en las cuales, como se anotó, es esencial su presencia, como sucede en la de indagatoria, en el careo, en la reconstrucción de los hechos, en el reconocimiento en fila de personas, etc.: y la llamada defensa técnica que es la actuada directamente por el defensor a través de la representación.

Ahora bien, ¿en qué momento del proceso está autorizada la presencia del defensor del imputado? El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal dispone que desde el momento mismo de la captura, se hará saber al capturado el derecho que tiene de designar un apoderado —el llamado apoderado de confianza— y para el caso de que éste no lo designe, el Instructor le nombrará uno de oficio —apoderado de oficio—. La defensa se ejerce, entonces, desde ese momento inicial y se expande por todo el proceso penal, nace con él y se extingue solamente con la extinción del mismo proceso. Es decir, que en la normación jurídica colombiana, no existe un momento en el que el procesado pueda ser impedido o inhabilitado para ejercer el derecho de defensa, que como se anotó, y la ley considera tan importante el ejercicio del derecho de defensa, de cualquier naturaleza que él sea, que respecto a la que se ejerce mediante la representación del procesado, hace obligatoria su aceptación por parte del apoderado designado por el funcionario, tal como se lee en la norma contenida en el artículo 117 del Código Procesal Penal.

De todo lo dicho, se desprende en forma inequívoca, que dentro del proceso penal la ley re-

conoce al procesado un derecho inviolable relativo al ejercicio de su defensa que puede ejercer ya en forma personal y directa o a través de un apoderado o defensor, caso en el cual la ley también preve dos hipótesis así: ante todo, y fundamentalmente, le otorga el derecho a que el propio sindicado designe el defensor que a bien tenga —apoderado de confianza— o, para el caso de que no quiera o no pueda hacer esa designación por su propia voluntad y decisión, entonces se le designará un defensor o apoderado, por parte del Instructor o Juez —apoderado de oficio—. El procesado es entonces titular del fundamental derecho o facultad de elegir su propio apoderado o defensor, hasta el punto de que puede desplazar, en el momento que lo desee, al que le haya sido designado por el instructor o por el Juez del conocimiento. Y es tan celosa la ley respecto a la decisión del imputado en dicha escogencia que solamente con su autorización puede darse la sustitución (artículo 121, Código de Procedimiento Penal). Todo esto se predica, como es obvio, del proceso penal en general, sin embargo de lo cual podría pensarse que esta normación no tiene vigencia y actuación dentro del trámite del recurso extraordinario de casación, ya que se podría afirmar que el proceso penal, para los efectos del ejercicio del derecho de defensa, termina con la producción del fallo de segunda instancia, y que el recurso extraordinario de casación, que no queda incluido o no se lo considera como etapa del proceso, para tales efectos se regiría por normas especiales.

Esta tesis, como es sabido, la sostuvo la Corte hasta el veintisiete de febrero de 1970 cuando por providencia de que fue ponente el señor Magistrado Velasco Guerrero, la modificó para afirmar, que también el defensor de oficio podría, no solamente interponer el recurso extraordinario de casación sino también sustentarlo mediante la correspondiente demanda. En dicha sentencia dijo la Corte:

“El proceso ciertamente es el conjunto de actividades que el Juez y las partes realizan para convertir la pretensión punitiva del Estado en un derecho subjetivo concreto que se origina en la violación penal y culmina en la declaración de certeza jurisdiccional inamovible, contra la cual no cabe interponer recurso alguno, cuando adquiere el imperativo de la cosa Juzgada. El proceso penal admite diversas etapas de procedimiento: la de primer grado, la de apelación o consulta y el recurso extraordinario de casación. Pero cada una de estas fases procesales no es un esquema rígido, clausurado en sí mismo. Son es-

estructuras dinámicas, progresivas, diversos momentos de la actuación, vinculados entre sí, y configurante de una totalidad, una divisible pero armónica y conclusa, de carácter inmutable... Sumario, juicio y recurso extraordinario de casación, son, en materia penal fases o grados de la evolución formativa del proceso. El recurso extraordinario de casación se origina en el juicio, pero no es parte integrante suya, ni lo es inherente con fuerza obligatoria. Interponerlo es facultad discrecional de las partes... Ejercitarlo es derecho incuestionable del defensor de oficio o designado por el sindicado, pues tiene el deber consecuente o con aquella norma imperativa de asistirlo en las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y presentarlo en todos los demás actos del proceso”.

Finalmente, se recogió en dicho fallo la tesis central según la cual, el derecho de defensa “no es ajeno al recurso extraordinario de casación cuyos fines selectivos se condensan en el control jurisdiccional de la legalidad de la sentencia, la unificación de la jurisprudencia y el agravio que la sentencia recurrida pueda haber inferido a las partes en el proceso. Entendida esta como una función integradora, más que como simple suma de agregados inconexos —como totalidad dinámica—, plena de significación y sentido, culmina finalmente cuando la certeza jurisdiccional inamovible se concreta en la cosa juzgada. Como consecuencia de lo hasta aquí expresado, considera la Sala que obra dentro del proceso y para los efectos propios del mismo, con suficiente personería jurídica, el defensor del procesado que recurre en casación y busca a través de este medio la única vía posible contra la sentencia, pues no obstante la naturaleza especial extraordinaria del referido recurso la actuación propia de la impugnación forma parte del proceso”. (Casación de 27 de febrero de 1970, Gaceta Judicial Tomo CXXXIII, página 188 ss.).

En apoyo de la tesis recogida en el fallo de la Corte citado, y que ahora recibe confirmación, puede agregarse que si bien la titularidad del recurso de casación ha sido otorgado por la ley a las partes (artículo 570 del Código de Procedimiento Penal), por considerarse que en el fondo existe un interés particular vinculado al fallo recurrido, sin embargo, en relación con la decisión que ha de tomar la Corte al desatar el recurso extraordinario, va implícito un interés de naturaleza eminentemente pública que es necesario tomar especialmente en cuenta cuando quiera que, como en el presente caso, se examinan

los límites dentro de los cuales se puede ejercer el derecho de defensa.

Lo dicho anteriormente lo expresa con su habitual maestría y claridad el profesor Piero Calamandrei cuando escribe que:

“La Corte, aunque haga parte del ordenamiento judicial, y constituya antes bien el vértice supremo de la jerarquía de órganos a los cuales es demandada la administración de justicia, no está instituida para lograr solamente aquel fin, en sentido estricto jurisdiccional, para cuyo logro han sido instituidos los otros jueces (que en contraposición a la Corte, se les suele denominar como jueces de mérito): y que consiste en la actuación del derecho en concreto mediante la verificación de las voluntades de ley concretas que emergen para regular las relaciones individuales, cuando quiera que exista coincidencia entre una situación real con una de carácter legal. También la Corte opera, como se verá, a esta función jurisdiccional en sentido estricto, consistente en administrar justicia individual; pero esta cooperación suya es para ella medio, y no fin; porque el fin último que persigue, como función exclusiva, es más vasto por lo que excede los límites de la controversia individual objeto de la decisión. Su fin último, es por tanto, de más amplia portada, que aquel estrictamente jurisdiccional de los jueces de mérito: es un fin de carácter constitucional, de coordinación entre la función legislativa y la función judicial; que corresponde más que a la fase de aplicación del derecho al caso concreto, a la fase de formación o de formulación del derecho que debe aplicarse en los casos futuros. En cuanto se considere que la jurisprudencia tenga una eficacia (en cierto sentido y dentro de ciertos límites) creadora y transformadora del derecho, la Corte de casación es el centro de esta perpetua creación jurisprudencial, de esta dinámica del derecho que infatigablemente rejuvenece y adecua la ley a las siempre nuevas exigencias de la vida y de las relaciones económico-sociales”.

“La Corte ejercita su función de control sobre la interpretación judicial del derecho objetivo con un mecanismo extraordinariamente ingenioso, del cual el recurso de casación es el instrumento procesal. El medio que permite a la Corte de casación hacer caminar, a paso igual, el interés individual a la justicia del caso particular, y el interés público a la exacta y uniforme interpretación de la ley en abstracto, es el recurso de casación... También aquí se ha buscado orovechar el interés individual de los litigantes como estímulo propulsor puesto al servicio del interés

público, a través del recurso de casación concebido como derecho de impugnación de la parte vencida para hacer anular de la Corte no toda sentencia injusta, sino sólo aquellas, cuya concreta injusticia se demuestre basada sobre una errónea interpretación, de la ley . . . Para poder satisfacer el interés individual que es la base del recurso, la Corte no se limita a censurar académicamente la interpretación errónea que el recurrente ha llevado a su conocimiento, sino que hace sentir su influencia práctica sobre el proceso de mérito, en cuanto, con el dispositivo de su decisión anula (casa) la sentencia basada sobre la interpretación reprochada por ella . . . Así, el recurrente es satisfecho, en cuanto ve destituida la sentencia de mérito, que lo perjudicaba, y puesta en cambio, con fuerza vinculante, la premisa para una nueva decisión del mérito en conformidad al principio de derecho enunciado; pero el interés público a la 'exacta observancia de la ley' atiende su satisfacción, más que con el dispositivo de la Suprema Corte, con la motivación: es, en efecto, con esta motivación que ella aclara, a fin de que todos los jueces de ahora en adelante tengan en cuenta, las razones jurídicas por las cuales ella aprueba o desaprueba (censura) la interpretación del derecho dada por la sentencia denunciada. Y mientras el interés privado, a la anulación de la sentencia injusta, ha sido satisfecho solamente en el caso de que el recurso prospere, el interés público al control sobre la interpretación judicial ha sido satisfecho en todo caso, porque, sirviendo el recurso como ocasión para prospectar a la Corte un problema de derecho en abstracto (un problema de máxima) surgido con ocasión de una controversia concreta, el fin de resolver tal problema y fijar la máxima ha sido logrado a través de los motivos de la sentencia de casación también cuando el recurso ha sido rechazado" (Piero Calamandrei, voz, "Casación Civil", en *Novissimo Digesto Italiano*, volumen II, página 1056).

Viniendo al caso sub examine, se tiene entonces que el Ministerio Público, no pone en duda la capacidad procesal del defensor de oficio del procesado Roosevelt Salazar Herrera para interponer el recurso extraordinario de casación, y tampoco, posiblemente, para el caso de que así hubiere sucedido, para presentar la correspondiente demanda de casación sustentatoria del mismo. Aquello que se discute al Delegado recurrente, es la necesidad de que el artículo 120 del Estatuto Procesal Penal reciba plena aplicación también en el trámite del recurso de casación, cuando quiera que el procesado que debía estar

detenido, quiera constituir un apoderado especial que lleve su representación, obviamente, desplazando el de oficio designado por el Juez, dentro del trámite del recurso extraordinario, —no siendo posible por lo mismo, y esa la razón de la reposición, que se admita un poder otorgado con desconocimiento de la norma citada—.

Pero, se podría inclusive agregar, en apoyo a la tesis del Procurador recurrente, que el deschar el poder otorgado por el procesado para instituir apoderado especial, con desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 120 del Código de Procedimiento Penal, no se violaría, en forma alguna, el derecho de defensa, si se tiene en cuenta que el mismo procesado seguiría representado por el apoderado de oficio que se le designó en la instancia, y tal como lo dispone la norma en comento.

Varias consideraciones son necesarias para responder a planteamientos de tal tenor. Primeramente debe afirmarse, sin ningún obstáculo, que la ley, en desarrollo del principio constitucional, garantiza en forma amplia, segura y permanente, el ejercicio de defensa del imputado durante todo el curso del proceso, y que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, constituye nulidad de carácter absoluto la limitación, con determinadas características de gravedad, el ejercicio de tal derecho. Es necesario tomar en cuenta también, que la ley, en obediencia al respeto del derecho de defensa, que como se ha visto tiene origen constitucional, otorga la plena facultad al procesado para que sea él, y solamente él, mediante un acto de su propia y exclusiva voluntad quien haga la designación de la persona, que según él, y solamente él, considere que está suficientemente habilitada, por todos los aspectos, para que realice su defensa, solamente cuando el procesado no ha querido o no ha podido ejercer ese derecho de designar la persona que ha de asistirlo o representarlo en el proceso y para su defensa, corresponde al Instructor o al Juez, según el caso, hacer la designación de un apoderado o defensor de oficio.

Debe considerarse así mismo, que si bien la ley no hace la diferencia clara entre la denominada defensa material y la defensa técnica, sin embargo, tal diferenciación emerge clara de las mismas normas del procedimiento, y de aquellas actividades o diligencias que se realizan dentro del proceso en las que, unas veces, las más de ellas, se exige la presencia del procesado, y otras, en las que, lo representa su apoderado.

Para el caso de autos, no queda duda de que se está en presencia de una defensa técnica que

por las modalidades del recurso de casación, primeramente, no exige la presencia del sindicado, pero por su naturaleza y esencia, si su representación por medio de un apoderado que se supone especialista en la materia, por ser la persona mejor habilitada para la defensa de los intereses del comprometido con el fallo recurrido.

Entonces, lo que habrá de preguntarse es si el procesado recurrente en casación está obligado, por virtud del artículo 120 del Código de Procedimiento Penal a quedarse definitivamente con el apoderado o defensor de oficio, o si en cualquier oportunidad puede hacer la designación de una de confianza que en su opinión asuma, con mayor capacidad su defensa.

Piensa la Sala que una interpretación de tal significación, por comprometer en forma grave el derecho de defensa, no puede aceptarse. La tesis fundamental en esta delicada materia, no puede ser otra que la que se exprese, afirmando que la defensa, en sentido técnico, se garantiza todas las veces que exista la posibilidad legal para el procesado de ejercer ese derecho, mediante la constitución de un apoderado, y que por tanto, cualquier extensión que se pretenda hacer, como la que surge de la interpretación que le ha dado el Procurador Delegado al artículo 120, es contraria al pleno ejercicio de tal derecho en el ámbito de los recursos extraordinarios.

De suerte tal que para el caso que es objeto del recurso de reposición, no puede tener aplicación extensiva la mencionada norma por cuanto ello implica, necesariamente, una limitación al

ejercicio de la defensa en sede de casación, ya que, se coloca al procesado en las alternativas propias de las instancias.

Como síntesis de todo lo hasta ahora dicho, deberá sentarse el principio de que si se ha consagrado el derecho de defensa en cualquier etapa o fase del proceso, incluyendo el recurso extraordinario de casación, la interpretación que ha de darse al artículo 120 del Código de Procedimiento Penal no puede tener el sentido y el alcance de hacer nugatorio, o imposible su ejercicio.

La conclusión final es, entonces, la de que el procesado Roosevelt Salazar Herrera al constituir apoderado ante la Corte para que sustentara el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria de segundo grado dictada en su contra, no estaba en la obligación de someterse a las restricciones consagradas en el artículo 120 del Código de Procedimiento Penal, todo lo cual lleva a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver que NO SE REPONE el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EXAMEN PSIQUIATRICO

No es obligatorio. Es facultativo del juez instructor o del conocimiento

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 15 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

Aprobado: Acta número 18.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Noel Emilio Pava Fuentes, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el 15 de mayo del año inmediatamente anterior, por medio de la cual se le condenó a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio como responsable del múltiple homicidio agravado y robo en los esposos Julio Fuentes Chiquillo y Silenia Cely de Fuentes y en sus hijos Ildefonso, Ana Victoria, Carmenza y Víctor Julio Fuentes Cely según hechos que se realizaron en jurisdicción del Municipio boyacense de Tasco por el año de 1964.

Hechos y actuación procesal

El día seis de marzo del año de 1964 la Alcaldía Municipal de Tasco fue informada por parientes de los esposos Fuentes Cely de su extraña desaparición, así como de la desaparición de algunos haberes de propiedad del mencionado matrimonio. Iniciada la investigación por la Alcaldía, fueron hallados los cadáveres de las personas indicadas con evidencia de que habían sido brutalmente muertas. La investigación fue adelantada posteriormente por varios funcionarios de Instrucción, y, desde un comienzo, por diversos factores, las sospechas sobre la autoría de tan atroz crimen cayeron sobre el inculcado Pava Cifuentes.

En tales circunstancias, el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo llamó a responder en juicio criminal al procesado recurrente, como autor de los seis homicidios ejecutados en circunstancias de asesinato, decisión que fue confirmada por el Tribunal al resolver el recurso de apelación interpuesto contra ella.

Celebrada la audiencia pública, el jurado popular respondió afirmativamente a los cuestionarios que le presentó el Juez de derecho, y con base en tal respuesta se dictó la sentencia de condena que recibió confirmación por el Tribunal, por la que es objeto del recurso extraordinario.

La demanda de casación

Al amparo de la causal cuarta de las que prevee el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formulan dos cargos así:

Primer cargo. Nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, al haberse omitido la práctica de un examen psiquiátrico del condenado, a efecto de establecer científicamente si se hallaba dentro de las circunstancias de anormalidad de que trata el artículo 29 del Código Penal.

La manifiesta crueldad con que fueron muertos los esposos Fuentes Cely y sus hijos, hacía pensar que quien tal crimen ejecutó, no se hallaba gozando de la plenitud de sus facultades mentales, lo cual hacía necesario que se practicara un examen médico a efecto de que se estableciera científicamente tal situación. Al no haberse dispuesto tal prueba, se habrían violado las formas propias del juicio a que se refiere el artículo 26 de la Constitución.

Segundo cargo. El proceso estaría viciado de nulidad, también en esta oportunidad de naturaleza constitucional, por cuanto que en el proceso se oyó en declaración a los parientes del proce-

sado, pero sin que se les hubiera hecho las pertinentes advertencias de que trata el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, irregularidad que violaría no solo la ley, sino la propia Constitución en su artículo 25.

Respuesta del Procurador

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal examina los cargos formulados, contra la sentencia y solicita a la Corte no casarla. Respecto al primero, expresa con todo acierto el Ministerio Público, que los términos en que está concebida la norma del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, cuya inaplicación engendraría la nulidad alegada, y conforme a interpretación que la Corte le ha dado, consagra apenas sí una facultad para que los Jueces o instructores ordenen el examen psiquiátrico cuando "observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal", y no una perentoria obligación de que tales exámenes se deben practicar en todos los procesos.

En el caso presente, anota el Delegado, tanto el procesado como sus familiares estuvieron acordes en sostener que Noel Emilio Pava Fuentes, nunca dio muestras de hallarse en condiciones de anormalidad. De otra parte, dice el Procurador que la defensa del procesado la asumió desde un comienzo el profesional casacionista, y que en ningún momento dudó de la sanidad mental de su patrocinado, hasta el extremo de haber criticado las afirmaciones de la parte civil cuando en la audiencia pública, al referirse al procesado, decía que se trataba de un paranoico o esquizofrénico, indicando que "esto no lo puede decir sino Medicina Legal".

Finalmente, anota el Procurador, que la pretendida anomalía psíquica "se desvanece en el hecho de que con posterioridad a la tragedia (el procesado) se ocupó en labores lícitas y llevó una vida normal como resulta de las certificaciones expedidas por 'Cervecería Colombo Alemana S. A.' donde trabajó".

Nada tiene la Sala que agregar a las precisas consideraciones del Ministerio Público, para decir que el cargo no prospera.

Respecto al segundo cargo, el colaborador Fiscal acepta que en la recepción de los testimonios

de los parientes del sindicado, el instructor no les hizo a éstos la advertencia a que se refiere el artículo 239 del Código Procesal Penal, sin embargo de lo cual, no se puede afirmar que esa omisión constituya nulidad, ni de carácter legal, ni menos de naturaleza constitucional —por violación del artículo 25 de la Carta— como lo sostiene el censor, por cuanto no existe el menor indicio en el proceso, de que a los parientes del procesado se les hubiera obligado a rendir testimonio.

A los planteamientos del Procurador, que la Sala comparte, solo habría que agregar, para mayor ilustración del punto, que el artículo 226 de la anterior codificación Procesal Penal estaba concebido en términos que sí violaban el artículo 25 de la Carta, pues allí se establecía una prohibición a declarar por parte de los parientes del procesado.

La Corte, al declarar inexecutable dicho artículo dijo que era violatorio del 25 de la Constitución por cuanto "al pronunciarse el legislador ordinario por la rotunda prohibición contenida en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, no otra cosa hizo que ampliar los términos de aquella garantía consignada en la Constitución" (sentencia de 6 de diciembre de 1951).

El cargo no está llamado a prosperar.

Con apoyo en las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Tercero en lo Penal, y acorde con él, resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida de que se hizo mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

En los juicios en que interviene el jurado no se puede discutir la prueba

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E. marzo 15 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Expediente número 24798

Aprobado: Acta número 18.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia del Tribunal Superior Militar del 6 de junio de 1978, mediante la cual confirmó la proferida el 28 de marzo de 1976 por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal —Batallón Guardia Presidencial— contra Manuel Antonio Sierra por los delitos de homicidio y secuestro en el menor Javier Rodríguez Jiménez, reformándola en el sentido de imponer a aquél la pena principal de veinticuatro años de presidio y las accesorias de rigor.

Hechos

Los sintetiza el Tribunal en la siguiente forma:

“... En la noche del día 20 de junio de 1977, salió de su casa de habitación situada en la Diagonal 37-A número 52-80 Sur del barrio Venecia de Bogotá, el niño Javier Rodríguez Jiménez, a cumplir una diligencia familiar, y como no regresara pronto, su padre, Pascual Rodríguez, en asocio de otros parientes, emprendieron la búsqueda del menor que se hizo infructuosa, motivo por el cual procedió a formular la denuncia pertinente, ante la Unidad de Policía Judicial “DAS”, Tercer Turno.

“Se narra que encontrándose Pascual Rodríguez, en dicha Dependencia, arribó un amigo suyo y le comunicó que su hija Marlene había recibido una llamada telefónica en la cual le ma-

nifestaron que se trataba de un secuestro y por lo tanto, exigían la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) por el rescate del menor y que posteriormente volverían a llamar telefónicamente, para tratar el asunto y ocurre que al día siguiente le enviaron a su casa de habitación un paquete contentivo de la chaqueta que portaba Javier Rodríguez Jiménez, cuando fue secuestrado y una carta en la que le exigían la suma de dinero ya mencionada. También le insinúan en la carta que si no contaban con el dinero, que hipotecara la casa, pues de lo contrario, le darían muerte al niño. El domingo siguiente, el niño Javier Rodríguez Jiménez fue encontrado, brutalmente asesinado, al norte de la ciudad y semi-sepultado en la calle 95 con carrera 7ª. Luego de efectuarse diversas diligencias investigativas por el DAS, el Juzgado 7º de Instrucción Penal Militar, abrió la correspondiente investigación Penal...”

Estudio de la demanda

El demandante para solicitar la infirmación del fallo, después de hacer el resumen de los hechos debatidos en el juicio, propone la causal primera de casación (artículo 580-1 Código de Procedimiento Penal) deduciéndole a la sentencia dos cargos. El primero, por violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 19 del Código Penal, en cuanto a que el Tribunal condenó al procesado como autor responsable de los delitos de homicidio y secuestro sin precisar si fue el autor material o intelectual de los ilícitos; y, el segundo, por violación indirecta de la ley sustancial, con error de derecho, pues el reconocimiento que hacen dos menores en fila de personas, que en su sentir sólo constituyen un simple indicio, lo entendió el Tribunal como plena prueba de ambos delitos, con desconocimiento de los artículos 215, 217, 218 y 230 del Código de Procedimiento Penal.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares pide que se desestimen las pretensiones

de la demanda porque las dos formas de autoría, la material y la intelectual, se confunden en el caso presente con prevalencia de la primera, pues "...cuando el fallador de segunda instancia habla en su sentencia de materialidad en la infracción, de la prueba demostrativa en la ejecución de los delitos y de los elementos estructurales de los mismos, como la imputabilidad y la responsabilidad, necesariamente se está refiriendo a que el condenado Sierra es el autor material de los ilícitos de secuestro y homicidio y por consiguiente responsable de su conducta antijurídica..."; y, por último, porque los testimonios y el reconocimiento que del procesado hicieron los menores tienen aptitud para formar en el fallador un pleno convencimiento sobre el hecho y su autor, ya que "...no sufrían ninguna incapacidad intelectual o sumarial en el momento de tener contacto con el hecho objeto de su dicho y se trataba de sujetos inteligentes, no sometidos a presiones o deberes morales, que los indujera a variar la verdad, tales como el parentesco o el secreto profesional; tampoco se hallaban en la hipótesis de incapacidad moral como es el caso de la debilidad mental o de memoria...".

Considera la Corte que bastaría contestarle al actor que cualquiera que fuera la calificación que el sentenciador de segunda instancia le hubiera dado a la autoría de Manuel Antonio Sierra en los delitos de homicidio y secuestro, bien como autor material, ya como autor intelectual, la verdadera o la falsa interpretación así producida, en nada afectaba su situación jurídica pues dentro de uno u otro entendimiento su situación jurídica encajaba, de todas maneras, en el artículo 19 del Código Penal, y la pena a imponer sería la misma. De suerte que de haberse cometido error, la violación sustancial resultaría sin incidencia relevante en la resolutive del fallo y, por lo mismo, sería intrascendente. Y, en relación con los testimonios de los menores y sus reconocimientos de la persona del inculcado, tachados por error de derecho, bastaría igualmente, responderle que en forma reiterada esta Corporación ha sostenido que tales pruebas no están sometidas a tarifa alguna en nuestra legislación, de donde se concluye que no son susceptibles de ser impugnadas por falso juicio de convicción; y, agregarle que en los juicios en que interviene el jurado o, como en este proceso, los vocales de un Consejo de Guerra Verbal, no puede atacarse el fallo por violación indirecta de la ley, porque, de prosperar la tacha, la Corte tendría que dictar sentencia con desconocimiento del veredicto, lo que sería absurdo. Estos aspectos demuestran el desatino de la censura.

Además, si se recuerda que, como lo ha dicho la Sala: "...En la violación directa no se impugna la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la ley sustancial se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar, en su integridad, los hechos que declara probados la sentencia, para edificar sobre ellos la censura. En cambio, es propio de la violación indirecta discutir la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la norma sustancial sea mediato, esto es, a través de ella. Y, si este es su sentido, resulta de imperativo lógico rechazar, en forma total o parcial, los hechos que declara probados la sentencia para demostrar que se violó la prueba y que, por este modo, se conculcó la ley..." (casación Penal 27 de octubre de 1977), y que bajo estos parámetros y por razón de ellos, en posterior decisión dijo: "...La incongruencia emerge con absoluta nitidez del enfrentamiento conceptual de los supuestos sobre los cuales se edifica cada una de esas transgresiones. La violación directa presupone la aceptación de los hechos conforme los apreció la sentencia, mientras que la violación indirecta, a contrario sensu, los rechaza. En la violación directa el error de juicio del juzgador se origina en la norma sustancial; en la violación indirecta, el error de juicio se produce en la prueba o en su precepto regulador. Esto significa que no es posible sostener un argumento si sus bases a tiempo que se ponderan, se niegan, es decir, se destruyen con su contrario..." (casación Penal 25 de noviembre de 1977), se concluye que es un absurdo total alegar al mismo tiempo violación directa e indirecta de la ley. Tal proceder hace de suyo sustancialmente inepta la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del seis de junio del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior Militar, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ROBO

Robo agravado. Qué se entiende por robo y qué por robo agravado. La ley prohíbe que se tomen como de mayor peligrosidad factores a los que la misma ley ha dado un tratamiento jurídico diverso, como modificadores o como elementos constitutivos de delito

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., abril 2 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

Aprobado: Acta número 22, de marzo 29 de 1979.

Vistos

Ha sido recurrida en casación la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 16 de diciembre de 1977, por medio de la cual condenó a los procesados José Adenauer Gutiérrez, Víctor Cruz y Roberto Julio Gutiérrez a la pena principal de siete años de presidio a cada uno, como responsables del delito de robo, decisión que fue tomada al confirmar, con modificaciones en cuanto a la cuantía de la sanción, la dictada por el Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad capital.

Los tres procesados interpusieron recurso extraordinario de casación pero solamente dos de los condenados constituyeron apoderado especial ante la Corte y presentaron sus respectivas demandas a las que se les dio el trámite de ley.

Antecedentes

Los hechos que dieron origen al proceso y posteriormente, a la sentencia recurrida, tuvieron lugar el día nueve de junio del año de 1976 cuando en la oficina de cambios que tiene en la carrera 7ª N° 17-64 el señor Raúl Mosquera Pérez, fue asaltado por tres sujetos que utilizando pistola y armas corto-punzantes, se apoderaron de dinero por cuantía superior al medio millón de pesos, causando al propietario del establecimiento lesiones leves con las cachas del arma de fuego que portaba uno de los inculcados.

La investigación de los hechos narrados correspondió adelantarla al Juzgado 33 de Instrucción Criminal y culminó con auto de llamamiento a juicio por el delito de robo agravado por el concurso de las agravantes relativos al uso de armas, y a la actividad desarrollada por los procesados para colocar a la víctima en condiciones de no poder defenderse.

Dos demandas fueron presentadas, así:

1. Demanda de José Adenauer Gutiérrez Mejía. Con apoyo en la causal primera —cuerpo primero— de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y en la modalidad de “aplicación indebida” se formulan dos cargos a la sentencia de segundo grado así:

Primer cargo. “La sentencia censurada se funda en tomar dos veces un elemento integrador del robo específico que contempla el artículo 404 del Código Penal al estimar que la imposibilidad de obrar en que estuvo la víctima es circunstancia distinta al uso de armas”.

Luego de la transcripción de los apartes pertinentes de la sentencia, la demandante explica los fundamentos del cargo afirmando que el Tribunal “señala la utilización de armas en el reato como circunstancia dual de agravación; de una parte, el utilizarlas o emplearlas en el reato y de otra, que con ellas se puso en imposibilidad de obrar a la víctima... no se puede aseverar que tal circunstancia tipifique los dos agravantes, el 1º y el 4º del artículo 404, por cuanto que el legislador en manera alguna pudo haber pecado de ingenuo al no considerar que con ellas, empleadas en el reato, se lograba la intimidación...”. Que, de otra parte, al haber tomado unas circunstancias específicas de agravación del robo, también como de mayor peligrosidad, para acrecentar la sanción en dos años, el Tribunal no

tuvo en cuenta que las circunstancias de mayor peligrosidad solamente se pueden tomar en cuenta, siempre que no se las haya considerado como específicas modificadoras de la responsabilidad o como elementos constitutivos de la infracción.

Cargo segundo. “El Tribunal incurre en el error de tener en cuenta el uso de armas y la imposibilidad de obrar de la víctima en dos formas: en primer lugar, tiene en cuenta el uso de armas y la imposibilidad de obrar de la víctima para predicar que se está en presencia del robo específico que describe el artículo 404 del Código Penal, y en segundo lugar estas mismas circunstancias las toma como circunstancias de mayor peligrosidad para agravar la pena, con lo cual se violan, por aplicación indebida los numerales primero y cuarto del artículo 404 del Código Penal, lo mismo que el 37 de la misma obra en sus numerales 6º y 7º, por cuanto ya el uso de armas y la imposibilidad en que estuvo la víctima para defenderse, los había tenido en cuenta el Tribunal como elementos integradores del robo específico agravado, tipificado por el artículo 404 *ibídem*”.

Como consecuencia de lo dicho, la demandante solicita a la Corte casar la sentencia recurrida para que a los procesados les sea impuesta la sanción en la medida en que fue fijada por el Juez de instancia.

La demanda presentada a nombre del procesado Roberto Julio Gutiérrez Beltrán está concebida en los mismos términos de la anterior, lo cual hace innecesario su examen por separado.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo es de opinión que el fallo se case por cuanto que la segunda de las censuras formuladas al fallo, prospera. En efecto, dice el Delegado: en la definición del delito de robo (artículo 402 del Código Penal), el legislador ha puesto como medios para la realización del ilícito el empleo de violencias a las personas, o las amenazas a las mismas. Y, en el caso de autos, “concurrieron las dos conductas... pues la violencia estuvo constituida por la lesión que se le causó a la víctima en la cabeza... y la amenaza cuando antes se colocó en el cuello de la víctima el cuchillo por uno de los acusados”. De esta forma, la única circunstancia de agravación que podía deducirse era la del empleo de las armas en la comisión del robo. Incurrió entonces —dice el Procurador— en aplicación indebida al ordinal 4º del artículo 404 del Código Penal la sentencia impugnada al otorgar entidad de

agravante específica del robo a lo que denominó “maniobras realizadas para poner a la víctima en imposibilidad de obrar”, ya que éstas no fueron otras que las amenazas a que se refiere la figura tipo. Así se entiende cuando la Corporación dice “... pues uno de los ladrones mediante el uso de una pistola redujo a la impotencia a la víctima”. No fueron dos conductas separadas el uso de armas y colocar a la víctima en imposibilidad de obrar.

Se considera

Para comprender los alcances de la impugnación resulta muy provechoso examinar las diversas piezas del proceso en las que se calificó la infracción imputada a los procesados, así:

1. En el auto de proceder dictado por el Juzgado 25 Penal del Circuito se dijo: “De acuerdo con la naturaleza y modalidad de los hechos el auto de proceder será dictado por el delito de robo agravado según el artículo 404 del Código Penal, modificado por el artículo 9º de la Ley 21 de 1973 por haberse empleado armas en la comisión del delito” (fls. 314 ss.).

2. Luego, en el auto del Tribunal, confirmatorio del que se acaba de citar, dijo la corporación: “Don Raúl reconoció esa misma tarde a los tres asaltantes y más tarde explicó cuál había sido la intervención de cada uno de ellos: Cruz fue el encargado de mantenerlo quieto mientras sus compañeros se apoderaban del dinero... Gutiérrez Beltrán lo hirió en el cuello con un cuchillo... etc.” (fl. 336).

3. Con base en las premisas anteriores, concluye el Tribunal, en la providencia indicada: “Concurren dos de los agravantes previstos en el artículo 404 del Código. La comisión del delito con empleo de armas y las maniobras realizadas para poner a la víctima en imposibilidad de obrar” (fl. 339).

Y más adelante: “El elemento material del delito está perfectamente demostrado. Varios individuos con empleo de violencia y utilización de armas se apoderaron de bienes muebles ajenos en cuantía superior a \$ 500.000.00” (fol. ídem).

4. En la sentencia de primer grado se expresó: “Como la infracción materia de este proceso establece presidio de cinco a catorce años y según las constancias obrantes en el expediente, de que los procesados no registran antecedentes de ninguna índole, se les deberá imponer la pena mínima establecida en el delito de robo, o sea la de cinco años de presidio conforme al artículo 404 del Código Penal, modificado por el artículo 9º de la Ley 21 de 1973” (fls. 360 ss); y,

5. Finalmente, en la sentencia que es objeto de la censura, dijo el Tribunal: "Visto lo anterior... la sentencia revisada debe confirmarse, en cuanto condena, mas no en lo tocante a la pena principal impuesta, pues ella resulta benigna frente a los agravantes que el Tribunal tuvo a bien puntualizar. Veámoslo: 'La violencia ejercida sobre la víctima, demostrada por la lesión recibida, es precisamente lo que tipifica el delito de robo, pero ese hecho está agravado, tal como lo dejó consignado el Tribunal, en el uso de las armas y las maniobras realizadas' para poner a la víctima en imposibilidad de obrar..."; pues uno de los ladrones mediante el uso de una pistola redujo a la impotencia a la víctima. Entonces, si bien es cierto que los procesados no registran antecedentes, no menos cierto es que la forma como actuaron está demostrando su *alta peligrosidad*... (fol. 10). De esa suerte, se elevó la pena a siete años de presidio.

De los apartes transcritos se pueden hacer varias consideraciones. Primeramente, que el fallador de primera instancia consideró el delito de robo, por la modalidad en que éste se ejecutó, o sea por el empleo de las armas como agravado (artículo 404 numeral 1º del Código Penal), sin darle otro tratamiento diferente a tal empleo, que el que se desprende de su uso objetivo, desde luego para engendrar la violencia o la amenaza, elemento estructural del robo, de acuerdo con la definición del artículo 402 *ibídem*.

En cambio, el Tribunal, al considerar esta misma circunstancia específica de agravación, la hizo girar alrededor de dos aspectos, y de acuerdo con la versión de la víctima: el primero, cuando se afirma la existencia de la agravante derivada del empleo de armas, por el uso evidente que de ellas hicieron los delincuentes, cuya demostración más clara se dio con la leve lesión causada a la víctima (herida en el cuello con un cuchillo); y, luego cuando se hace funcionar la misma agravante —empleo de armas— en cuanto que la víctima afirma que otro de los delincuentes la mantuvo quieta mientras sus compañeros consumaban la infracción. Y, de conformidad con lo anterior, y en vista de que se presentarían, no una, sino dos agravantes, el *ad quem* eleva la sanción en dos años, para lo cual, el uso de las armas que ya antes había servido para estructurar las agravantes de los numerales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal, ahora dicho empleo resulta revelador de una alta peligrosidad que justifica también el aumento de la pena.

Lo anterior da base y fundamento al Tribunal para hacer un aumento, en dos años, de la pena

impuesta por el fallador de primer grado. De todo lo anterior discrepan los recurrentes, y en esto los acompaña el Ministerio Público.

Los demandantes afirman que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 404 del Código Penal y la Sala considera que les asiste la razón por lo que habrá de casar parcialmente la sentencia recurrida para corregir el yerro anotado.

El robo, por esencia, es delito que debe ser ejecutado mediante el empleo de violencia a las personas o a las cosas, o mediante amenazas a las personas. La ley ha considerado, sin embargo, que cuando el medio utilizado para ejercer la violencia personal está constituido por armas, el delito debe considerarse más grave, no solo en atender a la mayor peligrosidad que demuestra el agente que obra así, sino además y principalmente, por el evidente mayor peligro a que está sometida la víctima, ya que en tales circunstancias no solamente se ha perjudicado en su patrimonio económico, sino que también su integridad personal está prácticamente en manos del delincuente que puede hacer uso de las armas en cualquier momento.

Ha quedado explicado igualmente, que el legislador considera también como circunstancia específica modificadora de la responsabilidad del delito de robo, el hecho de colocar a la víctima en imposibilidad de obrar. De consiguiente, es necesario establecer del modo más preciso, cuándo y dentro de qué lapsos temporales debe presentarse esa modalidad especialísima del robo, que lo agrava y que se relaciona con la imposibilidad de obrar de la víctima. Lo anterior, porque si la norma se interpreta en sentido literal, sería muy fácil encontrar en todo delito de robo la presencia de la agravante en la restricción momentánea de la libertad personal, en que se concreta la imposibilidad de obrar, ya que durante el tiempo breve, o prolongado en que se está ejecutando el delito, que requiere el empleo de una violencia o de una amenaza, cuando la primera es personal, la víctima del robo permanece privada de la facultad de disponer de su libertad personal, y estando sometida a la voluntad del delincuente, se halla indudablemente en imposibilidad de obrar.

Entonces, si esa imposibilidad de obrar que surge como consecuencia necesaria e inmediata del empleo de la violencia o de la amenaza y que es coexistente con el empleo o ejercicio de la misma violencia o amenaza, no se la puede considerar una vez como elemento estructural del robo, y otra como circunstancia de agravación, porque con tal procedimiento se viola en forma clara el

principio del ne bis in idem, deberá afirmarse en cambio, que para la subsistencia de la agravante, en este aspecto, la restricción de la libertad debe constituir para la víctima un daño mayor y diverso del que puede derivarse de la violencia o de la amenaza, elemento compositivo del delito, es decir, que tal situación debe significar para la víctima un sufrimiento diverso y más grave, y que, si por ejemplo, llegare a prolongarse por un tiempo sucesivo que permita a los delincuentes la comisión de otros delitos, ya entonces, tal imposibilidad de obrar se sale del marco de la agravante para adquirir una individualidad jurídica propia e integrar otro delito que atentaría, en forma directa, contra otro interés jurídico como el de la libertad individual, que concurriría con el de robo.

En el presente caso, no queda duda de que la agravante deducible del numeral 4º del artículo 404 del Código Penal —imposibilidad de obrar— de la víctima del robo, no puede tomarse como existente en forma autónoma para deducir una mayor responsabilidad, porque, por una parte, ya se dijo, tal imposibilidad de obrar, por cuanto fue instantánea, concomitante o coexistente con el proceso de ejecución del robo y efecto del empleo de la violencia y la amenaza —no puede servir para la demostración del delito base y de la agravante; y, además, porque ya se había deducido como circunstancia de agravación del solo empleo de las armas, que en el caso concreto sirvió para colocar a la víctima en imposibilidad de obrar—.

Finalmente, resulta impropio el razonamiento del Tribunal cuando entiende que tanto el empleo de las armas, como la circunstancia de haber colocado a la víctima en imposibilidad de obrar, revelan una determinada peligrosidad que sirve de apoyo para el aumento de la sanción. Impropiidad en el razonamiento por cuanto que es la misma ley (artículo 37 Código Penal) la que prohíbe que se tomen como de mayor peligrosidad factores a los que la misma ley ha dado un tratamiento jurídico diverso (ora como modificadores o ya como elementos constitutivos) de un delito.

Resulta incuestionable que el fallo recurrido aplicó indebidamente el artículo 404 del Código Penal, y que por lo tanto, la sentencia debe casarse para que la pena aplicable a los inculcados sea la que se ajusta precisamente a la conducta por ellos realizada.

Debe tomarse en cuenta así mismo, que por virtud de lo dispuesto en el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, cuando ha sido

aceptada, como en este caso, la causal primera de casación, corresponde a la Corte dictar el fallo que deba reemplazar al que fue objeto de la censura, lo cual significa que en ese momento adquiere la Corte la condición de Tribunal de instancia y por ello tiene plena facultad para hacer la graduación de la sanción a imponer, considerando todos los aspectos del proceso que pueden tener incidencia sobre la misma.

Ahora bien, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 534 del Procedimiento Penal, “la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al juez de derecho”, por suerte tal, que corresponderá a la Corte en el momento de dictar el fallo que reemplaza al que se casa, hacer dicha evaluación.

Ya se ha anotado que el delito de robo por el cual fueron condenados los procesados recurrentes se realizó con la pluralidad de tres personas, que, dadas las modalidades de su comisión, implica sin la menor duda que su presencia plural en el lugar de los hechos, no fue meramente ocasional, sino preordenada, por lo cual se estructura la circunstancia de mayor peligrosidad a que se refiere el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal que autoriza a la Corte para aumentar en seis meses la sanción impuesta por el fallador de primer grado.

Como consecuencia de lo dicho, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo, y acorde con él casa parcialmente la sentencia recurrida, de fecha y origen indicados en la parte motiva, y en su lugar declara que la pena definitiva de la libertad que deben cumplir los procesados José Adenauer Gutiérrez Mejía, Víctor Cruz y Roberto Julio Gutiérrez Beltrán es la de cinco años y seis meses de presidio como responsables del delito de robo agravado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

**La falta de la firma del Juez en el acta de audiencia, no constituye nulidad, si por otros medios aparece demostrada la autenticidad del acta
La Corte cambia la jurisprudencia al respecto**

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., abril 20 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

Aprobado: Acta número 26, de abril 19/79.

Vistos

Cumplidos los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado del procesado Juan Rodríguez Molinares, contra la sentencia de cuatro de julio de 1978, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Marta confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Superior que lo condenó a la pena privativa de la libertad por un lapso de cinco años y cuatro meses de presidio como responsable del delito de homicidio imperfecto en la persona de José Calazán Calderón.

Antecedentes

Dicen los autos, que cuando el señor José Calazán Calderón transitaba en una bicicleta por la carretera que de Fundación conduce a Ciénaga, fue súbitamente atacado con arma de fuego habiéndosele causado lesiones que le ocasionaron la pérdida de un ojo.

En el curso de la investigación se pudo establecer que el autor de las lesiones que le ocasionaron la pérdida de la visibilidad por el ojo derecho a Calazán Calderón, había sido el procesado Rodríguez Molinares contra quien adelantó la investigación el Juzgado 12 de Instrucción Criminal con sede en Ciénaga, la que concluyó en su primera etapa, y tal como se anotó, con

sentencia de condena dictada por el Juzgado Segundo Superior la cual, al ser confirmada por el Tribunal, originó la que es objeto del recurso que ahora se decide.

El juzgamiento del procesado se llevó a cabo, con intervención del jurado popular el 31 de enero del año de 1978, y a la audiencia pública respectiva, concurrieron, según se lee en el acta correspondiente, todas las personas que según la ley, deben participar en tal diligencia. Sin embargo, se ha establecido que el acta correspondiente a la audiencia (fls. 162, 163) no fue firmada por el Juez de la causa, sin que sobre el particular exista la menor explicación.

La demanda de casación

Con fundamento en las causales primera —cuerpo segundo— y cuarta de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula dos cargos a la sentencia, así:

Causal primera. La sentencia es violatoria de la ley penal sustantiva —en forma indirecta— por errores de derecho consistentes en la defectuosa valoración que el fallador de segundo grado dio a las pruebas de cargo, y, más concretamente, el vicio radicaría en que el “sentenciador valoró el hecho probatorio del testimonio del ofendido y le otorgó un mérito superior de plena prueba”. Se extiende el censor en el análisis de la prueba que afirma “fue valorada en forma extravagante, para concluir que el fallo debe ser casado, y dictarse el que debe reemplazarlo”.

Causal cuarta. El fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad supralegal por inobservancia de las formas propias del juicio, ya que como se anotó, el acta correspondiente a la audiencia pública, no fue firmada por el Juez que la pre-

sidió, habiéndose infringido, de ese modo, las normas contenidas en los artículos 153, 155, 159, 515 y 214 del Código de Procedimiento Penal, y, desde luego, los principios superiores recogidos en el artículo 26 de la Carta.

En apoyo de estos planteamientos, el actor cita diversas decisiones de esta Sala en las que se hace la afirmación de la subsistencia de la alegada nulidad en tales hipótesis.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal comparte las opiniones del demandante y solicita a la Corte casar la sentencia y declarar la nulidad a partir de la celebración de la audiencia pública, ordenando que se reponga la actuación desde ese momento en adelante.

Dice, el Delegado, que “el acta, como es bien sabido, tiene por finalidad dejar constancia de todo lo ocurrido en tan importante acto procesal que constituye una de las formas propias y esenciales del juzgamiento. Por lo demás, dicha actuación es fundamental para ejercer más tarde la función de juzgar. Resulta evidente en este caso la falta de un documento que demuestre la celebración del acto público —forma esencial del juzgamiento— y en estas condiciones habrá de pedirse la nulidad del proceso..., etc.”.

Consideraciones de la Corte

Como quiera que la Corte habrá de revisar la jurisprudencia a que hace mención tanto el demandante como el colaborador Fiscal, es necesario que se conozcan claramente las razones que tuvo la Corte para considerar como nulo el procedimiento en los casos en que falte la firma del funcionario en las actas de audiencia pública.

En sentencia de 13 de noviembre de 1971, dijo la Corte al afirmar la existencia de una nulidad suprallegal cuando falta la firma del Juez en un acta:

“De conformidad con el artículo 159 del actual Código de Procedimiento Penal, las diligencias que se practiquen en el proceso penal (declaraciones de testigos, indagatorias, careos, inspecciones judiciales, allanamientos y registros, audiencias, etc.), deben constar en actas firmadas por el funcionario instructor o el Juez o Magistrado, y su secretario, y las demás personas que hayan intervenido. En armonía con la norma que viene de citarse establece el artículo 515 ibídem... que de lo sucedido durante la audiencia pública el secretario extenderá un acta que firmarán el juez, el secretario y las demás personas que hayan participado en ella. También las providencias que se dicten en el proceso

(autos y sentencias) deben contener las firmas del instructor o del Juez o Magistrado o Magistrados que las profieran y del secretario correspondiente (arts. 153 y 155 del Código de Procedimiento Penal). La falta de firma del funcionario de instrucción o del Juez o Magistrado, en los documentos instrumentales de diligencias o providencias unipersonales, hace inexistente el acto procesal, pues sin ella no habría certeza de la actuación en él del funcionario, que por ley es quien ejerce la jurisdicción que corresponde al Estado. En un sistema procesal predominante escrito como el colombiano, el documento de atestado es inseparable de la declaración o decisión que conviene y por ello es innegable que la ausencia de firma de quien tiene el poder declaratorio hace inexistente el acto, que se debe tener por no pronunciado cuando adolezca de tal vicio”.

En la misma sentencia que se cita se afirma que “por las razones que se dejan expuestas la Sala reafirma la doctrina expuesta en la sentencia de 14 de abril de 1961... en cuanto en ella se reitera que la falta de firma del juez en el acta de audiencia pública deja incompleto y sin autenticidad el documento, que con esa imperfección no puede tenerse como prueba de los hechos en él relatados, y la omisión se traduce en violación de las formalidades propias del juicio y constituye nulidad constitucional, tesis que se sostuvo en fallo de 24 de marzo de 1960... Mas la ratifica... en cuanto de ella y de sus antecedentes se desprende que la falta de la firma del Juez” en el acta de la *primera sesión* de la audiencia “es causal de nulidad, pues ya se vio cómo no es siquiera preciso hacer actas parciales de la audiencia, ya que basta una sola, la que debe suscribirse al finalizar la vista pública, y la carencia de la firma de Juez en ella hace en rigor jurídicamente inexistente, con la consecuencia de la nulidad de los actos procesales vinculados a la audiencia o consecuentes a la misma”.

En este proceso, la referida jurisprudencia de la Sala de Casación Penal fue alegada por el Fiscal de la Corporación al solicitar al Tribunal declarara la nulidad de toda la actuación, a partir del acta de audiencia pública, precisamente por la falta de la firma del Juez del conocimiento en dicho documento (fls. 178-179), tesis ésta que fue compartida por uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión y consignada en el correspondiente salvamento de voto (fl. 187).

La mayoría de la Sala por su parte, no entendió que se estuviera en presencia de una nuli-

dad y procedió, en consecuencia, a dictar el fallo confirmatorio del de primer grado. Adujo el Tribunal como fundamento para no decretar la nulidad de la actuación, que de conformidad con los artículos 358 y 372 del Código de Procedimiento Civil, aplicables al proceso penal por mandato de la norma contenida en el artículo 8º de dicho estatuto que, en el caso de que la sentencia recurrida haya sido enviada al superior sin la firma del juez que la dictó, se ordenará devolverla a fin de que se corrija la irregularidad anotada, e inclusive, para el caso de que se haya producido en ese lapso cambio de juez, "quien lo haya reemplazado procederá a dictarla". Igual situación se halla prevista para el caso de que se trate de una sentencia de segunda instancia y la irregularidad se refiera a la falta de firmas de los Magistrados que la pronunciaron o al número, que según la ley, deben intervenir, según está dicho en el artículo 372 *ibidem*.

De igual manera, se dice en la providencia que es objeto del recurso de casación, que la autenticidad del acta de audiencia pública no se puede poner en duda si se tiene en cuenta que en ella aparecen las firmas de los jurados, el procesado y el abogado defensor, "y esta acta fue la que dio origen al fallo recurrido" (fl. 184). Ahora bien, el argumento del Tribunal es muy simple en su presentación, pero muy lógico en cuanto a los resultados que persigue por cuanto se dice, que si para el caso de la omisión de la firma de una sentencia, la ley procesal civil, no dice que se esté en presencia de una nulidad, sino de una simple irregularidad, la conclusión lógica es la de que la misma regla debe aplicarse, y con mayor énfasis, cuando no se trata ya de una sentencia, sino simplemente de una acta de audiencia.

El procedimiento, explica Carnelutti es el proceso en movimiento, o en otros términos, el movimiento del proceso, el que se cumplirá a través de los actos procesales. Por tanto, el estudio del proceso o del procedimiento tendrá por objeto principalmente el examen de la actividad que en él se cumple para la aplicación del derecho penal, y que tiene por fin la comprobación del delito y la correspondiente aplicación de la sanción.

Ahora bien, toda esta actividad procesal se desarrolla a través del llamado acto procesal, que según Leone "es la expresión del movimiento de la relación procesal, del comportamiento de los sujetos. Puesto que estos sujetos se mueven, obran, colaboran al dinamismo procesal, surge la necesidad de regular, delimitar y empalmar

tales actividades. Cada uno de los sujetos procesales (juez, sus órganos auxiliares, partes, sujetos secundarios) toma de la ley derechos, facultades, poderes, obligaciones en relación con el proceso: es natural que para el ejercicio de tales derechos, facultades, potestades y para la observancia de tales obligaciones y deberes deba tenerse un cierto comportamiento, realizar una cierta actividad, la cual se llama actividad o acto procesal", del cual da el ilustre tratadista, la siguiente definición, luego de las necesarias premisas, así: "puesto que las consecuencias jurídicas que el acto procesal en sentido lato puede producir están representadas por la influencia del mismo sobre la constitución o sobre el desarrollo de la relación procesal, diremos en conclusión que: acto procesal (en estricto sentido) es el comportamiento voluntario de una persona (aun cuando no sujeto procesal) que tiene influencia sobre la constitución, sobre la modificación o sobre la extinción de la relación procesal" (G. Leone Trattato di diritto processuale penale, volomen I, páginas 593 ss.).

El Código de Procedimiento Penal, entonces, recoge, reglamenta e indica la forma y los caminos como debe actuarse y realizarse la función punitiva del Estado. De esa manera, el legislador elabora unos esquemas o modelos de comportamiento a los cuales deben uniformarse todos los intervinientes en el proceso, para que obren del modo como allí se les indica, y según sus derechos, sus poderes o sus obligaciones, de ahí la clasificación que de los actos procesales ha hecho la doctrina en relación con la diversa función que el acto debe cumplir en el desarrollo del proceso penal.

"El acto procesal provisto de los requisitos prescritos en la ley —continúa Leone— puede llamarse acto perfecto, es decir, inmune de todo vicio: como tal es plenamente productivo de efectos jurídicos. Puede establecerse, por tanto, la correspondencia entre perfección y eficacia. Cuando en cambio, se abandona el campo de la perfección, de la observancia integral de las reglas de ley, de la inmunidad absoluta de los vicios, se delinea una gama progresiva de situaciones: el vicio que comienza donde cesa la perfección, puede asumir una relevancia mínima (que llamaremos mera irregularidad) y una relevancia máxima (que llamaremos inexistencia, la cual va más allá de la res iudicata); entre los dos extremos se colocan aquellos vicios que dan lugar a la nulidad, la cual a su vez, como veremos, se divide en nulidad absoluta y relativa" (Leone, *op. cit.* pág. 682).

Por nulidad debe entenderse entonces la sanción en que se incurre por el cumplimiento de un acto procesal inobservando las formas que, bajo tal sanción, prescribe la ley procesal penal. Tal nulidad, enseñan los tratadistas, constituye un aspecto de la imperfección y de la consiguiente ineficacia del acto procesal. Es decir, que el acto será nulo todas las veces que le falte uno o varios requisitos de los exigidos por la ley en el esquema abstracto y que sean de tal importancia, que su desconocimiento engendre la sanción de nulidad, con la consecuencia de que no producirá efectos jurídicos y hará ineficaces también los actos ligados por conexidad necesaria o cronológica, según los casos, al acto nulo.

En este mismo orden de ideas, dice De Marsico que "esencia del concepto es que por nulidad se entiende no el vicio que invalida el acto, la inobservancia de la forma prescrita, sino la consecuencia de ésta, como negación de la eficiencia que, si la inobservancia no hubiera ocurrido, la ley atribuiría al acto: consecuencia que se resuelve, por tanto, en la invalidez del acto. La invalidez por consiguiente no es la misma cosa que la nulidad sino que es la consecuencia práctica o la exteriorización concreta de la nulidad" (A. De Marsico, Diritto Processuale Penale, 4^a ed. pág. 143).

El Código Colombiano, siguiendo la orientación de otras legislaciones, ha consagrado, en forma expresa, en sus artículos 210 y 211, como hipótesis de nulidad de los actos procesales, las imperfecciones allí anotadas, indicando las que son subsanables y las que por ser de naturaleza absoluta, no lo son.

De esas nulidades expresamente consagradas en las indicadas normas, unas pueden llegar a invalidar la totalidad del proceso, como sería el caso de la ilegitimidad de la personería del querellante en los asuntos en que no puede procederse de oficio, o en el caso de incompetencia de jurisdicción en ciertos eventos; otras, afectan apenas parcialmente la actuación cumplida en el proceso, y puede el vicio eventualmente extenderse a otras zonas de la actuación.

Aparte de esas nulidades, de carácter general, el Código de Procedimiento prevé otras nulidades de determinados actos procesales por inobservancia de precisos y específicos requisitos que la misma ley exige para la perfección de dichos actos. Así, como norma general, que debe encontrar su desarrollo en determinados casos concretos, el artículo 155 del Código Procesal Penal refiriéndose a los "requisitos formales de la actuación", manda que toda actuación contenga,

como requisitos esenciales para su validez, entre otros, el nombre de la entidad o juzgado que la practica, el lugar, día, mes y año en que se verifique la diligencia o en que sea firmada por el funcionario, etc.

El no cumplimiento de los requisitos señalados en la disposición recordada, al igual que la inobservancia de otras reglas establecidas en precisas disposiciones, produce la invalidez de la concreta actuación cumplida. Así por ejemplo, el artículo 162, expresa que es inexistente el acta en la que falte la indicación de la fecha y el lugar en que se llevó a cabo la diligencia y la designación de las personas que intervinieron en ella; de la misma manera, el artículo 224 declara que no tendrá validez alguna la Inspección Judicial cuando no ha existido auto que la decreta, y no se han indicado el lugar, la fecha y la hora de su realización, así como la designación de los peritos y los puntos materia de la diligencia; igualmente, el artículo 270 sanciona con la inexistencia, la inobservancia de las reglas relativas a la amonestación previa al juramento, y posesión de los peritos que van a actuar en una determinada diligencia; y como también, el artículo 247 sanciona con la invalidez de la prueba el testimonio que no ha sido recepcionado personalmente por el Juez o funcionario en presencia de su secretario; y finalmente, el artículo 431 considera como inexistente los reconocimientos en fila de persona y las confesiones del sindicado que se hayan hecho sin estar presente su apoderado.

Conjuntamente con las nulidades de carácter general consagradas en los artículos 210 y 211 del Código Procesal Penal, y de las específicas a que se hizo referencia inmediatamente, la Corte ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución, y para casos extremos, otra especie de nulidades que son las que emergen de la violación de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta Fundamental que por ello se las denomina como "Nulidades Constitucionales".

"La nulidad de rango constitucional, ha dicho la Corte, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causa con aplicación de leyes sustantivas posteriores al delito (sentencia de 19 de febrero de 1943) la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formulación de la acusación im-

pida la previsión del delito materia del juicio (sentencia de 23 de enero de 1960); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencia de diciembre 15 de 1950, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencia de 12 de noviembre de 1956, entre otras, etc.), (sentencia de junio 25 de 1974).

Pilar fundamental del sistema de las nulidades legales es el de su taxatividad, es decir, que su reconocimiento por el Juez precisa de la conminación de la ley para que la inobservancia de sus ordenamientos puedan generar este tipo de sanción de invalidez. Por ello, ha dicho la Corte, que "es tarea propia del legislador, y no del Juez, señalar las violaciones de la ley procesal que impartan la nulidad de toda la actuación o de parte de ella o de un acto en particular. El juzgador no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que solo constituyen irregularidades... Si fuera del arbitrio de los jueces el crear nulidades, pocos serían los procesos que llegarían normalmente a la meta final de la sentencia, pues son raros aquellos en que no se descubre alguna informalidad" (sentencia citada).

En definitiva, se puede decir, que en materia de sanciones originadas en la inobservancia de las formas procesales exigidas por la ley, en que consiste la nulidad, se tienen dos tipos: las generales consagradas en los artículos 210 y 211 de la Ley Procesal Penal, y las específicas, también expresamente previstas en diversas normas del Código. De todos modos, lo fundamental es el reconocimiento de que tanto uno como otro tipo de nulidades están expresa y taxativamente establecidas en la ley lo cual impide, como ya se anotó, que se pueda, a través o mediante un procedimiento de aplicación analógica o extensiva crear formas o manifestaciones de invalidez de los actos jurídicos procesales que no han sido expresamente tomados por la ley como tales.

Solamente en tema de las llamadas nulidades supralegales o constitucionales es en donde pueden recibir, para su configuración, aplicación los principios generales del derecho y si se quiere, una interpretación global del sistema procesal, pero siempre vinculado o limitado al respeto a las garantías que la misma Constitución en su artículo 26 consagra como formalidades imprescindibles del juzgamiento por la vía penal.

Al lado de estas nulidades —generales y específicas— la ley ha previsto también como sanción de invalidez de los actos procesales, la inexistencia. El artículo 214 del Código Procesal Penal se refiere concretamente a la "inexistencia del acto procesal" expresando que tal fenómeno se presenta, todas las veces que exigiendo la ley expresamente para la validez de un determinado acto, el lleno de ciertas formalidades, y estas no se observen, se considerará, sin más, que el acto no se ha verificado. La inexistencia del acto implica pues, la suma imperfección que se producirá todas las veces que el acto ha sido emanado con omisión de elementos estructurales insustituibles, y por tanto, insubsanables en forma absoluta, para su validez. La inexistencia del acto procesal puede manifestarse en forma material, que sería la omisión pura del acto, su no emanación, o ya también aunque existiendo materialmente, originar un juicio de valoración negativa como en las hipótesis en que la ley se refiere a que el acto "no tendrá valor alguno".

La inexistencia, lo expresa la disposición, a diferencia de la nulidad, no precisa de resolución para su reconocimiento, y desde luego, dada su extrema gravedad, no es posible subsanarla, en ninguna forma que se dé subsistente el acto viciado.

Otro de los vicios de que puede adolecer un acto procesal, como se dijo atrás, está constituido por la simple irregularidad, fenómeno al cual no hace referencia expresa la ley, pero que sin duda tiene existencia en la normación jurídico-procesal.

"Para entender el concepto de irregularidad —escribe Leone— ocurre anticipar un principio que será tomado de nuevo cuando hablemos de las nulidades: el principio de la taxatividad de las nulidades. Puesto que no todas las imperfecciones o irregularidades dan lugar a nulidad, sino solamente aquellas que han sido expresamente previstas por la ley como causas de nulidad, es fácil recoger en la categoría de la mera irregularidad aquella imperfección del acto procesal que no producen nulidades.

Dicho lo anterior, definimos como mera irregularidad cualquier inobservancia de formas o de términos que no produce nulidad" (Leone, op. cit. 684).

Se podría afirmar también y como criterio adicional para el diagnóstico de la imperfección del acto que integra apenas una irregularidad, que tal imperfección toca apenas con el esquema formal y no con su estructura o con su contenido

sustancial, ni menos con su justicia o fundamento de mérito, por lo cual el acto irregular, al contrario del nulo, sí produce efectos jurídicos. Es la enseñanza de De Marsico, que en su citada obra dice que "si la perfección del acto se resuelve siempre en su eficacia, no puede decirse lo contrario, en cuanto la imperfección, entendida como vicio o falta de uno o varios requisitos, no siempre, se resuelve en la ineficacia, entendida como inidoneidad del acto a producir sus efectos. Tertium datur; no todo vicio consistente en la falta de requisitos es tal de determinar la inidoneidad del acto para producir sus efectos jurídicos propios: en este caso, la falta de requisitos hace que el acto sea imperfecto, pero la idoneidad para producir igualmente efectos jurídicos hace que éste no sea del todo ineficaz. En tal hipótesis intermedia, el acto jurídico se llama 'irregular'".

En este mismo orden de ideas afirman los procesalistas, ante la imposibilidad de poder prever todas las posibles faltas o imperfecciones de un acto procesal, precisando además si origina invalidez o simplemente irregularidad, el legislador ha seguido la vía más lógica al indicar, sea en forma general o en disposiciones especiales, los vicios que son capaces de producir invalidez del acto o de una actuación conexa con él.

Entonces, si el argumento expuesto resulta viable para la distinción propuesta, razonando a contrariis se podría afirmar que todos los otros defectos de los actos procesales para los cuales la ley no ha previsto invalidez, dan lugar a simples irregularidades, con lo cual se atendería a las exigencias de economía y certeza jurídica que son particularmente sentidas en el ámbito del proceso penal, precisamente por la complejidad de los actos en que se articula, para evitar que imperfecciones mínimas o de todos modos de escasa relevancia sean capaces de invalidar el entero proceso o una vasta zona de actuación.

Así lo ha reconocido la Corte cuando en la sentencia ya citada expresó que "no toda irregularidad en los actos del proceso o en el desarrollo de éste importa sanción de nulidad. Para que ésta se produzca es indispensable que la ley normativa de la actuación conmine con nulidad la desatención de sus prescripciones, expresando que será nulo o no tendrá valor alguno o será ineficaz el acto que no se ciña a determinadas exigencias. El principio doctrinario moderno de la taxatividad de las nulidades, conforme al cual precisa conminación de la ley para que la inobservancia de sus ordenamientos pueda constituir nulidad, se encuentra consagrado en algunos có-

digos de procedimiento, entre ellos el italiano (artículo 184), y se ha afirmado por esta corporación en constante jurisprudencia" (sentencia citada, pág. 876).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en diversos fallos, la doctrina presentada por el recurrente como respaldado a su demanda, y concretamente en cuanto a la existencia de nulidad del proceso, que la falta de firma del Juez en el acta de audiencia pública hace inexistente el acto procesal y naturalmente la actuación posterior conexa a tal actividad. Eso es lo que pretenden en el caso presente, tanto el recurrente como el Ministerio Público, cuando afirman que la ausencia de la firma del Juez Superior en el acta de audiencia pública en que se juzgó al procesado Juan Rodríguez Molineros, por cuanto desobedece en parte, las prescripciones del artículo 515 del Código Procesal, es inexistente y ese vicio se propaga a la posterior actuación, que incluye naturalmente, la sentencia que ha sido recurrida en casación.

La Corte, en esta oportunidad revisa su anterior jurisprudencia en el sentido de afirmar que la ausencia de firma del Juez en el acta de audiencia pública, no engendra nulidad y menos inexistencia de tal acto, si por otros medios idóneos para el efecto, se puede establecer nítidamente que la audiencia pública se celebró dentro de los ritos formales que manda la ley. Las razones en que se funda la revisión de dicha jurisprudencia se exponen en seguida.

Es claro que el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal indica la forma como deben ser redactadas las actas de las diligencias que se cumplan en el proceso, disponiendo que ellas se firmen por el Juez o funcionario, su secretario y las demás personas que hayan intervenido. Las actas a que se refiere esta norma general son las de allanamiento (artículo 369) en la que expresamente se ordena que el acta "será firmada por todos los que hayan tomado parte en la diligencia"; el acta de Inspección Judicial a que se refiere el artículo 225 en que se ordena que "será firmada y rubricada por todas las personas que intervengan..."; y el acta de audiencia pública a que hace referencia el artículo 515 en donde se dispone que se firme por quienes han intervenido, pero con la advertencia de que antes de eso "será leída a los que deban suscribirla".

Como se evidencia de la simple lectura de las diversas disposiciones citadas, en ninguna de ellas se enuncia o se conmina con sanción de ine-

xistencia o de nulidad la falta de la firma de quienes deben hacerlo, y de otra parte, tampoco en la previsión general sobre nulidades a que se refieren los artículos 210 y 211 ibídem, está erigida como nulidad dicha irregularidad o imperfección del acto procesal que se vierte en el acta de la diligencia. Por tanto, la afirmación de inexistencia o de nulidad del acto, solamente puede hacerse a base de un razonamiento de extensión o de analogía con desconocimiento del principio de taxatividad de las nulidades de que se habló.

En el caso de autos, no es posible poner en duda que la audiencia pública se realizó con la observancia plena de sus formalidades, y que si bien el acta en que se recogió todo su desarrollo, no fue firmada por el Juez de la causa, su autría tampoco se puede poner en duda, si de ella están dando cuenta todas las demás personas que intervinieron en la diligencia: fiscal, defensor, procesado, los tres jurados y el secretario, fuera de que, en la sentencia dictada posteriormente, el funcionario hace referencia al debate cumplido durante la audiencia pública.

Entonces, si la falta de firma del acta de audiencia pública constituye, en este caso una irregularidad del proceso, no alcanza en forma alguna, a invalidar o a hacer ineficaz la actuación cumplida con posterioridad a dicha diligencia, ya que se repite, existen suficientes elementos de juicio que habilitan ampliamente para hacer la afirmación de que la audiencia pública, con los pormenores que recoge el acta que no lleva la firma del Juez, se realizó con el lleno de todas sus formalidades.

Un argumento más en apoyo de la tesis que se ha planteado de que se estaría en presencia de una simple irregularidad sin mayores efectos respecto a la validez de los actos cumplidos, y no de una nulidad y menos de una hipótesis de inexistencia jurídica del acto procesal, emerge de la consideración de que el artículo 95 del Decreto 250 de 1970 considera como falta disciplinaria "contraria a la eficacia de la administración de justicia", precisamente la conducta consistente en "dejar de asistir a las audiencias... no dictar, no firmar, o dejar de notificar efectivamente en audiencia las sentencias y demás providencias cuando a ello hubiera lugar" conforme está dicho en el numeral 12 del artículo citado.

Resulta tan claro lo anterior, que si se revisa con cuidado la reglamentación de las faltas a que se refiere el Decreto 250 de 1970, y concre-

tamente las que atenta contra la eficacia de la administración de justicia, que en ninguna parte se ha previsto como tal, una conducta que a su vez, esté erigida como causal de nulidad o de inexistencia en el Código Procesal Penal, entre otras razones, porque de considerarse como faltas disciplinarias las nulidades legales o de otro orden, implicaría colocar a los funcionarios judiciales en una gravísima situación por cuanto serían muy frecuentes los procesos disciplinarios, con sus correspondientes sanciones, si tales procesos tuvieran su origen en vicios de procedimiento.

Entonces, como indudablemente se está en presencia de una específica falta disciplinaria deberá ordenarse que por la Secretaría se envíe copia de esta providencia al Procurador Delegado para la vigilancia Judicial a efecto de que se realice la correspondiente investigación con respecto a la conducta del Juez Segundo Superior de Santa Marta, doctor Manuel Romero Romero, por haber omitido la firma del acta de audiencia pública en que se juzgó al procesado Juan Rodríguez Molinares.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Con respecto al cargo presentado con apoyo en la causal primera de casación, es el propio demandante quien da la razón para su rechazo cuando solicita a la Corte, que case el fallo recurrido, y en su lugar, dicte el que ha de reemplazarlo. Eso, precisamente, eso es lo que no puede hacerse en los procesos en los que interviene el jurado popular, porque si la Corte casa el fallo y debe dictar el que lo reemplaza, no lo podría hacer sin el desconocimiento total del procedimiento de jurados, lo cual resulta evidentemente absurdo e injurídico.

El cargo no prospera.

Por las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

Resuelve:

1. NO CASAR la sentencia recurrida de fecha y origen indicados en la parte motiva; y,
2. Enviar al Procurador Delegado para la vigilancia Judicial copia de este fallo para los

efectos disciplinarios a que se hizo referencia con relación a la conducta del Juez Segundo Superior de Santa Marta.

Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón,

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA

Notificación. — Nulidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., abril 29 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 22.

Vistos

Por sentencia de 19 de julio del año pasado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó, en todas sus partes, la sentencia de 15 de mayo del mismo año por medio de la cual el Juzgado Octavo Superior de esta ciudad impuso a Marcos Moreno Suárez la pena principal de ocho (8) años de presidio como responsable del delito de homicidio cometido el día 29 de febrero de 1976 y del que aparece como ofendido Jorge Adelmo Suárez Porras, hecho que tuvo lugar en la vereda de El Toldo, corregimiento de Sumapaz, Municipio de Usme, D. E.

Contra aquella providencia interpuso recurso de casación el defensor del procesado. Le fue concedido y declarado admisible por esta Sala que lo tramitó hasta su agotamiento.

Hechos y actuación procesal

El día que se deja mencionado o sea el 29 de febrero de 1976, iban por el lugar que se cita Adelmo Suárez Porras y su cuñado Luis Mario Torres, lo mismo que Marcos Moreno Suárez a quien acompañaba su hijo Héctor Germán Moreno Bello. Al reunirse las dos parejas, Moreno Suárez preguntó a Adelmo si iba a contribuir para la escuela con el objeto de pagarle al maestro una suma que se le debía, a lo cual respondió

el interrogado con evasivas por lo que Moreno Suárez le preguntó si dentro de un año sería cuando iba a dar algo, después de lo cual lo insultó y, no contento con esto, se le fue encima con un zurriago dándole golpes por lo que el agredido se vio obligado a asirse al palo y en esta forma, retrocediendo Adelmo y avanzando Marcos, fueron bajando por una pendiente en el curso de la cual el segundo sacó de su bolsillo un puñal con el que comenzó a herir al otro. En un momento dado, ambos rodaron por el suelo habiendo logrado Marcos quedar encima del otro el cual estaba bocabajo. En esta posición, el primero asestó dos puñaladas más a la víctima que, en total recibió cinco, varias de ellas mortales habiendo fallecido pocos momentos después. El agresor recibió una pequeña herida en la cara.

Perfeccionada la investigación, el Juzgado Octavo Superior de Bogotá, al que correspondió el conocimiento del proceso la cerró por auto de 1º de junio de 1976 y la calificó por el que lleva fecha 2 de julio del mismo año en el cual llamó a juicio a Marcos Moreno Suárez por el delito de homicidio, sin agravantes ni atenuantes.

Apelaron de esa decisión tanto el Fiscal del Juzgado como el defensor del procesado y el Tribunal la confirmó por la suya de 3 de septiembre del año que se viene mencionando.

Adelantado el juicio se llegó el momento de sortear jurados habiéndose llevado a cabo la primera de esas diligencias el 22 de noviembre del mismo año.

No fue posible notificar a cuatro (4) de los jurados y así lo informó el notificador del Juzgado (fl. 224 cdno. principal) por lo cual se procedió a efectuar un sorteo parcial de un principal y tres suplentes.

Según informe del secretario del Juzgado (fl. 230) no fue posible notificar a ninguno de ellos. De ahí que se procediera a un nuevo sorteo que tuvo lugar el 22 de abril de 1977.

De acuerdo con el informe del notificador (fl. 234) tampoco se pudo poner en conocimiento de los sorteados su designación como jueces de conciencia y se ordenó nuevo sorteo que se llevó a cabo el 15 de junio del año últimamente mencionado (fl. 237).

Nuevo fracaso en la notificación, nuevo informe también en ese sentido, del notificador (fl. 239) y nueva fijación de fecha para otro sorteo que tuvo lugar el 27 de julio del año que se viene últimamente citando (fl. 242).

Informa el notificador (fl. 245) que no fue posible encontrar a dos de los sorteados (un principal y un suplente) y se ordenó entonces hacer un nuevo sorteo que se realizó el 4 de octubre de 1976.

Se pudo notificar a los dos sorteados y entonces, previa solicitud del defensor, quien hizo ver (fl. 250) que llevaban más de un año haciendo sorteos de jurados, se fijó fecha para la audiencia pública.

Se llevó ésta a cabo el nueve (9) de mayo de 1978 y en ella se sometió a la consideración del jurado el cuestionario de rigor que fue contestado, por mayoría de votos, con un "sí es responsable" (fl. 264). El tercer jurado respondió: "No es responsable".

El Juzgado consideró que el veredicto mayoritario tenía pleno respaldo legal y lo desarrolló en la sentencia mencionada al comienzo de la presente en la cual desecha las alegaciones que el defensor había venido haciendo a lo largo del proceso en el sentido de que su representado actuó en legítima defensa. Así mismo rechazó la del Fiscal del Juzgado de que el hecho se había cometido durante una riña imprevista para el procesado.

Por eso tanto el representante del procesado como el del Ministerio Público interpusieron recurso de apelación que fue desatado por la sentencia materia del presente recurso.

Es de advertir que, en la segunda instancia, el Fiscal Primero del Tribunal se apartó del Juzgado en cuanto a la existencia de la riña imprevista pues consideró que tal fenómeno no se había presentado.

En la primera vez que el proceso vino al Tribunal, la Fiscalía de éste, con un titular distinto al de la segunda oportunidad, había aceptado que el hecho fue cometido en riña imprevista concepto del cual, como se deja dicho, se apartó el *ad quem*.

También lo hizo en esta vez, acogiendo la opinión del Fiscal que transcribe en sus apartes pertinentes (fl. 22, cdno. Nº 2).

Ya se dijo que el Tribunal confirmó, en todas sus partes, la providencia del Juzgado.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Tres cargos formula el actor contra la sentencia recurrida: dos de ellos con base en la causal cuarta de casación y el último fundado en la causal segunda. Se resumen a continuación y con cada uno de ellos se hace lo mismo con la respuesta de la Procuraduría representada, en esta oportunidad, por el Procurador Segundo Delegado Penal.

Primer cargo. Considera el demandante que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad porque, en su concepto, el informe del notificador de folio 224, o sea el que se refiere al primer sorteo de jurados, "no ostenta ninguna presentación ni hay constancia de que el informante sea notificador".

También considera que la notificación de folio 225, esto es, la del sorteo en referencia, fue ilegal porque solo aparece firmada por los notificados y no se sabe quién hizo la notificación.

Concluye que las dos diligencias mencionadas son inexistentes por violación de los artículos 224, 225 y 214 del Código de Procedimiento Penal.

Con base en lo anterior estima que es nula o inexistente la providencia por medio de la cual el Juzgado ordenó nuevo sorteo de jurados y que, por lo tanto, también lo es esta última diligencia, situaciones que, según dice, se volvieron a repetir con los otros autos que ordenaban sorteos parciales y con éstos.

Invoca la causal de nulidad contemplada en el artículo 211 *ibidem* y termina diciendo que "a la hora de ahora no se sabe a ciencia cierta qué personas o cuáles personas debían integrar el jurado de conciencia para juzgar a Moreno Suárez de las 24 escogidas en las seis actas de sorteo parcial...".

Replica la Procuraduría que no hubo reemplazo ilegal de jurados toda vez que las notificaciones se hicieron correctamente y los informes fueron rendidos por la Secretaría del Juzgado y que, además, el censor no reclamó oportunamente respecto a tales hechos siendo así que ya representaba al procesado.

Pide, en consecuencia, que se deseche el cargo.

Segundo cargo. En el ámbito del artículo 26 de la Carta Política formula esta censura el actor diciendo que se violó dicha norma (no dice en cuál o cuáles de sus previsiones) por haber recibido el proceso una "incompleta calificación" pues no se investigó lo relativo a la lesión personal recibida por el procesado en la cara y que, según afirma, le fue producida por el ofendido con un zurriago o perrero que le facilitó su compañero y cuñado Mario Torres a quien tampoco se vinculó a la investigación.

Dice el Procurador Segundo Delegado Penal, en respuesta a este cargo, que la nulidad alegada carece de fundamento tanto por el hecho de que no podía adelantarse acción penal contra un muerto o sea, contra Adelmo Suárez Porras, como porque de autos aparece perfectamente comprobado que éste no esgrimó ningún garrote sino que quien tal cosa hizo fue el propio procesado.

Tercer cargo. Lo expone diciendo el actor que hubo desarmonía entre la sentencia y el auto de proceder, pues el Fiscal del Tribunal, al conocer esta entidad por apelación del auto de proceder, fue partidario de que se reconociera la atenuante de riña imprevista y por tal razón pidió al Tribunal que confirmara dicho proveído reconociendo esta situación.

Ahora bien, el *ad quem*, en la parte resolutive del auto por el cual resolvió el recurso contra el llamamiento a juicio y luego de expresar que estaba acorde con el parecer del Ministerio Público, confirmó en todas sus partes el vocatorio a juicio, lo que, en el criterio del censor, equivale a haber aceptado la riña imprevista y, con base en esa situación, debió dictarse la sentencia definitiva, lo que no hizo.

Responde el Procurador que el Tribunal no reconoció esa atenuante ya que nada dijo de ella en la parte resolutive de la providencia confirmatoria y que la expresión acotada de estar de acuerdo con el Fiscal se refiere solo al llamamiento a juicio.

Pide, por lo tanto, que se deseche esta censura.

Consideraciones de la Corte

Por separado se va a referir la Sala a los cargos hechos por el demandante a la sentencia recurrida, comenzando, como es lógico dentro de la técnica de casación, por los formulados con base en la causal cuarta, esto es, por nulidad, que es, por otra parte, el orden en que los expone el actor.

Primer cargo. *Las normas que reglamentan en el Código de Procedimiento Penal el sorteo de jurados en los juicios donde intervienen los jueces del pueblo, tienen por objeto garantizar, en primer término, la asistencia de estos a la audiencia pública en forma que el Tribunal del pueblo esté constituido por el número de jueces que dispone la ley.*

En segundo lugar, es esencial que los jurados que asisten a la audiencia, sean los mismos que se sortearon de manera que no haya sorpresa para las partes que, de antemano, deben saber quiénes componen el "juri" en cada caso para poder ejercer los derechos que a ellas les otorga la ley.

De ahí que apartarse el juzgador de normas legales que reglamentan el sorteo, notificación etc., de los jurados, no siempre es causal de nulidad. Para que lo sea se necesita que produzca los efectos contemplados en el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal que es la norma que se debe tener en cuenta en estas materias.

Por otra parte la constatación de la ausencia de un jurado, no está sujeta a requisitos rigurosos. De ella pueden dar cuenta tanto el Secretario del Juzgado como el empleado que se encarga de las notificaciones. Los informes que uno u otro rindan sobre el particular son verdaderos documentos públicos que hacen fe hasta prueba de su falsedad.

El artículo 550 del Código de Procedimiento Penal sólo exige que se practiquen las diligencias necesarias para la notificación y que se deje de ellas constancia en el expediente. No expresa cual de los empleados del Juzgado debe hacerlas, aun cuando es de rigor que sea el personal que lo compone quien las lleve a cabo ya que se trata del ejercicio de una función pública.

En el caso de autos las diligencias fueron llevadas a cabo por el notificador quien informó sobre ellas al Juez aun cuando, en algunas oportunidades, los hizo directamente el Secretario del Juzgado.

Estas diligencias no se confunden con la notificación misma. Aquellas son una base previa a ésta, de manera que cuando de las primeras resulta que un jurado está ausente, no se exige que aparezca la notificación personal. El Juez, al recibir la noticia de la ausencia del jurado, debe proceder, sin más, a reemplazarlo para que no se dilate innecesariamente el trámite del proceso.

En el caso de autos resulta suficiente que el informe sobre la ausencia de los jurados proven-

ga del citador y también lo era dicho informe para que el Juez procediera a ordenar un sorteo parcial, como lo hizo.

No se ha incurrido, por lo tanto, en nulidad de ninguna clase y, por lo tanto el cargo debe ser rechazado.

Segundo cargo. No existió en el presente proceso, como lo pretende el actor, incompleta calificación del sumario.

Como acertadamente lo ha hecho notar la Procuraduría, no era posible adelantar acción penal contra el presunto autor de la levísima lesión recibida por el procesado, por la potísima razón de que aquél había muerto a manos de éste y es bien sabido (artículo 100 del Código Penal) que la muerte del procesado extingue la acción penal.

Por otra parte, la vinculación de una persona a un proceso penal mediante indagatoria, es cuestión sometida al criterio del Juez quien desde luego, como lo dice el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, debe tener en cuenta "los antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso o por haber sido sorprendido en flagrante o cuasiflagrante delito" la persona a quien se pretende indagar.

La falta de vinculación al proceso de una persona que debió ser ligada a él, tampoco puede considerarse como causal de nulidad. No lo es desde el punto de vista legal, porque la ley (artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal) no las enumera entre ellas. Ni tampoco tiene esa entidad a la luz del artículo 26 de la Constitución, pues no se ve cuál de sus previsiones se vulnera con esa omisión.

Por otra, si una persona no ha sido vinculada a un proceso, pueden expedirse copias de éste para que se averigüe su participación en el delito.

No se acepta el cargo.

Tercer cargo. La pretendida desarmonía, alegada por el actor con rebuscado razonamiento, entre la sentencia y el auto de proceder, no existe.

Examinado el de segunda instancia se observa que el Tribunal expresamente advirtió que "esta atenuante (la riña imprevista), invocada por el abogado de la defensa; en desarrollo de la consideración del Fiscal del Juzgado, no encuentra asidero en el informativo" (fl. 209 edno. principal).

En seguida expresa el Tribunal las razones que tiene para negarse a aceptar la atenuante.

Mal puede, en consecuencia, afirmarse que el *ad quem* al confirmar, en todas sus partes, la providencia vocatoria a juicio, estaba así fuera implícitamente, aceptando la existencia de la riña imprevista.

No es necesario extenderse más para rechazar esta censura.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal y acorde con el mismo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

MEDIDAS DE SEGURIDAD

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., mayo 3 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 31, mayo 3 de 1979.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del sentenciado José Miguel Álvarez Márquez, contra la sentencia proferida el 6 de marzo del año pasado por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín impuso a Álvarez, al modificar la de primera instancia, reclusión en manicomio criminal por el término mínimo de dos años y revocó la determinación de prohibirle concurrir a lugares donde se expendan bebidas embriagantes.

Hechos

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, acertadamente han sido reseñados por el Juzgado del conocimiento en los siguientes términos en que también son traídos en la demanda y en su contestación por el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

“Se cumplieron en esta ciudad en el Barrio Alfonso López, a las puertas de la Heladería conocida con el nombre de ‘Mixta’, a eso de las doce de la noche del 30 de abril del año en curso.

“Desde horas antes Miguel Márquez Álvarez, con un grupo de amigos, entre ellos Guillermo González, Alirio Blandón Cortés, Víctor Aníbal Hoyos Alzate, Reinaldo Bedoya y la joven Dora Luz Villa, estuvieron dedicados a la parranda y con ella a la ingestión de bebidas embriagantes, principalmente aguardiente; primero lo hicie-

ron en un establecimiento de cantina del Barrio Castilla y luego se trasladaron al otro ya señalado, solo que a éste último cuando llegaron iban a ser las doce de la noche, hora de cerrar, el grupo de amigos pidió se les vendiese un trago más y se sentaron a una mesa, en tanto que a los demás clientes se les dejó fuera del establecimiento. Allí permanecieron todavía algunos de ellos hacia la puerta y cuando aun no se había cerrado ésta, se escucharon dos disparos al aire, lo que naturalmente fue motivo de alarma. Momentos después, aparece un personaje que no tenía arte ni parte con los del grupo de adentro, en estado de embriaguez y lanzando insultos de grueso calibre y desafíos, era Rubén Darío Quintero quien por su lado, había estado festejando el día en compañía de sus parientes y en especial de sus hermanos, con ocasión de bautismo. Entre los que estaban afuera frente a la heladería, como le conocían y eran sus amigos, llamaron la atención al impertinente y éste se calmó. Pero a continuación se levantó la cortina del establecimiento y de allí salió Miguel Márquez se dirigió a Rubén, el beodo recién llegado, lanzó contra él una expresión soez y cogiéndole del cuello le tiró al suelo, a continuación intervino Carlos hermano de éste, que había llegado detrás suyo, para decirle a Márquez que no tenía por qué tratarlo así y más cuando estaba muy embriagado. Ello fue suficiente para que el otro o sea Miguel desenfundara un revólver que llevaba consigo y lo disparó inmediatamente al pecho de Carlos, que herido huyó; entre tanto, Rubén Darío se levantó y contra él también apuntó su arma el agresor, martillándola en dos ocasiones, pero no le dio fuego. Se interpuso entre ellos entonces la joven Dora Luz, tratando de persuadir el energúmeno armado, para que no fuese a proseguir su acción destructora, pero éste la hizo a un lado, martilló nuevamente el revólver y a boca de jarro disparó a la cabeza de Rubén que allí mismo cayó exánime. Su hermano, el otro herido había caído a unos ochenta metros de distancia. Uno y otro heridos fueron trasladados de urgencia a policlínica municipal, muriendo Carlos antes de llegar,

a las doce y treinta de la noche y Rubén Darío aunque llegó vivo dejó de existir hacia la cuatro y cuarenta y cinco de la misma mañana del primero de mayo de este mismo año.

“Miguel Márquez, entre tanto, cumplida su obra macabra, montó en un taxi de servicio público del que es dueño y que él mismo maneja y con él lo hizo la joven que había tratado de calmarlo, arrancó para desaparecer por unos cuantos minutos, al cabo de los cuales volvió solo al mismo lugar de los hechos, pitó y nuevamente volvió a irse. Días después, como ya se dijo, se presentó voluntariamente”.

Actuación procesal

El 1º de mayo de 1977 la Inspección de Permanencia —Segundo Turno— Castilla, de Medellín practicó las primeras diligencias dentro de este proceso (fls. 1 ss.). Luego pasaron al Juzgado 33 de Instrucción Criminal el cual dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 14) y practicó numerosas pruebas, encontrándose dentro de ellas la de indagatoria de José Miguel Márquez Alvarez (fls. 31 vto. ss.), quien apareció como sindicado y contra quien el 11 de mayo del mismo año dictó el correspondiente auto de detención por el “delito de homicidio cometido en perjuicio de los hermanos Carlos Enrique y Rubén Darío Osorio Quintana” (fls. 45 ss.).

Llegado el expediente al Juzgado Tercero Superior de Medellín por haberle correspondido en reparto (fl. 87 vto.), este Despacho avocó su conocimiento y decretó la práctica de pruebas (fls. 89 ss.).

El 11 de octubre de 1977 se declaró cerrada la investigación (fl. 167) y por auto de 14 de noviembre del mismo año José Miguel Márquez Alvarez fue llamado a responder en juicio criminal, sin intervención del jurado de conciencia, por los delitos de homicidio en Carlos Enrique y en Rubén Darío Osorio Quintana (fls. 173 ss.). Las partes no hicieron uso del término probatorio durante la respectiva etapa del juicio (fl. 191). El 13 de diciembre siguiente se celebró la audiencia pública (fls. 193 ss.) y el 19 de enero de 1978, el Juzgado 3º Superior condenó a Márquez Alvarez “a dos años y medio de reclusión en una colonia agrícola especial y que subsistirá hasta que el acusado deje de ser peligroso para la sociedad y judicialmente se reconozca conforme a las previsiones del artículo 64 del Código Penal”. También se le condenó “a la medida accesoria de la prohibición de concurrir a establecimientos públicos donde se expendan bebidas

alcohólicas, por un término de cuatro años después de que haya recobrado su libertad” y al pago de los daños y perjuicios causados con los delitos (fls. 196 ss.).

Consultada la sentencia por el juzgador de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la suya de 6 de marzo del año próximo pasado la confirmó con la modificación de imponer “como medida de seguridad la de reclusión en un manicomio criminal por tiempo no menor de dos años” y revocó la medida accesoria consistente en la prohibición que se le había impuesto de concurrir a establecimientos públicos donde se expendan bebidas alcohólicas.

Contra esta sentencia se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Corte.

La demanda

El censor, luego de presentar los hechos juzgados en los mismos términos en que los consignó el Juez del conocimiento de traer una brevísima reseña de la actuación procesal y de transcribir los apartes del fallo impugnado en casación que estimó pertinentes para los efectos de sus pretensiones, invoca “como causal única la contemplada en el numeral 1º, inciso 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que dice:

“Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea”.

“Específicamente, en el caso de autos, hubo una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 63 del Código Penal, pues se aplicó éste sin ser pertinente para el caso concreto.

“Además, la aplicación indebida condujo a una infracción directa de la ley, por falta de aplicación de los artículos 62 y 64 o del artículo 67, artículos que se dejaron de aplicar, al aplicar un artículo impropio”.

La fundamentación del cargo, en afortunada síntesis, la presenta el Ministerio Público colaborador de la siguiente manera:

“Anota el actor que el artículo 29 del Código Penal se refiere a la enajenación mental, intoxicación crónica por el alcohol u otra sustancia y a la grave anomalía psíquica, términos éstos cuyo alcance ha sido precisado por la psiquiatría forense y la jurisprudencia; la alienación mental es estado de trastorno persistente y general de las funciones psíquicas; se ha concluido que si

bien toda enajenación mental es una grave anomalía psíquica, la anomalía psíquica no equivale a aquella, por ser transitoria; cuando el artículo 63 del Código Penal habla de alienados se refiere solo a éstos y no a quienes están afectados por anomalía psíquica y "...el relativo *cuyo*, utilizado por el artículo 63, se refiere a los alienados mentales y no a los aquejados de grave anomalía psíquica al momento del hecho"; el error del Tribunal consistió en considerar que el artículo 63 también se aplica a los intoxicados crónicos o a los afectados de grave anomalía psíquica, cuando dice que esta medida se impone a los procesados que cometan delitos en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 29 y cuyo estado los haga especialmente peligrosos.

"Según el Tribunal se aplica el artículo 63 cuando se trata de alienado que cometió delito sancionado con pena de presidio; o que el sujeto activo padezca al momento del hecho de intoxicación crónica por el alcohol u otra sustancia o padeciere de anomalía psíquica y su estado mental lo haga especialmente peligroso; considera manifiesta la violación de la ley, pues la aplicación del artículo 63 depende de la alienación mental y no se refiere a las otras situaciones; la situación establecida, no concuerda con la norma y no es aplicable la medida dicha; y el Tribunal aunque reconoce dicha situación aplica aquélla, por los delitos y el estado peligroso del acusado; cita sentencias de casación de agosto 1º de 1972, octubre 12 de 1966, octubre 18 de 1968 y 30 de septiembre de 1976 y también a algunos autores (doctores Angel Martín Vásquez, Samuel Barrientos).

"Anota además el actor la violación de los artículos 61, 62 y 64 si se aplica la colonia agrícola o el 67 del Código Penal, si se opta por la libertad vigilada, pues se dejaron de aplicar como requería la armónica interpretación de las disposiciones; el artículo 64 regula el tiempo de duración de las medidas pero no dice a quiénes se deben aplicar las otras previstas; y si el artículo 63 no rige respecto a los que padecen de anomalía psíquica o intoxicación crónica, a estos se les debe imponer alguna de las restantes medidas; y en este caso debe disponerse la colonia agrícola o la libertad vigilada.

"Con base en fallo de agosto 1º de 1972, afirma el recurrente que la libertad vigilada es aplicable aún en caso de delito y que no puede entenderse de acuerdo con el artículo 68 del Código Penal que solo sea procedente en caso de contravenciones, pues no lo prohíbe la ley; a quienes cometen el hecho en estado de anomalía

psíquica o intoxicación crónica se les aplica la colonia agrícola o la libertad vigilada y el Juez debe escoger lo que más convenga en el caso; y anota que en cuanto al procesado su situación fue transitoria y actualmente se halla en estado de normalidad y así no se ve el motivo para imponer la colonia agrícola y no la libertad vigilada, la cual solicita, en vista de que trata de 'hombre honrado y trabajador', pide se case la sentencia y se imponga al procesado libertad vigilada por término mínimo de dos años o en subsidio relegación a colonia agrícola por un año".

Se considera

En síntesis, se hace consistir el cargo de violación directa de la ley en que se aplicó indebidamente el artículo 63 del Código Penal: reclusión en manicomio criminal por grave anomalía psíquica, estado que no se contempla en esa norma; en vez de aplicar los artículos 62 y 64, con lo cual se violaron éstos en forma directa.

El llamamiento a juicio, sin intervención del jurado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 del estatuto penal, obedecía a los exámenes que se le practicaron al sindicado:

El Instituto de Medicina Legal —Medellín—, a solicitud del apoderado practicó uno a Márquez Alvarez, en el cual conceptuó:

"En el momento de la entrevista paciente lúcido, consciente, coherente, adecuado, en quien no se evidencian signos de intoxicación crónica.

"Refiere estar experimentado amnesias lacunares después de la ingestión de licor desde hace cuatro o cinco años y afirma ingerir licor con frecuencia. Del estudio del sumario se desprende claramente, tanto por la forma de ocurrencia de los hechos, cuanto por las pruebas aportadas a él en el peritaje efectuado por el doctor Rodrigo Londoño, que el señor Márquez Alvarez tiene tendencia a presentar cuadros clínicos compatibles con una embriaguez patológica. Del estudio de los hechos motivo del sumario, permite deducir que posiblemente éstos ocurrieron cuando se encontraba en una embriaguez patológica. Por tanto en el momento de comisión de los mismos se encontraba en estado de grave anomalía psíquica, transitoria, desencadenada en él por la ingestión de alcohol, independiente a su voluntad, cuyo único tratamiento hasta ahora conocido es la abstinencia completa del consumo de licores", (fl. 152).

Observándose las deficiencias del anterior dictamen, por medio de peritos sicólogos debida-

mente nombrados (fl. 158) y posesionados (fl. 161), se practicó nuevo examen a Márquez Alvarez, el cual en lo pertinente dice:

“II Personalidad

“De acuerdo al M.M.P.I. Miguel presenta una *estructura de personalidad* esquizoparanoide, cuyas características fundamentales son: Agresividad, tendencia a las alucinaciones o ilusiones, bloqueos en su capacidad de control emocional ante estímulos como la droga o el alcohol (el doctor Rafael Núñez en ‘Aplicación del inventario multifásico de personalidad M. M. P. I. a la Psicopatología’, Méjico, 1968, afirma que estas personas ‘al embriagarse pueden llegar a ataques agresivos’), desconfianza, perturbación en el campo ideativo o de los sentimientos bajo reacciones emocionales y confusión en la memoria y concentración.

“El perfil esquizoparanoide que presenta Miguel es exagerado, lo cual lo hace una persona que, ante estímulos aparentemente banales, puede reaccionar con agresividad exagerada, volcada hacia sí mismo o hacia los otros. Su equilibrio psíquico, por tanto, es bastante frágil. Ante situaciones de frustración o de presión continuada fácilmente puede presentar crisis que necesiten intervención psiquiátrica.

“Las personas que presenten una estructura esquizoparanoide ordinariamente tienen un contacto superficial en su vida cotidiana, creando una impresión favorable de equilibrio por su forma desinhibida y franca con que se comunican; regularmente son personas de una conversación viva y fluida, capaces de participar en actividades de grupo; sin embargo, con sus bromas y fácilmente reaccionan agresivamente a las imposiciones de los demás.

“Del test de Rorschach se puede deducir que Miguel presenta conflictos edipianos no resueltos. A nivel inconsciente las imágenes parentales (padre y madre) son percibidas como agresivas, frustrantes. Esto se traduce en dificultades en el funcionamiento afectivo-sexual y en las actitudes defensivas (agresivas) de desconfianza, obsesión y no compromiso en las relaciones interpersonales. Se puede decir, por tanto, que el origen de la estructura esquizoparanoide en la personalidad de Miguel hay que buscarlos en sus relaciones con los padres, especialmente con su padre, en edad temprana; aparecen rasgos de soledad o carencia afectiva, de haberse sentido rechazado o frustrado, amenazado por el medio, reprimiendo la agresividad, la cual permanece latente y puede explotar en un momento dado.

“El Rorschach revela, además, fuertes tendencias hipocondríacas (preocupación e inseguridad respecto a su salud y equilibrio), dejando la duda de algún traumatismo o desorden funcional.

“Con la técnica de Machover se puede explorar organicidad, autoidentificación y defensas del Yo en la interacción con el medio. Hay sospechas, por la forma como pinta la figura humana Miguel, de algún problema orgánico o funcional craneano. Revela además en este test, una hipersensibilidad a las estimulaciones, fuertes conflictos en sus relaciones con el medio (necesidad de imponerse a él, de dominarlo, de absolverlo), yo frágil que compensa agresivamente, dificultad para controlar sus tendencias agresivas, gran sensibilidad al alcohol y poca tolerancia a la frustración.

“Resumiendo

“Miguel presenta una personalidad de una estructura fuertemente esquizoparanoide, caracterizada por una agresividad difícilmente controlable bajo estímulos frustrantes o funcionales que disminuyan su estado de vigilia. Esta estructura de personalidad tiene su origen en una infancia frustrada, donde las imágenes parentales fueron percibidas como amenazantes. Un yo frágil, que se compensa por la agresividad, la imposición o el machismo. Su trato amable y aparentemente condescendiente es muy periférico, producto de un proceso educativo no exento de gran esfuerzo consciente, pero donde subyace una agresividad de difícil control” (fls. 162 ss.).

Del estudio de la personalidad de Miguel Márquez Alvarez, por profesionales especializados en la materia: la una psicóloga general, el otro psicólogo clínico, debidamente razonado y fundamentado hasta donde es posible en cuestiones como las propuestas a ellos y tratadas, merece ser aceptado y viene a confirmar lo que en forma un tanto empírica y dubitativa concluyó el Psiquiatra Forense: “Por tanto en el momento de la comisión de los mismos —(se refiere a los hechos)— se encontraba en estado de grave anomalía psíquica, transitoria, desencadenada en él por la ingestión de alcohol, independiente a su voluntad, cuyo único tratamiento hasta ahora conocido es la abstención completa de consumo de licores” (fl. 152).

Pero del estudio de los peritos también se concluye que José Miguel Márquez Alvarez, como esquizoparanoide, es una persona de alta peligrosidad, según ellos mismos lo consignan en varios

pasajes, los cuales, por ya estar transcritos, no es necesario repetir de nuevo.

Sentado que Márquez Alvarez en el momento de ejecutar los hechos materia de esta investigación se encontraba "en estado de grave anomalía psíquica, transitoria, desencadenada en él por la ingestión de alcohol, independiente a su voluntad", ingestión de alcohol la cual, según múltiples pruebas, le lleva a la embriaguez patológica, es preciso confrontar tal estado anímico en el momento de actuar, con las conclusiones plasmadas por el Tribunal en su sentencia impugnada y con las pretensiones del demandante en casación, lo cual pasa a verificarse, así:

El Tribunal al tratar "*de la medida de seguridad procedente en este caso*", expone en lo pertinente:

"El artículo 63 del Código Penal dice: 'El manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos'. Como es fácil describirlo, la medida de seguridad denominada reclusión en un manicomio criminal se impone a los alienados que cometan delitos sancionados con presidio. Esa misma medida se impone, según el inciso segundo de la disposición, a los procesados que cometan delitos en una cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 29 de la obra en cita, 'cuyo estado los haga especialmente peligrosos'. En el primer caso se requieren dos condiciones:

1º Que el sujeto activo sea, un alienado.

2º Que cometa un delito sancionado con pena de presidio. Cuando se dan estas dos condiciones es procedente la reclusión en manicomio criminal por tiempo mínimo de dos años como dice el artículo 64 *ibídem*.

En el segundo caso se requiere:

1º Que el sujeto activo, al momento de cometer un delito, padezca de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica.

2º Que su estado mental lo haga especialmente peligroso. Cuando en un caso concurren estas dos circunstancias es procedente la reclusión en manicomio criminal por el tiempo mínimo citado. En los demás casos, esto es, cuando no se dan ni las dos primeras condiciones señaladas, ni las dos últimas, la medida procedente es relegación a colonia agrícola especial. Las otras medidas de seguridad principales señaladas en el artículo 61 proceden en casos de delitos leves sancionados

con prisión, arresto o pena no privativa de la libertad y cuando el sujeto no es especialmente peligroso por causa de su estado mental" (fls. 227 ss.).

Luego agrega: Márquez, "al momento de cometer los hechos 'se encontraba en una embriaguez patológica', que constituye, a juicio de esos peritos, una grave anomalía psíquica de carácter transitorio. . . Por esto, pues, no sería procedente la reclusión del acusado en un manicomio criminal. Pero, como se indicará en seguida, el estado de la personalidad de Márquez Alvarez lo hace especialmente peligroso". A este efecto, transcribe o cita las pruebas pertinentes y concluye: "El estado de la personalidad de José Miguel Márquez Alvarez lo hace especialmente peligroso para la sociedad. . . Por esto y porque los delitos cometidos están sancionados con pena de presidio, la medida imponible al acusado es la de reclusión en un manicomio criminal por tiempo no inferior a dos años como lo dispone el artículo 64 del Código Penal" (fl. 230).

El recurrente en casación sostiene por su parte que "la expresión *enajenación mental* (o su equivalente, *alienación mental*)", hacen relación a un "trastorno general y persistente de las funciones psíquicas", citando en su abono a varios tratadistas. Y que la *grave anomalía psíquica* "en cambio, indica 'perturbaciones psíquicas transitorias, episódicas, que por eso no caben dentro del término *enajenación*, que indica estado más o menos permanente'. Las graves anomalías psíquicas aunque no constituyen *enajenación mental*, 'socaban o anulan los sentimientos y las fuerzas volitivas, determinando actos imposibles de controlar y refrenar', como lo afirma Carlos Lozano y Lozano, cuyo pensamiento es tan importante en la interpretación del Código Penal que nos rige".

De donde concluye: El artículo 63 se refiere exclusivamente a los "alienados", "es decir a quienes están afectados por algún trastorno general y persistente" y no comprende ahí a los afectados de *grave anomalía psíquica*".

Luego erró el Tribunal cuando "consideró que el artículo 63 también se aplica a los intoxicados crónicos o a los afectados de grave anomalía psíquica".

Agrega el censor: "La violación de la ley por indebida aplicación, no puede ser más manifiesta: Como ha señalado, el hecho condicionante del artículo 63 es la existencia de la 'alienación mental'. La 'alienación mental', es el hecho hipotizado por la norma y no la 'intoxicación

crónica' o la 'grave anomalía psíquica'. El hecho probado en el proceso (grave anomalía psíquica, transitoria) no concuerda con el supuesto que prevé el artículo 63 (alienación) para que pueda darse la consecuencia (reclusión en manicomio criminal). Puede afirmarse con la misma honorable Corte que aquí "la realidad fáctica y el hecho previsto legalmente se repugnan, o simplemente difieren específicamente".

El Tribunal, no obstante reconocer que Márquez no es alienado, por considerar su personalidad especialmente peligrosa y por estar los delitos sancionados con presidio, concluyó imponiéndole "reclusión en manicomio criminal por tiempo no inferior a dos años como lo dispone el artículo 64 del Código Penal".

Entonces, "si se da por probado que el sindicado 'no es un alienado' mal puede aplicarse el artículo 63 al caso, pues tal artículo solo contempla al enajenado mental. Y sólo se aplica a estos sujetos y no a otros, independientemente de la peligrosidad que reporten", como lo sostuvo la Corte en casación de 1º de agosto de 1972 y en varias otras, en donde concretamente dice: "Si el manicomio criminal sólo se destina a los alienados que cometan infracciones conminadas con pena de presidio, o a las que, aunque no merezcan esta medida, demuestran especial peligrosidad, es obvio que el artículo 63 no puede aplicarse a quienes padecen de grave anomalía psíquica, porque estos no están incluidos entre los sujetos a que se refiere el precepto" (1-VIII 1972).

Presenta como conclusión el que "se violaron los artículos 61, 62 y 64 si se opta por la colonia agrícola o los artículos 61 y 67, si se opta por la libertad vigilada. Estos son los artículos aplicables".

El Ministerio Público, por su parte conceptúa que si bien los exámenes practicados al sindicado resultan deficientes, de ellos es necesario concluir que "el procesado actuó en estado de grave anomalía psíquica transitoria, toda vez que de los términos de los dictámenes dichos y de la situación observada, no cabe deducir la existencia de la alienación, ni que ésta se afirme por los profesionales que conceptuaron, como se requeriría para aplicar la reclusión en manicomio criminal, según lo expresado en sentencia de 18 de octubre de 1966".

De donde concluye que el cargo debe prosperar pues "el manicomio criminal no procede sino respecto a los alienados, que cometan delitos sancionados con pena de presidio o que sean espe-

cialmente peligrosos, de conformidad con el artículo 63 del Código Penal; y así se llega a la violación directa de esta norma".

Concluye solicitando imponer al procesado "la medida de relegación a colonia agrícola por el término de un (1) año como mínimo" y no la libertad vigilada pedida por el apoderado por "la gravedad de los hechos —doble homicidio— y su desarrollo, la personalidad del procesado que aparece como de gran peligrosidad, como lo estima el Tribunal de Medellín, lo cual ratifica la circunstancia anotada en el fallo de existir antecedentes en su contra por delitos contra la integridad personal; todo lo cual implica que el procesado requiere tal relegación para su tratamiento y lograr su readaptación, al mismo tiempo que garantizar la defensa social la cual exige que se adopten las medidas necesarias para que por parte del procesado no se presenten otros atentados como los que da cuenta el proceso; para lo cual también se considera necesario que transcurrido el término mínimo, o cuando se solicitare la libertad del procesado, antes de resolver de conformidad con el artículo 64 del Código Penal, se efectúen pruebas suficientes, dada la deficiencia ya anotada de los dictámenes referidos.

"Corresponde también aplicar como medida accesoria la prohibición de concurrir a lugares donde se expendan bebidas alcohólicas, dados los antecedentes de los hechos y lo que se anota en el primer dictamen médico, por el término máximo previsto (artículo 76 Código Penal)".

Según el artículo 29 del Código Penal: "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo II del Título II de este libro", las cuales consisten en reclusión en manicomio criminal o en colonia agrícola especial; en libertad vigilada, en trabajo obligatorio en obras a empresas públicas y en la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos (Código Penal artículo 61), denominadas genéricamente "Medidas de Seguridad".

Claramente se observa que el artículo 29, como lo ha dicho la Corte, "al hablar de la grave anomalía psíquica el legislador omitió hacer una clasificación de categorías en permanente o transitoria, de manera que no existiendo disposición legal que sirva de base para hacer esa distinción cuando en un proceso se reconozca o declare la existencia de la grave anomalía psíquica, no debe

hacerse distinción, para con ese criterio, rechazar la una y aceptar la otra, sino que interpretando en forma amplia (no extensiva) el contenido del artículo 29 del Código Penal, debe admitirse el estado de la grave anomalía psíquica con el fin de individualizar la sanción correspondiente" (Casación 9-IX/47).

De acuerdo con la anterior interpretación y, no pudiendo el juzgador distinguir donde el legislador no lo ha hecho, debe concluirse que en el caso de autos se está frente a un hecho cometido en estado de grave anomalía psíquica, así ella se haya catalogado como transitoria y, en consecuencia, partiendo de esa base habrá de individualizarse la sanción correspondiente.

La regla 62 del estatuto penal se limita a dar directrices genéricas sobre el manicomio criminal y la colonia agrícola especial, presentándolos como "establecimientos organizados de acuerdo con la ciencia médica, separados de las instituciones similares para enfermos de la mente comunes, dirigidos por psiquiatras, y en donde, en cuanto sea posible, deberá establecerse el trabajo industrial o agrícola".

Para que un procesado pueda ser recluido en manicomio criminal se requiere: que sea alienado y que, además, se cumpla a lo menos una de estas dos condiciones: que el delito de que se trate tenga señalada pena de presidio o que aquel estado de alienación lo haga especialmente peligroso (Código Penal artículo 63). Pero siempre habrá de tratarse de un alienado.

Entonces, si se acepta como por ahora debe aceptarse, en atención a lo enseñado por tratadistas, que la alienación implica un trastorno general y persistente y que, por definición, la grave anomalía psíquica transitoria no ostenta esas características, es apenas natural deducir que a quien comete un hecho en este último estado, no puede aplicarse la relegación a manicomio criminal, la cual se señala únicamente para los alienados. Ya la Corte lo había dicho: "La medida del artículo 63 del Código Penal no es legalmente aplicable, ni resulta aconsejable, en los casos de delincuentes que cometieron el delito en estado de grave anomalía psíquica transitoria" (Casación 18-X/66).

Entonces, descartada en el caso de autos la aplicación del canon 63 citado, el procesado se ha hecho acreedor a reclusión en colonia agrícola especial o a la libertad vigilada.

La última alternativa habrá de descartarse, en atención a la extrema peligrosidad que presenta Márquez Alvarez, de la cual ha dado múltiples muestras positivas, no solo en la consumación de los hechos que ameritaron este proceso, sino en su vida cotidiana, social y también el ámbito familiar y, en su enérgica y peligrosa reacción frente a peritos psiquiatras.

Queda, entonces, la reclusión en colonia agrícola especial, en donde la ciencia médica pueda tratar de rastrear los más íntimos ámbitos espirituales del procesado y, en donde la organización propia del trabajo colabore en su readaptación social.

Esta relegación a colonia agrícola se fijará como no menor de un año. Además, se le impondrá la prohibición de concurrir a lugares públicos, en donde se expendan bebidas alcohólicas.

Con lo anterior queda establecido que el cargo ha prosperado y que la sentencia recurrida habrá de casarse para dictar la que haya de sustituir, de acuerdo con lo que viene de exponerse.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. CASAR la sentencia impugnada proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dentro de estas diligencias y, en su lugar.

Segundo. Imponer a José Miguel Márquez Alvarez la medida de seguridad consistente en reclusión en una colonia agrícola especial por un término no menor de un año y prohibirle concurrir a lugares en donde se expendan bebidas embriagantes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

(Artículo 26 de la Constitución Nacional)

Redacción de los cuestionarios que debe absolver el Jurado de conciencia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 18 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 36, de mayo 17/79.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Ricardo Bolaños Rodríguez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual fue condenado a la pena principal de nueve años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales en Jairo Arnulfo y Henry Contreras.

Hechos y actuación procesal

“Aparece de autos que la noche del 21 de junio de 1975 Ricardo Bolaños Rodríguez acompañado de dos amigos se presentó al establecimiento de Aurelio Sierra, situado en la calle 79 número 90-20, barrio ‘Quirigua’ de esta ciudad, donde se hallaban los hermanos Jairo y Henry Contreras Hernández ingiriendo licor con Juan Martínez, entrando a departir con ellos.

“De improviso, se suscitó un altercado entre los contertulios que trajo como resultado la muerte de Jairo y lesiones personales en Henry, ocasionadas con arma de fuego disparada por Ricardo Bolaños Rodríguez.

“Oído éste en indagatoria explicó haber sido víctima de un atraco por parte de los hermanos Contreras, quienes lo atacaron a golpes hasta

derribarlos sustrayéndole la suma de cinco mil pesos que llevaba en sus bolsillos, situación ante la cual y advirtiendo que Henry, armado de varilla, se proponía continuar el ataque, desenfundó una pistola disparándola para intimidar a sus agresores notando que Jairo caía a sus pies y Henry emprendía la fuga.

“Dos antagónicas versiones tratan de explicar lo sucedido: de una parte, la planteada por el sindicato Bolaños, compartida por su esposa María López de Bolaños, su hijo Ramiro y el testigo Pedro Fúquene, en el sentido de que aquél tuvo necesidad de accionar el arma que portaba para repeler el ataque de los hermanos Contreras; y, de la otra, la expuesta por el lesionado Henry Contreras, respaldada en lo pertinente con los testimonios de su esposa Guillermina Díaz de Contreras y del cantinero Aurelio Sierra, quienes afirman que el homicidio y las lesiones se produjeron sin haber mediado provocación de las víctimas dando a entender el último de los nombrados, que la caída de Bolaños al salir de la cantina no fue ocasionada por acción de los Contreras.

“Practicadas otras pruebas y clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Tercero Superior de Bogotá prohiendo esta versión por la credibilidad que le mereció el testigo Aurelio Sierra, considerado como el único imparcial, mediante auto del 30 de enero de 1976 llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, al procesado Ricardo Bolaños Rodríguez, por los delitos de homicidio y lesiones personales perpetrados ‘de manera simplemente voluntaria sin que medie ningún agravante o atenuante’; providencia que apelada por el representante de la parte civil fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, con la suya del veintitrés de abril del mismo año.

“Adelantada la causa, se llevó a cabo la audiencia pública en la que fue sometido a consideración de los jueces de conciencia el siguiente cuestionario, respecto al homicidio:

“Cuestión primera

“El procesado aquí presente, Ricardo Bolaños Rodríguez, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, ¿en responsable SI o NO, de haber ocasionado la muerte, de manera voluntaria, al señor Jairo Arnulfo Contreras Hernández, propinándole herida con arma de fuego que le produjo su deceso por ‘herida por proyectil de arma de fuego que le produce la muerte por perforación cardíaca’, en hechos ocurridos el veintuno de junio de mil novecientos setenta y cinco, en la calle 79 frente al número 90-20 de esta ciudad de Bogotá, aproximadamente a las ocho de la noche?” (fl. 573).

“El Jurado respondió ‘*si es responsable*’.

“Igual contestación dio al cuestionario en que se le interrogaba por las lesiones causadas a Henry Contreras Hernández (fl. 574).

“El Juez del conocimiento aceptó los veredictos en sentencia del 8 de mayo de 1978 condenando al procesado a la pena principal de nueve años de presidio; fallo que apelado por éste recibió confirmación del Tribunal Superior de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación”.

La demanda

Cargo primero. Violación del artículo 26 de la Constitución Política por inobservancia de las formas propias del juicio.

Se arguye que en el cuestionario sometido a la absolución de los jurados se omitió interrogarlos sobre el propósito de matar, “factor determinante del delito de homicidio que trae el artículo 362 del Código Penal, infringiéndose esta norma y el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, que contempla dicho elemento como integrante del cuerpo del delito”, con lo cual se habría dificultado su respuesta al punto que la contestación afirmativa del iure sirve lo mismo para ubicar la responsabilidad del sindicado dentro de una cualquiera de las modalidades del homicidio, que el juzgador no puede escoger a su antojo sin grave detrimento de las competencias que privativamente corresponden al jurado.

Se contesta:

Como lo patentiza el Procurador Tercero Delgado en lo Penal, para que el vicio de nulidad supralegal afecte la validez de la actuación por desconocimiento de una de las garantías fundamentales del debido proceso que prescribe el artículo 26 de la Carta, sería menester que ciertamente en la redacción del cuestionario se hubiere dejado de interrogar al jurado por uno de los caracteres integradores de la figura delictiva. Tal ocurriría si, en el presente caso, como lo pretende el demandante en casación, al jurado no se le hubiese preguntado por el factor intencional de la conducta atribuida al recurrente.

El procesado y su defensa pretendieron la absolución del jurado con base en la falta de pruebas y, subsidio, que fuera condenado por haber actuado con la atenuante de la riña imprevista, súplicas que no fueron atendidas por aquél.

El cuestionario fue claro: Se preguntó en él si “Ricardo Rodríguez, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, es responsable Sí o No, de haber ocasionado la muerte, de manera voluntaria, al señor Jairo Arnulfo Contreras Hernández, propinándole herida con arma de fuego que le produjo su deceso...”.

La respuesta fue igualmente clara y afirmativa: “Sí es responsable”.

Lo propio ocurrió con el segundo cuestionario relativo a las heridas causadas a Henry Contreras Hernández.

Si la respuesta del jurado hubiera sido: “Sí es responsable pero sin la intención de matar”, o “Sí es responsable, pero involuntariamente”, que para el caso sería lo mismo, habría motivo para objetar la imprecisión del veredicto afirmatorio de la responsabilidad. En este supuesto y ante la imposibilidad de adecuar la culpabilidad dentro de una concreta modalidad del homicidio, la jurisprudencia se ha inclinado por declarar la inexistencia del veredicto.

Cosa distinta ocurre en la hipótesis propuesta a consideración de la Corte. En ella se pregunta si la muerte de Jairo Arnulfo Contreras Hernández fue ocasionada voluntariamente por Ricardo Bolaños Rodríguez. Y el jurado contesta que sí. Ocasionar la muerte con voluntad, es decir con intención, propósito o decisión, con resolución, que a todo ello equivale la frase “en forma voluntaria”, es lo mismo que si hubiera dicho “con el propósito de matar”, que en la pregunta echa de menos el procesado recurrente. Y así resulta

claro, como lo advierte el Procurador, que la forma empleada por el juzgador para referirse en el cuestionario a los caracteres subjetivos de los delitos atribuidos al sindicado, fue correcta, y contiene en sus precisiones parejo significado y alcances con la fórmula que utiliza el legislador para definir el homicidio de propósito, intencional o simplemente voluntario. El cargo no prospera.

Causal cuarta.

Segundo cargo. Violación del numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Se argumenta que el sentenciador incurrió en errónea denominación jurídica de los hechos delictuosos porque no tuvo en consideración las pruebas demostrativas de que el sindicado actuó en legítima defensa de su vida, en hechos que degeneraron en riña imprevista, pues la defensa de Ricardo Bolaños fue ejercitada por él con posterioridad a los ataques de los hermanos Contreras, de lo cual se infiere que la correcta calificación que corresponde al entredicho es de homicidio y lesiones culposos.

Se contesta:

La parte resolutive del auto que califica el hecho delictuoso atribuido al procesado debe contener por mandamiento expreso del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, como conclusión de las premisas sentadas en su parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título, cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable.

Las circunstancias especificadoras de la responsabilidad que incumbe al delincuente, en una modalidad precisa de las que pertenecen a un determinado delito, se concretan en la sentencia, una vez oídas las razones de la acusación y de la defensa en el juicio. Y mientras dichas especificaciones se mantengan dentro del género delictivo, o sea, en tanto que la calificación definitiva no rebasa la calificación inicial y cumplan con la finalidad exclusiva de intensificar o aminorar la responsabilidad del agente, siempre dentro de la misma figura delictiva, no hay lugar a reclamo

por el concepto deprecado por el censo. El homicidio culposo cuyo reconocimiento pretende el recurrente, sigue siendo homicidio, no importa el grado mínimo de responsabilidad que con esa atenuante pudiera corresponderle, pero no altera su denominación jurídica, o sea, su calificación genérica. Distinto sería si habiendo sido llamado a responder en juicio por el delito de lesiones personales hubiera sido condenado por el delito de homicidio, o viceversa. Lo que el artículo 26 de la Constitución y el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal tutelan como garantía fundamental del sindicado es el "principio de la legalidad del delito" y el de "legalidad del procedimiento", por modo que nadie pueda ser condenado por un hecho que no esté previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni por otro por el cual no hubiere sido oído y vencido en juicio seguido ante Tribunal competente. De lo dicho se tiene que la censura no está llamada a prosperar.

Causal primera.

Cargo tercero. Aplicación indebida de la ley sustancial por errónea apreciación de pruebas. Se indica la violación directa del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y la consecuencial violación indirecta del artículo 362, en tanto tuvo el sentenciador como demostrado, sin estarlo, el cuerpo del delito, y la plena prueba de la infracción.

Se contesta:

Ya se ha visto cómo el impugnador no discute en las censuras precedentes la existencia de los delitos que le imputan sino la modalidad de los mismos, alternando sus pretensiones entre la legítima defensa, el homicidio en riña imprevista y el homicidio culposo.

Ahora pretende la absolución con vista en que la prueba —dice— no exhibe las condiciones de plena y completa responsabilidad.

La causal escogida para fundamentar este último cargo a la sentencia condenatoria no es pertinente en los juicios que se tramitan con la intervención del jurado de conciencia. Así lo ha reiterado la Corte en numerosos fallos. La razón para decirlo así cobra fundamento ineluctable porque la consecuencia del buen éxito de la censura obligaría a la Corte a dictar la sentencia sustitutiva del fallo acusado en casación, hacien-

do caso omiso del veredicto del jurado, vale decir, con violación de las formas propias del juicio. El cargo no prospera.

Con vista en las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ACUMULACION DENTRO DE LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

Según el artículo 407 del Código de Justicia Penal Militar, en los Consejos de Guerra Verbales la acumulación se podrá decretar en "asuntos" que deban decidirse por ese procedimiento, hasta el momento de formular los cuestionarios

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 22 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Expediente número 24995 A

Aprobado: Acta número 39.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 19 de julio de 1978, que confirmó la del Juez de Primera Instancia, Presidente del Consejo de Guerra Verbal que fue convocado por el Comandante de la Cuarta Brigada acantonada en Medellín, que condenó al Capitán del Ejército Antonio José Jaramillo Castro el 2 de diciembre de 1977, por los delitos de homicidio (Consumado) en la persona del Teniente del Ejército José Franco Criollo y de violación de domicilio en perjuicio de Jorge Eliécer Parra Silva, modificando la pena allí señalada para imponerle en definitiva doce años de presidio y concordar con ésta las demás determinaciones del aludido fallo.

Hechos

Se afirma en los autos que el Capitán del Ejército Antonio José Jaramillo Castro, en la noche del 30 de mayo de 1977, penetró en forma violenta al dormitorio de Jorge Eliécer Parra Silva, ubicado en las instalaciones que tiene la Aduana en el Municipio de Mutatá (Antioquia) y atentó contra la vida de éste disparándole su arma de dotación oficial, sin lograr su cometido.

Posteriormente, la noche del 21 de octubre del mismo año, en su condición de Comandante de la

Compañía "C" del Batallón "Voltígaros" acantonada en el Municipio citado, dio muerte con arma de fuego a un subalterno suyo, el Subteniente José Franco Criollo.

Estudio de la demanda

1. *Sentidos de la impugnación.*

Después de hacer un resumen de los hechos y de la actuación procesal, el censor formula a la sentencia del Tribunal Superior Militar dos cargos con base en las causales primera y cuarta de casación previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así:

a) *Causal primera.* Afirma el recurrente que el fallador de segundo grado violó directamente la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 33 y 194 del Código de Justicia Penal Militar, al aumentar la pena que le había sido impuesta al procesado con desconocimiento del sistema de la acumulación jurídica, para en su lugar "... establecer el de la acumulación material de la sanción...", pues "... interpretó erróneamente el sentido del término "hasta en otro tanto, llegándose al absurdo de que la pena fijada por la violación de domicilio, en la sentencia impugnada, es superior al máximo establecido por el artículo 302 del Código Penal, para el delito... Si mi representado hubiera sido juzgado, únicamente por el delito de violación de domicilio, con todas las circunstancias de mayor peligrosidad, se hubiera hecho acreedor a la pena de un año de prisión. En el caso de autos, reconocidas las circunstancias de menor peligrosidad, que obligan a la dosificación del mínimo, esto se convierte en cuatro años de presidio...".

En consecuencia, solicita la infirmación parcial de la sentencia para que la Corte la corrija en lo pertinente;

b) *Causal cuarta.* Sostiene el impugnante que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad suprallegal por inobservancia de las formas propias del juicio, porque se decretó una acumulación, medida que no podía tomarse en razón de que ninguno de los procesos, de acuerdo con el artículo 406 del Código de Justicia Penal Militar, se encontraba por entonces en la etapa de la causa o del juicio.

Aduce que en los Consejos de Guerra Verbales la oportunidad para decidir sobre la acumulación de procesos "... es en el momento de elaborar los cuestionarios..." porque agrega que la jurisprudencia y la doctrina han considerado que "... el acto equiparable al auto de proceder de los procesos ordinarios, no es otro que, precisamente, el cuestionario que contiene la determinación de la conducta imputable, con la descripción de las circunstancias que permiten encuadrarla dentro de la conducta tipificada por la norma que se pretende violada..."

Con tales argumentos pide la invalidación del proceso desde la providencia que decretó indebidamente la acumulación "... para juzgar dentro del mismo proceso los delitos de homicidio, violación de domicilio y tentativa de homicidio..."

2. Respuesta del Ministerio Público.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares considera que ninguno de los cargos propuestos por el demandante puede prosperar y al efecto expresa:

La causal primera que invoca el actor para fundamentar una violación directa de la ley sustancial, en este caso de los artículos 33 y 194 del Código de Justicia Penal Militar, admite que siendo estas las normas aplicables "... la Fiscalía entiende que no se toma como base la sanción del delito acumulado, que para este caso sería el de violación de domicilio, sino que se toma como punto de partida la sanción del delito más grave y el aumento lo hizo el Tribunal Superior teniendo en cuenta la peligrosidad del sindicado, artículo 38 Código de Justicia Penal Militar, causales 1ª, 3ª y 6ª respectivamente ... Siendo ello así el fallador de segunda instancia interpretó correctamente el sentido del término 'hasta otro tanto' del delito más grave..."

En cuanto a la causal cuarta por haberse dictado el fallo en juicio viciado de nulidad anota que el censor "... parece confundir el procedimiento de los Consejos de Guerra Ordinarios, con el procedimiento del Consejo de Guerra Verbal, pues no otra cosa se puede deducir cuando sustenta la indebida acumulación de los procesos

en el artículo 406 del Código de Justicia Penal Militar. Este artículo se aplica única y exclusivamente en el procedimiento de los Consejos de Guerra Ordinarios, donde sí existe auto de proceder y puede hablarse de causas perfectamente definidas (artículos 409 y 410 Código de Justicia Penal Militar) ... No así en el Consejo de Guerra Verbal, donde se sigue un procedimiento especial y sus acumulaciones están previstas en forma por demás clara en el artículo 407 de la misma obra..."

3. Consideraciones de la Corte.

En aplicación del principio de prioridad procede la Sala al análisis del cargo relativo a la nulidad suprallegal por violación de las formas propias del juicio consistente en que se decretó, de manera indebida, la acumulación de las dos investigaciones que cursaban en la misma Brigada contra el procesado, por delitos cometidos en diferentes épocas.

Se aduce al respecto que con flagrante violación del artículo 406 del Código de Justicia Penal Militar, el Juez de Primera Instancia, el Presidente del Consejo de Guerra Verbal dispuso la acumulación de autos y no de causas como lo prescribe la citada norma.

Sobre el tema se anota por el demandante que ambos procesos se encontraban en la etapa del sumario por cuanto no se habían formulado los cuestionarios, ni se había alcanzado ese estudio procesal en ninguno de ellos.

Esta observación es cierta. Sin embargo, en nada afecta la validez del procedimiento de acumulación porque no debe olvidarse que según el artículo 407 del Código de Justicia Penal Militar, en los Consejos de Guerra Verbales la acumulación se podrá decretar en asuntos que deban decidirse por ese procedimiento hasta el momento de formular los cuestionarios. El término "asuntos" que emplea la norma con el de "hasta", son vocablos que indican con claridad que en este tipo de procesos puede efectuarse la acumulación de sumarios, porque "asuntos" no es específico de procesos en estado de causa y "hasta" sólo indica la limitación máxima a que puede llegar el desarrollo procesal para que se esté en oportunidad de decretarla, o sea, el momento de formular cuestionarios; y, si el artículo 493 del Código de Justicia Penal Militar señala que en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales se considera que hay causa a partir de ese momento, es forzoso concluir que antes de él se encuentra el sumario y que los cuestionarios se equiparan, para todos los efectos procesales,

al auto de proceder del procedimiento común. Entonces, se repite, la ley autoriza, sin lugar a dudas la acumulación de sumarios en el régimen peculiar de los Consejos de Guerra Verbales.

Si esto fue lo que ocurrió y así lo afirma y demuestra el impugnante, no aparece violación alguna de las formas propias del juicio; por el contrario, resulta que fueron respetadas en su integridad.

En lo relativo a la violación directa de los artículos 33 y 194 del Código de Justicia Penal Militar por interpretación errónea de sus textos que llevó al sentenciador a hacer una acumulación material de penas con desconocimiento de la acumulación jurídica que informa el derecho penal colombiano, se tiene:

El Tribunal aumentó la pena impuesta por el Juez de Primera Instancia, pues "... el acusado infringió los artículos 194 del Código de Justicia Penal Militar y 302 del Código Penal Ordinario (en concurso material, artículo 33 *ibídem*), disposición esta última que determina un aumento de pena discrecional y potestativa 'hasta en otro tanto', tomando como base la sanción establecida para el delito más grave, en este caso el de homicidio, la cual oscila entre ocho y catorce años de presidio. ... En el presente caso, se observa *prima facie* que el sentenciador obró con benignidad al aumentar solamente en tres meses ese mínimo, en términos que no se compadecen con la gravedad, modalidades del hecho, personalidad del infractor y demás factores que señala el artículo 36 del Estatuto sancionador, como la concurrencia de varias circunstancias de mayor peligrosidad ... señaladas en el artículo 38 *ibídem*: 1ª haberse cometido el delito hallándose turbado el orden público en el país; 3ª el grado, autoridad y mando del actor; 6ª los motivos innobles y fútiles, y las modalidades del hecho por la forma como se ejecutó el homicidio, que le dan especial gravedad...".

Con estas premisas la citada Corporación impuso al procesado la pena de 12 años de presidio en lugar de 8 años y 3 meses de la misma calidad que le había señalado el Juez.

Como puede verse el fallador de segundo grado interpretó correctamente el artículo 33 del Código de Justicia Penal Militar al tomar como pena básica la mínima determinada en el artículo 194 del mismo estatuto para el delito de homicidio que era el más grave, a fin de hacer sobre ella los incrementos de rigor por el delito de violación de domicilio, por las circunstancias de mayor peligrosidad que tuvo a bien deducirle y por las modalidades de los hechos delictuosos.

En punto a la dosificación de las penas la Corte ha dicho:

"... Vale la pena recordar que para efectos de tasar la sanción el juez goza de amplitud dentro de los límites señalados por la ley, pues posee el poder de fijar su monto de manera discrecional. De aquí que la Corte entienda que este es un atributo especial de los juzgadores de instancia deferido a su función, pero esencialmente a un buen conformado criterio de justicia. Por fuerza de este concepto, sólo frente a manifiestos errores de hecho, o de derecho, o a errores jurídicos insalvables, que descubren una dosificación injusta, inmersa en el terreno de lo arbitrario, interviene para aumentar o morigerar su rigor y restablecer el imperio de la equidad. De lo contrario, respeta la soberanía del fallador..." (Cas. Penal, sent. 18 agosto de 1977).

De manera alguna, puede hablarse, en el caso presente, de una graduación manifiestamente injusta de la sanción ni de una acumulación material de penas. Lo que sucedió fue que el Juez de la Primera Instancia partió del supuesto equivocado de que no concurrían circunstancias de mayor peligrosidad y que las modalidades de conducta que rodearon la comisión de los delitos no tenían importancia, factores estos que sí tuvo en cuenta el Tribunal para aumentar la pena con un criterio de rigidez que de suyo no desborda la equidad ni señala lo arbitrario.

En consecuencia, los cargos propuestos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria de diez y nueve de julio del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior Militar, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONEXIDAD

Es un fenómeno del concurso de delitos, distinto de la responsabilidad, que hace obligatorio investigar hechos punibles independientes entre sí en un solo proceso

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 23 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 36 de mayo 17/79.

Vistos

Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali viene impugnada en Casación la Sentencia por medio de la cual el día tres de junio de 1978 condenó a Oscar Lasprilla Rodríguez y a Clara Inés García coautores de los delitos falsedad en documentos, estafa y hurto agotados en forma continuada en su condición de Gerente y Secretaria de la Cooperativa del Barrio Departamental de Cali Ltda., en perjuicio de ésta y de terceros.

Antecedentes

“El Procurador Delegado los concreta así:

Se gestaron las sumarias con motivo de la denuncia puesta por el señor Luis Enrique Cabal, en su condición de Presidente de la Cooperativa del Barrio Departamental, quien a través de la misma como de posteriores ampliaciones, acusó a Oscar Lasprilla Rodríguez y Clara Inés García, Gerente y Secretaria-Tesorerera, por la consumación de actos delictuosos en perjuicio de los intereses de la entidad y de personas particulares a ella mediante el empleo abusivo de su nombre.

Según resulta acreditado de los elementos de persuasión que integran el informativo y de la relación que sobre el particular registra la sen-

tencia impugnada, los hechos imputados a ambos procesados son los siguientes:

Ramón Elías Vinasco, socio de la referida Cooperativa, depositó en la entidad un cheque por la suma de \$ 20.000.00 que había percibido por concepto de prestaciones sociales. Dicho instrumento fue ilícitamente endosado por la Secretaria-Tesorerera Clara Inés García a favor de una firma comercial en donde tenía cuenta, haciéndolo efectivo por este procedimiento. A fin de ocultar la irregularidad contabilizó otro por igual valor que obtuvo en préstamo de Didier de Jesús Ocampo, pero que a la postre no fue pagado.

Sin formar parte de la mencionada institución, el Gerente Lasprilla hizo aparecer de socios a Bertilda Rojas y Héctor Fabio Valdés para efectos de que cobraran por intermedio de ella las respectivas cesantías. Por esta causa ingresaron valores en cuantías de \$ 36.947.89 y \$ 22.108.44. En cambio, fraudulentamente se ordenó doble devolución a los interesados, quedando en poder del Gerente y Secretaria el dinero egresado en exceso mediante colocación fingida de las firmas correspondientes a los supuestos beneficiarios en los pertinentes cheques y ulterior cobro.

Anatolia García consignó \$ 6.000.00 que no quedaron contabilizados en las arcas de la cual estaba afiliada. Lo propio ocurrió con \$ 4.000.00 del socio Efraín Chamorro. Descubiertos estos dos ilícitos, la Tesorerera reintegró su totalidad.

El doctor Lácides Pérez Herrera, aspirante a una solución de vivienda, entregó a Clara Inés García la suma de \$ 2.500.00 para atender el pago de algunos impuestos. Lo mismo hizo el señor Helmo Cruz Romero con un cheque por \$ 6.385.70. Ambas cantidades fueron a parar a manos de los sindicatos.

El Gerente de la Cooperativa Oscar Lasprilla negoció la venta de un lote de la urbanización

que posee la entidad para sus socios exclusivamente, con el señor Gabriel Velásquez Cárdenas, persona sin ningún vínculo con la asociación, haciéndole creer que la operación era factible. La Secretaria Clara Inés García le suministraba datos al eventual comprador en el sentido de que aquella enajenación estaba ajustada a los estatutos. Con dicho sistema aquél se hizo a la suma de \$ 40.000.00 que recibió de cuota inicial.

Agotada la fase instructiva, se calificó el mérito del sumario por auto del 31 de marzo de 1977 con llamamiento a juicio para los sindicados Oscar Lasprilla y Clara Inés García por los delitos "de la falsedad en documentos", "de la estafa" y "del hurto" y sobreseimiento temporal para los restantes procesados (fls. 827 a 857), pronunciamiento recurrido por los defensores y confirmado por el Tribunal Superior el 5 de octubre del mismo año, aunque con algunas modificaciones en la parte motiva (fls. 902 a 924).

Rituado el juicio y efectuada la audiencia pública, el Juzgado del conocimiento en sentencia de enero 30 de 1978 condenó en primera instancia, fallo que apelado suscitó la sentencia de segundo grado que es objeto del recurso de casación y cuyo significado se dejó apuntado arriba.

Al amparo de las causales cuarta y primera de casación el recurrente formula dos cargos a la sentencia acusada.

Causal Cuarta.

Incompetencia del Juez, numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Se afirma que si el sentenciador excluyó a Clara Inés García de toda participación en el delito de estafa cuya responsabilidad radicó en forma exclusiva en cabeza del procesado recurrente, reconoce que entre el delito de estafa, y los de falsedad y hurto cuya responsabilidad comparte en la sentencia con su cómplice, no se dan los presupuestos que sobre la conexidad prescribe el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual el delito de estafa tenía que haber sido investigado en forma separada.

Se contesta

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal precisa que la conexidad es un fenómeno del concurso de delitos, distinto de la responsabilidad, que hace obligatorio investigar hechos punibles, independientes entre sí, en un solo proceso, cuan-

do por uno u otro modo se ofrecen unos con otros en íntima vinculación, de forma que no sea posible examinarlos separadamente o que su estudio en conjunto sea más aconsejable con vista en la unidad y en la economía del procedimiento.

Así la conexidad no afecta la unidad sustancial de cada figura delictiva ni tiene que ver con los caracteres que les dan fisonomía inconfundible, pero sí con el nexo que liga un hecho punible con otro. Ocurre, por ejemplo, cuando dos delitos aparecen vinculados materialmente o sea que la comisión del segundo resulta imposible sin la comisión del primero. O en la conexidad ideológica o real, en cuyo supuesto dos o más delitos se muestran en relación de medio a fin. O en la conexidad jurídica en que uno de los delitos se consume o absorbe en otro para integrar con él una figura delictiva de mayor entidad. Y también cuando dos hechos diversos se conjugan en las figuras del concurso de delitos. O, por último, en la conexidad consecuencial que surge de la comisión de un hecho punible por la necesidad de ocultar otro delito.

En todos estos supuestos, si la pluralidad de competencias deviene unida en cabeza del Juez de mayor jerarquía, hasta la terminación del proceso, la absolución que él imparta a uno o a varios sindicados, o a todos ellos, por los delitos que, de haberse juzgado separadamente, habrían sido resueltos por jueces distintos, de inferior jerarquía, no es causa de nulidad. La competencia para el conocimiento conjunto de varios delitos en un solo proceso deviene incuestionable con la ejecutoria y firmeza del auto de proceder y se mantiene, para todos los efectos, hasta la culminación del proceso, sin que importe si, por el delito mayor que fijó la competencia en cabeza del Juez de "mayor jerarquía", uno o más sindicados, o todos ellos, resultan finalmente absueltos. Si ello es así, como efectivamente lo es, el cargo por nulidad carece de fundamento y no está llamado a prosperar.

Cargo Segundo

En el marco de la causal primera de casación el recurrente formula diversos reparos a la sentencia de segundo grado. En todos ellos confunde los conceptos de la violación directa e indirecta de la ley, y el de interpretación errónea, por modo que, como lo anota el Procurador, sus protuberantes fallas impiden su estudio por la Corte. Y aunque el Ministerio Público, en gracia de amplitud, se extiende en diversas consideraciones tendientes a demostrar que la cen-

sura carece de razón en el fondo, la Corte se abstiene de hacer observaciones que son innecesarias para desechar el recurso que, dentro de las exigencias formales de la causal primera invocada por el recurrente, se ofrece a ojos vistas ausente de sus más elementales ordenamientos. El cargo no prospera.

Bastan las precedentes consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— NO CASE la sentencia acusada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCUSION

Quiénes pueden cometer el delito de concusión. Sus elementos

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 7 de 1979.

Magistrado Ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 43.

Vistos

Contra la sentencia de 17 de agosto del año pasado proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y en que se confirmó, con reforma en cuanto al monto de la pena principal, la dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito contra Leopoldo Duarte González, por el delito de concusión, interpuso el procesado recurso extraordinario de casación que le fue concedido por el *ad quem*, declarado admisible por esta Sala y tramitado hasta su terminación.

Hechos y actuación procesal

En el Juzgado Promiscuo Municipal de Bosa se adelantaba, en el mes de octubre de 1975, un proceso penal contra Laureano Rosero Salazar, por el delito de daño en cosa ajena en el cual venía actuando, en calidad de secretario del Juzgado, Leopoldo Duarte González, quien en los últimos días del citado mes salió a vacaciones.

Estando en esas condiciones, Duarte se encontró con Rosero, a quien propuso arreglarle el problema que tenía en el Juzgado, previo pago de cinco mil pesos y como este último sólo tenía mil en esos momentos, se los entregó el primero quien, no obstante y al encontrarse con Rosero el domingo siguiente, le pidió nuevamente dinero recibiendo la suma de quinientos pesos. El primero de esos encuentros tuvo lugar el 14 de octubre del año citado.

Posteriormente en declaración rendida ante el Juez Promiscuo Municipal de Bosa, Rosero relató lo sucedido y este funcionario dio noticia de ello al Juez 94 de Instrucción Criminal quien abrió la investigación por auto de 16 del mismo mes y año mencionados.

Perfeccionada aquélla y habiéndole correspondido el conocimiento del proceso al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bogotá, se llamó a juicio a Leopoldo Duarte González, por el delito de concusión.

Fue éste declarado reo ausente y se le nombró defensor de oficio quien apeló de la providencia enjuiciatoria que, no obstante, fue confirmada por el Tribunal en la de 19 de diciembre de 1977.

Se adelantó el juicio sin que variara la situación probatoria y, llevada a cabo la audiencia pública, se profirió sentencia de primera instancia en la que se condenó a Duarte a la pena principal de quince meses de prisión como responsable del delito por el cual se le había llamado a juicio.

Apelada que fue esa providencia, el Tribunal resolvió el recurso por la que ahora es materia del presente y en la cual se hizo especial hincapié en la declaración del ofendido dándole máxima credibilidad sobre todo por el hecho de haber señalado en forma concreta la denominación de los billetes que entregó a Duarte, así como el lugar y la hora en que se llevó a cabo la entrega.

Consideró, además, el *ad quem* que debía disminuirse la pena principal rebajándole tres meses para dejarla en doce y otorgándole la condena condicional.

Demanda de Casación y respuesta de la Procuraduría

Tres cargos hace el censor a la sentencia recurrida, el primero de ellos en el marco de la

causal cuarta de casación y los otros dos en el cuerpo segundo de la causal primera.

A continuación se resumen las censuras y, con cada una de ellas, la respuesta del Ministerio Público.

Primer cargo. Causal cuarta. Lo hace consistir el actor en que, según su criterio, la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad por errónea denominación jurídica del delito.

Sostiene que en el caso de autos no se trata del delito de concusión sino, de ser ciertos los hechos, del de estafa o, a lo sumo, del contemplado en el artículo 198 del Código Penal esto es del que comete quien recibe dinero y otro provecho indebido con el fin de obtener el favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto.

Argumenta diciendo que, en primer lugar, el procesado no tenía, en su carácter de secretario de un Juzgado, poder alguno para dictar fallos o autos interlocutorios y que por lo tanto no podía ser sujeto activo del delito por el cual se le llamó a juicio que, en los despachos judiciales solo puede, en su concepto, ser cometido por el Juez.

Además, dice, el procesado se encontraba en vacaciones o sea fuera del uso de sus atribuciones como secretario, lo que también le impedía ser agente del ilícito que le fue atribuido.

Replica el Procurador Primero Delegado Penal (encargado) que no tiene razón el demandante en las afirmaciones que se dejan resumidas, pues, en cuanto a la primera, se tiene que la ley (artículo 156 del Código Penal) solo exige en el sujeto activo de la concusión el carácter de funcionario, empleado público o encargado de un servicio público, pero no requiere condiciones especiales por lo que basta tener aquéllas investiduras para poder, llegado el caso, cometer la infracción mencionada.

Respecto al segundo argumento, hace ver el Ministerio Público que el uso de las vacaciones no quita a un funcionario o empleado público su carácter de tal sino que solo suspende transitoriamente el ejercicio de sus funciones y en el presente caso se observa que el procesado hizo ostentación de su carácter de secretario del Juzgado para exigir dinero al ofendido.

Pide, en consecuencia, que se deseche este cargo.

Segundo cargo. Causal primera. Acusa a la sentencia de haber incurrido en error de derecho (sic) al valorar el testimonio del ofendido pues dice que no lo comparó con el del procesado en

cuanto éste afirmó que tenía dinero en su cuenta de ahorros y, para demostrarlo, presentó una libreta del Banco de Bogotá en la cual aparecía, para la época de autos, un saldo de \$ 29.673.66, lo que desmiente la afirmación de Rosero acerca de que, para que le diera dinero, Duarte le había dicho que tenía necesidad de él porque estaba en vacaciones.

Observa la Procuraduría que si bien el dicho del ofendido fue fundamental para dictar la sentencia condenatoria, no fue la única prueba en que se basó el Tribunal sino que se apoyó en otros elementos para llegar a la certeza sobre la responsabilidad del procesado.

Agrega que la ley no ha fijado el valor probatorio del testimonio sino que ha dejado su apreciación al criterio de Juez.

Pide que también se rechace esta censura.

Tercer cargo. Causal primera. Considera el demandante que se incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba al omitirse tomar en cuenta la declaración de Maximiliano Rico Lardino quien reemplazaba temporalmente a Duarte en el cargo de secretario de Juzgado y que en su testimonio dice que comunicó al denunciante que se le había dictado auto de detención sin que el denunciante hiciera más comentario que iba a hablar con su abogado para estudiar el procedimiento a seguir y que él estaba esperando que pasara a la policía por competencia.

Argumenta el actor que resulta extraño el hecho de que en esta conversación no se hubiera hablado del dinero que había pedido Duarte a Rosero, lo cual, en su concepto, demerita la acusación.

No está de acuerdo el Ministerio Público con esta apreciación que considera muy subjetiva del demandante lo que hace que no puede hablarse de error manifiesto en la valoración de la prueba pues el razonamiento presentado por el actor peca de "complicado y alambicado" además de lo cual no se dice en la demanda de qué manera, si hubiera existido el pretendido error, influyó en la sentencia, por todo lo cual pide que se rechace la censura.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. Carece de razón el censor al afirmar que solo el Juez, en un despacho judicial, puede cometer el delito de concusión ya que es el único que tiene facultad para dictar autos y sentencias.

En efecto, el delito que se deja mencionado está constituido por una particular modalidad de ofensa a la administración pública al cometer la cual los funcionarios públicos, empleados o transitoriamente encargados de un servicio público están faltando a los deberes para con aquella.

Pero esos deberes no los tienen solo quienes pueden ejecutar determinados actos sino todos aquellos que por su investidura y por los nexos con las ramas del poder público pueden comprometerlo en alguna forma al ejercer sus funciones cualesquiera que ellas sean, lesionando o poniendo en peligro la administración estatal considerada en su totalidad.

Es la investidura en cuanto despierta cierto temor en los asociados (timor publica potestatis) lo que hace posible la ejecución del delito cuando se usan las funciones para fines distintos de los señalados en la ley, esto es, cuando se abusa de ellas.

Aunque también es posible, y esto refuerza el punto de vista de la Sala, que el delito se cometa no solo por abuso de las funciones sino también por el de la investidura, esto es, del carácter de funcionario público aun cuando el hecho ejecutado no pertenezca propiamente a la competencia del sujeto activo.

En consecuencia cuando el secretario de un Juzgado hace una exigencia de dinero por ayudar a una persona que tiene en negocio en esa oficina, está cometiendo el delito de concusión ya que lo hace poniendo de presente ante la víctima su investidura de funcionario, está ejerciendo un claro constreñimiento sobre ella.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Segundo cargo. El llamado, por el demandante, error de derecho en la apreciación de la prueba, que, de existir, sería de hecho por cuanto no le ha fijado la ley al testimonio valor determinado ni se hace consistir el cargo sin desconocimiento del rito de aducción de la prueba, no se ve por parte alguna ya que el hecho de que un funcionario posea una cuenta de ahorro no impide ni siquiera dificulta que alegue una pretendida necesidad para reforzar la exigencia de dinero a un particular, como ha ocurrido en el caso de autos.

De otra parte la censura consistente en haber basado la sentencia en el dicho del ofendido, tampoco es aceptable pues a más de que no fue la única prueba en que se fundó el fallo, el análisis

que de esa prueba se hizo muestra que es perfectamente aceptable el dicho de Rosero Salazar por su espontaneidad, claridad y persistencia sin que pudiera desecharse por el solo hecho de provenir de la parte perjudicada ya que como lo ha dicho en otras oportunidades la Corte son las condiciones mismas de la declaración del ofendido lo que le da o resta credibilidad y no el provenir de persona que tiene una especial posición en el proceso.

No se acepta, por lo tanto, este cargo.

Tercer cargo. La declaración de Maximiliano Rico Ladino quien temporalmente reemplazó al procesado en el cargo de secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Bosa no tiene la importancia que le ha conferido el censor pues la circunstancia de que en su conversación con Rosero éste no hubiera mencionado la exigencia de dinero que le había hecho el procesado no significa que ésta no hubiera existido. Así que no puede elevarse la omisión de tenerla en cuenta a la categoría de un error de hecho grave como lo pretende el actor.

Distinto hubiera sido el caso si ante Rico Ladino hubiera negado Rosero la exigencia o hubiera hecho manifestaciones contrarias a su existencia. Pero el simple silencio sobre ella no da base a la inferencia que el demandante hace en este cargo que, por tal motivo, no puede ser aceptado.

Baste lo expuesto para que la Corte Suprema—Sala de Casación Penal—, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el parecer del Procurador Primero Delegado Penal—encargado— y acorde con el mismo,

Resuelva:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

Violación directa. Violación indirecta. No pueden presentarse las dos al mismo tiempo

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 7 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 43, de 7 de junio de 1979.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia de 18 de septiembre de 1978, al revisar por consulta el fallo proferido por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad, en contra de Fernando González Rojas, y en la cual se le había impuesto 24 meses de presidio y multa en cuantía de cien pesos, por los delitos de "uso de documentos públicos y privados falsos y estafa frustrada", confirmó esta resolución, "con la modificación de absolver al procesado de la falsedad en documento privado".

El Fiscal 1º del Tribunal acudió en casación, recurso que le fue admitido en auto de 16 de noviembre del año en referencia. Luego cursó la pertinente demanda, la cual se declaró ajustada a los requisitos de forma (artículo 576 Código de Procedimiento Penal), en proveído de 4 de abril del año en curso. Conviene anotar que, la Procuraduría 1ª Delegada en lo Penal, se abstuvo de hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 571 del estatuto mencionado.

Hechos

El 26 de abril de 1977, se presentó el señor Fernando González Rojas a las dependencias del Banco de Colombia, en la ciudad de Buga (Valle del Cauca), y pretendió que se le hiciera un giro

por valor de \$ 945.600.00, a la ciudad de Cali, a favor de Luis Felipe Ramos. A este efecto, y por igual suma, presentó el cheque número 0238915, supuestamente girado por "Purina Colombiana S. A.". Como esta entidad no tenía esa cantidad de fondos, se buscó información con sus directivos y éstos informaron que tal cheque era falso y nunca había sido emitido por esa sociedad. Cuando se pretendió capturar a González Rojas, éste emprendió la huida pero dos empleados al servicio del Banco, Carlos Humberto García y Medardo Gutiérrez, lograron a la postre su aprehensión.

Antecedentes

La investigación fue iniciada por el Juzgado 2º Penal Municipal de Buga, el mismo que, en auto de 3 de mayo de 1977, decretó la detención preventiva de Fernando González Rojas. Posteriormente continuó el perfeccionamiento del sumario el Juzgado 10 de Instrucción Criminal, que concluyó el Juzgado 5º de Instrucción Criminal. Al Juzgado 1º Superior le correspondió, en definitiva, el conocimiento de este proceso, el cual, en auto de 14 de diciembre de 1977, abrió causa criminal contra González Rojas, por los delitos de "falsedad en documentos y estafa imperfecta", y, sobreseyó definitivamente en favor de Marino Cardozo Victoria y Euly Guzmán; así mismo ordenó la expedición de copias para averiguar la conducta de Carlos E. Escobar C. y Luis Felipe Ramos Orozco. Celebrada la audiencia (13 de julio de 1978), se dictó el fallo ya mencionado, cuya revisión se cumplió en la forma que atrás se indicó.

La demanda

Se invocan "los dos cuerpos de la causal primera de casación consagrada en el artículo 580

del Código de Procedimiento Penal". A este efecto se menciona el error de hecho y la violación directa de la ley.

Del primero se anota:

"... Y se habla del error de hecho por cuanto hubo apreciación errónea de la prueba por parte del juzgador *ad quem*, al reputar el uso de los documentos vistos a folios 104 y 324 del expediente como constitutivos del delito de 'estafa', cuando paralelamente existía una norma especial (artículo 234 Código Penal) que sancionaba esa delincuencia con pena de mayor jerarquía (presidio).

"El error de hecho es evidente y no se requiere ninguna clase de raciocinio para aprehenderlo o concretarlo. Los citados documentos tienen la virtualidad exclusiva de estudiarse a la luz del artículo 234 del Código Penal sin ayuda o concurso del 408 *ibidem* a causa de la prevalencia de las normas especiales sobre las generales.

"La mera lectura de la citada norma está señalando que la conducta de Fernando González Rojas solo cabía encuadrarla bajo esos supuestos. Es verdad que la falsedad documental puede concurrir con el delito de estafa (esto ha sido bastante discutido y sigue siéndolo) como lo ha venido sosteniendo la honorable Corte Suprema de Justicia en diferentes fallos, mas no en la modalidad consagrada en el artículo en comento (234 Código Penal), pues quien usa 'a sabiendas de su falsedad' un título valor u otro documento privado puede causar, a su vez un perjuicio en el orden económico a determinada persona, circunstancia que está contemplada como integrante del delito de estafa (artículo 408 Código Penal). Entonces ese perjuicio en el terreno económico a un tercero con el correlativo o potencial aprovechamiento, elemento *sine qua non* de la estructura del delito de estafa, está inquestionablemente subsumido en la norma especial sobre falsedad consagrada en el artículo 234 del Código Penal por manera que admitir la concurrencia delictual de la falsedad y estafa en los hechos investigados sería tanto como contrariar abiertamente el principio prohibitivo *non bis in idem*. Como se puede observar en la práctica, en las expresiones del artículo 234 *ibidem* también van insitos los elementos estructurales de la estafa, siendo, naturalmente, de aplicación preferencial esta norma a causa de su especialidad y de su mayor virtualidad conminatoria.

"De lo anterior se deduce que los hechos delictuosos cuestionados son extraños al imperio del texto legal que define y sanciona el delito de estafa. La sentencia reprocha parte de bases falsas como lo fue el auto de proceder que erróneamente atribuyó a un solo hecho el quebranto de pluralidad de normas (artículo 234 y 408 Código Penal), contemplando todas ellas, en el fondo, los elementos estructurales del hecho antijurídico. Hubo mención impertinente del artículo 408 del Código Penal por cuanto la única norma aplicable, se vuelve a repetir, es la 234 *ibidem* de conformidad con los principios que gobiernan la prevalencia de las normas especiales sobre las generales..."

Y en cuanto al segundo de los cargos, éste se hace consistir en la "falta de aplicación del artículo 94 del Código Penal", por ser evidente que no existió detrimento económico contra la entidad librada, Banco de Colombia, como tampoco contra la firma libradora, "Purina Colombiana S. A."

Consideraciones de la Sala

La simultánea alegación de los dos fundamentales apartes de la causal primera, demeritan de entrada la argumentación del recurrente. Es concepto básico y unánimemente respetado observar que quien acude a la violación directa de la ley, tiene, obligadamente, que admitir la situación fáctica considerada por el Tribunal, lo que no acontece cuando la violación es indirecta, evento en el cual se cuestiona el aspecto probatorio, bien porque se le atribuyó o negó un valor dispensado por la ley, o su aducción procesal se produjo en contravención grave de las normas que regulan el asunto (error de derecho), o bien porque se dejó de estimar una prueba existente, o se distorsionó su significación, o se adujo una que no figuraba en el proceso (error de hecho). Pugnán, pues, en forma inconciliable, estas dos modalidades de la censura en sede de casación y no es factible al fallador determinar la prevalencia de una sobre otra. La escogencia corre a cargo exclusivo del impugnador y si éste no acierta en este señalamiento, coloca a la Corte en imposibilidad de fijar el propósito querido por el recurrente y de lograr entender cuál ha sido, en definitiva, el criterio y querer del demandante.

A más de esto deben hacerse dos breves y esenciales anotaciones:

Al intentarse la censura con apoyo en la violación indirecta de la ley, al caso el error de

hecho, es necesario indicar de modo preciso los elementos de convicción desestimados por el juzgador o los que fueron apreciados por él no obstante no figurar como tales en el proceso y de ahí pasar a demostrar cómo éste desvió probatorio influyó en la torpe aplicación de la ley sustantiva. Como queda fácil advertir, por la sola lectura de la demanda, cuya parte central se ha transcrito, el recurrente no señala ninguna de estas dos inescindibles cuestiones y se limita a decir que se produjo un error de hecho. Es más, lo que él pretende, en el fondo, es cuestionar propiamente la violación directa de la ley, o sea la forma como el juzgador entendió los delitos de estafa (imperfecto) y de falsedad (uso de documento asimilable a público), que, en su sentir, deben considerarse como uno solo, o sea, el descrito y penado en el artículo 234 del Código Penal. Para llegar a esta conclusión, no era vital desconocer las conclusiones probatorias, pues se puede y hasta debe coincidir con esta parte de la sentencia, provocándose el disenso únicamente en el análisis jurídico de los entes delictivos mencionados, para ver si es factible el concurso de esas dos infracciones o se reunen en una sola de ellas.

Finalmente, la firma "Purima Colombiana S. A.", contra la cual se dirigieron el atentado

patrimonial y la traición a la fe pública, bien pudo reportar un perjuicio económico de tal actividad. Basta, a este respecto, advertir que se constituyó en parte civil, diligencia procesal que le demandó gastos y esfuerzos, lo cual integra uno de los varios aspectos de la responsabilidad civil derivada del delito. Esto indica, a las claras, que el Tribunal no estuvo desacertado al prescindir de la aplicación del artículo 94 del Código Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 1º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, contra la sentencia proferida por esta Corporación, mencionada ya en su fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CUESTIONARIO A LOS JURADOS DE CONCIENCIA

Cómo se redacta. No hay nulidad cuando se pregunta: "Haber dado muerte en forma intencional"

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Estudio de la demanda

Bogotá, D. E., junio 13 de 1979.

1. Sentido de la impugnación.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

El actor, al amparo de la causal cuarta de casación (artículo 580-4), propone un cargo único a la sentencia de segunda instancia por considerar que fue dictada en juicio viciado de nulidad de rango constitucional (artículo 26 de la Constitución Nacional), consistente en que se violaron las formas propias del juicio porque al redactar el juez del conocimiento el cuestionario que sometió al jurado de conciencia, omitió el elemento moral propio del delito de homicidio según y como se encuentra determinado en el artículo 362 del Código Penal, por el cual fue llamado a responder en juicio. En orden a demostrar el reproche, discurre:

Aprobado: Acta número 46.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el 3 de agosto de 1978, mediante la cual confirmó la del Juzgado Segundo Superior de Honda del 15 de junio del mismo año que condenó a Alfonso Cañón Moreno, por el delito de homicidio, en la persona de Luis Reyes Pulido, imponiéndole las penas correspondientes.

"... como existen otros tipos del delito de homicidio de carácter doloso como lo son el preterintencional (artículo 365 del Código Penal), el concausal (artículo 366 ibídem), el consentido (artículo 368 ibídem), el consentido por causas de honor (artículo 369 ibídem) y el agravado o asesinato, obviamente (artículo 363 del Código Penal), es natural que al formularse un cuestionario al *iuri* por homicidio voluntario no basta preguntar si el mismo se produjo 'en forma intencional' porque la misma expresión podría emplearse para los otros tipos de homicidio antes reseñados. Ello significa que un cuestionario por homicidio voluntario, para que se cumpla con la exigencia del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, debe interrogar al *iuri* sobre el *propósito de matar* o *intención de matar* y no simplemente si el mismo fue intencional o no porque la *intención* pudo ser de matar o dar muerte, de causar una lesión pero se causó la muerte, de dar muerte pero la misma se produjo por la existencia de una concausa, de dar

Hechos

Quedaron reseñados por el Procurador Delegado interviniente, así:

"... En la galería o plaza de mercado del municipio del Líbano el día 2 de mayo de 1977, se presentó un altercado entre los señores Alfonso Cañón Moreno y Luis Reyes Pulido en el cual inicialmente hubo ofensas de palabra y luego de transcurridos algunos minutos volvieron a enfrentarse en el mismo lugar los contrincantes llegando a las agresiones de hecho, cuando Alfonso Cañón disparó su revólver contra Reyes Pulido causándole una herida en el abdomen a consecuencia de la cual éste falleció..."

muerte pero por causas de honor, etc. Y, si existen modalidades del delito de *homicidio* que siendo dolosas o intencionales no son típicas de la descripción del artículo 362 del Código Penal, pues obviamente para que haya precisión en un cuestionario por *homicidio voluntario* debe interrogarse por la *intención o propósito de matar* por ser éste el elemento subjetivo de dicho delito, y no si el homicidio fue intencional y nada más...”.

2. Respuesta del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se deseche la demanda, porque el cargo propuesto no puede prosperar en su sentir. De aquí, que exprese:

“...Los esfuerzos del recurrente por demostrar que el cuestionario sometido a consideración del jurado de conciencia estuvo mal elaborado porque omitía el aspecto subjetivo del delito, los términos de ese cuestionario dicen lo contrario, y son suficientemente claros, contienen todos los elementos contemplados en el artículo 362 del Código Penal, norma típica de la infracción por la cual se llamó a juicio al procesado. Si el jurado contestó que Alfonso Cañón sí era responsable de ‘haber dado muerte en forma intencional’ a Luis Reyes, no se advierte, ausencia ni confusión alguna respecto del elemento intencional del delito de homicidio puesto que la expresión ‘propósito de matar’ empleada en la norma tipo, diáfananamente se ve sustituida por la ‘en forma intencional’ empleada en el cuestionario, que lógicamente se refiere a la acción de ‘haber dado muerte’...”.

3. Consideraciones de la Corte.

El procesado fue llamado a responder en juicio, con intervención del jurado, por el delito de homicidio previsto y sancionado por el artículo 362 del Código Penal.

El cuestionario que, en consecuencia, se puso en consideración del jurado, quedó redactado en la siguiente forma:

“...¿El acusado Alfonso Cañón Moreno, hijo de Eduardo Cañón y Ernestina Moreno, de 43 años de edad en la fecha de su indagatoria, natural y vecino del Líbano (Tolima), casado, de profesión negociante (matarife) y alfabeto; es responsable sí o no, de haber dado muerte en forma intencional a la persona que en vida res-

pondría al nombre de Luis Reyes Pulido, por medio de herida causada con arma de fuego (revólver), hecho que tuvo ocurrencia el día 2 de mayo de 1977 en el perímetro urbano del Municipio del Líbano de este círculo Judicial?...”.

Esta es la pieza procesal que le ha dado pábulo al demandante para sostener que la sentencia del Tribunal Superior, se profirió con violación de las formas propias del juicio al acoger un veredicto de responsabilidad originado en ese cuestionario que no es fiel reflejo del hecho materia de la causa conforme se precisó en el auto de proceder.

En efecto:

Aduce que la expresión “haber dado muerte en forma intencional”, no es igual ni puede entenderse como la que emplea el artículo 362 del Código Penal, “propósito de matar”, para designar el elemento subjetivo o dolo propio de dicha infracción, por lo que incurrió el Juez que lo redactó en una impropiedad tal que permitía confundir las diferentes especies del homicidio con grave perjuicio para la defensa del procesado.

La Sala no encuentra diferencia sensible entre la expresión “haber dado muerte en forma intencional” empleada en el cuestionario y la de obrar “con el propósito de matar” que trae el artículo 362 del Código Penal para indicar el aspecto subjetivo del delito de homicidio llamado voluntario o de propósito, porque una y otra se refieren a la determinación de la voluntad de hacer o no hacer una cosa en orden a un fin, denotando así que en este tipo de ilícito la acción va dirigida por el ánimo de ocasionar la muerte de un semejante y, precisamente, cuando se inquirió si la acción de haber dado muerte a su víctima fue “en forma intencional”, se quiso preguntar y, se preguntó de manera inequívoca, sobre el propósito de matar que según el auto de proceder la presidió integralmente.

El argumento jurídico más decisivo para entender que no hubo desacierto o vaguedad al confeccionar el cuestionario con la expresión “intencional”, es el de que el delito a que se contrae el artículo 362 del Código Penal sólo reclama dolo y no como acontece con algunas modalidades del homicidio que exigen además una especial orientación del ánimo del agente y, con otras, donde se establecen motivaciones o agregados de acaeceres o de conductas no previstas en el tipo básico. Lo que permite concluir, por eliminación, que éste únicamente requiere el propósito o la intención de suprimir una vida humana.

Si no es posible en estas condiciones caer en perplejidades que pudieran desconcertar a las partes y a los jurados, hay que aceptar que el cuestionario fue elaborado como lo ordena el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, reflejando con absoluta fidelidad el tipo penal por el cual fue llamado a responder en juicio el acusado y que, por tanto, el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia condenatoria del tres de agosto del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Ibagué, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

Cómo se demuestra

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 13 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porras*.

Aprobado: Acta número 046.

Vistos

El Tribunal Superior de Cúcuta confirmó, sin modificaciones, la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual condenó a Néstor Sarmiento López y a otras personas a la pena principal de seis (6) años de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago, en abstracto, de los perjuicios causados con la infracción, como autores penalmente responsables de la comisión del delito de secuestro que les fue imputado en el auto de proceder.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el recurso de casación el defensor del condenado Néstor Sarmiento López, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual aquél presentó la correspondiente demanda, estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando

Los hechos fundamentales materia del proceso y el trámite dado a éste aparecen resumidos por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal en los siguientes términos, que la Corte estima ajustados a las pruebas y actuaciones del proceso:

“...El 7 de abril de 1976 el ciudadano venezolano Carlos Lucena Meléndez llegó al hotel ‘Villa Antigua’ de la población de Villa del Ro-

sario (Norte de Santander) encontrándose con sus amigos Carlos Sotelo o Soteldo, Luis Moreno, Francisco Soto (‘Paco’) y Justiniano Mendoza, con quienes departió animadamente hasta las primeras horas de la noche en que resolvieron salir con destino a Cúcuta en busca de mujeres conviniendo que los dos primeros se unirían al grupo en dicha ciudad...”

“...Lucena y Mendoza subieron a un vehículo conducido por Soto y luego de recorrer varios lugares se detuvieron frente a la cafetería ‘El Festín’ donde el conductor se apeó del automotor dejando prendidas las llaves en el encendedor (swiche). Al momento, tres sujetos desconocidos abordaron el carro llevándose consigo e intimidando con armas a sus ocupantes. Durante el recorrido dejaron en libertad a Mendoza y continuaron la marcha con Lucena amenazándolo de muerte si no pagaba determinada suma de dinero por su liberación...”

“...El 10 de abril, agentes del F-2 de la Policía rescataron al secuestrado en una casa del barrio ‘Los Motilones’ de la ciudad de Cúcuta, capturando a su vigilante Néstor Sarmiento López, quien había tomado en arrendamiento dicho inmueble y en cuyo poder se encontró un revólver calibre 38 largo, varios cartuchos y una vainilla...”

“...Revisada la habitación ocupada por Lucena fueron hallados un pedazo de gaza y dos ‘capuchas de media para dama’ (fl. 5)...”

“...Carlos Sotelo, propietario del vehículo interceptado, sirvió de negociador para la libertad del secuestrado recibiendo de Guillermo Castro la cantidad de \$ 194.880.00, según autorización escrita dada por Lucena (fl. 154)...”

“...Oído en indagatoria Néstor Sarmiento López confesó su participación en los hechos explicando haber sido contratado por dos sujetos desconocidos quienes le recomendaron tomar en arrendamiento la casa del barrio ‘Los Motilones’,

entregándole el arma y prometiéndole quince mil pesos por sus servicios; pero una vez enterado del verdadero propósito que los animaba quiso negarse a colaborar siendo amenazado por ellos (fls. 45 y ss.)...”.

“...Por estos hechos el Juzgado 25 de Instrucción Penal Militar ordenó la detención preventiva de Francisco Soto Guzmán y Néstor Sarmiento López disponiendo el emplazamiento de Carlos Sotelo o Soteldo, quien no compareció a rendir indagatoria por lo que fue juzgado en contumacia...”.

“... Clausurada la etapa investigativa el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta llamó a responder en juicio a los tres procesados por el delito de secuestro, en providencia que apelada ante el Tribunal Superior fue invalidada por esa Corporación (fls. 229 y 276 del expediente)...”.

“...El Juzgado Primero Penal del Circuito, al que correspondió conocer del asunto por impedimento del juez que venía actuando, calificó el mérito del sumario con sobreseimiento definitivo para todos los sindicados poniendo en libertad provisional a los que se hallaban detenidos (fls. 297 y ss.)...”.

“...Sometida a consulta esta determinación, el Tribunal Superior de Cúcuta apartándose del concepto de su colaborador fiscal, revocó los sobreseimientos decretados y en su lugar comprometió en juicio a los tres acusados por el delito de secuestro (fls. 329 y ss.)...”.

“...Adelantada la causa y celebrada la audiencia pública, sin la presencia de ellos, el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia del 5 de mayo de 1978 que los condenó a la pena principal de seis años de presidio; fallo que apelado por el defensor de Sarmiento López fue confirmado por el *ad quem*, mediante el que es objeto del recurso de casación...” (fls. 31 a 34).

Demanda de casación

Se impugna la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta al amparo de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de la ley sustancial debida a error de hecho proveniente de errónea apreciación de la prueba referente a la demostración del cuerpo del delito de secuestro imputado al procesado y con apoyo en ella se formulan las siguientes críticas:

1. No es posible que se pueda considerar genéricamente como prueba plena o completa del cuerpo del delito la simple denuncia de la vícti-

ma, si ésta está plagada de tremendas contradicciones, que el casacionista pone de presente.

2. El informe de la Policía Judicial no indica cómo, quiénes y por qué los agentes de ese organismo se presentaron al rescate de la víctima, luego el rendido en este asunto no es propiamente un informe, ni prueba plena o completa, ni resiste la menor crítica.

3. El decomiso del arma es un hecho físico, que en sí no prueba nada.

4. Los implementos hallados en el lugar del rescate no fueron utilizados para maniatar al supuesto secuestrado, de quien el informe policivo correspondiente no indica que hubiese sido hallado atado y vendado.

5. La xeroscopia de la misiva pidiendo el dinero del rescate no es prueba verdadera respecto del hecho físico del secuestro sino, a lo sumo, del requerimiento hecho para sufragar los gastos de la tragicomedia del autosecuestro.

6. La declaración de Guillermo Castro se limita a afirmar que entregó el dinero al amigo Carlos Atahualpa Sotelo y que éste le firmó el recibo correspondiente, lo que tampoco demuestra el pago del precio del rescate.

En conclusión, sostiene el demandante:

“...las pruebas —todas a una— nos llevan a la inequívoca conclusión de que no se dio la figura delictiva prevista en la Ley 21 de 1973, artículo 4º; por el contrario, las mismas nos prueban plenamente que se sucedió un ‘autosecuestro’. Es esta posición jurídica la adoptada por el ilustre Colaborador de la Sala Penal del Tribunal cuando dijo:...”

“... cree la Fiscalía que en el actual momento procesal el alcance de esas pruebas no puede llegar a arrojar convicción total o absoluta, esto es, ‘plena’, de la responsabilidad de ellos ya que se aprecia frágil, carente de contextura, o vigor, resumidamente deleznable ese piso de su atribuidad jurídico-penal de su reproche legal que cuando más podría dar fundamento para una convocatoria a juicio, o sea, para una simple probabilidad de responsabilidad penal, pero en ninguna forma satisfacer de manera total los requisitos legales indicados en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, esto es, de manera ‘plena’, o sea sin lugar a duda de ninguna naturaleza...”.

“...Tan cierta y juiciosa es la apreciación de la Fiscalía, que el mismo Juez *ad quem*, tenía duda sobre la pureza, calidad y pujanza de la

prueba; pues en el llamamiento a juicio ordenó ampliar la declaración de Carlos Lucena; tomar declaración a Luis Moreno, y realizar los careos necesarios en los puntos en desacuerdo. Si tales probanzas no se recaudaron, creemos, muy respetuosamente, que la duda persistía y que, mal podría trocarse, sin razón jurídica, en plena y completa prueba...”.

“...Las anteriores consideraciones bastan para concluir que el día 7 de abril de 1976, no ocurrió el hecho por el cual fueron condenados Néstor Sarmiento López, Francisco Soto Guzmán y Carlos Atahualpa Sotelo en primera y segunda instancia; pues, el *ad quem*, incurrió en error de hecho, al emitir un juicio de existencia falso, al reconocer vivencia jurídica al hecho imputado, creyendo que la prueba de existencia del mismo obraba en el proceso, violando flagrantemente los artículos 215 y 216; al primero, por darle a la prueba un alcance probatorio que no tiene, y al segundo, por su no aplicación...”.

“...Por lo tanto, muy respetuosamente solicito de esa Entidad Judicial, invalide el fallo mencionado y en su lugar profiera el que se ajuste a derecho, según lo determina el numeral primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal” (fls. 26 a 27).

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con fundamento en las siguientes consideraciones:

“...Es verdad que la sentencia objeto del recurso extraordinario no contiene a plenitud los requisitos exigidos por el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, respecto a la redacción de esta clase de providencias; pero también lo es, que el sentenciador de segundo grado al referirse a la prueba relacionada con la existencia de la infracción imputada y la responsabilidad del acusado se remitió expresamente, dándolas por reproducidas, a las consideraciones hechas sobre el particular por el juez que dictó la sentencia de primera instancia, que son las mismas que tuvo en cuenta para revocar los sobreesi-mientos consultados residenciando en juicio a los procesados...”.

“...Y como quiera que las dos sentencias conforman una unidad jurídica indisoluble, en virtud de que la una ratifica lo resuelto por la otra, sobre la base de los mismos presupuestos fácticos y jurídicos, las deficiencias de redacción advertidas por el impugnador no entrañan irregulari-

dad que afecte la validez del acto jurisdiccional o generen incertidumbre que impida conocer con precisión los fundamentos del fallo de condena. Tan evidente es lo anterior, que el recurrente al concretar la acusación criticó las pruebas en que se basó la sentencia...”.

“...El error de hecho manifiesto recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona y reclama para su prosperidad ‘una antinomia nítida entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador’. El error de derecho, en cambio, tiene íntima relación con la norma que regula la forma de aducción de la prueba al proceso, o le fija su mérito legal de convicción...”.

“...En ambos casos la incidencia del error en las conclusiones de la sentencia debe mostrarse con fuerza inobjetable...”.

“...El ataque al fallo recurrido se puntualiza en errores de hecho manifiestos en la valoración del recaudo probatorio tenido en cuenta por el sentenciador para dar por demostrada la infracción y la responsabilidad del procesado, pero en la sustentación de dichos yerros el demandante no precisa ninguna de las tres hipótesis en que tal evento puede darse. Acepta que los medios de convicción fueron regularmente aducidos al proceso. Discute o controvierte simplemente el valor probatorio a ellos reconocido por el fallador de segundo grado...”.

“...Fluye de lo expuesto, que la acusación resulta desenfocada al plantearse como error de hecho una situación atinente al mayor o menor valor de convicción reconocido por los jueces de instancia al acervo probatorio, modalidad ésta propia del error de derecho...”.

“...Por lo demás, el actor critica la prueba anteponiendo sus personales y subjetivos puntos de vista a los aducidos por el juzgador para asignarles valor incriminatorio, sin lograr demostrar el error en que éste incurrió ni menos, la incidencia del mismo en las conclusiones del fallo de condena...”.

“...Tampoco, citó las disposiciones legales relativas a la producción de la prueba y lo que es más importante, dejó de mencionar aquéllas que fijan valor probatorio a los medios de convicción cuestionados, haciéndose imposible la demostración del yerro atribuido, es decir, si el Tribunal Superior al apreciarlos les asignó un alcance probatorio superior o inferior al señalado por la ley...”.

“...La circunstancia de que el error de hecho manifiesto se fundamente en razonamientos pro-

pios del error de derecho es desatino suficiente para desestimar la impugnación en razón de que tal planteamiento entraña insubsanable falta de técnica...".

"...Se afirma en la demanda que los indicios allegados al proceso, insularmente considerados, no constituyen prueba plena o completa de los extremos exigidos por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, para dictar sentencia condenatoria, lo que en parte es valedero. Pero no puede perderse de vista que las pruebas deben ser confrontadas y valoradas en su conjunto, que la captura del sindicado Sarmiento López, en compañía del secuestrado, el hallazgo en su poder de un arma de fuego, la entrega de considerable suma de dinero por el rescate, el haberse encontrado en la habitación ocupada por Lucena elementos idóneos para venderlo y maniatarlo, y, la confesión no desvirtuada son indicios vehementes que valorados en su conjunto, gravedad y conexidad constituyen plena prueba de la infracción y la responsabilidad del procesado, según las voces del artículo 218 del Estatuto Procesal Penal...".

"...Las protuberantes fallas de técnica en la formulación de los cargos impiden un pronunciamiento sobre la cuestión debatida, máxime que el demandante a más de repetir, con distinto léxico, los mismos razonamientos expuestos en las instancias, confundió el error atribuido al fallador...".

"...En tales condiciones, los múltiples reparos formulados a la sentencia no pueden prosperar..." (fls. 38 a 42).

Considerando:

1. Como es fácil advertir del escrito de demanda, no demuestra el casacionista, en modo alguno, que el Tribunal hubiese incurrido en error de hecho que aparezca manifiesto de autos, circunscribiendo su alegato al desconocimiento del valor probatorio dado por los jueces de instancia a las pruebas indicadas en el fallo correspondiente, sin acreditar que demuestran en forma inequívoca hechos o circunstancias contrarios a los deducidos de ellos por los funcionarios correspondientes, vale decir, sin comprobar que hay una ostensible oposición entre lo que las pruebas indican por sí mismas y el juicio que de ellas han obtenido los falladores de instancia.

Como en forma reiterada lo ha dicho la Corte a lo largo de más de treinta años, para que prospere el cargo consistente en haber incurrido el

fallador en error en la apreciación de las pruebas es indispensable que en el proceso aparezca protuberante, esto es, notoriamente, que el juzgador de instancia dio a aquellas una estimación que en nada se ajusta o corresponde a lo que lógica o jurídicamente se desprende de las que obran en el expediente, "pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba que parte de los Tribunales" (sentencias de 28 de marzo de 1946, LX, 267 y 27 de febrero de 1970, CXXIII, 198).

Las siete (7) importantes pruebas y diligencias indicadas en la sentencia respectiva para declarar demostrado el cuerpo del delito, ya estimado así desde el auto de proceder, sin que diligencias posteriores de la etapa probatoria del juicio las hubiesen desvirtuado o infirmado bastan, por ellas mismas, para concluir que el acervo probatorio resultaba más que suficiente para haber hecho la declaración correspondiente, sin que puedan oponerse al vigor y número de ellas las simples e infundadas afirmaciones del casacionista en el sentido de que de nada sirven procesalmente.

No puede desconocerse el valor de la extensa pormenorizada y circunstanciada denuncia del señor Carlos Alberto Lucena Meléndez, por ejemplo, afirmando que adolece de tremendas contradicciones porque el denunciante habla en plural y no en singular, o porque en ella afirma que los agentes del F-2 le mostraron unas placas, o porque al ser preguntado si se llamaba Carlos Lucena respondió que sí, como se llamaba en efecto; ni puede negarse el mérito probatorio del informe de la policía judicial porque no se indica en él cómo, quiénes y por qué aquéllos se presentaron al rescate; ni puede subestimarse el tremendo valor indiciario del hallazgo y decomiso de un arma en poder de uno de los secuestradores; ni hacerse de lado el gravísimo indicio que se infiere lógicamente del hecho de haber sido hallados implementos propios para maniatar a las personas secuestradas en el lugar donde lo fue la víctima en este asunto, aunque no lo estuviese al momento de su hallazgo por la policía; ni desconocerse, tampoco, el mérito probatorio de la xeroscopia del escrito en el que se hacía la exigencia del dinero, simplemente porque se estima que la entrega no estuvo sujeta a plazos, a dilaciones o a otras condiciones; ni puede negarse, finalmente, el valor de la declaración de Castro, cuando afirma que hizo entrega real y efectiva del dinero que se le solicitaba por su amigo secuestrado.

Por lo demás, ya el Tribunal había hecho desde el auto de proceder, un minucioso, fundamentado y razonado análisis de las diligencias, particularmente de la indagatoria del procesado Sarmiento López, de las cuales era forzoso concluir que los hechos consignados en el proceso demostraban la existencia del delito de secuestro y no una simple suposición o fingimiento de tal delito por parte de la propia víctima, análisis que la Corte comparte y a cuyo texto se remite (fls. 333 a 338) para concluir que en el proceso aparecen, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio al condenado y la de que éste es penalmente responsable de su comisión.

No prospera, pues, el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando jus-

ticia en nombre de la República y por autoridad de la ley, visto el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de origen y fecha indicados en esta providencia.

Notifíquese y envíese el expediente a la oficina de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CASACION

Técnica en la presentación de la demanda

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 13 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 46, de junio 13/79.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto contra la sentencia de 21 de julio de 1978, originaria del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el proceso que por homicidio se siguió a Julio Orlando Vásquez Ruiz y José Vicente Fernández Cañón. El recurso fue interpuesto por el defensor del primero.

1. Los antecedentes:

En la tarde del 5 de abril de 1976 se efectuó el hallazgo del cadáver de Alvaro Sabogal Vásquez, bajo un puente sobre el río Grande, en la carretera que del Boquerón conduce a Pandi, y se comprobó que tenía once heridas de arma cortopunzante. El vehículo de servicio público que conducía se encontraba después de pasar el puente, al costado izquierdo, y con huellas de sangre. Mediante la colaboración de Gilberto García, conductor de un autobús que pasa en su recorrido por ese sector, se dio captura a José Vicente Fernández Cañón y a Julio Orlando Vásquez Ruiz, que viajaban hacia Icononzo en un carro de servicio público.

En las averiguaciones que inicialmente hicieron en forma voluntaria ante funcionarios policiales se refirieron a dos desconocidos como autores del hecho pero más tarde Vásquez Ruiz

afirmó que Fernández Cañón había acuchillado a Sabogal Vásquez y que él sólo le había ayudado, por temor a sus amenazas, a tirar el cadáver al río, al paso que Fernández Cañón dijo lo mismo de Vásquez Ruiz. Esta posición de acusaciones recíprocas no varió en careo. En la etapa probatoria del juicio, Fernández Cañón que había sido recapturado, solicitó se le escuchara en ampliación de indagatoria y dijo que había dado muerte a Sabogal Vásquez y planteó una hipótesis de legítima defensa. En nueva diligencia de careo los dos sindicados quedaron de acuerdo.

2. La actuación procesal:

Inició la investigación el Juzgado 73 de Instrucción Criminal y fue continuada por el número 48 en donde se emitió auto de detención para los dos indagados el 12 de abril del año de los hechos. Al día siguiente se produjo la fuga de Fernández Cañón, quien fue recapturado con posterioridad al auto de enjuiciamiento.

El proceso correspondió al Juzgado 3º Superior de Bogotá y allí, luego de cerrada la investigación, se produjo el llamamiento a responder en juicio ante Jurado y por un delito de homicidio agravado cometido en complicidad correlativa para los dos indagados (auto de 25 de octubre de 1976).

Realizada la audiencia pública el Jurado contestó el cuestionario formulado para Fernández Cañón, así: "Sí es responsable de homicidio voluntario", y el correspondiente a Vásquez Ruiz, así: "Sí es responsable de homicidio voluntario como cómplice". El juzgador de primera instancia consideró a Fernández Cañón como autor del homicidio y a Vásquez Ruiz como cómplice no necesario del mismo y les impuso como pena principal la de 10 años y 56 meses de presidio, respectivamente, en sentencia de 24 de abril de 1978.

La segunda instancia se abrió por apelación y el Tribunal Superior de Bogotá, consideró que se había declarado a los procesados como cómplices correlativos en el homicidio y reformó el proveído de primera instancia para nivelar en siete años y medio de presidio la pena de ambos.

3. La demanda de casación:

Con apoyo en la causal 3ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula el censor un cargo que hace consistir en lo que considera contradicción de los veredictos. En cuanto a Fernández Cañón el Jurado acepta la complicidad correlativa y, por tanto, que se desconoce al autor (artículo 385 del Código Penal), pero al responsabilizarlo por homicidio voluntario "afirma la existencia de un autor conocido". Más claramente, que afirma y niega, a un mismo tiempo, la existencia de autor conocido. En cuanto a Vásquez Ruiz, a quien representa, la situación es igual pues envuelta en el cuestionario la cuestión referente a la complicidad correlativa el Jurado afirmó la complicidad simple, es decir, que auxilió al autor conocido, autor éste que, al mismo tiempo se desconoce.

Continúa diciendo que el Jurado quiso afirmar la autoría del hecho en cabeza de Fernández Cañón y la complicidad no necesaria para Vásquez Ruiz, pero al no negar la complicidad correlativa y al omitir la palabra "autor" en cuanto al primero, se creó la contradicción alegada. El juzgador desconoció los artículos 519 y 567 del Código de Procedimiento Penal porque no dictó sentencia de acuerdo con el veredicto, de un lado, y por no declarar la contraevidencia del mismo, de otro. Solicita el censor, de prosperar este cargo, la devolución del proceso a la primera instancia para que se convoque nuevo jurado.

Un segundo cargo lo apoya en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal pues afirma que la sentencia no está de acuerdo con el veredicto del Jurado, porque éste diferenció perfectamente la situación de los dos procesados pero el Tribunal los equiparó. Esto, porque reconoció la autoría de Fernández Cañón, que, por otra parte, "era relievante, ostensible e innegable" y la complicidad no necesaria para Vásquez Ruiz, pero la sentencia modificó el veredicto para violar así los artículos 20, y 362 del Código Penal y 519 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional. Solicita invalidar la sentencia y emitir la que debe reemplazarla.

4. La contestación del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que no son contradictorios los veredictos emitidos por el Jurado, ni individualmente considerados, ni relacionando uno con otro, porque uno de ellos afirma la responsabilidad de un enjuiciado al decirlo autor material del homicidio mientras el otro se refiere al segundo procesado para afirmar que fue cómplice del mismo y autoría y complicidad "como formas de la participación en el delito no se excluyen recíprocamente sino que, por el contrario, se complementan". Además dice, la alegación acerca de que el Jurado no se pronunció sobre la complicidad correlativa incluida en el cuestionario es cuestión que en nada incide para el cargo formulado porque "la contradicción sólo resulta de los términos inconciliables de la respuesta". Al final del examen de este cargo, que en su concepto no debe prosperar, apunta: "Por lo demás, los razonamientos expuestos en la demanda llevan a demostrar exactamente lo contrario de lo que se propuso el libelista".

Afirma sí que la sentencia fue dictada en desacuerdo con el veredicto porque, con base en la aceptación que Fernández Cañón, hizo de su autoría, el Jurado rompió la complicidad correlativa del enjuiciamiento y determinó el grado distinto de responsabilidad que a uno y otro procesados corresponde. En consecuencia, el Tribunal al considerar que el veredicto dejaba viva la complicidad correlativa, erró. Concluye así: "Fluye de lo expuesto, una manifiesta desarmonía entre la sentencia acusada y el veredicto del Jurado que condujo a la aplicación indebida de normas penales sustantivas que no lo reflejan y a la falta de aplicación de las que sí lo traducen". Este cargo, en su concepto, debe prosperar y permite casar parcialmente la sentencia con relación al procesado Vásquez Ruiz y dictar el fallo que deba reemplazarla.

5. Las consideraciones de la Sala.

La demanda, pese al autorizado concepto del Ministerio Público que solicita atenderla en parte, no puede prosperar porque resulta contradictoria en el planteamiento de sus temas y en el desarrollo de los mismos.

En uno y otro de los dos cargos que formula aparecen los veredictos del Jurado como núcleo de todas las argumentaciones para la sustentación del recurso. Por el primero, formulado al amparo de la causal tercera, sostiene que los veredictos

son contradictorios sea que se les examine por separado, sea que se les relacione y combine, hasta el punto de calificarles de "galimatías imposible de aplicar". Y, para mayor abundamiento censura el que no se les hubiera declarado contrarios a la evidencia de los hechos en las instancias. Con cita expresa del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal por el segundo de los cargos, que ubica en el ámbito de la causal segunda, sostiene que esos veredictos concretan el querer del Jurado al afirmar una responsabilidad mayor (autoría) para el procesado no recurrente, y otra menor (complicidad no necesaria) para su defendido y critica la sentencia porque consideró subsistente la hipótesis de complicidad correlativa que se consignó en el auto de calificación y que los cuestionarios recogieron.

Bien se ve de lo dicho que las dos proposiciones se contradicen sin que importe que se las coloque bajo el ámbito de causales distintas o que se diga de la primera que se formula como principal y de la segunda que se introduce como subsidiaria. En consecuencia, no puede pedirse la eliminación de la sentencia por haberse erigido sobre veredictos contradictorios, y como tales inexistentes, y afirmar, inmediatamente y con olvido absoluto de lo primeramente dicho, que tales

veredictos son válidos y que el juzgador equivocó las cosas pues los interpretó de mala manera.

Así concebida la demanda demuestra inseguridad en la concreción de los cargos y evidente carencia de técnica en el manejo de los mecanismos propios de la casación y se disuelve ante cualquier intento de otorgarle mérito porque deja la perplejidad de saber si los veredictos atacados son contradictorios o no. En estas condiciones la demanda no puede prosperar.

Por las consideraciones que anteceden, 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 y devuélvase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR DE HECHO MANIFIESTO

Debe ostentar los caracteres de la evidente, es decir, de lo que se impone a primera vista

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 19 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 46, de junio 13/79.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de la cual condenó a Wabig Palis García por los delitos de estafa e infracción al Decreto 1135 de 1970 y absolvió a Diógenes Mendoza Gil por los mismos hechos.

Hechos y actuación procesal

El Ministerio Público los precisa en la forma que se dice a continuación.

“Ejercitose la acción penal en este evento por denuncia formulada por el señor Mauricio Rapag Mattar contra los señores Wabig Palis García y Diógenes Mendoza Gil, comerciante y agente del Banco de Colombia en Algarrobo, en su orden, a quienes atribuye la comisión del delito de estafa, y que concretamente hace consistir en los hechos de que el primero de los denunciados adquirió del denunciante enormes cantidades de queso que pagó con cheques contra la citada entidad bancaria en cuantía total de \$ 658.418.00 (cuatro en total y cuyas fotocopias obran en la investigación), y que no fueron pagados, después de efectuarse las operaciones de canje en la Caja Agraria y el Banco del Comercio de Fundación, debido a la morosidad maliciosa del segundo de

los inculcados en reportar oportunamente que dichos títulos valores carecían de fondos suficientes.

“En efecto, el señor Mauricio Rapag hizo las consignaciones pertinentes en las mencionadas entidades crediticias oportunamente y los documentos que representan los valores parciales de los instrumentos negociables fueron remesados a la agencia del Banco de Colombia de Algarrobo para la debitación de la cuenta corriente del señor Wabig Palis García, pero su gerente señor Diógenes Mendoza Gil no le dio la tramitación indicada en los reglamentos del Banco, pues omitió ponerle a los cheques recibidos en canje la fecha de recibo y lo que es peor aún no contestó oportunamente a las entidades bancarias de origen que los documentos de crédito no tenían fondos, no obstante los continuos requerimientos que se le hicieron al respecto, y el cheque que remesó el Banco del Comercio de Fundación los dio por perdidos.

“Los hechos anteriormente relatados dieron lugar a que por auto del 15 de octubre de 1975 se abriera la pertinente investigación penal. Perfeccionada la etapa sumarial, el Juzgado 1º Promiscuo de Fundación calificó el mérito del sumario con auto de vocación a juicio en contra de Wabig Palis García y Diógenes Mendoza, por los delitos de Estafa e Infracción al Decreto 1135 de 1970, en calidad de autor y cómplice necesario, respectivamente. Tramitada la causa el citado juzgado puso fin al proceso por medio de sentencia dictada el 30 de mayo de 1977 y en ella condenó a los dos procesados mencionados. Finalmente el Tribunal de Santa Marta profirió la sentencia de que se ha dado cuenta”.

La demanda de casación

Contra la sentencia absolutoria favorable a Diógenes Mendoza Gil, se formula un solo cargo

con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, o sea, por violación indirecta de la ley sustancial, falta de aplicación del artículo 408 del Código Penal por error de hecho manifiesto en la apreciación de pruebas trascendentales demostrativas de la responsabilidad del sindicado, pero cuya omisión por el sentenciador se tradujo en la absolución de aquél.

Seguidamente el actor analiza una pluralidad de indicios que no tuvo en cuenta el Tribunal Superior de Santa Marta y que examinados en su conjunto y separadamente hubieran concluido con la condena de Mendoza Gil, en condición de cómplice necesario del condenado Wabig Palis García.

El concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal concuerda con las argumentaciones del recurrente y luego de pormenorizado estudio de cada uno de los indicios que según él no tuvo en mientes el sentenciador, tras un esfuerzo lógico meritorio, concluye que el fallo acusado adolece de los yerrores anotados por el actor.

Consideraciones de la Sala

El error de hecho manifiesto en el cual la casación colombiana permite fundar el recurso extraordinario, debe ostentar los caracteres de lo evidente. Es decir, de lo que se impone a primera vista, sin que su demostración exija ningún esfuerzo dialéctico por el censor o por los jueces en sede de casación. Y repercutir en las conclusiones de la sentencia con fuerza determinante, de forma que, sin su concurso, el juzgador hubiera definido la situación del sindicado en sentido distinto del contenido en el fallo censurado.

Muy difícilmente se puede extraer un error de tal naturaleza de un concurso indiciario y solamente cuando unos y otros indicios se muestren en tan íntima y no discutible vinculación que pueden exhibir en su conjunto la fuerza de lo ostensible o evidente.

Es probable que los hechos indiciarios señalados por el impugnador y por el Ministerio Público, de haber sido analizados por el sentenciador en paridad de criterios y de argumentaciones con ellos, lo hubiesen llevado a concluir en forma distinta de como lo hizo. Pero lo probable no es lo manifiestamente claro, ni lo que

de suyo se impone con fuerza incontrastable. Y es justamente el rigorismo lógico de que hace gala el raciocinio del Procurador, para oponer su propio criterio al criterio del sentenciador, lo que pone en evidencia que el error de hecho que a la postre se le atribuye, si existe, no se ofrece a sus críticos con los caracteres ni con la fuerza de lo que no requiere demostración. Por el contrario: la censura y el Ministerio Público extraen sus conclusiones, opuestas a las del sentenciador, de un pormenorizado análisis de la pluralidad de indicios reseñados por ellos, ninguno de los cuales, considerado aisladamente o en sus implicaciones con los demás, ostenta el vigor de lo evidente. Por ello afirma el Procurador: "Los hechos que se dejaron relacionados en precedencia constituyen una serie indiciaria de una incontrastable capacidad probatoria. Se trata no solamente de una circunstancia aislada, sino de una armónica y concatenada variedad de indicios de los cuales emerge la prueba de la colaboración que el gerente del banco prestó para la realización del ilícito. Además, en materia de acuerdo de voluntades no siempre la prueba es fácil, pues no es frecuente la confesión de los implicados, razón que obliga al juzgador a que la deduzca por vía de inferencia y, concretamente, a través del análisis de la prueba de indicios".

Referido el criterio del Ministerio Público a la tarea que incumbe al sentenciador, es inobjetable. Pero es justamente lo contrario de la tarea atinente al impugnante en casación, cuando se propone demostrar la existencia de un error de hecho manifiesto. A él le basta con indicar cuál de las pruebas omitidas por el fallador se ofrece con mérito suficiente para fundar la decisión que se pretende con la censura, o cual otra, de idéntico valor demostrativo, que no existía en el proceso, fue supuesta por el sentenciador para extraer de allí sus conclusiones, o, finalmente, que la prueba que dio cimiento a la decisión impugnada fue distorsionada por tal modo ostensible por el juzgador, que la versión judicial de dicha prueba, con fuerza determinante en la sentencia, valga lo mismo que su omisión palpable o su inexcusable suposición.

Queda claro así que los imperativos del error de hecho manifiesto de que trata el cuerpo segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cobran realidad en el mundo de lo objetivo concreto y no en el de las inferencias y deducciones lógicas a las que puede abrir camino, pero que, en ningún caso son obligado presupuesto suyo.

Son suficientes las consideraciones que preceden para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASE la sentencia recurrida.

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

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CUESTIONARIOS EN LOS PROCESOS CASTRENSES

Se ha dicho ya en reiterada jurisprudencia que la formación de los cuestionarios equivale a la elaboración del auto de proceder en el proceso ordinario

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 21 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 48, de junio 21/79.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación formulado a la sentencia de 3 de octubre de 1978, del Tribunal Superior Militar, mediante la cual se condena a Darío Galeano Campos como autor responsable del delito de homicidio en Rogelio Castro Muñoz.

1. Los hechos que originaron el proceso:

Del examen del expediente se sabe que el día 26 de septiembre de 1977, a eso de las 24:00 horas, por los lados de la carrera 5ª con calle 70 y cuando uno y otro prestaban servicios de vigilancia, el policial Rubén Darío Galeano Campos dio muerte de un disparo de revólver a su colega Rogelio Castro Muñoz, como culminación violenta de una discusión por cuestiones personales que sostuvieron.

2. La actuación procesal subsiguiente:

Inició la investigación el Juzgado 77 de Instrucción Penal Militar en auto de 28 de septiembre del año de los hechos y después de indagar a Galeano Campos, recibir varios testimonios y practicar otras pruebas le dictó auto de detención el 13 de marzo de 1978. Mediante Resolución

número 041 de 15 de mayo de ese mismo año el Coronel Comandante del Departamento de Policía Bogotá, Juez de primera instancia, convocó a Consejo Verbal de Guerra (artículos 347, 566, 588 del Código de Justicia Penal Militar y Decreto 2260 de 1976, sobre estado de sitio).

Para el cuestionario planteado los vocales, por unanimidad, afirmaron la responsabilidad de Galeano Campos por homicidio en Castro Muñoz. Sobre esta base el Comandante del Departamento de Policía Bogotá, emitió sentencia el 6 de julio siguiente para condenarle a la pena principal de ocho (8) años de presidio y citó como disposición aplicable el artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar. En la segunda instancia el Tribunal Superior Militar, en providencia de 3 de octubre de 1978, dijo: "Todo ocurrió por razones ajenas al servicio, lo que viene a determinar que la acción delictiva queda enmarcada dentro de los preceptos pertinentes del Código Penal" (fl. 238). Conservó la pena y sólo modificó la sentencia de primera instancia para decir que se condenaba al procesado como "autor responsable del delito de homicidio común".

3. La demanda de casación:

Invoca el demandante la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque en su parecer la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad. Afirma, con citas de la sentencia que impugna, que la Resolución de convocatoria a Consejo de Guerra "falla por su base" pues allí se hizo un llamamiento a juicio según el Código Penal Militar y no según el Código Penal. Los vocales, enterados del contenido de dicha Resolución, "juzgaron de acuerdo con la misma". En este orden de cosas, dice: "En resumidas cuentas se convocó el Consejo para

juzgar una cosa y dentro de él se juzgó otra''. Además, dice, existe una mala confección del cuestionario pues se debió incluir dentro de él: "... que el hecho no tuvo ocurrencia con ocasión o por causa del servicio o de funciones inherentes al cargo''. Por este aspecto no se observaron las indicaciones previstas en el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar "por medio del cual se estaba juzgando en ese momento, sin aceptar con ello que fuere el aplicable".

4. La opinión del Ministerio Público:

Considera el Procurador Delegado para la Policía Nacional que no debe casarse la sentencia impugnada porque si se trata de buscar una incongruencia entre la Resolución que convocó a Consejo de Guerra y la sentencia de 2º grado, resulta que dicha discordancia debe encontrarse, para que tenga resonancia, entre el cuestionario y la sentencia, pues es en el primero en donde se concretan los cargos de que debe defenderse el procesado. En el caso de autos, agrega, se trataba de un delito común cuyo juzgamiento, en razón del sujeto activo, correspondía a la Justicia Penal Militar, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 306 del Código de Justicia Penal Militar, no de una infracción realizada en las circunstancias previstas en el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, orgánico de la Policía Nacional. Además, si se tiene en cuenta la similitud que existe entre los artículos 194 del Código de Justicia Penal Militar y 362 del Código Penal, no se ve cuál el perjuicio que puede irrogarse al procesado con la aplicación de uno u otro. El cuestionario, por otra parte, se sujeta perfectamente al artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, el procesado gozó a plenitud de su derecho de defensa, la sentencia fue emitida en consonancia con el veredicto.

5. Las consideraciones de la Sala:

Si lo que alega el censor es que al procesado se le llamó a responder en juicio por un determinado delito y se le condenó por otro, sus afirmaciones resultan inaceptables pues el homicidio es el mismo en el artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar y en el artículo 362 del Código Penal. La única diferencia que entre las dos disposiciones existe se refiere a la inclusión, en la primera de ellas, de las palabras: "El militar que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo..." con las cuales solamente se señalan un sujeto activo calificado y condiciones especiales de su

comportamiento encaminados, uno y otras, a fijar la competencia juzgadora sin desvirtuar en nada la naturaleza de la infracción.

Si sostiene que al caso de autos se le imprimió el procedimiento que es propio de la justicia castrense y, por tanto, no se podía desembocar en una condena adoptada con base en una disposición ubicada en el Código Penal de la Justicia Ordinaria, tampoco sus argumentaciones son válidas porque nada obsta para que así se proceda. El homicidio aquí contemplado fue cometido por un miembro de la Policía en servicio activo pero nada tuvo que ver con el carácter oficial de su autor toda vez que se debió a motivaciones de estricto orden personal. Sobre esa base probatoria innegable tuvo razón el juzgador de segunda instancia al enmendar la sentencia de primera para aclarar que la conducta del procesado se rige por el artículo 362 del Código Penal y no por el 194 del Código de Justicia Penal Militar. Por otra parte, se trataba de un punto atinente a la competencia y bien se sabe, y así lo ha dicho la Sala en otras ocasiones, que a la Justicia Penal Militar corresponde el juzgamiento de los delitos atribuidos a miembros de la Policía, sean éstos comunes o propios, cuando el país, o parte de él, se encuentra en estado de sitio como en el caso presente sucede.

Cabe agregar a lo dicho acerca de que la utilización del Procedimiento Penal Militar no es incompatible con la aplicación de normas sustantivas penales ordinarias que ello se comprueba con el examen de todas las normas mediante las cuales se han asignado a la competencia de jueces militares, por turbación del orden público y declaratoria de estado de sitio, el conocimiento de infracciones pertenecientes al elenco de la justicia ordinaria, así como el juzgamiento de sus autores mediante el procedimiento previsto en aquella jurisdicción especial. En este asunto se siguió el trámite de los Consejos de Guerra Verbales y se emitió la sentencia con base en el Código Penal y no por ello hay incorrección en lo actuado, según se deja establecido.

Si se trata de encontrar discordancia entre el llamamiento a responder en juicio y la sentencia, esa discordancia no puede encontrarse, como lo pretende el impugnador, enfrentando esta última a la Resolución mediante la cual se convocó a Consejo de Guerra Verbal sino al cuestionario que se sometió a la consideración de los vocales. Se ha dicho ya en reiterada jurisprudencia que la formulación de los cuestionarios en el proceso castrense equivale a la elaboración del auto de proceder en el proceso ordinario y que es suma-

mente claro el artículo 493 del Código de Justicia Penal Militar cuando dice: "En el procedimiento de Consejo de Guerra Verbales se considera que hay causa a partir de la formulación de los cuestionarios". Si en el cuestionario se incluyó la frase: "cuando ambos estaban en servicio" para referirse a la víctima y al victimario, solamente se enunció una circunstancia de tiempo y no una condición especial de comportamiento. Ella indica, solamente, que el hecho ocurrió cuando sus dos protagonistas prestaban labores de vigilancia en sitios cercanos de la ciudad y al encontrarse frente a frente, en un determinado momento, discutieron por razones de carácter privado y muy alejadas de la prestación del servicio como toda la prueba lo indica.

Que no hay concordancia entre la Resolución de convocatoria porque allí se cita el artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar y al cuestionario no se ajusta en su totalidad a dicha previsión, es cierto pues así se desprende de la confrontación de esas dos piezas. Pero esa contradicción nada representa si se tiene en cuenta que prevalece el cuestionario por ser allí donde se concretan los cargos y porque con su formulación

empieza la causal tal como se ve en la disposición citada en el párrafo que antecede. Sentencia y veredicto, en el caso presente, guardan perfecta armonía y no se ve razón, por esto y por lo antes dicho, para casar la sentencia impugnada.

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 objeto del recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Sus requisitos para que prospere (Artículo 584, numeral 5º). Cómo se demuestra el cumplimiento del pago de alimentos

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 21 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porras*.

Aprobado: Acta número 048.

Vistos

El condenado Rodulfo Romero Ninco, por medio de apoderado, ha propuesto el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de 27 de noviembre de 1976 por medio de la cual el Juzgado Quinto Penal Municipal de Neiva le declaró autor penalmente responsable del delito de inasistencia familiar que le fue imputado en el auto de proceder y le impuso la pena principal de seis (6) meses de arresto, multa por valor de un mil pesos (\$ 1.000.00) y la obligación, en abstracto, de pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

Antecedentes

1. Teresa Morales Vidarte en representación de su menor hijo Rodulfo demandó al padre natural de éste Rodulfo Romero Ninco ante el Juzgado Civil de Menores de Neiva, por incumplimiento de sus obligaciones de padre, despacho que le condenó al pago de una cuota alimentaria a favor de su menor hijo por valor de cien pesos (\$ 100.00) mensuales, que Romero Ninco, no obstante haber concurrido al juicio adelantado en su contra en el Juzgado de Neiva, estuvo cubriendo, sin embargo, ante el Juzgado Primero Civil de Menores de Cali donde inicialmente había estado el juicio, hasta el 20 de diciembre

de 1973, fecha a partir de la cual dejó de cumplir la obligación que le había sido impuesta.

2. Condenado en el proceso penal, consignó el día 8 de marzo de 1977 a la orden del Juzgado Penal Municipal de Neiva las sumas que había dejado de cubrir y obtuvo, con ello, la suspensión de la ejecución de la sentencia condenatoria preferida en su contra.

Recursos de revisión

El apoderado del procesado interpuso el recurso de revisión con base en la causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual el recurrente desarrolla los siguientes cargos:

a) "...En primer lugar, se desprende en forma muy clara cómo dentro del proceso se omitieron actuaciones definitivas para notificar a mi poderdante, quien fue vencido en juicio sin ser oído, lo que constituye un grave error judicial. El señor Romero era una persona conocida de autos en el Juzgado Primero Civil de Menores de Cali, ante quien había comparecido primeramente a solicitud de la mujer Teresa Morales, quien muy seguramente en forma verbal e irregular dio direcciones equivocadas y quien no reclamó los títulos, que existían a sus órdenes en el Juzgado de Menores de dicha ciudad de Cali, ante quien prometió Romero pasarle la suma de cien pesos (\$ 100.00) mensuales..." (fls. 14 a 15).

b) "...La Consignación que había hecho el señor Romero a órdenes del Juzgado Primero Civil de Menores de Cali, hasta el año de 1973, pone de presente y establecen en forma clara 'la inocencia e irresponsabilidad' penal del señor Romero, quien actuó de muy buena fe, lo cual hace descartar en forma muy clara el elemento *dolo*. Estos elementos de hecho me llevan a la

convicción de que en derecho debía ser absuelto. Por otra parte, la certificación del Juzgado de Cali que adjuntó mi poderdante no fue conocido en el proceso que se siguió en Neiva antes de la sentencia, precisamente porque el señor Romero no fue oído en juicio, pues no se agotaron todos los recursos para su citación personal..." (fl. 15).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su alegato de fondo, ha estimado infundado el recurso interpuesto en cuanto éste se contrae a la nulidad del proceso, pero estimado atendible el motivo de impugnación que se hace consistir en la demostración de que el procesado estuvo cumpliendo la obligación alimentaria a que estaba obligado, desde el 21 de junio de 1971, esto es, "antes de la formulación de la denuncia" y hasta el día 20 de diciembre de 1973:

"...Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el procesado, cuando era sometido a la tramitación de un proceso que ignoraba, estaba dando cumplimiento a aquello que, según la sentencia de condena no había cumplido. Esto es, que la sentencia condenatoria se fundamentó en el no pago de una obligación alimentaria, y la prueba aportada con posterioridad a la sentencia demuestra que tal pago se estaba verificando. Es más, cuando se dictó la sentencia por el Juzgado de Menores de Neiva (Julio 12 de 1971), ya las consignaciones se estaban haciendo en la ciudad de Cali, no solo las relacionadas en el documento aportado con la demanda de revisión, sino que se habían verificado anteriormente otros pagos tal como la propia denunciante lo reconoce al hacer la imputación. El hecho de que la madre del menor y luego denunciante no haya retirado los títulos consignados a su nombre en la ciudad de Cali, lugar en donde ella había iniciado la reclamación de alimentos, no puede servir de argumento en detrimento de Romero Ninco..."

"...En estas condiciones es un hecho incuestionable que la nueva prueba conocida después del pronunciamiento de la sentencia definitiva podría haber dado origen a un fallo diverso, razón por la cual se presenta la causal 5ª de revisión prevista en el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, motivo por el cual el Ministerio Público respetuosamente solicita a la honorable Corte Suprema de Justicia que se ordene la revisión de la causa adelantada contra Rodolfo Romero Ninco por el delito de inasistencia familiar..." (fls. 62 a 63).

Considerando:

De conformidad con el ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, "cuando después de la condena aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Tres son, pues, los requisitos fundamentales para la procedencia del recurso extraordinario de revisión en el evento del ordinal 5º del artículo 584, a saber:

a) Que exista una sentencia condenatoria, debidamente ejecutoriada;

b) Que luego de proferida la condena aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates; y

c) Que tales hechos, o su prueba, establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o constituyan, cuando menos, graves indicios de aquella o ésta.

Analizados tales presupuestos, es evidente que en este asunto la sentencia condenatoria proferida contra el procesado Romero Ninco se encuentra debidamente ejecutoriada; luego por este aspecto, el recurso ha sido oportunamente interpuesto.

Es igualmente cierto que después de proferida la condena se ha alegado la existencia de un hecho, que el recurrente estima nuevo, del cual afirma que era desconocido para el tiempo de los debates y conforme al cual aparece establecida la inocencia o irresponsabilidad del procesado Romero Ninco (quien fue injustamente condenado por haber faltado a sus deberes de asistencia familiar, cuando posteriormente se acompañó la prueba de que jamás incumplió tales deberes), aparte de que, igualmente, fue juzgado y vencido en juicio sin haber sido oído en el proceso penal correspondiente.

1. La tacha que se formula a la sentencia respectiva, que se hace consistir en violación del derecho de defensa no está erigida, sin embargo, en causal de revisión del proceso, como ya ha sido advertido muy juiciosamente por el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"...El hecho de que la citación que dentro del proceso penal se hizo a Romero Ninco no haya determinado con exactitud la dirección en donde éste realmente residía, no puede dar lugar a la revisión de un proceso, no solo porque tal cir-

cunstancia no está erigida en causal de revisión, sino principalmente porque la falta de presencia de un procesado no impide el adelantamiento de la actuación procesal, ya que justamente la ley ha previsto y resuelto tal hipótesis, con el sistema de emplazar al procesado para que se presente en juicio y, de no lograrlo, para que se le declare reo ausente, se le nombre defensor y con él se continúe la tramitación del proceso. Además parece un hecho incontrovertible que en la dirección solamente se incurrió en un yerro en el último de los números, sin que tal equivocación pueda atribuirse a mala fe de la denunciante...'' (fl. 60).

2. No es cierto, tampoco, que las pruebas acompañadas de la demanda de revisión, no obstante ser desconocidas al tiempo de los debates, sirvan para establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

Como ya lo señaló el Juzgado Quinto Penal Municipal de Neiva en auto de 23 de febrero de 1977 (fl. 49 vto.), del certificado expedido por el Juzgado Civil de Menores de Cali no se desprende, en modo alguno, que el procesado Romero hubiese cumplido en su totalidad las obligaciones que le fueron impuestas por el Juzgado Civil de Menores de Neiva, pues como en él se advierte claramente, el procesado "únicamente canceló la suma de \$ 2.900.00 por concepto de alimentos, hasta el mes de diciembre de 1973, inclusive, incumpliendo en esta forma (la obligación que le había sido impuesta), ya que la suma que debería haber consignado (era) superior (a esa cantidad)".

En efecto, según el certificado del Juzgado de Menores de Cali de 17 de febrero de 1977, el procesado solo cumplió su obligación alimentaria desde el 21 de junio de 1971, hasta el 20 de diciembre de 1973, dejando de atender los gastos que demandaba su hijo desde esta última fecha hasta cuando fue capturado por razón del proceso penal, circunstancia a raíz de la cual y de su petición para que se suspendiera la ejecución de la condena, hizo consignar a su nombre y a la orden del Juzgado Civil de Menores la suma de tres mil novecientos pesos (\$ 3.900.00), que había dejado de entregar oportunamente a partir del 20 de diciembre de 1973, tres (3) años antes de producida la sentencia condenatoria respectiva.

Por lo demás, consta procesalmente que en su denuncia ante el Juzgado de Menores de Neiva la señora Teresa Morales advirtió oportunamente que había demandado a su marido en la ciudad de Cali, circunstancia con fundamento en la cual aquélla presentó solicitud en el sentido de que el proceso se radicara en Neiva (fl. 2), como se hizo efectivamente (fl. 2 vto.), avocando el conocimiento el Juzgado de esa ciudad, de modo que el demandado Romero Ninco, quien declaró en el proceso, no podía ignorar el que por alimentos se adelantaba en su contra en el Juzgado de Neiva, de cuya existencia no podía desatenderse y cuyas obligaciones no podía satisfacer fuera de ese Juzgado, o sin autorización de éste, que era el del conocimiento.

El procesado no concurrió a estar en derecho en el proceso que el Juzgado Penal Municipal de Neiva adelantaba en su contra, ni cumplió, tampoco, la totalidad de la obligación alimentaria que había aceptado cubrir, aun pretextando que carecía de trabajo.

No se establece de las pruebas presentadas, en consecuencia, la inocencia o irresponsabilidad del condenado, ni constituyen indicios graves de tales inocencia o irresponsabilidad.

No prospera, pues, el recurso de revisión de que se trata.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia y por autoridad de la ley, NIEGA el recurso de revisión propuesto contra la sentencia del Juzgado 5º Penal Municipal de Neiva de 27 de noviembre de 1976.

Notifíquese y devuélvase el proceso al Juzgado de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DICTAMEN PERICIAL PSIQUIATRICO

La ordenación de tal examen se deja a prudente criterio del funcionario (artículo 411 del Código de Procedimiento Penal)

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 21 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 048.

Vistos

El Tribunal Superior de Cúcuta confirmó, sin modificaciones, la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Superior de Ocaña por medio de la cual, con apoyo en el veredicto rendido por el jurado de conciencia, condenó a Adriano Ramírez Gómez a la pena principal de quince (15) años de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con la infracción, como autor penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio que le fue imputado en el auto de proceder.

Contra esa providencia interpuso el recurso de casación el procesado, que fue oportuna y debidamente concedido y en ejercicio del cual presentó la correspondiente demanda su apoderado especial, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando:

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen resumidos en el auto de proceder en los siguientes términos, que se estiman ajustados a las pruebas del expediente:

“... Estos se desarrollaron en la vereda ‘Quince Letras’ para el día 7 de junio de 1976, apro-

ximadamente a las 10 de la mañana, cuando Alonso Buitrago, hoy occiso en estas diligencias, transitaba frente a casa del sindicado Adriano Ramírez Gómez y en momentos en que el occiso se apeaba de su cabalgadura recibiendo de Adriano Ramírez Gómez las heridas dando como resultado la muerte del prenombrado Alonso Buitrago y que la necropsia médico legal describe a fl. 32 del cuaderno original. Como móviles del delito vinieron a establecerse las diferencias existentes entre occiso y un hermano del sindicado en el sentido de que Alonso Buitrago causó herida de menor levedad en la persona de su hermano Otoniel Ramírez...” (fl. 73 edno. princ.).

II. La sentencia condenatoria fue impugnada con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación del 26 de la Constitución Nacional, al amparo de la cual se formulan los siguientes cargos:

1. “... En la diligencia de indagatoria rendida por el procesado recurrente ante el señor Juez Promiscuo Municipal de Teorama con fecha 2 de junio de 1976, visible a folios 12 del cuaderno principal, afirmó que él sufría de epilepsia. El señor Juez Promiscuo Municipal de Teorama no se tomó la molestia de investigar esta afirmación vertida por el procesado en su indagatoria. Tampoco lo hizo el señor Juez de Instrucción Criminal que prosiguió el diligenciamiento sumarial, ni el señor Juez Superior cuando decretó la práctica de pruebas dentro del proceso, ni al calificar el mérito del sumario. Solamente cuando el proceso subió a la Sala Penal del honorable Tribunal Superior de Cúcuta para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de proceder, se echó de menos la práctica de esa prueba fundamental para el curso del proceso. Y fue el señor Agente del Ministerio Público quien se abstuvo de emitir concepto de fondo sobre el mérito del proceso por

considerar que se estaba ante una nulidad de carácter supralegal..." (fl. 19).

"....."

2. "...Examinado detenidamente el dictamen del perito visible a folio 60 del cuaderno principal, se observa que el mencionado perito no se pronunció en forma concreta y clara a la cuestión científica sometida a su examen puesto que allí no dice que el agente en el momento de cometer el hecho delictuoso se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales y que no padecía de grave anomalía psíquica..."

"... En resumen: el dictamen psiquiátrico rendido por el perito adolece de grave deficiencia técnica y científica y no puede ser tomado como plena prueba para determinar el estado psiquiátrico del procesado en el momento de cometer el hecho..." (fl. 23).

"....."

3. "...Del referido dictamen no se le corrió traslado a las partes actuantes en el proceso o, tal como lo determina el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, privándosele a la defensa del derecho de objetarlo por las causales establecidas por el artículo 277 del Código citado, cercenándose en forma grave el derecho de la defensa. Por manera que, la ausencia de traslado del dictamen pericial constituye un punto de apoyo a la censura contra la sentencia del Tribunal sentenciador de Cúcuta, el que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 26 de la Constitución Nacional consiste en la falta de observancia de la plenitud de las formas propias del juicio penal causal generadora de una nulidad supralegal..." (fls. 23 a 24).

4. "...el dictamen del perito infringe los artículos 269, 270, 272, 275, del Código de Procedimiento Penal, por las siguientes razones:..."

"...el dictamen del perito carece de fundamentación científica, el perito no tomó posesión de su cargo ante el funcionario del conocimiento o de su comisionado; y que de conformidad con el artículo 270 del Código de Procedimiento Penal, el perito al tomar posesión de su cargo, deberá ser amonestado por el Juez y prestará juramento para el cabal cumplimiento de sus funciones. El inciso 3º del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal conmina con sanción de nulidad 'la omisión de cualquiera de las formalidades prescritas en este artículo'. Y esta san-

ción de nulidad está gobernada por el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, en razón de no haberse llenado las formalidades prescritas por las normas procesales anteriormente citadas en cuanto a los requisitos previstos para la validez de un dictamen pericial, cuestión de importancia vital en este proceso pues el dictamen aludido tenía por objeto establecer cuál procedimiento debería seguirse en este caso..." (fls. 24 a 25).

"....."

5. "...Se infringió en este proceso el artículo 335 del Código de Procedimiento Penal que manda 'investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado sino también las que lo eximan de ella o la extingan o atenuen', y la violación de la norma en cita se tradujo en el acto omisivo claramente comprobado en el proceso en lo referente a la práctica del examen psiquiátrico del procesado en la forma ordenada por el señor Juez Superior de Ocaña, en razón de que el perito no resolvió en forma completa la cuestión sometida a su consideración y era deber del Juez concretar al perito para un pronunciamiento científico sobre la cuestión sometida a su ciencia, ordenándole aclarar, o ampliar su dictamen..." (fl. 29).

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con base en las siguientes consideraciones:

"...El dictamen pericial en opinión de este Despacho aparece serio y razonado y concuerda perfectamente con lo sometido a consideración del perito pues, según se lee a los folios 51 vto. y 52, debía responder si el '...sindicado al momento de cometer el crimen se hallaba en estado de enajenación mental o padeciendo de alguna anomalía psíquica' a lo cual respondió, con fundamento en el examen del proceso y del mismo sindicado que, en sus declaraciones se observaba la tendencia a ocultar la verdadera forma como ocurrieron los hechos y que mediante la entrevista personal observó que '...durante el hecho homicida hubo conciencia plena del acto que realizaba no solo de los impactos ocasionados con el arma de fuego sino también de las heridas proferidas con arma cortopunzante'. Lo cual no puede significar algo distinto a que el procesado al momento de cometer el hecho ni padecía grave anomalía psíquica, ni se hallaba en estado de enajenación mental, circunstancias a las cua-

les se refería la pregunta y que al ser respondida en forma negativa descartan la inimputabilidad del agente del delito que reclama el recurrente para predicar luego, que ha debido someterse a un tratamiento procesal diferente...”.

“...Debe agregarse a lo anterior que en su aspecto formal tampoco el dictamen adolece de irregularidades ni se omitieron las formalidades legales en la producción de la prueba, como pretende hacerlo aparecer el actor, sería suficiente leer, al folio 52, la diligencia de posesión del perito Raúl Romano Marún en la cual consta que se hicieron las previsiones y amonestaciones indicadas por el artículo 270 del Código de Procedimiento Penal...”.

“...Tampoco tiene fundamento alguno, el argumento de que por no ponerse en conocimiento de las partes el dictamen pericial carece de validez pues bien es sabido como lo reitera la honorable Corte que la inobservancia del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal no está erigida en causal de nulidad, puesto que ello no impide objetar el dictamen por cualquiera de los motivos determinados por la ley en cualquier tiempo antes de entrar el proceso al despacho para sentencia...”.

“...Resulta de lo expuesto que, el cargo planteado por el demandante con fundamento en la causal cuarta de casación carece de fundamento y por lo tanto la vigencia del fallo impugnado debe mantenerse...” (fls. 37 a 39).

Considerando:

1. De conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, “desde el momento mismo de la captura y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentra en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, ordenará su examen por los peritos médicos”, lo que quiere decir que, en principio, la ordenación de tal examen se deja al prudente criterio del funcionario, según observe en el procesado aquellas manifestaciones objetivas que le permitan ordenar, fundadamente, su reconocimiento psiquiátrico.

La sola manifestación del procesado, pretendiendo colocarse al margen de las penas, so pretexto de que cometió el hecho en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentra en estado de embria-

quez, intoxicación aguda o fingiendo, por ejemplo, “que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga” (sentencias de 4 de julio de 1950, LXVII, 583 y de 5 de julio de 1966, CXVII, 339), no es, de suyo, motivo legal suficiente para ordenar su reconocimiento psiquiátrico, mucho menos cuando ni la observación personal del funcionario de policía judicial o del instructor, ni su propia clara, circunstanciada, bien orientada y razonada declaración de indagatoria, ni su comportamiento antes y después de haber ejecutado el hecho, permiten suponer la veracidad y atendibilidad de sus manifestaciones.

No obstante, lo anterior, el señor Juez Segundo Superior de Ocaña, con admirable celo y con fundamento, apenas, en lo dicho por el procesado en su indagatoria, dispuso someterlo a reconocimiento médico para establecer si al momento de cometer el hecho se encontraba en estado de enajenación mental o padecía de grave anomalía psíquica, designado con ese objeto al perito Raúl Romano Marún, médico psiquiatra (fl. 51 vto. cdno. princ.), quien tomó debida posesión del cargo (fl. 52) y quien rindió oportunamente el respectivo dictamen (fl. 60).

No es cierto, pues, como lo afirma el recurrente, que solo cuando el proceso subió a la Sala Penal del Tribunal para desatar el recurso de apelación contra el auto de proceder, se echó de menos la práctica del examen psiquiátrico.

2. El dictamen rendido por el perito Romano Marún es terminante en sus conclusiones, en el sentido de que el procesado era un simulador que pretendió ocultarle la “verdadera forma como ocurrieron los hechos”, sin lograr engañarle pues, como lo advierte, “a través de la entrevista psiquiátrica se observa que durante el hecho homicida hubo conciencia plena (en el procesado) del acto que realizaba”, afirmación de suyo suficiente para descartar cualquier tipo de anomalía psíquica en el procesado Ramírez Gómez, pues “el delirio de tipo persecutorio” que advirtió el perito en la misma entrevista, “generado por sentimiento de odio y venganza (cuando) entró en desaveniencia con el agente de policía (hermano del homicida)”, lejos de constituir una circunstancia del artículo 29 del Código Penal, lo es de mayor peligrosidad.

De otra parte, el hecho de que el dictamen del perito no se haya puesto expresamente a disposición de las partes, no significa, desde luego, que no se hubiese incluido en el expediente o conocido ciertamente por los intervinientes en él, ni impedía que éstos pudieran objetarlo en cualquier estado del proceso antes de que se dictara

el veredicto del jurado, lo que no se hizo en modo alguno, ni siquiera como resultado de la apelación interpuesta contra el auto de proceder, que fue recurrido por causas y motivos que nada tenían que ver con el estado psíquico del procesado.

3. *No es cierto, tampoco, que el dictamen del perito haya sido rendido sin fundamentación y sin haber tomado éste posesión del cargo, pues consta en la diligencia correspondiente que "el señor Juez por ante el (...) secretario el recibió juramento de acuerdo con las formalidades de los artículos 157, 158 y 270 del Código de Procedimiento Penal, por cuya gravedad prometió cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo" (fl. 52), ni cierto que el dictamen hubiese sido rendido sin fundamentación alguna, acreditado como aparece que el perito examinó el expediente y se entrevistó con Ramírez Gómez y que como resultado de lo uno y de lo otro obtuvo las respectivas conclusiones, no objetadas en su oportunidad por el defensor ni por el procesado.*

4. *En suma, no se violó norma constitucional alguna en la tramitación del proceso, que se sujetó a las normas legales correspondientes, sin*

menoscabo del derecho de defensa y con el otorgamiento de las más amplias garantías procesales a todos los intervinientes en él.

No prosperan, pues, los cargos.

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, visto el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta a que se contrae esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CUESTIONARIO PARA EL JURADO

El juzgador goza de amplitud para redactar los cuestionarios, siempre que éstos no varíen en la naturaleza del agravante ni afecten su claridad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 28 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 49, de junio 28/1979.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia de cinco de octubre del año próximo pasado, impartió integral confirmación al fallo proferido por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad, mediante el cual se impuso a Euclides Medellín López, por el delito de homicidio en Ramiro Anselmo Fula Alfonso, quince años de presidio, así como las accesorias pertinentes.

En tiempo oportuno se recurrió en casación.

En auto de siete de diciembre del año en referencia, se declaró procedente la impugnación introducida y, en decisión de veintinueve de marzo del año en curso, la correspondiente demanda se aceptó como ajustada formalmente a las exigencias de ley.

De los antecedentes y actuación procesal

Se toman estos apartes del concepto emitido por el Procurador 3º Delegado en lo Penal:

“... Los hechos que originaron el proceso los sintetizó el Juez del conocimiento en el auto vocatorio a juicio así: ‘En las horas de la tarde del 23 de junio de mil novecientos setenta y seis, se encontraba en el almacén Tequendama ubicado en el área urbana del Municipio de Guateque, la

maestra María del Rosario Perilla en compañía del señor Ramiro Anselmo Fula Alfonso comprando unos zapatos tenis, habiendo subido por frente al mencionado almacén los señores Euclides Medellín López y Alfonso Mondragón Vaca. Al darse cuenta Medellín de la presencia de María del Rosario con quien había mantenido algunas relaciones amorosas, entró al mismo almacén y pidió unos tenis acolchonados y de un momento a otro sacó un cuchillo y le asestó una puñalada a Ramiro Anselmo Fula, causándole la muerte’.

“En proveído de febrero 16 de 1977, el Juzgado Primero Superior de Tunja calificó el mérito sumarial abriendo causa criminal por la vía ordinaria en que interviene el jurado de conciencia, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Ramiro Anselmo Fula, al ahora recurrente señor Euclides Medellín López.

“Celebrada la audiencia pública convocada se le preguntó al jure popular una cuestión única así: ‘*Es responsable ‘Sí o No*’, de haber ocasionado la muerte con intención de matar a Ramiro Anselmo Fula Alfonso, al inferir herida con arma cortopunzante (cuchillo) de la entidad y naturaleza descritas en la diligencia de necropsia vista al folio 95 de cuaderno original, en hechos que tuvieron ocurrencia el 23 de junio de 1976, en la sombrerería Tequendama de la población de Guateque, siendo aproximadamente las cuatro y media de la tarde y al cometer el hecho lo hizo aprovechando las condiciones de indefensión en que se encontraba la víctima’.

“Los jueces en conciencia respondieron:

“Sí mató, pero sin agravante y en estado de ira o intenso dolor, causada grave e injustamente.

“Por auto interlocutorio (fl. 300) el Juez del conocimiento resolvió declarar contrario a la evidencia de los hechos el anterior veredicto, decisión no impugnada por lo que se le sometió al

grado jurisdiccional de la consulta, habiendo recibido confirmación por parte del honorable Tribunal Superior del Distrito.

“Convocada que fue nueva audiencia, el cuestionario puesto a consideración del jurado de conciencia fue respondido: ‘Sí es responsable en estado de pasión excusable por amor a su prometida’.

“La actuación procesal de primera instancia fue finalizada con sentencia condenatoria a 15 años de presidio, determinación confirmada en todas sus partes por el *ad quem*, al decidir la alzada...”.

La demanda

Invoca el censor la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y al efecto expone:

El auto de proceder “determinó el llamamiento a juicio del procesado Euclides Medellín López por el delito de homicidio agravado con la circunstancia 5ª del artículo 63 del Código Penal esto es, cuando el homicidio se comete” con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento. “Pero, al redactarse el cuestionario de fl. 298, lejos de reproducirse esa causal de agravación, se hizo mención a la que el Código Penal estructura en el numeral 6º del citado artículo 363, pues se dijo: ‘y al cometer el hecho lo hizo aprovechando las condiciones de indefensión en que se encontraba la víctima’”.

Menciona el artículo 26 de la Constitución y anota que “si en este proceso no fueron observadas plenamente las formas propias del juicio en cuanto el cuestionario que se sometió a la consideración del Jurado en la primera audiencia pública no estuvo acorde con el auto de proceder, debe concluirse necesariamente que se ha incurrido en una nulidad de tipo Constitucional y que por tanto lo actuado a partir del momento en que ocurrió el vicio anotado carece de todo valor y debe reponerse”.

Concepto del Ministerio Público y observaciones de la Sala

Recuerda la Delegada que el recurrente alude a una pieza procesal que, por la declaratoria de contraevidencia, no fue considerada por el Tribunal para producir su sentencia condenatoria. Además, “en el evento de haber tenido alguna utilidad decisoria, en nada hubiera modificado

la pena impuesta, por cuanto la honorable Corte Suprema ha sostenido que debe existir una modificación sustancial en la pregunta sometida al jure respecto de los cargos deducidos del auto enjuiciatorio, lo cual no se presenta en el caso subexamen. En efecto, dentro de la dosimetría penal que gobierna la sanción del delito de homicidio agravado, nada transforma el que la indefensión de la víctima sea la contemplada en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, o corresponda a las condiciones de inferioridad del ofendido que aparece en el numeral 6º, no pudiéndose afirmar que la veredicción mutaba la verdad histórica consignada en el proceso y, si la decisión del Tribunal Popular no se ajustó a la evidencia consignada en el proceso, en nada incidió la pregunta que como cuestionario único se puso a su consideración.

“Por lo tanto, en el evento presente no aparece yerro alguno a enmendar, por cuanto no se ha modificado o excluido una formalidad fundamental del juzgamiento, que permita afirmar que se presentó alguna de las causales de nulidad que taxativamente enumera el Código de Procedimiento Penal y menos de una violación a los postulados del artículo 26 de la Carta”.

No quiere referirse la Corporación, en extenso, a la segunda de las argumentaciones expuestas por el Procurador Delegado, pero le basta afirmar que tal tesis no puede generalizarse hasta el extremo de entender que a los fines de una pena y de un juzgamiento debido, variar la descripción de una agravante y tomar una que no ha sido deducida en el auto de proceder, no entraña grave vicio en la actuación, susceptible de provocar su nulidad.

Pero en lo que sí tiene sobrada razón y es aspecto que la Sala acoge para desestimar el recurso, es la torpeza en que ha incurrido el memorialista, pues en vez de mencionar y criticar la cuestión de fl. 351 (presentado el 20 de junio de 1978), en la cual, y en la consiguiente respuesta del jurado, apoyó el Tribunal su sentencia, censura la de fl. 298 (presentada el 20 de septiembre de 1977), carente de todo valor a los fines de la sentencia definitiva, puesto que ese veredicto se declaró contrario a la evidencia de los hechos (septiembre 30/77 fls. 300 y ss. — y noviembre 21/77—fls. 316 y ss.).

De donde se está invocando un acto procesal que, en su efecto, no es el que ha venido a producir el agravio que pregona el censor. Es más, puede decirse que si al componer el cuestionario de fl. 298, se pudo incurrir en la fundamental equivocación que destaca el impugnador, no ocu-

rrió otro tanto al elaborar la cuestión única de fl. 351, en donde se corrigió el yerro. Nótese cómo en el primero se indica: "y al comentar el hecho lo hizo aprovechando las condiciones de indefensión en que se encontraba la víctima", al paso que en el segundo se dice: "poniendo a la víctima en condiciones de indefensión" (subraya la Sala).

En este punto sí cabe abonar acierto a la Delegada cuando recuerda la amplitud de que goza el juzgador para redactar las cuestiones, siempre y cuando éstas no varíen ni la naturaleza de la agravante, ni afecten su claridad. En el caso comentado resulta notorio que lo más importante entre una y otra agravante (5ª y 6ª del artículo 363 Código Penal), es crear la indefensión y no aprovechar una inferioridad. Nótese, de otro lado, la intensa connotación que puede deducirse del empleo de los términos "indefensión e inferioridad", todo lo cual demuestra que el juzgador fue exacto al referirse a la agravante de la causal 5ª, al emplear la locución "poniendo a la víctima en condiciones de indefensión", siendo indiferente que se especifique lo de la insidia, asechanza o alevosía, aspectos que el auto de pro-

ceder y las correspondientes alegaciones singularizaron en forma correcta.

El debido proceso no ha sufrido el más mínimo menoscabo y conserva todos sus esenciales atributos.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por el delito de homicidio, contra Euclides Medellín López, ya indicada en su fecha y origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

Fabio Calderón Botero, Alvaro Luna Gómez, Jesús Bernal Pinzón, Luis Enrique Romero Soto, Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

SECUESTRO EXTORSIVO

Cómo se debe alegar en casación la violación del artículo 406 del Código Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 6 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

Aprobado: Acta número 52.

Vistos

Cumplidos los trámites legales, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Olinto Estévez Castillo y Juan Francisco Archila, y sustentado a través de sendas demandas por sus apoderados, contra la sentencia del ocho de septiembre del año anterior pronunciada por el Tribunal Superior Militar mediante la cual confirmó, con modificaciones respecto a las penas, la de 16 de julio del mismo año, dictada por el Comandante de la Brigada de Institutos Militares luego de los trámites propios del Consejo de Guerra Verbal, sentencia por medio de la cual fue condenado también el procesado José Santos Delgado en su condición de cómplice necesario en el delito de secuestro, y los recurrentes, como autores de los delitos de secuestro y extorsión consumados y en concurso material, a las penas de diez (10) años de presidio para los autores del concurso delictivo y de siete (7) años de presidio para el cómplice necesario.

Hechos y actuación procesal

Los resume de la siguiente manera la sentencia impugnada:

“Se constata en autos que el 29 de julio de 1977, a eso de las 7 de la mañana, los menores Luis Fernando y Edgar Alfonso Albornoz Bello,

abordaron una buseta en la Avenida Caracas con calle 72, para dirigirse al Colegio Calazans, y una vez dentro del vehículo, tres individuos con armas de fuego, los obligaron a que se arrojaran al piso y luego de esto les vendaron los ojos, les hicieron tomar unas pastillas y posteriormente fueron transbordados a otro vehículo... los hermanos Albornoz fueron conducidos a la finca la Zagala, vereda del placer, comprensión Municipal de Fusagasugá, donde en una choza los mantuvieron privados de su libertad, hasta la madrugada del 21 de septiembre de 1977, cuando... fueron rescatados, con la circunstancia de que antes de esta operación la familia Albornoz hubo de pagar a los delincuentes, la suma de un millón de pesos, etc.” (fl. 637).

Por la acción de los cuerpos secretos de la Policía Nacional F2, se logró la libertad de los secuestrados y la captura de los comprometidos en los delitos Olinto Estévez Castillo, Juan Francisco Archila, José Santos Delgado Ortegón y Luz Mila Velásquez Cruz (sic).

En atención a que por virtud de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 2260 de 1976, el conocimiento de los delitos de secuestro y extorsión le fue adscrito a la Justicia Penal Militar, el Comandante de la Brigada de Institutos Militares dictó la Resolución número 059 de junio 16 de 1978 (fl. 498), por medio de la cual se convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgar por los delitos de secuestro y extorsión a los recurrentes, y por el de secuestro a los procesados José Santos Delgado Ortegón y Luz Mila Velásquez Cruz.

El Presidente del Consejo de Guerra sometió a la consideración de los vocales varios cuestionarios relativos a los delitos de secuestro y extorsión, por separado, para los recurrentes, y por el delito de secuestro solamente para los no recurrentes. La respuesta a los vocales fue afirmativa de la responsabilidad para los protago-

nistas de los hechos delictuosos y negativa con respecto a la señora Luz Mila Vásquez Cruz.

Realizado el Consejo de Guerra Verbal y emitido el veredicto de los vocales, el Presidente del Consejo de Guerra dictó la sentencia de primera instancia mediante la cual condenó a los procesados recurrentes a las penas de 16 años de presidio como autores de los delitos de secuestro y de extorsión y a José Santos Delgado Ortegón a la pena de once años de presidio "en su condición de cómplice necesario del delito de secuestro", y absolvió a la sindicada Luz Mila Vásquez Cruz de los cargos que se le habían formulado en la Resolución que convocó el Consejo de Guerra Verbal. Se dijo en la mencionada sentencia y como criterio para la dosificación de las penas, que con respecto a los procesados Estévez y Archila "en cuanto antecedentes, no obran en contra de los procesados ninguna condena anterior, para lo cual al señalar la pena se debe tener en cuenta la aplicación de los artículos 38 y 39 del Código Penal" (fl. 601).

Surtida la apelación de la sentencia de primer grado, el Tribunal Superior Militar pronunció la que ha dado origen al recurso de casación.

La demanda de casación

Demanda a nombre de Olinto Estévez Castillo.

Al amparo de las causales cuarta y primera de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente formula sendos cargos así:

Causal cuarta. "La sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad al 'no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código (numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar)'".

El cargo se apoya esencialmente en la consideración de que luego de la expedición de la Ley 21 de 1973, que modificó, entre otros, los artículos 293 y 294 del Código Penal, con relación al primero, que es el que define y sanciona el delito de secuestro con fines de lucro, la obtención del provecho ilícito obtenido como consecuencia o efecto del secuestro, habría perdido su autonomía como delito de extorsión, para integrar, con el de secuestro, una figura compleja de delito por lo que resulta injurídico afirmar, como se hace en la sentencia impugnada la existencia de un concurso material de infracciones.

"Por manera que —expresa el censor— no existiendo el delito de extorsión, el cuestionario

no se ha elaborado en la forma establecida por el Código, pues se pregunta por un delito inexistente o por una conducta que no alcanza a tipificarse y el resultado no puede ser otro que la nulidad del juicio en defensa del principio universal del *non bis in idem* y del no menos universal de estricta legal (sic) o de reserva".

Como conclusión, se solicita declarar la nulidad y disponer que el proceso vuelva al Tribunal de origen a efecto de que se corrija la imperfección anotada.

Causal primera. "La sentencia del honorable Tribunal Superior Militar al aceptar el concurso de delitos de secuestro y extorsión, y al dar, por consiguiente aplicación a lo dispuesto por el artículo 406 del Código Penal, viola la ley sustantiva por infracción directa, error de derecho, consagrado en el cuerpo primero de la causal primera de casación prevista por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

En consecuencia, se solicita "casar parcialmente la providencia recurrida y dictar la que en derecho corresponda", y con respecto a la sanción que deba imponerse, se pide tomar en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad del condenado —confesión del delito, hacer menos nocivas las consecuencias del mismo—, y respecto a la agravante relativa a la edad de las víctimas, que por no estar debidamente demostrada en el proceso, no se tome en consideración.

Demanda a nombre de Juan Francisco Archila.

Con fundamento en la causal cuarta de casación el censor formula dos cargos a la sentencia, así:

Cargo primero. "El Estatuto Penal Militar en el ordinal 6º del artículo 441 contempla como causal de nulidad en los procesos penales militares el 'no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida en este Código'".

Que, atendiendo las voces del artículo 561 del Código de Justicia Penal Militar en los procesos penales con intervención de los vocales "para cada sindicado y para cada delito se elaborará un cuestionario separado", situación que el demandante echa de menos en este proceso por cuanto que con respecto a su patrocinado Juan Francisco Archila "se presentaron tres cuestionarios, de los cuales dos por secuestro y uno por extorsión. . . , cuando sólo han debido presentarse dos, ambos por secuestro agravado, porque solo fueron dos los ilícitos cometidos, atendiendo a la figura delictiva descrita en los artículos 4º y 6º de la Ley 21 de 1973, reformativos del artículo 293 del Código Penal, teniendo en cuenta la im-

posibilidad del concurso material entre el secuestro con fines de lucro y la extorsión...".

Por consiguiente, concluye el censor "el hecho de formular tres cuestionarios contra Juan Francisco Archila... está en desacuerdo con las normaciones de la ley procedimental militar y vicia de nulidad la actuación procesal...".

El demandante se apoya para sostener la unidad delictiva en la modalidad de secuestro con obtención efectiva del provecho, en la sentencia de 25 de octubre de 1978, de esta Sala en la que por el voto de la mayoría de sus integrantes, se hizo tal afirmación.

Causal cuarta. Cargo segundo. "El ordinal 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar —expresa el recurrente— consagra como causal de nulidad el 'haberse incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción', y esa hipótesis se presenta en la situación de autos, si se tiene en cuenta que 'el cuestionario número 6 pregunta al jurado sobre la responsabilidad penal del procesado Archila por un inexistente delito de extorsión, delito que, como se dejó demostrado en las cuestiones previas de este capítulo, no puede formar concurso real con la infracción compleja de secuestro agravado definido y sancionado en los artículos 4º y 6º de la Ley 21 de 1973'. En consecuencia se solicita invalidar la sentencia acusada 'y se ordene reponer el procedimiento afectado del vicio de nulidad'".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, en concepto que antecede, comparte los planteamientos de los demandantes de la sentencia, y para llegar a tal conclusión parte de estos presupuestos: "Una vez analizadas las pretensiones de los impugnadores —expresa el Procurador—, esta Delegada considera que las mismas tienen asidero jurídico y que han sido propuestas juiciosamente en cada uno de los libelos respectivos". Para sustentar esta opinión se cita el fallo de 5 de abril de 1978, en el que, al contrario de lo afirmado por el Procurador, la Corte, por mayoría de votos de los integrantes de la Sala de Casación Penal, sostuvo la existencia del concurso material o real de delitos —secuestro y extorsión— precisamente, entre otras, sobre la consideración de que el sujeto pasivo de la agresión patrimonial fuera diverso del sujeto pasivo del atentado a la libertad de locomoción, que sería el interés jurídico específico tutelado en el delito de secuestro.

Así lo reconoce el Delegado cuando escribe que, en ese fallo la Corte, dejó claramente definido

"que puede presentarse el concurso de delitos, cuando el sujeto pasivo del atentado patrimonial es tercera persona ajena a los intereses del lesionado por el ilícito, evento distinto al que se contrae el presente proceso, ya que como está suficientemente claro el patrimonio afectado en esta ocasión fue el de la familia Albornoz Bello", y agrega: "El secuestro extorsivo, por ende, lo es por el solo hecho de la manifestación del propósito de obtener un provecho o utilidad ilícitos... si el delito de secuestro extorsivo se perfecciona con el solo propósito, de obtener el provecho ilícito para sí o terceras personas, no cabe su concurso con el delito de extorsión, ni sus formas imperfectas... En consecuencia al formularse dos cuestionarios tanto para el secuestro y extorsión se está desconociendo la normatividad, consagrada por la Ley 21 de 1973, que como se dijo antes subsumió la conducta extorsiva dentro del secuestro, dejándola por tanto como elemento integrante del mismo, en calidad de agravación...". "Por lo expuesto —concluye el Delegado— debe *casarse* parcialmente la sentencia recurrida y dictar la que en derecho corresponda".

Consideraciones de la Corte

Como corresponde a la técnica en el examen de los cargos formulados a la sentencia, primeramente se estudiarán los relativos a las nulidades. Se afirma por los censores, que en el presente caso, se estaría en presencia de la nulidad de carácter legal consagrada por la ley penal Militar en el numeral 6º del artículo 441 por "no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código". Entonces, la cuestión que surge de inmediato es la de establecer cómo es que el Código Militar ordena que se deben elaborar los cuestionarios. La respuesta la da el artículo 559 de la misma obra al decir que tales cuestionarios deberán elaborarse "*conforme al auto de proceder*". Nuevamente habrá que demandarse: ¿en los Consejos de Guerra Verbales —procedimiento que se utilizó en el presente caso— existe el auto de proceder, o un momento procesal que indique la terminación del sumario y el comienzo de la causa? El artículo 493 del Código de Justicia Penal Militar expresa que en los procesos militares deben distinguirse dos etapas: el sumario y la causa, y que, precisamente en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales "se considera que hay causa a partir de la formulación de los cuestionarios", por lo que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, se ha equiparado el auto de proceder, precisamente el momento de

la elaboración y presentación de los cuestionarios, a los vocales. De otra parte, debe tomarse en consideración que de acuerdo con lo establecido en el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar los Consejos de Guerra Verbales pueden ser con o sin investigación previa, y para el caso de que haya existido previa investigación, el artículo 576 dispone que terminada la etapa investigativa, "el Presidente del Consejo, con la colaboración del Asesor Jurídico, formulará por escrito, y entregará a cada uno de los vocales, el cuestionario o cuestionarios que se sometan a su decisión", y claro está que aun cuando la disposición no lo dice, obviamente los cuestionarios deberán referirse tanto a la naturaleza de la infracción penal como a la responsabilidad de los procesados, a los resultados obtenidos con la investigación previa, entre otras razones, porque el artículo 561 manda que "para cada delito y para cada sindicado se elaborará un cuestionario separado"; y el 559 dispone que los cuestionarios se redacten "conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica", y eso, precisamente es lo que contienen los cuestionarios sometidos a la decisión de los vocales del Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los procesados.

De lo anterior surge nítida la conclusión de que, al contrario de lo afirmado por los recurrentes y por el Procurador, no se está en presencia de la alegada nulidad respecto a la elaboración de los cuestionarios puesto que si en ellos se incluyó el delito de extorsión como figura delictiva autónoma, que es el cargo que se formula, en vez de haber considerado la hipótesis de la agravante prevista por la Ley 21 de 1973, tal determinación se tomó como consecuencia lógica de las pruebas practicadas en la etapa de la investigación previa, y sin que su inclusión pueda considerarse como violatoria de ninguna disposición legal que implique también lesión a algún derecho de los procesados.

Además, debe considerarse que por virtud de lo dispuesto en el artículo 567 del Código Castrense quienes tienen facultad para convocar Consejos de Guerra Verbales, con investigación previa, en la respectiva Resolución de convocatoria deberá indicarse, entre otras las cuestiones relativas a la identidad de los procesados y al "delito o delitos que se estructuran de acuerdo con lo actuado", de donde surge clara la relación que debe existir entre la Resolución de Convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y la elaboración de los respectivos cuestionarios que, como se anotó, señalan la iniciación de la causa.

En el presente proceso se tiene, que el Comandante de la Brigada de Institutos Militares al redactar la Resolución 059 por medio de la cual se convocaba el Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los inculcados, debía indicarse las personas que se hallaban hasta ese momento comprometidas en los ilícitos investigados previamente, y además, determinar los delitos que se les imputaban. Posteriormente, se elaboraron los cuestionarios, que se repite, debían fundarse en los resultados de la investigación previa y en la Resolución de Convocatoria del Consejo, todo ello, según se deduce, con pleno acomodo a las prescripciones legales, lo cual elimina la alegada nulidad.

Por este aspecto, el cargo no prospera.

Otros cargos por nulidad. Ya se advirtió que en la demanda presentada a nombre del procesado Juan Francisco Archila, se afirma la existencia de la nulidad por error en la calificación del delito al incluirse en la calificación de la ilicitud, como hecho autónomo, la extorsión.

Respecto a los alcances de este tipo de nulidad, ha dicho la Corte en reiterados fallos, que tal error, constitutivo de nulidad, se refiere a la calificación genérica que del hecho punible hace el juzgador en la parte resolutive del auto de proceder, bien porque en esta se imputa un delito distinto al demostrado en el proceso, o se ubica el hecho criminoso dentro del título o capítulo ajeno al que realmente corresponde en el estatuto represor.

En otros términos —dice la Corte— lo que la ley sanciona como nulidad es el error en el *nomen juris* de la conducta ilícita, lo cual explica que conforme al artículo 483 del Código de Procedimiento Penal la parte resolutive del pliego de cargos debe contener una resolución de las premisas sentadas en la motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considera aplicable. Así se precisa con toda nitidez el bien jurídico lesionado y el ámbito de la acusación, preservándole por igual, en un justo equilibrio, los intereses de la sociedad y del procesado.

En este proceso, a la privación de la libertad de los estudiantes Luis Fernando y Edgar Alfonso Albornoz Bello, por obra de los procesados recurrentes, que luego de ejecutado el secuestro

obtuvieron de la familia Albornoz Bello el precio del rescate de los secuestrados, ha sido calificado en la sentencia impugnada, como delito de secuestro en concurso material con el de extorsión, ambos en el grado de consumados. El recurrente afirma que la calificación ha debido ser de secuestro agravado, de conformidad con las previsiones del artículo 6º de la Ley 21 de 1973. En definitiva, y en esto radica la cuestión fundamental, la discrepancia no se refiere al *nomen juris* de la ilicitud, sino al diverso significado atribuido por el Tribunal a la conducta posterior al secuestro realizada por los inculcados, que unos afirman tratarse de un delito autónomo de extorsión, y otros, de mera circunstancia específica de agravación de la responsabilidad. De esta suerte, la denominación jurídica no varía sustancialmente, por cuanto que si la calificación correcta es la de secuestro agravado, en cambio de la de secuestro en concurso con la extorsión, la calificación que del delito se haga conjuntamente con la agravante, recoge, aunque con diverso significado respecto a la responsabilidad, el mismo hecho.

Por este aspecto, el cargo propuesto, no prospera.

Causal primera. Cargo único. *Ya se vio cómo en la demanda presentada a nombre del procesado Olindo Estévez Castillo se afirma por el casacionista que la sentencia del Tribunal Superior Militar es violatoria de la ley sustancial, en forma directa, por aplicación indebida del artículo 406 del Código Penal norma que define y sanciona el delito de extorsión, al afirmarse la existencia y la consiguiente responsabilidad por un delito de tal naturaleza, que en opinión del recurrente, apenas sí podía considerarse como circunstancia específica de agravación del delito de secuestro con fines de lucro, a que se refiere el artículo 293 del Código Penal, todo de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 21 de 1973.*

Desde el punto de vista de la técnica de casación, el cargo está bien formulado, si se toma en cuenta que el recurrente está conforme con los hechos tal como han sido plasmados en el fallo recurrido y su discrepancia radica esencialmente en lo relativo a la aplicación de la norma sustancial al caso juzgado que es precisamente el marco dentro del cual es jurídica la censura, con apoyo en el cuerpo primero de la causal primera de casación, en la modalidad de la aplicación indebida de la ley sustancial. El recurrente no hace referencia alguna a las pruebas de cargo sino que simplemente, afirma que se aplicó en forma

indebida el artículo 406 del Código Penal, puesto que la conducta de su patrocinado, que la acepta, no puede calificarse como constitutiva del delito de extorsión, con las consecuencias, respecto a la sanción impuesta en el fallo, sino como mera circunstancia de agravación del secuestro a que se contrae el artículo 293 ibídem.

El censor se apoya en el fallo de esta Sala de 25 de octubre de 1978 en el que, como se anotó anteriormente, la mayoría de sus integrantes estuvieron acordes en afirmar que luego de la expedición de la Ley 21 de 1973 en cuanto a las modificaciones introducidas por el numeral 4º del artículo 6º, no era posible afirmar la existencia de un concurso material o real de delitos —secuestro con fines de lucro y extorsión— sino simplemente del delito de secuestro agravado cuando quiera que, como en el presente caso, se hubiera obtenido el beneficio ilícito perseguido por el delincuente al ejecutar el delito de secuestro. En esa forma, la Corte varió su anterior jurisprudencia —la contenida en la sentencia del 4 de abril de 1978—, en la que se afirmaba la existencia del concurso de delitos todas las veces que el sujeto pasivo del atentado patrimonial propio del secuestro con fines de lucro, fuera diverso del sujeto pasivo titular del interés jurídico lesionado con el secuestro, y en cambio, se afirmaba la unidad delictiva —secuestro con fines de lucro agravado— en la hipótesis en que hubiera identidad de los titulares de los intereses ofendidos.

Por lo anterior, resulta completamente inaceptable la tesis del Ministerio Público, cuando en el concepto que se examinó, pretende sostener la teoría de la unidad delictiva, con apoyo en una sentencia en la que precisamente se afirmó la pluralidad de infracciones en situaciones como la presente, en que los titulares de los intereses ofendidos, con el secuestro y la extorsión, no se identifican por lo menos respecto a la materialización de las conductas, porque unos fueron los secuestrados y otros quienes realizaron el acto de disposición patrimonial exigido como precio de su liberación.

Las razones pues, en que se fundamenta la unidad delictiva, no son precisamente a las que se refiere el Procurador, con apoyo en una decisión, se repite, en la que se afirmó lo contrario, sino las que surgen de las modificaciones introducidas por la Ley 21 de 1973, y que se consignaron en la indicada sentencia de 25 de octubre, cuya síntesis puede ser del tenor siguiente:

Se sostuvo que la unidad delictiva, en la hipótesis de secuestro con fines de lucro con obten-

ción del provecho ilícito, se afirmaba en la consideración a que se configuraba en tal hipótesis una figura compleja de delito y en respuesta al Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la Corte expresó que si "es evidente que en el derecho positivo colombiano no existe una norma como la del artículo 84 del Código Italiano vigente, en la que se contempla expresamente la llamada infracción compleja, en donde se diga, como allá, que los normas sobre el concurso de delitos no se aplican "cuando la ley considere como elementos constitutivos o como circunstancias agravantes de una sola infracción, hechos que por sí mismo constituirían infracción", pero, pese a la inexistencia de una norma de semejante tenor o significado y contrariamente a cuanto piensa el colaborador, es innegable que en la legislación colombiana se presente muchas figuras de delito complejo. Examinemos los casos en los cuales, la ley ha realizado tal unificación en un solo delito complejo, de varias infracciones penales, tomando en cuenta que tal especialidad de delito se presenta cuando un delito entra como elemento compositivo de otro, o sea, cuando un hecho delictivo que, considerado independientemente, constituiría infracción, entra a formar parte de la figura de otro, que entonces se estructura como complejo; o, también, cuando ese mismo hecho, que al ser valorado independientemente, sería delito, integra la figura compleja no ya como elemento sustancial de otro, sino como mera circunstancia agravante, perdiendo entonces, y como en el caso anterior, su autonomía de ilícito independiente para entrar a integrar una figura nueva, diferente, distinta, que es el delito complejo mediante una especie de unificación jurídica, realizada directamente por la ley, y en donde la labor del intérprete no puede ser otra que la de buscar ese íntimo sentido de tal unificación".

Luego de diversas consideraciones relativas a la explicación de las hipótesis de delito complejo previstas en la normación positiva, se dijo en la recordada sentencia:

"Los artículos 293 y 294 del Código Penal fueron sustancialmente modificados por la Ley 21 de 1973, no sólo en cuanto a la mayor sanción acordada para la infracción básica, sino principalmente, en cuanto a que se previeron circunstancias específicas de agravación. El precepto del artículo 293 es sustancialmente igual al del texto original, sólo que se agregó el inciso segundo, en que la ley previó una hipótesis sui generis de desistimiento, cuando se refiere al caso en que se deja espontáneamente en libertad al se-

cuestrado, sin que se haya pagado el rescate. Luego, dice la norma, refiriéndose a esta específica modalidad de desistimiento, que la menor sanción se impone, a condición de que en el hecho "no concurren las circunstancias de agravación establecidas...", es decir, que desde ya, se da el tratamiento jurídico de circunstancias a ciertos hechos que, por lo mismo, no pueden tomarse como delitos, porque la ley ha querido que sean meras circunstancias. Entonces, a los hechos definidos en los siete numerales del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, no se les puede dar el tratamiento ni de elementos esenciales de los delitos descritos en los artículos 293 y 294 del Código Penal, a los cuales se refieren, ni menos, el carácter de delitos autónomos, sino el más simple que ha querido darles la ley, de modestas circunstancias específicas de agravación en las dos modalidades de secuestro".

La conclusión de lo dicho se concreta en la siguiente afirmación del citado fallo: "Es incontestable que antes de la vigencia de la Ley 21 de 1973, era perfectamente factible la existencia de un concurso material de delitos (artículo 33 Código Penal), entre el secuestro con fines de lucro y la extorsión, por ejemplo, después de la vigencia de la ley, como ha sido anotado, al quedar reglamentado el fenómeno de la obtención del beneficio ilícito, como mera circunstancia material u objetiva, específica de agravación, se creó una figura de delito complejo, que hace imposible tal concurso".

Posteriormente, en el salvamento de voto a la casación de 17 de mayo del año en curso aprobada por mayoría de votos de los integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte en la que se afirmaba la existencia de un concurso material de delitos en las hipótesis consagradas en los numerales 3º y 4º del artículo 363 del Código Penal, entre otras razones igualmente aducidas como argumento para afirmar el concurso material en el caso del secuestro de rescate con obtención del provecho ilícito, de que se estarían ofendiendo intereses personalísimos que obligarían a afirmar la existencia de una pluralidad de infracciones, se dijo, con cita de algún autor, que "tal concepto —el que se refiere a lo personalísimo de los intereses— es inaceptable sobre todo porque, como se anotó a su debido tiempo, todos los intereses protegidos por el derecho penal lo son en su valor colectivo y social y no en su aspecto individual: el punto de incidencia entre 'bien jurídico' protegido e individuo, en el que de cuando en cuando se concreta, es importante para determinadas prevenciones de orden pro-

cesal, no para la existencia del delito". Y con cita del eminente Carrara, se afirmó también que "la unidad o pluralidad de sujetos pasivos es criterio falaz para unificar o multiplicar los delitos emergentes de varios actos materialmente distintos" (F. Carrara, *Programma, Parte Generale*, Vol. I número 532).

Con fundamento en las consideraciones que preceden, debe concluirse que la causal primera de casación presentada a nombre del condenado Olinto Estévez Castillo es justificada por cuanto se ha demostrado que el Tribunal Superior Militar al considerar como hecho ilícito autónomo la extorsión y consiguientemente construir una hipótesis de concurso material de delitos —secuestro de rescate y extorsión— violó, por aplicación indebida los artículos 406 y 33 del Código Penal, lo cual conduce a que la Corte case parcialmente el fallo impugnado y dicte la sentencia que deba reemplazarlo que deberá eliminar como hecho ilícito autónomo, el de extorsión.

Debe tomarse en cuenta igualmente, que por cuanto la sentencia que ha sido objeto del recurso de casación, como la que ha de reemplazarla constituyen una unidad jurídica, un título punitivo único, sus consecuencias y alcances deberán referirse a los tres condenados, haciendo para cada uno de ellos las consideraciones que sean del caso con respecto a la dosificación de la sanción, tomando en cuenta, también, las especiales condiciones de cada uno con respecto al grado de su participación y a las circunstancias personales que puedan influir en su graduación, —para el caso de que fuera necesario hacer alguna variación en la pena impuesta en la sentencia recurrida—.

Con relación a la pena, el Tribunal en el numeral 7º de la sentencia hace los siguientes razonamientos: "Es evidente que en el caso *sub judice*, se trata de un concurso material de delitos, siendo el más grave por su naturaleza, el de secuestro, que señala para los infractores pena de presidio de seis a doce años y como quiera que concurren las agravantes de los ordinales 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 6º Ley 21 de 1973, es procedente imponerles, por esa ilicitud, la pena principal de siete años de presidio, sanción que se aumentará a diez años de presidio como consecuencia de concurrir el delito de extorsión, y en virtud de lo estipulado en el artículo 33 del Código Penal, pena ésta que se aplicará individualmente a los procesados Olinto Estévez Castillo y Juan Francisco Archila... Ahora, en lo tocante a José Santos Delgado Ortegón, dada la circunstancia de que solo participó (sic) como

cómplice necesario en la consumación del delito de secuestro, se le aplicará la pena principal de siete años de presidio...".

Las penas accesorias se dosifican de acuerdo con la duración de las principales impuestas.

La sanción impuesta en el fallo recurrido habrá de mantenerse si se considera que ella se ajusta en forma por demás benigna respecto a las infracciones por las cuales fueron condenados los tres procesados.

Y además, porque el hecho de que se modifique la calificación del delito y se elimine la posibilidad de la existencia del concurso material —secuestro y extorsión— la sanción a imponerse deberá ser de la misma gravedad, partiendo como lo hizo el Tribunal, de los mínimos previstos en las respectivas normas.

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

Resuelve:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada de fecha y origen indicados en la parte motiva, para absolver a los procesados Olinto Estévez Castillo y Juan Francisco Archila del cargo de extorsión que se les hizo en los cuestionarios correspondientes. No se modifica la pena impuesta por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Reitero mi criterio, ya expuesto en ocasión anterior. (Proceso radicado número 23553), conforme al cual los delitos de secuestro y de extorsión sólo pueden integrarse en uno solo (secuestro extorsivo) cuando se reúnen ciertos presupuestos fundamentales, que ciertamente no se dan en este asunto.

En efecto, de admitirse en la legislación penal colombiana la existencia del delito complejo, éste debe comprender, *en su totalidad*, los elementos tipificantes de dos o más infracciones y reunir los presupuestos que permiten unificarlas, a saber: una sola acción, unos mismos agentes y una única víctima común a las varias acciones integradas, de modo que se confundan los varios delitos en uno solo, complejo que los comprende a todos, condición que se pone de presente aún en los ejemplos que la doctrina ofrece, en ninguno de los cuales existe, ni puede existir, más de una acción, ni más de una víctima, como se advierte en el evento del *raptó con fines de matrimonio*, en el que mediante una misma acción se ejerce violencia física o moral contra la persona para obligarla a contraer matrimonio; en el caso del *secuestro con fines libidinosos*, en el que se arrebató, sustrae o retiene a una menor de catorce años con el propósito de satisfacer algún deseo erótico sexual con ella y en los eventos de los delitos de *hurtó con violación de domicilio* y de *fuga agravado*, en los cuales se viola el domicilio de la víctima del delito contra la propiedad y se lesiona a quien trata de impedir la fuga, respectivamente.

Esto sentado, me parece también evidente que, supuesta la existencia entre nosotros del llamado delito complejo, su ficticia unidad se rompe por los delinquentes cuando éstos la descomponen en las varias acciones que la integraban legalmente y realizan varias actividades separadas, dirigidas a personas diferentes, cada una de ellas víctima de uno de los varios delitos, como ocurre cuando se secuestra a una persona y, además, se extorsiona a otra u otras.

Algo semejante ocurre en la ficción legal que considera como un solo hecho la infracción repetida de una misma disposición penal, ejecutada con el mismo designio, figura que presupone una misma acción, un mismo agente, una misma víctima y la repetición continuada de la violación de la misma norma penal, pero que se desvirtúa y se rompe, produciendo tantas infracciones como acciones y víctimas, cuando los delinquentes destruyen los presupuestos que unificaban ficticiamente los varios delitos en uno solo continuado.

En lo pertinente, dijo la Corte en fallo de 12 de diciembre de 1945 (G. J., LIX, 1042):

“...A lo dicho ya por los expositores sobre delito continuado y en especial sobre si la continuación del delito es aplicable cuando existen varios sujetos pasivos o si la continuación solo se opera cuando hay unidad o identidad de

sujeto pasivo, agrega la Corte que la doctrina del delito continuado no tiene cabida cuando la norma penal viola o protege intereses individuales de diversas personas como sujetos pasivos del delito (...). Es decir (cuando), se interrumpe la continuidad en referencia a la acción criminal que se ejecute con otra persona, dando cabida a un verdadero concurso material de delitos previstos en la disposición del artículo 33 del Código Penal (...). No puede existir continuidad de resolución en la ejecución de hechos que lesionan a diversas personas (...). La unidad de designio y resolución llevada a efecto mediante la realización de un acto externo en contra de un bien o derecho individual perteneciente no a un grupo sino a persona determinada, no puede persistir cuando en diversos momentos separados por espacio de tiempo más o menos considerable, se ataca o lesiona, no el mismo derecho, sino un derecho perteneciente a distinta persona, que individualizado, la ley lo proteja como bien particular...” (subrayo).

Finalmente, de admitirse que el delito complejo subsiste aun cuando su ficticia unidad se rompe, esto es, cuando como en el asunto de que se trata se secuestra a una persona y se extorsiona a otras, habría que convenir, también, en que solo existiría un delito, de modo que la víctima del atentado contra la propiedad, como no habría sido privada de su libertad y no sería víctima del secuestro, no podría siquiera reclamar la indemnización de los perjuicios patrimoniales sufridos (no sería perjudicada con la infracción, que es secuestro, ni podría, por consiguiente, constituirse parte civil), lo que constituye quebranto de la lógica más elemental (siendo el extorsionado la víctima del atentado contra la propiedad, quien podría reclamar la indemnización correspondiente sería quien no habría sufrido perjuicio patrimonial alguno) y ostensible violación de las numerosas disposiciones penales y del procedimiento penal que regulan la materia.

Por estas consideraciones, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

Julio 13 de 1979.

Salvamento de voto

Con todo respeto nos permitimos apartarnos de las autorizadas opiniones expuestas por la

mayoría de la Sala en este proceso en el cual se cambia la anterior doctrina de la Sala que venía considerando la existencia de un concurso material de delitos cuando se secuestraba a una persona y se exigía a otra el pago del correspondiente rescate.

Nos llevan a ello las razones que, en forma sucinta, exponemos a continuación:

a) Ha sido tesis tradicional de la Corte que cuando se lesionan aquellos derechos llamados personales o personalísimos, o sea, los inherentes a la persona humana tanto por su aspecto físico como por el moral o espiritual, existen tantos delitos como ofendidos. Así se ha sostenido v. gr. en los casos de homicidio en accidente de tránsito en que se estima existen tantos delitos como individuos muertos a consecuencia del insuceso y se dice que, en tal caso, esos delitos concursan materialmente.

b) En el caso de secuestro es preciso tomar en cuenta que el bien lesionado es la libertad personal en su forma de autonomía de movimientos, o sea que se trata de un derecho personalísimo calidad que nuestro legislador ha tenido primordialmente en cuenta al conservar el secuestro con fines de provecho económico entre los delitos contra la libertad individual.

Por este aspecto nuestra legislación se diferencia de otras, por ejemplo, la italiana, en que el secuestro de personas con fines de extorsión o de robo, está comprendido (artículo 630 del Código Penal italiano) no entre los delitos contra la libertad sino entre los que vulneran el patrimonio y en la que es indiferente que una sea la persona secuestrada y otra la que sufra el daño patrimonial.

Esa importante diferencia hace que no sean fácilmente trasladables a nuestra legislación los conceptos de la doctrina italiana.

c) La existencia del delito complejo es perfectamente admisible en nuestro derecho por cuanto hay ilícitos penales que comprenden los elemen-

tos de otros, como sucede en el caso del robo con violación de domicilio (artículo 404 Código Penal).

En el caso de secuestro podría decirse que se da esa figura cuando a la misma persona secuestrada se le exige el pago del rescate, esto es, cuando es uno mismo el sujeto pasivo del secuestro y del daño patrimonial.

Pero no cuando son distintos porque el solo hecho de privar de libertad a un individuo ya perfecciona el delito de secuestro y si, además, se pide rescate a un tercero, la acción trasciende claramente la esfera de la libertad personal y va a vulnerar a una persona distinta dando lugar a que se configure un delito diferente que es el de extorsión, tal como lo venía sosteniendo la Corte en los casos anteriores.

d) La repetida referencia del artículo 6º de la Ley 21 de 1973 a la víctima del secuestro está dando a entender que la ley pone especial énfasis en la persona que sufre directamente la acción del secuestro, lo que permite pensar en la pluralidad de sujetos pasivos. Pero esto no implica que cuando los haya deba reducirse el episodio a un solo delito de los llamados "pluriofensivos" porque la ya anotada naturaleza especial de la violación de la libertad impide la unificación de dos conductas diferentes, a saber, la restricción de la autonomía de movimientos y la lesión de un patrimonio diferente, en un solo ilícito penal.

e) La pluralidad de delitos en los casos de violación de derechos personalísimos no es extraña a nuestra doctrina ya que la misma Corte ha reconocido la existencia de dos ilícitos penales en el caso de homicidio para cometer otro delito (numeral 3º del artículo 363) caso en el cual, además, se le da al ilícito primeramente mencionado la denominación de asesinato, es decir, se considera que se comete un homicidio agravado, sin desconocer la existencia del otro ilícito.

Pedro Elías Serrano Abadía.

Luis Enrique Romero Soto.

VEREDICTO

Su interpretación

La riña imprevista no se contrapone con el estado emocional del artículo 28 del Código Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 8 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Boto*.

Expediente número 25022

Aprobado: Acta número 51, julio 5/79.

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá) el 14 de julio de 1978 que revisó, en grado de consulta, la del Juzgado Segundo Superior de Sogamoso del 6 de junio del mismo año, mediante la cual condenó a Domingo Dávila Aguilar por el delito de homicidio en la persona de Rafael Zambrano Torres, modificando la pena para imponerle 32 meses de presidio y confirmándola en todo lo demás.

Hechos

Los resumió el Tribunal en la siguiente forma:

“...El día primero de febrero de 1976, como a las 8 p.m., llegó a la casa de Rafael Zambrano Torres, ubicada en el perímetro urbano del Municipio de Aguazul, José Domingo Dávila Aguilar acompañado de su hermano Pastor Dávila Aguilar y lugar en donde se encontraba la esposa del primero, Rosalba Solarte, con el objeto de solicitar posada, ya que Rafael Zambrano

Torres era cuñado de José Domingo Dávila Aguilar por estar casado con una hermana de ésta, Verónica Dávila hoy viuda de Zambrano, quien estaba presente en la habitación mencionada además de Otoniel Zambrano Dávila. Estando las personas mencionadas en la habitación de Rafael Zambrano Torres, José Domingo Dávila Aguilar solicitó a aquél le prestara una sierra para labores referentes a madera; Rafael Zambrano Torres se negó a prestar dicho instrumento porque había tomado el propósito de no facilitarla a nadie; José Domingo Dávila Aguilar, quizá por tal circunstancia, trató a Rafael Zambrano Gómez de ‘creído’ y luego de ‘güevón’, para arrojar al suelo su sombrero, a continuación; entonces Rafael Zambrano Torres se incorporó y dio un puñetazo por la cara a José Domingo Dávila Aguilar y lo cayó al suelo; al incorporarse Dávila Aguilar recibió otro puñazo de Zambrano Torres y cuando iba a propinarle un tercero, José Domingo Dávila Aguilar le propinó a Rafael Zambrano Torres una cuchillada hacia el lado izquierdo, la que lesionó el riñón del mismo lado y la vena renal, para producir la muerte...”.

Estudio de la demanda

Hace el actor la solicitud de infirmación del fallo, de segunda instancia, proferido por el Tribunal Superior a fin de que la Corte dicte la sentencia que corresponde según sus pretensiones.

1) Previo el relato de los hechos debatidos en juicio y de la actuación procesal, propone la causal segunda de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la sentencia que objeto no se encuentra en consonancia con los cargos formu-

lados en el auto de proceder y, además, porque está en desacuerdo con el veredicto del jurado.

En relación con la falta de consonancia con el auto enjuiciatorio, aduce que habiendo sido llamado a juicio el procesado por el delito de homicidio reconociéndole que lo cometió en riña imprevista y no habiendo negado el jurado esa modalidad la desconoció en la sentencia.

En cuanto al desacuerdo con el veredicto alega que el jurado aceptó la riña imprevista, que conforme con el auto de proceder se sometió en el cuestionario a su consideración, cuando de manera terminante declaró la responsabilidad del acusado y que, sin embargo, no la tuvo en cuenta en el fallo.

2) El Ministerio Público solicita que se desechen los dos cargos porque en su sentir el problema que en ellos plantea el demandante se reduce a la interpretación del veredicto, a si éste fue correctamente entendido por el sentenciador, lo que abona en los siguientes apartes de su concepto:

“... El veredicto: ‘Sí es responsable, pero obró en estado de ira por injusta provocación’, no traduce el reconocimiento simultáneo de las dos circunstancias atenuantes, porque, la conjunción adversativa que une las dos proposiciones que lo integran, calificó el aspecto subjetivo del delito, indicando que el hecho se cometió en estado de ira causado por grave e injusta provocación; porque en los acontecimientos que culminaron con la muerte del occiso difícilmente concurren ‘sin que se confundan por no ser coetáneas’ la provocación y la riña imprevista y porque, se repite, los argumentos de la defensa sobre el particular, no lograron impresionar al jurado...”.

Más adelante agrega:

“... el jurado sustituyó una atenuante por otra más favorable al sindicado, proceder que asumió, no en forma arbitraria o caprichosa, sino en desarrollo de la facultad que le confiere el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, para manifestar, si así lo juzgare, que ‘el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario’, con lo que no se conculcó el derecho de defensa...”.

3) *La Corte entiende que los dos cargos que formula el impugnante a través de la causal segunda de casación se fundan en el único argumento de que el jurado no solo confirmó la riña imprevista (artículo 384 Código Penal) que en el auto de proceder se le reconoció al procesado sino que, además, le agregó la ira causada por grave e injusta provocación (artículo 28 Código*

Penal). De donde se deduce que habiendo el fallador interpretado el veredicto “Si es responsable, pero obró en estado de ira por injusta provocación”, como la eliminación de una atenuante para sustituirla por otra, tenía que incurrir en su sentencia no solo en falta de concordancia con el auto de proceder sino también con la misma veredicción.

No cabe duda que el jurado cuando hizo a su respuesta afirmativa de la responsabilidad del procesado, la precisión “... pero obró en estado de ira por injusta provocación...”, descartó la atenuante de la riña imprevista para otorgar otra más generosa, pues es tal la claridad de esa agregación con ese “pero”, cuya función gramatical es contraponer un concepto a otro que le precede, que resalta la intención inequívoca de conceder una atenuante diversa de aquella por la cual se le preguntó, al estimar que así mejoraba la situación jurídica del acusado con efecto en la graduación de la pena. Basta comparar los artículos 384 y 28 del Código Penal para establecer que este último es más favorable y para concluir que, en ese aspecto, el jurado acertó.

En estas condiciones, es obvio que no puede predicarse falta de consonancia entre el auto de proceder y el veredicto con la sentencia, porque el jurado por virtud de la facultad legal que le otorga el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, podía consignar en su respuesta que el hecho se cometió “... con circunstancias diversas de las expresadas en el respectivo cuestionario...”, esto es, que podía modificar las circunstancias del delito sometidas a su buen juicio. Esa facultad ejercida como aquí lo hizo el jurado, dentro de los límites de la calificación que el Juez dio al ilícito, respetando sus lineamientos generales, no permite, por su propia legalidad, reproche alguno de la sentencia que acoja una tal modificación por la vía de la causal segunda de casación.

Como esto fue lo que ocurrió en el caso presente, ninguno de los cargos propuestos está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del catorce de julio del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alfonso Reyes Echandía
Conjuez.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Consigno, brevemente, las razones que me llevaron a separarme de la decisión tomada en este proceso adelantado contra Domingo Dávila Aguilar, por el delito de homicidio en Rafael Zambrano Torres, proveniente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá):

1. Las facultades del jurado de conciencia puede decirse que son omnímodas, en cuanto a mejorar la situación del enjuiciado. Le es dable desconocer las características del auto de proceder, cuando se dispensa un juzgamiento favorable. Pero de ocurrir lo contrario, vale decir, si pretende agravar o empeorar esas condiciones, es tesis mayoritaria de la Sala, resultando de exhaustivas argumentaciones, que solo le es dable variar en este sentido cuando el término probatorio de la causa consigue desvirtuar el valor de los elementos de convicción considerados por el Juez de derecho para formular el correspondiente cargo. Si esto no ocurre, el jurado debe y está obligado a respetar la calificación del sumario, sin que le sea permitido, se repite, entronizar mayor rigor.

En el caso sub júdice se tiene que el llamamiento a juicio se produjo por el delito intencional de homicidio, en riña imprevista. El ciclo probatorio de la causa no produjo modificación alguna en la situación fáctica y jurídica considerada por el Juez unipersonal. Su apreciación, entonces, conformó una verdadera ley del proceso. El jurado, según la tesis que se acaba de recordar, no podía desestimar esta calificación, para desfavorecer al enjuiciado. Su respuesta incluía, obligadamente, esta modalidad del homicidio.

2. El jurado, al presentar su veredicción, agregó la diminuyente de la provocación. Dispensar mayores beneficios para el procesado no constituye una extralimitación de sus funciones sino cabal ejercicio de las mismas. Debe respetarse, por tanto, esta manifiesta voluntad suya. Las dos atenuantes (riña imprevista y provocación) no son incompatibles, al menos cuando las hace recurrentes el jurado de conciencia. La doctrina es pacífica en este sentido. Como recomienda, también, que en estricto derecho, si la calificación la realiza un juez profesional, debe preferirse una de las dos y evitar su simultaneidad, porque se suele pensar que pueden tener una misma base psicológica o impedir una de ellas (la provocación) el carácter de imprevista que exige la riña. Para ser más laxos, cuando se trata de actuación del jurado, se para en mientes en que una de las diminuyentes es de carácter general (artículo 28 Código Penal), para múltiples infracciones, y la otra es especial (artículo 384 *ibidem*), circunscrita a los delitos de "homicidio y lesiones personales"; que es factible combatir, en forma imprevista, poseído o no de un estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación de la víctima; que no debe confundirse querer la riña, aceptarla (que bien puede ocurrirle a quien es provocado), con su imprevisión o repentinidad, cuestión esta última que tiene que ver más con su forma de aparición; y, finalmente, que la modalidad de la institución (el jurado) permite estas licencias jurídicas, estas aperturas hacia la benignidad, que responden al juzgamiento de iguales, hecho en conciencia.

3. La mayoría de la Sala está en error cuando afirma que fue voluntad expresa del jurado desechar la riña y acogerse a la atenuante de la provocación y que es indiscutible la favorabilidad de la respuesta, pues constituye mayor atenuación de pena la regla del artículo 28 que la del artículo 384 del Código Penal.

Claro que cuando no se ha reconocido una atenuante, cualquiera que se introduzca viene a traducir un concepto de favorabilidad. Pero cuando se ha aceptado una, sustituirla por otra, máxime (y aquí otro argumento en favor de su simultaneidad) que no representa una intensiva y notable disminución (coinciden en su máximo y varían en su mínimo, sin que en esta mutación pueda decirse que las posibilidades de atenuación de la riña imprevista se integren en el estado de ira o intenso dolor), no constituye un tratamiento de mayor favor sino de evidente rigor y dureza. Lo poco que ganaría el sentenciado, en el mínimo, por la degradante de la provocación,

lo perdería en la negativa a reconocerle otro cuántum de disminución, por la riña imprevista.

4. La tesis de la Procuraduría, que recoge la mayoría de la Sala, en lo atinente a la conjunción adversativa (“pero”), “cuya función gramatical es contraponer un concepto a otro que le precede, que resalta la intención inequívoca de conceder una atenuante diversa de aquella por la cual se le preguntó”, es apreciación incorrecta.

En efecto, se olvida que el jurado está sometido a limitaciones cuando, sin mediar un respaldo probatorio surgido en la causa, modifica la situación del auto de llamamiento a juicio, mermando beneficios al procesado.

De otra parte, este perfeccionismo gramatical está bien para interpretar actos emanados del legislador, del doctrinante o del Juez de derecho; mas no procede, tan cerradamente, cuando se trata de manifestaciones provenientes de un juzgador escogido, entre núcleo humano que no ofrece, de manera general, estos excepcionales atributos mentales (artículo 530 del Código de Procedimiento Penal). Y si para los expertos es difícil el manejo de una conjunción de esta índole, o similar, qué no decir de personas ajenas a estos menesteres y formación intelectual.

Luis Flórez en su obra “Temas de Castellano”, al responder a una inquietud sobre el uso de la conjunción “empero”, anota: “No entiendo bien el empleo de esta conjunción. Le ruego una explicación, dice un corresponsal.

“Es muy comprensible que un colombiano no entienda hoy de buenas a primeras el uso de tal forma. Empero no se usa en la conversación, y ‘hoy pertenece exclusivamente el estilo literario afectado’ (Gili Gaya, Sintaxis).

“¿Qué significa?”

“Significa pero, sin embargo, no obstante.

“¿Cómo se construye?”

“Veámoslo por estos ejemplos:

“Siempre quisimos favorecer la buena causa; empero no tuvimos ocasiones para ello.

“Siempre quisimos favorecer la buena causa; no siempre, empero, tuvimos ocasiones para ello.

“Las condiciones habían mejorado; no fueron aceptadas empero.

“No se preocupe por esta conjunción, estimado lector. Al escribir y hablar es correcto y aconsejable huir de la afectación” (Notas de Divulgación. 2ª edición, Bogotá, 1967, pág. 167).

Pero algo más.

Las conjunciones (“partículas que unen entre sí elementos sintácticamente equivalentes”) se clasifican de modo muy variado: copulativas, disyuntivas, *adversativas*, consecutivas o ilativas y causales.

Amado Alonso y Pedro Henríquez Ureña, comentan: “3. *Adversativas*: son las que contraponen dos o más conceptos. *Pero*, mas, empero, sino; a veces, aunque, antes, salvo, excepto, menos. Unas se llaman *adversativas correctivas*, porque contraponen limitando: ‘viejo pero fuerte’; ‘fuerte aunque viejo’; ‘todos menos yo’, ‘excepto yo’ o ‘salvo yo’. Otras se llaman *adversativas exclusivas* o *excluyentes*, porque contraponen sin permitir coexistencia: ‘No es malo sino bueno’; ‘no es malo, antes muy bueno’, no’.

Mas y empero equivalen a *pero*: sólo se usan en el lenguaje literario, con la peculiaridad de que empero puede interrumpir la oración: ‘El trabajo, empero no lo fatigaba’” (Gramática Castellana. 2º curso. 19ª edición. Editorial Losada. Pág. 178).

Si se analiza el veredicto emitido, se tiene que concluir que la conjunción “pero” allí utilizada, es conjunción adversativa correctiva y no excluyente o exclusiva, como lo ha querido señalar la Procuraduría Delegada. Ello quiere decir que la diminuyente de la provocación allí reconocida, no es incompatible con la de la riña imprevista, ni única. La reflexión cobra mayor fuerza si se recuerda que el jurado estaba impedido para desconocer la atenuante deducida en el auto de proceder.

Todo esto lleva a admitir que el jurado reconoció la concurrencia de las dos diminuyentes comentadas. Para tomar deducción distinta, que abriría una diferente discusión, tendría que partirse de una expresa, nítida e indiscutible voluntad del jurado de excluir o rechazar la riña imprevista, aspecto que, como se deja visto, no se da ni es dable entender de los términos de su respuesta, más cuando el Ministerio Público, en la audiencia, invocó el estado de ira por grave e injusta provocación y el defensor, en la misma diligencia, propuso ésta y también la riña imprevista.

La demanda, entonces, debió prosperar.

Gustavo Gómez Velásquez.

Alvaro Luna Gómez.

*Salvamento de voto del doctor
Luis Enrique Romero Soto*

Con todo respeto me aparto del autorizado parecer de la mayoría de la Sala en el caso presente por cuanto considero que el jurado, pese al uso de la conjunción "pero" en el veredicto, no desechó, sino, por el contrario, aceptó, en forma tácita pero clara, la existencia de la riña imprevista que, sin embargo, fue desconocida por los jueces de derecho.

En efecto, la disminuyente de responsabilidad mencionada se consignó de modo expreso en el auto de proceder y pasó por lo tanto, a ser ley del proceso.

El jurado no podía desconocer esta situación a menos que en el plenario de la causa hubieran aparecido pruebas que la desvirtuaran en forma total y absoluta y que tal cosa se alegara en la audiencia pública.

De no ser así y, no obstante, considerarse que el jurado la había negado en su respuesta, estaríamos frente a un dilema: o el veredicto estaba negando algo evidente en el proceso (tanto que el juez lo había reconocido como tal en el auto de proceder) y entonces la respuesta del jurado ha debido desecharse por contraria a esa evidencia, o el Juez de la causa habría cometido un craso error al aceptar la existencia de la riña imprevista cuando, sin pruebas posteriores que la infirmaran, era tan fácil desconocerla por el jurado.

Como esto último no solo peca contra la lógica sino aun contra el contenido fáctico del proceso, solo queda vigente la primera hipótesis, a saber, que el fallo del jurado pecaría (dada la interpretación de la mayoría) contra la evidencia procesal.

Ese escollo solo puede salvarse admitiendo, como estimo que debe hacerse, que el "juri" no negó la existencia de la riña imprevista sino que se limitó a agregar otra circunstancia de atenuación de la responsabilidad: el estado emocional de que trata el artículo 28 del Código Penal.

El argumento gramatical que hace pie en la calidad de conjunción adversativa del término gramatical "pero", no tiene tanta consistencia como ha querido otorgársele ya que esa palabra si bien se usa para contraponer dos términos también sirve para marcar una diferencia entre ellos, sin llegar a la oposición, como cuando se dice: "es bueno pero severo" frase en que el se-

gundo término no destruye sino, por el contrario, afirma la existencia del primero.

Luis Enrique Romero Soto.

José María Velasco Guerrero.

Bogotá, julio 12 de 1979.

Aclaración de voto

1º De acuerdo con la parte resolutive de la providencia en cuanto la Corte NO CASA la sentencia recurrida, creo necesario, sin embargo, precisar algunos conceptos que se apartan de los fundamentos expuestos por la Sala.

2º Aunque no considero de suyo incompatibles la atenuante genérica del delito emocional (artículo 28 Código Penal) con la específica del homicidio (o lesiones) en riña imprevista (artículo 384 ibídem), tampoco es posible predicar *en todo caso y por vía general* su compatibilidad. Los hechos indicarán en cada oportunidad la correcta solución del conflicto. De ordinario, cuando la persona grave e injustamente provocada reacciona agresivamente a impulsos de la ira consiguiente contra el provocador, y dicha reacción desemboca en riña, bien pueden reconocérsele una y otra atenuantes, a menos que entre la provocación y la riña consecucional haya mediado tiempo suficiente para pensar la contingencia de la riña; pero si es la persona del provocador (como en el caso de autos) la que, además, lesiona o da muerte en el curso del intercambio de golpes a quien provocado responde iracundo a la ofensa, no podría legítimamente ampararse en la atenuante del artículo 28, como que fue el autor de la grave e injusta provocación, ni en la del artículo 384 porque quien así actúa debe suponer —lo que resulta lógicamente previsible— que el provocado responderá anímicamente alterado a la ofensa y que esa reacción puede generar naturalmente una riña, en cuyo caso no es dable predicar en su respecto la nota de la *imprevisión*, característica sustancial de este fenómeno.

3º La respuesta del jurado "pero obró en estado de ira por injusta provocación", con la que adicionó el "sí es responsable", deja por fuera un requisito esencial para la configuración del delito emocional: el de la *gravedad* de la provocación; esa omisión es de tal naturaleza que desquiciaría la estructura de aquella institución;

y no parece tratarse de una omisión involuntaria, puesto que la cuestión fue ampliamente debatida en la audiencia tanto por la defensa como por el Ministerio Público; por lo demás, no se solicitó en su oportunidad aclaración del veredicto; no sobra tampoco puntualizar que el verdadero provocador en este caso fue el sindicado al proferir palabras injuriosas contra su cuñado.

4º Como quiera que en el cuestionario formulado a los jueces populares el juzgado reconoce que el homicidio se perpetró "en riña imprevista", la respuesta afirmativa de éstos podría eventualmente interpretarse como aceptación de aquella figura, en gracia de *favor rei*, aunque a la luz de la verdad procesal para el sindicado

provocador no debió de aparecer como hecho imprevisto el fenómeno de la riña de la cual fue causa eficiente inmediata.

5º La verdad es que, a mi juicio, no cabe reconocerle al procesado la atenuante del delito emocional ni la de riña imprevista; pero como lo que en este recurso de casación se debate es si la respuesta del jurado abarca ambas atenuantes e solamente la del artículo 28, he de inclinarme formalmente por el segundo extremo de la disyuntiva, ante la imposibilidad jurídica de negar las dos.

Alfonso Reyes Echandía
Conjuez.

REINCIDENCIA

Cómo se demuestra para que pueda ser tenida en cuenta en una posterior sentencia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 9 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 61.

Vistos

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta el 20 de octubre del año pasado y por medio de la cual dicha entidad confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juez Quinto Penal del Circuito de esa ciudad en que se condenó a Luis Antonio León Torres a la pena corporal de tres (3) años de presidio [elevada por el Tribunal a cuatro (4) años], y a cinco mil pesos de multa (que el Tribunal fijó en diez mil pesos), interpuso el Fiscal Primero el recurso extraordinario de casación que le fue concedido por el *a quo* y declarado admisible por esta Sala, que también consideró ajustada a derecho la demanda presentada para sostenerlo.

Hechos y actuación procesal

En la casa distinguida con el número 10-24 de la calle 19 en el perímetro urbano de Cúcuta, practicó el Jefe del Servicio de Inteligencia del Ejército el 7 de noviembre de 1975, un allanamiento que dio como resultado el decomiso de 68 papeletas de marihuana las cuales, menos dos, estaban en un cofre de propiedad de Luis Antonio León Torres quien fue detenido.

Por el hecho anterior se inició el presente proceso que ha tenido numerosas vicisitudes ya que habiendo sido iniciado por la Justicia Penal Militar, fue trasladado, en virtud del levantamiento

del estado de sitio, a la ordinaria, habiéndole correspondido el conocimiento, dentro de ésta, al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cúcuta que, por auto de 23 de julio de 1976, llamó a responder en juicio al mencionado León Torres, por infracción del Decreto 1188 de 1974. En la misma providencia se sobreseyó definitivamente en favor de Arcenio Gómez, Martha Elena Torres y Gladys Nubia Martínez y se ordenó sacar copias para investigar a Luz Marina Rendón por el posible delito de encubrimiento.

Consultados los sobreseimientos, el Tribunal Superior de Cúcuta por auto de 26 de noviembre del mismo año, los revocó y declaró la nulidad del auto calificadorio mencionado.

Volvió el Juez del conocimiento a calificar el mérito del sumario lo que hizo por auto de 18 de marzo de 1977 en el cual repitió el llamamiento a juicio, los sobreseimientos definitivos y la orden de sacar copias.

Nuevamente el Tribunal, en providencia de 12 de agosto de 1977, declaró la nulidad de lo actuado, esta vez a partir del auto de 18 de marzo. Pero mientras tanto, el Juzgado adelantó el proceso en lo referente a León Torres a quien, por sentencia de 19 de julio de 1977 condenó a la pena corporal de tres años de presidio y a multa de cinco mil pesos.

Tomó el Tribunal a declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de 18 de marzo, que ya había sido declarado nulo. Al bajar el Juzgado el proceso, se dictó llamamiento a juicio, por auto de 28 de noviembre de 1977, contra Luis Antonio León Torres, se sobreseyó definitivamente en favor de Arcenio Gómez Roa, Marta Elena Torres, Gladys Nubia Martínez, Luz Marina Rendón y Enrique Borja Grisales y se ordenó sacar copias para investigar a estas personas por el delito de encubrimiento.

Consultados los sobreseimientos, al Tribunal, luego de un auto inhibitorio, los confirmó por el

que lleva fecha 23 de junio de 1978, menos el de Enrique Borja Grisales, que convirtió en temporal.

Prosiguió el juicio y en sentencia de 31 de marzo de 1978, el Juzgado condenó a León Torres a tres años de presidio y multa de cinco mil pesos. Consultada esta decisión con el Superior, profirió la que es ahora objeto de recurso de casación.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Un solo cargo hace el actor, que, como se deja dicho, es el Fiscal Primero del Tribunal, a la decisión recurrida. Lo enmarca en el ámbito de la causal primera de casación, y, más específicamente, en su segundo aparte ya que considera que el sentenciador violó indirectamente la ley por haber incurrido en error de hecho en la interpretación de las pruebas pues dedujo contra el procesado una reincidencia, aumentando de tres a cuatro años la pena corporal y de cinco mil a diez mil pesos la multa, basándose para ello en la cartilla biográfica expedida por el Director de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta siendo así que no obra en los autos copias de las sentencias de primera y segunda instancia, con sus constancias de notificación y ejecutoria, elementos indispensables para poder deducir agravación de la pena por el motivo expuesto.

El Ministerio Público representado por el Procurador Primero Delegado Peñal, pese a que en un principio se abstuvo de ampliar la demanda, solicita que se case parcialmente la sentencia por estar en un todo de acuerdo con el recurrente y considerar que se ha violado indirectamente la ley por cuanto se intensificó la pena impuesta al procesado con base en una prueba inidónea para tal fin lo que "constituye manifiesto error de derecho en la apreciación de los medios de convicción puesto que se asignó a un documento público un valor probatorio superior al que tiene (artículo 261 del Código de Procedimiento Penal), yerro que llevó al Tribunal sentenciador aplicar de modo indebido el artículo 34 del Código Penal".

Consideraciones de la Corte

Expresa el artículo 34 del Código Penal, en su parte pertinente:

"El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda aumentada de una

tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa se aplicará en medida no inferior al doble".

Claramente se ve por esta disposición que para deducir reincidencia debe existir previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir, no recurrida en apelación ni que esté a conocimiento del superior en grado de consulta.

Y es fácil comprender el por qué de esta exigencia, si la sentencia está aun sin ejecutoriar pueden interponerse contra ella los recursos de ley tanto ordinarios como extraordinarios y obtener su revocatoria, declaración de nulidad, modificación, etc. En una palabra tal decisión no se encuentra en firme y no puede tomarse en cuenta para efectos de basar en ella una reincidencia.

De ahí por qué en el proceso deba aparecer la sentencia de segunda instancia con sus notas de ejecutoria para poder deducir la reincidencia.

Es esto lo que no ha ocurrido en el caso de autos pues algo tan importante para la medida de la sanción como es la reincidencia, fue deducido con base en un simple informe del abogado sustanciador de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, visado por el Director de la misma institución y en el que aparece (fl. 211 del cuaderno número 1) que Luis Antonio León Torres fue condenado a la pena de un año y tres meses de prisión por el delito de hurto por sentencias de agosto 6 de 1969 y octubre 27 del mismo año, emanada la primera del Juzgado Primero Penal Municipal de Cúcuta y la segunda del Tribunal de ese Distrito Judicial, pero sin que de ese informe ni de ningún otro documento aparezca que esas providencias se encuentran debidamente ejecutoriadas, especialmente la última.

En consecuencia, se le ha dado a esta prueba un valor que no tiene, pues la ley señalada cuál es el elemento de convicción que debe tomarse en cuenta para efectos de la reincidencia y, por ese camino, se violó indirectamente la ley sustancial penal, aplicando indebidamente el artículo 34 del Código de las penas.

Empero, no hay lugar a casar la sentencia por cuanto si bien se incurrió en el error apuntado, la pena es la adecuada a la personalidad del reo. En efecto, examinando la sentencia de primera instancia se observa que el juzgador aplicó el mínimo que señala la disposición infringida (artículo 38 del Decreto 1188 de 1974) basándose, entre otras cosas, en que al procesado "lo favo-

recen su buena conducta anterior que se presume y la carencia de antecedentes judiciales" (fl. 201 cdno. número 1) lo cual no resultó, a la postre, ser verdad, pues basta examinar el ya citado informe de la penitenciaría para percatarse de su mala conducta anterior y de los antecedentes judiciales que ostenta, entre ellos el ya citado de la condenación anterior, lo cual da base suficiente para aumentar la pena en la proporción de un año que fue el mismo incremento de la sanción hecha por el Tribunal, si bien este se basó en fundamentos distintos, aunque equivocados.

Así, pues, carece de objeto fijar una nueva sanción y la Sala habrá, por este solo motivo, de abstenerse de casar la sentencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justi-

cia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR LA SENTENCIA recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRUEBA DE ESTADO CIVIL

Cómo se demuestra el estado civil de las personas dentro de un proceso penal con intervención del jurado de conciencia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 23 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 64, de agosto 23/1979.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de 23 de octubre del año próximo pasado, impuso, por el delito de "homicidio-asesinato", en riña imprevista, a José Lulio Cachay Niño, siete años y seis meses de presidio, y a Juan Bautista Maldonado, seis años y tres meses de presidio, así como las accesorias de rigor.

En tiempo oportuno se introdujo el recurso de casación, admitido en auto de 22 de febrero del año en curso, y sustentado en demanda que se declaró ajustada a las formalidades señaladas en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, en proveído de 28 de junio siguiente.

Corresponde ahora el pronunciamiento de fondo.

Hechos y actuación procesal

Así los indica el Procurador 3º Delegado en lo penal:

"El día 28 de marzo de 1977, terminada la jornada laboral en las últimas horas de la tarde, varios campesinos que prestaban servicios al señor Marco Fidel Corredor en la vereda Guaya-bal de la comprensión Municipal de Paya, entre los cuales figuraba Marco Fidel Cachay Niño, se reunieron en la casa de aquél a fin de pasar un rato de esparcimiento al son de la música que les brindaba una vieja grabadora. A

eso de las seis arribó al mencionado lugar José Lulio Cachay Niño, hermano legítimo del occiso, junto con su amigo Juan Bautista Maldonado, quienes se integraron al grupo por invitación de los dueños de la morada. En un momento dado, Marco Fidel, que guardaba cierto grado de rencor contra su hermano, agredió a José Lulio provocando una riña con éste, de la cual entró a participar Maldonado. José Lulio Cachay y Juan Bautista Maldonado, esgrimieron sendos puñales y casi de modo simultáneo le propinaron cuatro heridas, cada uno, a causa de las cuales falleció allí mismo instantes después. Es de resaltar que tres de las lesiones inferidas eran de carácter mortal".

"Abierta y tramitada la investigación por el Juzgado Promiscuo Municipal de Paya, avocó su conocimiento el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo que, previo el correspondiente cierre, llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado de conciencia, a los sindicados José Lulio Cachay Niño y Juan Bautista Maldonado como autores, sin atenuantes, de la muerte de Marco Fidel Cachay Niño (fls 74, 87). El Tribunal, al resolver el recurso de apelación formulado por Juan Bautista Maldonado en contra de dicha providencia, la ratificó pero reconociendo la existencia de una riña imprevista (fls. 5/18 cuad. 3).

"Obedeciendo el veredicto del jurí, posteriormente sobrevino la sentencia de primer grado que al ser ratificada por el superior, originó la que ha sido recurrida en casación, señalada al comienzo de este trabajo (fls. 119, 126 cuad. 1 y 13/49 cuad. 4)".

La demanda

Dos cargos se formulan a la setencia. En su orden se enuncian y explican del siguiente modo:

1. La sentencia es "violatoria del artículo 362 del Código Penal, 215, 126 (sic) y 217 del Código de Procedimiento Penal, así como de los artículos 1º, 2º, 101 y 110 del Decreto 1260 de 27 de julio de 1970, por falta de aplicación, y del artículo 363 del Código Penal por indebida aplicación, lo que constituye violación indirecta de la ley por apreciación errónea de las pruebas aportadas para demostrar el parentesco entre José Lulio Cachay y Marco Fidel Cachay que originó el error de derecho que aparece de manifiesto en los autos al considerar que éstos eran hermanos entre sí, y en esta forma encuadrar la conducta dentro del artículo 363 del Código Penal, cuando ha debido hacerlo dentro del 362 de la citada obra".

El error de derecho, sobre el mencionado punto, se hace consistir en que el Tribunal, para deducir la agravante basada en el parentesco legítimo, otorgó pleno valor al acta de nacimiento de José Lulio Cachay que obra al fl. 29 del cuaderno principal, a la manifestación de éste en su indagatoria y al acta de defunción de Marco Fidel Cachay, fl. 23 del mismo cuaderno, expedidas por la Secretaría de la Alcaldía Municipal de Paya y por el Secretario de la Inspección Departamental de Policía de Morcote.

Conforme a los artículos que se citan del Decreto 1260 de 1970, "el único autorizado para expedir copias es el Alcalde o el Notario, y que los secretarios de las alcaldías no están facultados para expedir copias del Registro Civil, y que los inspectores de policía solamente en casos excepcionales y previa autorización de la oficina central, pueden ser encargados para llevar el registro del estado civil, y por ende, solamente ellos podrían expedir las respectivas copias".

Entonces, "¿si las partidas de origen eclesiástico, no constituyen siquiera prueba sumaria para demostrar el estado civil, cómo puede demostrarse este estado por medio de declaraciones de testigos, o de partidas expedidas por quien no está autorizado para expedirlas como lo sería el secretario de la Inspección Departamental de Policía de Morcote, cuando ni siquiera el Inspector, está autorizado para llevar el registro?".

2. "Si la ley establece que desde el momento de la captura, todo capturado tiene derecho a designar un apoderado, derecho que deberá ponerse en conocimiento de éste, dejando la respectiva constancia por escrito, y que en caso de que no lo designare lo designará el Juzgado, la omisión de esta designación viola el derecho de defensa, más aún si esa audiencia de apoderado

se hace sentir en la diligencia de reconstrucción, en la cual intervienen los sindicatos, sin apoderado que los asista, y luego se procede a cerrar y calificar el mérito del sumario, sin que estos puedan alegar nada en su defensa, por la misma razón. Si un proceso se adelanta en estas condiciones, no se hace con las formalidades propias, y en consecuencia, hay nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por condenarse a una persona sin el lleno de los requisitos y las formas propias del juicio.

"Además, en la etapa del juicio, al designar un solo defensor para los dos procesados, coartó igualmente el derecho de defensa, porque existiendo intereses encontrados, no podía una sola persona asumir en forma integral y técnica la defensa de los dos, ya que por la misma razón, para defender a uno era necesario inculpar al otro.

"Sostengo que había intereses encontrados, porque, si Juan Bautista Maldonado fue el primero en lesionar, y si según el concepto del lealista estas heridas eran mortales, la actividad de José Lulio Cachay al lesionar a Marco Fidel hubiera podido encuadrarse en otra disposición penal, planteamiento que no podía el defensor presentar, sin incurrir en violación del artículo 196 del Código Penal. Por lo tanto, el defensor se le colocó en una posición difícil para cumplir con su deber, y todo esto en contra de los intereses de los procesados, coartándose por lo tanto el derecho a su defensa.

"Es un hecho evidente que para que pueda hablarse de la defensa de una persona, no basta que ésta esté asistida por un apoderado o defensor, sino que éste realice la labor defensiva en una forma técnica, y sin estar sometido a presiones o limitaciones de orden legal, como ocurrió en el presente asunto".

"Por tanto, si como lo hemos observado en la etapa sumarial los sindicatos no tuvieron la oportunidad de ser asistidos por un apoderado, y luego en la etapa del juicio se les designa una para los dos, el cual como he dicho, no podía sin incurrir en la violación del artículo 196 del Código Penal asumir la defensa de uno solo de ellos, y dejar desprotegido totalmente de defensa al otro, se limitó, se coartó el derecho de defensa en forma grave, con lo cual se incurrió en nulidad constitucional, por violación del artículo 26 de la Carta, por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio, ya que no se dio aplicación a los artículos 117, 118 y 431 del Código de Procedimiento Penal".

*Consideraciones de la Sala y opinión
de la delegada*

Se responde primero, por razón del rango de las alegaciones, lo que dice relación con la censura de nulidad del proceso. Sobre este aspecto conviene destacar, coincidiendo en esto con las glosas del Ministerio Público, que hasta donde las circunstancias permitieron la asistencia de los procesados, en la etapa sumarial, el instructor cumplió con sus obligaciones y deberes. Es así como a los inculcados se les designó apoderado de oficio, como lo ordena el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, nombramiento que recayó, según lo dispone este artículo, en persona honorable, sin cargo público. Es este el fundamental requisito que exige nuestra ley y que se satisfizo oportunamente. Cuando la doctrina demanda actividad y eficacia en el desempeño del cargo de apoderado, es obvio que relaciona este resultado con las posibilidades de su ejercicio. Porque de no, sería un contrasentido permitir la intervención de persona no versada en cuestiones jurídicas, para luego demandar de ésta, so pena de anulación, un aporte técnico. Está bien, entonces, que se imponga a un profesional del derecho un desempeño procesal trascendente, como condición propia al debido proceso, en cuanto a la actividad del apoderado o defensor del procesado, pero resulta inadecuado y contrario a las previsiones del legislador, trasladar ese requerimiento a personas a quienes, por ausencia de abogados, solo puedan aportar corrección, honorabilidad y buen sentido común, atributos éstos que le servirán para evitar se desconozcan los derechos más esenciales del procesado. No es dable deducir en la tramitación sumarial un deterioro de las condiciones básicas de la instrucción ni menos observar un sensible abandono de la tutela a que tenían derecho los inculcados, los mismos que fueron asistidos conforme lo establece la ley, vistas las excepcionales circunstancias del lugar en donde se sucedieron los hechos, no frecuentado por abogados titulados e inscritos.

Es evidente que la asistencia y representación, durante la causa, fue encomendada a persona idónea, que no escatimó conocimientos ni diligencias para defender a los procesados. Artificiosamente, ahora, se invoca incompatibilidad de intereses entre los enjuiciados, lo cual indicaba la necesidad de ser apoderados no por un solo defensor sino por dos, para garantizar así la idoneidad de esta representación. Esto, como bien lo anota el Ministerio Público, de tener algún fundamento, implicaría para el recurrente, por el

silencio guardado, un compromiso por colusión o, en el menos grave de los casos, uno de carácter disciplinario. Si el demandante, la misma persona que asistió a los encausados, nunca advirtió limitaciones a su encargo por razón de estar defendiendo a Cachay Maldonado, la deducción más lógica es que la decisión de los jurados no se produjo como consecuencia de esas restricciones. Tiene que señalarse, entonces, que no fue la posición del defensor la que produjo los veredictos, sino la libre convicción de quienes los emitieron, formada por el valor de las pruebas allegadas. Para asumir conclusión distinta, tendría que exigirse como presupuesto que el defensor hubiera denunciado su situación de incompatibilidad y que se hubiera desconocido esta alegación, o que, por su intervención o la actitud de los procesados, surgiera una similar inferencia. Pero lo advertible, a este último respecto, es que existía posibilidad para llevar adelante, como en efecto se produjo, la asistencia común de los enjuiciados.

El cargo no prospera.

De la segunda de las censuras, se anota:

La agravante del parentesco hermanos legítimos (José Lulio Cachay Niño y Marco Fidel Cachay Niño) se dio por demostrada en virtud de las manifestaciones de los procesados en sus indagatorias, de la abundante prueba testimonial allegada a los autos, y por las copias que obran a fls. 23 y 29 (partida de defunción de Marco Fidel Cachay Niño y acta de nacimiento de José Lulio Cachay Niño, respectivamente), expedidas por el Secretario de la Inspección Departamental de Policía de Morcote y la Secretaría de la Alcaldía Municipal de Paya, en su orden. La delegada rechaza el cargo, o sea la violación indirecta de la ley penal sustantiva (error de derecho), por cuanto esta clase de impugnaciones no proceden cuando se trata de juicios en los cuales haya intervenido el jurado de conciencia, en razón de la omnimoda libertad de que gozan éstos para valorar las pruebas allegadas al expediente y fundar su decisión.

A más de esto se tendría:

1. *La tradicional doctrina de la Corte reitera la tesis de liberar, dentro del proceso penal y para sus exclusivos efectos, de formalidades probatorias la demostración de ciertos estados civiles. A este respecto se citan las siguientes:*

“Es indisentible, y así se deduce, no solo de la ley, sino de la misma Carta Fundamental, que el Estado debe decirle al delincuente qué circunstancias precisas y acreditadas le carga para fijar las sanciones; pero en el fallo que se estudia, no sólo se expresó de modo claro qué circunstancia se le cargaba al acusado, sino también de qué manera se consideraba demostrada, diciendo:

“ ‘ Desde el auto de proceder se relievó el hecho de que en este caso se trataba de un homicidio agravado, por cuanto la víctima había sido la esposa del reo. Es verdad que en el proceso no se encuentra la partida de matrimonio, pero tal estado fue reconocido por el procesado desde el primer momento, como consta en su indagatoria y en los diversos memoriales que aparecen en el proceso. Además al jurado de conciencia se le preguntó si el acusado era responsable de haber dado muerte a su cónyuge, cuestión que fue aceptada por él, para cuya finalidad debió basarse en las pruebas procesales que en materia penal tienen la amplitud suficiente para demostrar el estado civil de las personas, con cualquier medio de prueba, sin sujeciones al rigorismo que exige la ley para el asunto civil’ (Gaceta Judicial, Tomo LXIX, pág. 167 - 1951. N° 1675)”.

“En cuanto a la prueba del estado civil, ha dicho la Corte, que si la comprobación del matrimonio debe subordinarse ‘a las formas del derecho civil’ ya se trate del elemento constitutivo de asenazgo o de otras infracciones que atacan la organización familiar, como el incesto y la bigamia, el jurado puede aceptar ‘como prueba del vínculo la confesión del procesado y los testimonios’ ”.

“Y sobre el punto de que el matrimonio es cuestión de derecho no sometida al criterio del Jurado, basta recordar que lo inmodificable del enjuiciamiento, o sea, aquello de lo cual no puede apartarse el Jurado, es la calificación genérica hecha en la parte resolutive del auto de proceder. Dicho en otros términos, que como el Jurado puede afirmar que el hecho se cometió en circunstancias a aquellas porque se le interroga, puede declarar que no está acreditado el matrimonio del victimario con la víctima, o que si está probado dicho vínculo, y ello sin sujetarse a los medios de prueba a que sí está constreñido el Juez de derecho (Gaceta Judicial, Tomo LXIX, pág. 168 - 1951. No. 1676)”.

“Ya se dijo atrás que las actas eclesiásticas sirven de prueba como documentos públicos, asimilados a tales, para acreditar hechos no civiles, sino de relevancia penal. El acta correspondiente

(fl. 34) muestra que la ofendida era mujer mayor de catorce años y menor de dieciséis, al tiempo de los hechos. Luego, cumplidos los demás supuestos legales, podía imputarse válidamente el cargo de corrupción de menores previsto en el artículo 326 del Código Penal, que fue el que se incriminó al procesado (Gaceta Judicial, Tomo XCI, pág. 955 - 1959. N° 1677)”.

“Para que en juicio pueda tenerse como comprobada la posesión notoria del estado del hijo, la jurisprudencia ha establecido que los actos del padre consistentes en proveer a la subsistencia, educación y establecimiento del pretendido hijo natural, deben tener cierta permanencia, constancia, regularidad y publicidad, claro está, teniendo en cuenta nuestro medio social; y que el concepto de los deudos y amigos del pretense padre o del vecindario, no sean una simple estimación o expresión conceptual de los testigos, relacionada con la paternidad, sino que debe ser una deducción en virtud de los hechos positivos por ellos presenciados, que les permitan concluir con mucha certeza que tales actos no son propios sino de un padre para con un hijo, y que por consiguiente, su apreciación se halla suficientemente respaldada (Gaceta Judicial, Tomo LXXVII, pág. 61 - 1954. N° 1678)”.

“La Corte, en algunas oportunidades, ha sostenido la tesis de que en el proceso penal, por causa del interés público que lo anima e impulsa, bastan —como medios de prueba del vínculo del parentesco— el testimonio o la confesión, sin necesidad del que prescribe la ley civil, pero ella, al sostener tal tesis, sólo ha querido darle un carácter relativo y subsidiario, y como contra ella se continúan dirigiendo serias objeciones, cree oportuno explicarla en todo su alcance.

“Doctrinariamente, en el proceso penal rige y domina el principio de la libertad de la prueba, principio que —a su vez— se funda en uno de los fines específicos del proceso, o sea, en el poder-deber de investigar la verdad efectiva, material e histórica de los hechos, lo que significa que todo objeto puede ser probado con cualquier medio probatorio, a menos que lo impida la ley o la ética social.

“El principio de la libertad de la prueba —que no rige en el proceso civil— tiene limitaciones o prohibiciones (según Florián) las cuales son absolutas si afectan el objeto, como la inadmisibilidad de la prueba pericial para establecer la peligrosidad, la habitualidad y la tendencia al delito, y relativa si únicamente afecta al medio de prueba, como la prueba de las condenas o antecedentes penales mediante la testimonial o el

estado civil con medios distintos a la documental, ello en virtud de otro principio adoptado en el Derecho Procesal: el de que entre el medio y el objeto de prueba la relación es tan estrecha, que ellos son inseparables.

“Rocco, autor del actual Código italiano, al explicar el artículo 308, según el cual ‘las limitaciones que las leyes civiles establecen en relación con la prueba no se observan en el procedimiento penal, excepto las que conciernen al estado de las personas’, concluye afirmando que ‘no se puede admitir diversidad de juicio en esta delicadísima materia, en la cual es demasiado evidente, para que sea necesario demostrarlo, que debe prevalecer la prueba civil’ ”.

“Análogo fue el criterio de la Comisión que elaboró el Código Colombiano, inequívocamente manifestado al discutir el proyecto del artículo 22, cuya fórmula primitiva fue la siguiente: ‘En todo caso la prueba y decisión de las cuestiones civiles o administrativas, que es llamado a juzgar el Juez que conoce de los procesos penales, se sujetarán a las disposiciones de Derecho Civil o Administrativo’ ”.

Siendo aquéllos el propósito del legislador y la razón de los tratadistas, tampoco podría afirmarse categóricamente que el interés público del proceso penal se contraponga al interés público del estado civil, y así la prueba del matrimonio, como acto jurídico solemne que es, no obstante su carácter consensual, se subordina a las formas del Derecho Civil, tratándose de elemento constitutivo de la especie ‘asesinato’, o de otras infracciones que atacan la organización familiar, como el incesto y la bigamia, o sean materia de cuestión prejudicial ante el Juez Civil o de calificación del sumario en el proceso penal.

“Del estudio de estos problemas, el profesor Rocha deduce la tesis de que siendo el matrimonio un acto solemne, su prueba no puede ser otra sino el certificado del registro civil; a falta de éste, otros documentos auténticos, o declaraciones de testigos que lo presenciaron, y, finalmente, si éstos también faltaren, la posesión notoria de aquel estado, descartando —finalmente— la confesión, prueba que no se adoptó ni en la ley material ni en la ley procesal (Gaceta Judicial, Tomo LXVII, págs. 8 y 9 - 1949)”. —1679— (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia —Rama Penal—, Tomo II, Domingo Sarasty M.).

2. No existe prueba alguna que confirme las apreciaciones del recurrente, en cuanto a que carecían de facultades de registradores del estado

civil el Alcalde Municipal de Paya y el Inspector Departamental de Policía de Morcote (Municipio de Paya), por no ser, la primera localidad, sede de notaría, o, el segundo, carecer de autorización expresa de la oficina central para cumplir con esta función. Lo que obra en el expediente se considera como bastante para reconocerles a esos dos funcionarios, atributos legales para llevar ese registro del estado civil. Bastaría, a este respecto, estimar la lejanía e incomunicación de esas zonas del territorio nacional y la existencia de libros propios para ese efecto (v. gr. en el libro de partidas de nacimiento, se cita, a fl. 29, el fl. 52; y en el libro de partidas de defunción, se cita, a fl. 23, el fl. 151), lo cual hace presumir que desde buen tiempo atrás se viene atendiendo en debida forma esta actividad oficial.

3. Finalmente conviene reiterar que, a los fines estrictamente penales (configuración de hechos delictuosos, deducción de agravantes, etc.) se reconoce libertad probatoria sobre los hechos relacionados con aspectos de esta especialísima índole. En cuanto al estado civil de las personas, por ejemplo, la ley procedimental marca una tendencia preferente pero no excluyente de los medios de prueba. Quiere esto decir que el primer interés se dirige a obtener una evidencia documental, conforme a los estatutos que regulan esas materias, pero en ausencia suya es perfectamente válido acudir a comprobaciones de muy variada condición, así las atestaciones eclesiásticas, los testimonios, las pericias, etc. Lo dicho guarda cabal armonía con la salvedad final que señala el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970.

La tardanza y omisión en realizar la oportuna e idónea inscripción, no excluye esta posibilidad en forma definitiva. El mencionado Decreto, en su artículo 105, inciso 3º, permite al funcionario competente “previa comprobación sumaria”, subsanar esta situación. Compaginando esta norma con los artículos 18 y 19 del Código de Procedimiento Penal, si se llega a rigORIZAR el punto hasta tenerlo por cuestión prejudicial civil, resulta obvio que esas demostraciones documentales de rebajado mérito (expedidas por autoridades eclesiásticas con posterioridad a la Ley 92 de 1938, o por funcionarios carentes de atributos para cumplir con el registro civil de las personas) o testificales, tienen el valor de “comprobación sumaria” dentro del proceso penal y por tanto dan lugar a ser consideradas como pruebas plenamente admisibles.

La ley penal ha querido más que la verdad formal la verdad histórica, interesada, precisa-

mente, en comprender en forma íntegra la realidad, llega a desestimar hechos debidamente acreditados con una excelente e inobjetable prueba documental, por la falta de conocimientos en el procesado, no obstante su calidad de públicos u oficiales y con valor universal, o, por el contrario, darse por existentes, a pesar de carecer del previo y especial respaldo notarial, por haberlos conocido el inculcado y actuado bajo la impresión de esa indiscutible realidad.

En el caso sub examine no es dable negar la cabal demostración del parentesco legítimo (hermanos) que tenían víctima y victimario, como tampoco que este último y su copartícipe, sabían de tal nexo de sangre.

El cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo impugnado, ya mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Indebida notificación del auto de proceder. Cuándo se opera

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 28 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 66.

Vistos

El Tribunal Superior de Armenia profirió, con fecha 19 de diciembre del año pasado sentencia por medio de la cual confirmó en todas sus partes la emitida por el Juzgado Superior de ese mismo distrito Judicial en la que se condenó a Bernardo Antonio Restrepo Córdoba a la pena principal de ocho años de presidio más las accesorias del caso como autor del delito de homicidio cometido en las horas de la madrugada del 21 de marzo de 1977, en la carretera que de Pijao conduce a la vereda de "La Maizena" y del que aparece como víctima Gustavo Bermúdez R.

Contra dicha providencia interpuso el procesado, por medio de apoderado constituido al efecto, el recurso extraordinario de casación que, concedido y declarado admisible por esta Sala, se ha tramitado en forma regular hasta el momento de pronunciarse sobre él a lo cual se procede.

Hechos y actuación procesal

Puede resumirse los primeros diciendo que el día y a la hora que se dejan mencionados en el aparte anterior, luego de haber estado ingiriendo licor en una cantina de Pijao, se dirigieron Gustavo Bermúdez Restrepo y James Gómez de regreso a Génova, habiendo sido alcanzado por

Silvio y Javier Arcila Ossa y Bernardo Antonio Restrepo Córdoba. En el camino, Javier empezó a injuriar a Bermúdez y a Gómez quienes apresuraron la marcha pero como más adelante oyeran un tropel, se escondieron a la orilla de la vía viendo que quienes venían eran Javier y Silvio, por lo cual salieron de su escondite. Pero de inmediato los alcanzó un tercer individuo que, sin más, arremetió contra ellos cuchillo en mano, hiriendo a Bermúdez así como también a Gómez, más gravemente al primero quien murió pocos momentos después a consecuencia de las lesiones. Tal sujeto resultó ser Restrepo Córdoba.

Iniciada la investigación y repartido el proceso, por competencia, al Juez Segundo Superior de Armenia, éste, previa clausura de la misma, la calificó por auto de 18 de marzo de 1978 por medio del cual llamó a responder en juicio, con intervención de jurados, por el delito que se expresa, a Bernardo Antonio Restrepo Córdoba a quien sobreesayó definitivamente, en la misma providencia, por el delito de homicidio imperfecto en la persona de José James Gómez. También sobreesayó, aunque de modo temporal, en favor de Silvio y de Javier Arcila Ossa.

Previamente, en el curso de la investigación y luego de haber expedido diversas órdenes de captura contra Restrepo Córdoba quien había huido la misma noche de los hechos, se le declaró reo ausente por auto de 11 de mayo de 1977.

Calificado el mérito del sumario y como aún no fuera aprehendido el procesado pese a que se reiteraron, con posterioridad a ese momento procesal las órdenes de captura, se le declaró, de nuevo reo ausente por providencia fechada a 14 de abril de 1978.

El 17 de octubre de 1978 se llevó a cabo la audiencia pública durante la cual fue sometido a la consideración de los jurados de conciencia el correspondiente cuestionario que ellos respondieron de modo afirmativo.

Con base en ese veredicto, el Juzgado profirió la sentencia que se deja mencionada en la que se refiere el sentenciador, de modo especial, a la intervención del defensor del procesado, calificándola de "muy buena" por haber tratado en ella, por todos los medios, de demostrar la existencia de dudas y lagunas en la investigación, para lo cual, dice el Juez, "analizó pormenorizadamente las declaraciones de las tres personas citadas (los hermanos Arcila Ossa y José James Gómez) y concluyó diciendo que ellas se contradecían en puntos de importancia. Con fundamento en los distintos conceptos de los distintos funcionarios que han actuado dentro de este proceso, trató de demostrar que no estaba completamente comprobado que su patrocinado hubiera sido el autor, o el único autor de la muerte del señor Bermúdez Restrepo". Agrega el Juzgado otras referencias a la labor de la defensa para concluir que no alcanzó a desvirtuar los cargos que pesaban sobre el procesado.

También el Tribunal se refirió, con detenimiento, a la labor del defensor calificando de "magnífica" su intervención durante la audiencia pública, no obstante que el Jurado no aceptó sus argumentaciones y respondió el cuestionario con un veredicto condenatorio.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Solo un cargo hace el demandante contra la providencia recurrida y lo funda en la causal cuarta de casación expresando que aquella fue pronunciada en un juicio viciado de nulidad de doble aspecto, es decir, tanto legal como suprallegal.

Las hace consistir en que, según su concepto, se incurrió en la nulidad de que trata el numeral 3º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por indebida notificación del auto de proceder ya que, a su entender, debió esperarse, para emplazar al sindicado y declararlo reo ausente a que se contestara, por la policía, si se le había encontrado o no cosa que no se hizo, es decir, no se agotaron los medios para localizarlo lo que, a su turno, genera una nulidad de rango Constitucional por cuanto no hubo sujeto pasivo de la acción penal. Cita, para apoyar sus puntos de vista, doctrinas de esta Sala a las que se hará referencia más adelante.

La Procuraduría Primera Delegada Penal, que lleva en este recurso la voz del Ministerio Público, solicita que se deseche el cargo y que, en consecuencia, no se case la sentencia por es-

timar que no hubo violación de la norma procesal ni de la constitucional invocadas por el demandante para sostener que se faltó a las formas propias del juicio. A tal efecto muestra cómo se cursaron varias órdenes de captura y que sólo después y en vista de que no era aprehendido, se dispuso emplazarlo legalmente.

Consideraciones de la Corte

Las doctrinas de la Corte que invoca y cita, en parte, el recurrente contemplaban casos diferentes al actual. En efecto, la de 15 de marzo de este año se refiere, en general al derecho de defensa del imputado y, en particular, al ejercido tanto por el propio sindicado como por su apoderado o defensor. La providencia exige que se garantice tanto la defensa material asegurando la presencia del acusado a las diligencias en que ella se actúa, por ejemplo la indagatoria, como la llamada defensa técnica, es decir, la que se ejercita por medio de abogado y que se lleva a cabo por la asistencia de un profesional del derecho desde el momento de la captura.

En el presente caso no se negó al procesado ninguna de esas dos formas de defensa ya que en cuanto a la primera fue él mismo quien se puso en imposibilidad de ejercerla al huir desde la noche de los hechos que dieron lugar al proceso, renunciando, si así puede decirse, a las oportunidades de exponer, en forma directa, las circunstancias de los mismos que hubieran podido contribuir a que se le exonerase de responsabilidad o a que se disminuyera la pena.

En cuanto a la doctrina contenida en la sentencia de 23 de junio de 1977, también acotada por el demandante, se tiene que el caso a que ella se refiere se diferencia del actual porque en aquel no hubo gestión del Estado para localizar al procesado y no fue propiamente la falta de informe de la policía lo que generó la nulidad sino, se repite, la ausencia de actividad por los organismos encargados de localizarlo.

En el presente caso no ha habido carencia de ella por parte de la policía, pues se encuentran abundantes muestras en el proceso de la actividad policiva tendiente a la captura del sindicado y, como advierte el Ministerio Público, no puede dejarse la suerte del proceso sujeta a la llegada de los informes policivos sobre la captura o no del acusado, pues se dilatará desmedidamente la tramitación de aquellos.

Sólo cuando en la situación procesal anarezca que no se hizo nada por localizar al sindicado y que, por este modo, se le privó de actuar perso-

nalmente o por medio de apoderado su defensa, puede decirse que se violó la norma Constitucional que garantiza dicho derecho.

Tal no es, se repite, el caso de autos y por eso el cargo no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —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 y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Artículo 26 de la Constitución Nacional

La falta de vocero no constituye nulidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 30 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 067.

Vistos

El Tribunal Superior de Cúcuta mediante sentencia de 6 de febrero del año pasado confirmó, sin modificaciones, la de 14 de junio del año anterior por medio de la cual el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad condenó a Over Madrid Rodríguez (a. El Negro Madrid), a la pena principal de treinta y seis años; a Jorge Enrique Castellanos Bayona (a. Pájaro Loco), conocido también como Jorge Iván Castellanos Median, a treinta y cuatro años, a Luis Eduardo Mora Cardona o Carvajal (a. El Negro o el Chino), a treinta y dos años, y a Rubén Darío Corredor Herrera a treinta años, todas de presidio, como autores penalmente responsables de la comisión de los delitos de homicidio y tentativa de homicidio agravados, robo también agravado, lesiones personales y por un delito de los que envuelven un peligro común que les fueron imputados en el auto de proceder.

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron recurso de casación los procesados y sus defensores, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual se presentó la correspondiente demanda por el defensor del procesado Rubén Darío Corredor Herrera, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte, en tanto se declaró desierto el recurso interpuesto por el defensor de los demás procesados a causa de no haber sido formulada en tiempo la correspondiente a éstos.

Antecedentes

Aparecen precisados en los autos en los siguientes términos, que la Corte estima ajustados a las pruebas del proceso:

“... En la madrugada de la noche comprendida entre el miércoles 8 de noviembre de 1972, y el jueves 9 de noviembre del mismo año, aproximadamente a las tres y media de la mañana salió de Puerto Santander con destino a Cúcuta el bus marca Dodge, modelo 1970, Placas número S-9078, afiliado a la empresa Trasan distinguido con el número 15, conducido por Angel Ignacio Morales Parra, llevando como ayudante del chofer a Nereo Altuve Parra, transportando 16 pasajeros, mercaderías y productos agrícolas de la región. En el punto denominado La Punta, se detuvo el automotor y recogió dos pasajeros, un hombre y una mujer, igualmente se detuvo el vehículo en el sitio denominado Pamplonita, lugar donde recogió pescado y un pasajero más; en el sitio denominado Agua Clara, donde algunos pasajeros tomaron tinto y en el sitio denominado Puerto Lleras donde descendió un pasajero y finalmente en el punto denominado guayabal donde lo abordó el sindicado Over Madrid Rodríguez en compañía de otro antisocial, habiéndole sido expedido al nombrado Madrid Rodríguez, un boleto de tránsito, boleto por valor de cinco pesos que obra en autos al fl. 42. Habiendo continuado el bus su marcha kilómetros más adelante en el punto denominado Patillales se recogió otro pasajero identificado como partícipe en el asalto y tres kilómetros adelante en el punto denominado el Empujoncito o El Aloncito, ubicado a un kilómetro más o menos del Corregimiento del Salado, procedieron los antisociales a eso de las cinco de la mañana a sacar sus armas disparando con ellas a los pasajeros, uno de los cuales trató de oponerse a la acción, produciéndose un estruendoso tiroteo del cual resultaron muertos algunos de los pasajeros

y un antisocial y lesionados otros. Se ordenó entonces por uno de los antisociales al conductor luego de golpearlo con un cachazo de revólver que parara y poco después que continuara la marcha poco a poco, y al llegar a un ramal se le impartió la orden de que desviara hacia él, procediéndose entre tanto por los demás asaltantes a la requiza y despojo de los objetos y dinero portado por los ocupantes del bus. Consumado el despojo de tales objetos, cuando el vehículo asaltado reversaba para salir del ramal hizo su aparición una camioneta pick-up conducida por Julián Galvis Cáceres ordenando entonces el sindicado Over Madrid Rodríguez a sus compañeros asaltantes que salieran e interceptaran la camioneta dándole plomo, procediendo entonces dos de los asaltantes a disparar sobre la camioneta destruyéndole el vidrio delantero, ante lo cual su conductor Julián Galvis Cáceres en forma valerosa procedió a defenderse disparando su arma de fuego contra los antisociales e internándose en el monte aledaño, siendo perseguido por éstos disparándole sus armas de fuego sin que afortunadamente lograran herirlo. Procedieron entonces los antisociales a estallar las llantas del bus mediante una ráfaga de ametralladora y cuando ya se disponían a huir en la camioneta de la cual habían despojado a Galvis, uno de ellos se bajó de dicho vehículo y dirigiéndose hacia el bus ordenó a Filadelfo Pérez Méndez poner las manos en alto gritándole 'viejo hijueputa' y disparándole a quemarropa tres tiros, le dio muerte. Seguidamente los antisociales siguieron en dirección a Cúcuta y en el punto denominado El Salado abordaron el vehículo conducido por el sindicado Rubén Darío Corredor Herrera, quien conforme a constancias procesales se hallaba esperándolos en dicho lugar y al ver pasar la camioneta ocupada por sus compañeros procedió a seguirla, dejándola los antisociales abandonada, y transbordándose al automóvil conducido por Corredor Herrera. Debe anotarse que en el curso de los disparos efectuados por los antisociales dentro del bus asaltado resultó herido su compañero Over Madrid Rodríguez, habiendo sido, hallada, dentro de la camioneta de Galvis abandonada en El Salado, la camisa que éste portaba, con una perforación y ensangrentada junto con el tiquete de tránsito que le fue expedido, en el bolsillo de dicha camisa. Realizadas las pesquisas adelantadas a dar con el paradero de los delinquentes el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS-, en actividad que merece encomio, logró la captura del sindicado Over Madrid Rodríguez el mismo día de los hechos y posteriormente la de los antisociales Jorge Enrique Cas-

tellanos Bayona (a. Pájaro Loco), Rubén Darío Corredor Herrera y Luis Eduardo Mora Cardona, responsables de los delitos investigados dentro de estas diligencias y la localización del sindicado Luis Eladio Contreras muerto al tratar de huir y en cuya casa fue hallado en otras armas el revólver distinguido con el número 883088 con el cual conforme con el dictamen balístico visto al fl. 430, fue disparado el proyectil hallado en el cuello de Filadelfo Pérez Méndez ocupante del vehículo asaltado, muerto en las circunstancias anotadas. Igualmente se anota que en la captura del sindicado Rubén Darío Corredor Herrera practicada por el Departamento Administrativo de Seguridad fue decomisada la pistola marca 'Star' número 1127662 con la cual, se deduce del examen balístico a que fue sometida, fueron disparados los proyectiles blindados hallados en el lugar de los hechos y puestos a órdenes de este despacho, fls. 257 y 258 por los servicios F 2 de la Policía Nacional...'' (fls. 29 a 30. Cuaderno número 6).

Demanda de casación

La sentencia del Tribunal de Cúcuta fue impugnada ante la Corte con fundamento en las causales 4ª y 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se formulan los siguientes cargos:

a) Causal 4ª

“...acuso la sentencia dictada en este proceso por el Tribunal Superior de Cúcuta que confirmó en todas sus partes la dictada por el juzgador de primera instancia, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad Constitucional (numeral 4 del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal)...”.

“...Dentro de la segunda audiencia se quiso (sic) designar un vocero por parte del procesado Luis Eduardo Mora Cardona, por considerar éste que el defensor de oficio que se le había asignado por parte del juzgado no tenía la suficiente capacidad dentro del ramo penal para hacer una defensa acorde con las circunstancias que rodeaban el proceso y por ello, se quiso (sic) designar al doctor Pablo Cachón Medina para que esbosara (sic) y defendiera sus derechos. El señor Juez de la causa, negó la intervención del profesional, porque éste había estado actuando dentro de la primera audiencia como defensor de Jorge Iván Castellanos Medina o Jorge Enrique Castellanos Bayona y con ello podía faltar a la ética profesional, cuestión ésta que no podía ser debatida

por el Juez, puesto que era al profesional a quien le correspondía afrontar las consecuencias que de su intervención merecieran..." (fls. 11 a 12).

"...Esa negativa por parte del señor Juez, de admitir el vocero, complicó la situación tanto de Mora Cardona como la del suscrito para la defensa de Rubén Darío Corredor y por ello hubo una falta de defensa que llevó a un veredicto condenatorio, ya que la responsabilidad del proceso automáticamente quedaba en cabeza del suscrito ante el poco conocimiento que en el ramo penal tenía el defensor designado..."

"...Aunque la ley no considera como una nulidad el rechazo de un vocero, sí se está atentando contra el derecho de defensa, cuando un procesado designa a una persona para que lleve su vocería y es rechazada sin tener en cuenta si dicho vocero llena los requisitos legales para presentarse en juicio. Si los llena y en este caso se trata de un abogado titulado, se limitó ese derecho y se atentó contra la Constitución Nacional..." (fls. 12 a 13).

b) Causal 1ª

"...Vamos a suponer que Rubén Darío Corredor Herrera, fue contratado para recoger a los asaltantes del bus de Trasan y por tal motivo prestó su colaboración y esperó a los asaltantes en el sitio de El Salado. Así se deja ver por la providencia del honorable Tribunal cuando le da plena credibilidad a María Barón de Colmenares y Margarita Sánchez. Sí ese fin era el de robar y se le hacen a Rubén Darío Corredor Herrera, trece cargos, en su condición de cómplice necesario, cuando en verdad estaba demostrado, que éste se encontraba en sitio distinto al lugar en donde se desarrollaban para ese mismo momento los hechos. Es decir que, según el honorable Tribunal de Cúcuta, Rubén Darío Corredor Herrera, está dentro de los alcances del artículo 19 del Código Penal, como si la estadía de Rubén Darío en ese sitio, hubiera sido el actor determinante para la consumación de los trece delitos imputados y por los cuales fue juzgado..."

"...Considero que existe una apreciación errónea de la prueba, pues el artículo 19 del Código Penal es muy claro y no puede nunca incluirse dentro de este artículo, la actuación de Rubén Darío Corredor Herrera y esa apreciación errónea, es la violatoria de la ley sustantiva y por ende del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal..." (fls. 13 a 14).

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador 3º Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del demandante con base en las siguientes consideraciones:

1. Respecto de la causal 4ª

"...La falta de vocero para la audiencia o el rechazo del designado por el acusado —por razones atendibles—, no constituye nulidad legal. Tampoco, de orden Constitucional por cuanto la ausencia de vocero del sindicado Mora Cardona no menguó o conculcó su defensa confiada en este caso al doctor Francisco de Fillipis, quien como resulta del acta de audiencia pública (fl. 93 del cuaderno número 3), criticó la prueba inculpativa y enderezó su intervención en orden a demostrarle al jurado la inocencia de su patrocinado solicitando una respuesta negativa para todos los cuestionarios..."

"...Además, es preciso anotar que el nuevo jurado tuvo oportunidad de conocer el interrogatorio a que fueron sometidos los procesados en la primera audiencia pública, formándose un criterio sobre las explicaciones dadas por ellos respecto a los hechos investigados (ver folios 89 del cuaderno número 3 y 382 del cuaderno número 2)..."

"...La inadecuada defensa o la falta de idoneidad del profesional que oficiosamente asumió la representación de Mora Cardona no pasan de ser simples apreciaciones subjetivas del demandante que llaman a su rechazo, si se considera que el mencionado abogado fue el único defensor que obtuvo la absolución total de su cliente en la primera audiencia pública..." (fls. 34 a 35).

2. Respecto de la causal 1ª

"...Aunque el demandante no lo diga, la causal invocada contra la sentencia tiende a desconocer la responsabilidad penal del acusado, por ausencia de prueba demostrativa de su participación en once de los trece delitos imputados. Semejante planteamiento resulta francamente improcedente en procesos en que interviene el jurado de conciencia, en los cuales no es viable discutir el veredicto con fundamento en la falta de apreciación o errónea apreciación de las pruebas relativas a la culpabilidad o al grado de participación en el delito, porque como se adopta en conciencia, es imposible precisar qué pruebas fueron tenidas en cuenta por los jueces populares para fundamentar su respuesta..."

"...Si lo que busca el impugnador es que se declare la injusticia del mismo, el despropósito es mayor toda vez que el veredicto del segundo

jurado es definitivo (artículo 565 del Código de Procedimiento Penal), su contraevidencia es decisión reservada a los jueces en las instancias, no está contemplada como motivo de casación y con ello se pretendería reabrir un debate probatorio que concluyó en la audiencia pública...".

"...Por lo demás, el recurrente no ofrece claridad ni precisión en sus planteamientos resultando harto difícil desentrañar su pensamiento, aspecto por el que la acusación es deficiente inhibiendo a la Corte, en sede de casación, para un pronunciamiento al respecto...".

"...El ataque a la sentencia es tan equívoco y confuso que podría pensarse que va dirigido a demostrar una errónea denominación jurídica de las infracciones, supuesto en el cual, debió invocarse la causal cuarta de casación..." (fls. 36 a 38).

Considerando:

1. Como reiterada e inveteradamente lo ha venido declarando la Corte, la nulidad con rango de violación del derecho constitucional que ésta ha venido reconociendo se refiere, no a las informalidades o simples defectos procesales ni a la comisión u omisión de algunas actividades judiciales irrelevantes, para las cuales el propio Código de Procedimiento Penal y el Régimen Disciplinario prescriben las sanciones pertinentes, sino al quebrantamiento de uno cualquiera de los cuatro presupuestos fundamentales que el artículo 26 de la Constitución Nacional señala para el debido juzgamiento de las personas, consistentes en que éstas solo pueden ser juzgadas conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, por el Tribunal legalmente competente para hacerlo, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y, si es el caso, mediante la aplicación de las leyes permisivas o favorables, aun siendo éstas promulgadas con posterioridad a la ocurrencia del hecho.

De estas cuatro hipótesis constitucionales resulta fácil advertir que a la que se refiere el casacionista es a la concerniente al desconocimiento del derecho de defensa, por violación de las formas propias del debido proceso, que se reputa quebrantada por el recurrente en el supuesto de que el rechazo del juez a la designación del vocero hecha por otro de los procesados, distinto al demandante, "complicó tanto la situación de (aquél), como la del (recurrente) para la defensa de Rubén Darío Corredor".

La cuestión así planteada no se refiere, pues, a la falta absoluta o total de los medios de de-

fensa del propio recurrente ni de otro u otros de los procesados, que éstos tuvieron durante la etapa del juicio y dentro del desarrollo de la diligencia de la audiencia pública; ni a la vulneración de sus derechos y garantías procesales, que les fueron reconocidos y de los que todos hicieron uso; ni a la falta de observancia de los trámites que la ley prescribe para dar curso a la actuación, que fueron cumplidos; sino que la alegada nulidad supralegal se remite a apreciaciones puramente subjetivas del recurrente, cuya objetividad no se advierte en parte alguna ni su trascendencia se precisa.

En efecto, la intervención del vocero del procesado está circunscrita a la audiencia pública; no tiene éste, en modo alguno, la condición de un segundo defensor; ni, en suma, cumple otra finalidad que la de hablar en lugar y a nombre del acusado, quien, a falta de aquél, puede hacerlo personalmente o dejar de hacerlo, si así lo desea.

La intervención del vocero no es obligatoria, ni indispensable para ejercer el derecho de defensa del acusado, misión que se confía a su defensor, ni la ausencia de aquél durante la audiencia pública está erigida como causal de nulidad legal ni es posible, tampoco, elevarla al rango de aquellas de tanta monta y gravedad y de tan graves consecuencias procesales, como las llamadas nulidades supralecales por la doctrina.

Como esta Corporación lo ha venido sosteniendo, las llamadas nulidades constitucionales o supralecales son aquellas que atacan "las bases mismas de la organización judicial" (Sent., 11 de febrero 1948), esto es, las que "desfiguran el esquema del proceso, afectan fundamentalmente su estructura, socavan las bases del juzgamiento o desconocen garantías esenciales de las partes", (sent., 8 de mayo 1970, CXXXIV, 295):

"...La jurisprudencia ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución Nacional y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades Supralecales o Constitucionales, cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado. Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causas con aplicación de leyes sustantivas posteriores al delito (sent., 19 de febrero 1943); la denominación anfibiológica del

cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formación de la acusación impida la precisión del delito material del juicio (sents., 19 febrero 1943 y 23 enero 1960); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sents., 18 mayo 1942, 15 diciembre 1950, 11 julio 1952, 23 enero 1953, 7 diciembre 1955, 7 noviembre 1961, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sents., 26 julio 1944, 10 noviembre 1955 y 12 noviembre 1956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sent., 11 febrero 1948)..."

"....."

"...La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a esa clase de nulidad en guarda del artículo 26 de la Constitución Nacional, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación..." (sent., 8 mayo 1970, CXXXIV, 295).

En consecuencia, de que uno de los abogados defensores considere que el de otro de ellos "no tenía la suficiente capacidad dentro del ramo penal para hacer una defensa acorde con las circunstancias que rodeaban al proceso" o que estime que su propia defensa se vio complicada por la ausencia del vocero de uno de ellos, son consideraciones estrictamente personales del recurrente, que la Corte no puede declarar soporte suficiente para casar la sentencia de un Tribunal.

No prospera, pues, el cargo.

2. Como también inveteradamente lo ha sostenido la Corte, de acuerdo con la ley, en los juicios en los que interviene el jurado de conciencia, resulta francamente equivocado aducir como motivo de casación el señalado en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, fundamentalmente porque en ellos el jurado no está sujeto a la tarifa legal de la prueba, como lo están por regla general, los jueces del

derecho, de modo que los primeros gozan de un amplio poder de apreciación sobre su mérito y fuerza probatorios, "sin atender voz distinta (a la de su) personal conciencia" y sin otro límite que su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se (les) interroga" (artículo 560 del Código de Procedimiento Penal), que es facultad que de ordinario se niega a los segundos, salvo los casos en los que les es permitido a éstos apreciar el valor de las pruebas según los principios de la persuasión racional.

Solo excepcionalmente ha admitido la Corte que las sentencias en los juicios en los que interviene el jurado puedan ser atacadas por violación directa de la ley sustancial, cuando se aduce infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de las normas legales cuya aplicación corresponde privativamente a los jueces de derecho y no al jurado (las referencias a las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, a la personalidad de la gente, etc.).

Pero cuando los jueces de derecho se limitan a reconocer el veredicto rendido por el jurado popular que, a su turno, ha sido fundadamente proferido de acuerdo con los cargos formulados al procesado, la decisión judicial resulta inatacable.

De la abundante jurisprudencia invariablemente sostenida por la Corte al respecto, es de una claridad meridiana la siguiente de 19 de agosto de 1972:

"...En los juicios en que interviene el jurado, sus integrantes deciden 'en privado', en conciencia y por íntima convicción sobre la responsabilidad del acusado y está absolutamente prohibido interrogarlos acerca de la razón que tuvieron para hacerlo en una u otra forma, ya que les está vedado 'tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les corresponde o hubiera correspondido intervenir como jueces' (Código de Procedimiento Penal, artículo 536 y s.). Y la sentencia en esos mismos procesos 'se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate' (íd. artículo 519), quedando como único límite legal a la soberanía que se desprende de las normas pertinentes, la declaratoria de contraevidencia que sólo puede ser declarada por el Juez competente en primera instancia, en el caso del artículo 565 del estatuto procesal penal o, por el Tribunal de segunda, en el caso de la norma 567 del mismo código. Pero la declaratoria de contraevidencia escapa a la competencia de la Corte..."

“... De ahí que ésta, en varias ocasiones haya expuesto:...”.

“... no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate...”.

También ha dicho la Corte:

“... Si, por vía de hipótesis, se admitiera que aun en los procesos en que ha actuado el jurado se puede alegar en casación que la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior es violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, esto es, por quebranto indirecto de la norma sustantiva, en materias sobre las cuales decidió el jurado y a cuyo veredicto se conformó la sentencia, al prosperar la causal la Corte tendría que casar el fallo impugnado y dictar ‘el que deba reemplazarlo’, dando aplicación al artículo 583, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal, y por ese procedimiento se llegaría a proferir la sentencia, no ‘de acuerdo con el veredicto’, como lo ordena el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, sino con la certeza generada

en el análisis de las pruebas, y, paradójicamente, resultaría protuberante la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 580 ibídem, por desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado...”.

Tampoco prospera, pues, el cargo.

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, visto el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta de 6 de febrero del año pasado.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollo
Secretario.

CASACION - TECNICA

Violación indirecta. Su demostración

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 30 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Expediente número 25104

Aprobado: Acta número 67.

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de octubre de 1978 que confirmó integralmente la del Juzgado Trece Penal del Circuito de esta capital del 17 de agosto del mismo año, con la que condenó a José Manuel Castañeda y a otros, por el delito de robo en bienes de María Leonor Wills, a la pena principal de 72 meses de presidio, y a Abad Santa Quintero, a la pena de 36 meses de la misma calidad como cómplice no necesario y a las accesorias de rigor que acompañan estas dosificaciones.

Hechos

Los sintetiza el Tribunal en la siguiente forma:

“...Tuvieron ocurrencia en la población de Funza, a eso de las cinco y media de la tarde del nueve de marzo de mil novecientos setenta y siete, en momentos en que a la finca ‘Cofradía’ penetraron tres enmascarados y luego de amarrar a la dueña señora María Leonor Wills y a la empleada del servicio, las encerraron en un baño de la casa, junto con la menor hija de la dueña, apropiándose de elementos que la denunciante estimó en un millón de pesos...”

Estudio de la demanda

1º Previo el relato de los hechos debatidos en juicio y de la actuación procesal, el demandante propone, al amparo de la causal primera de casación (artículo 580-1, 101 Código de Procedimiento Penal), como cargo único contra la sentencia de segundo grado, la violación indirecta de la ley sustancial (artículos 402 a 405 del Código Penal), por errores manifiestos de hecho en la apreciación probatoria, que llevaron al Tribunal a declarar coautor del delito al procesado José Manuel Castañeda Hernández y a imponerle en consecuencia, la misma pena que le señaló el juzgador de primera instancia.

Los mencionados errores los hace consistir:

a) En no haber apreciado las pruebas de los folios 290. “...donde se menciona que no quedaron huellas digitales...”, situación favorable al sindicado, pero no considerada;

b) Inobservancia de los numerales 5, letra h del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal;

c) Falsedad en las fechas, pues la sentencia afirma que ella se discutió y aprobó en sesión extraordinaria del 20 de octubre de 1974, cuando los hechos sucedieron el 9 de marzo de 1977;

d) Violación del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, porque el Tribunal no indicó los nombres y apellidos completos de todos los acusados, ni consignó sus demás datos personales;

e). La versión del procesado Castañeda en su primera indagatoria no es la verdadera como lo afirma el sentenciador porque la provocó con torturas el F-2, la versión real es la consignada en su posterior retractación que no ha sido tenida en cuenta;

f) Lo dicho por el acusado Castañeda en su retractación está demostrado con las explicaciones que éste dio en esa diligencia;

g) Cuando el Tribunal afirma que no se pudo justificar el hallazgo de los elementos sustraídos en casa del procesado Abad Santa, es premisa equivocada por que se han desconocido inexplicablemente las verdaderas afirmaciones del recurrente;

h) Que al concluir el sentenciador que, por la actividad desarrollada por los procesados, se deduce que existe mérito para condenar, ignoró la versión sincera de Castañeda;

i) La aseveración del fallador en el sentido de que los enmascarados que penetraron a la casa amarraron a la dueña, a su hija menor y a la sirvienta, es errónea porque no se hizo una inspección judicial que probara esa conducta de los reos y la existencia de la casa y del citado baño;

j) Si realmente entraron tres enmascarados, ¿por qué sólo fueron condenadas dos personas? Esto demuestra que el hecho no quedó plenamente probado y que, por tanto, se violaron "indirectamente" los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal;

k) La sentencia contraría la prueba, pues si el procesado Sarmiento asegura que el día de los hechos estuvo en tránsito y transportes, mal puede ella afirmar que éste estuvo en "circunvalación";

l) Cuando se dice que Castañeda dijo que él, Rafael y un amigo de nombre José fueron los autores del delito, el juzgador se equivoca por no haber tenido en cuenta la retractación de este procesado;

m) Que al agregar el fallador que según Castañeda "...Rafael y José le alcanzaban a él los elementos y él los recibía en el platón de la camioneta...", se volvió a equivocar por no atender lo expuesto por este procesado en su retractación;

n) Finalmente, anota la misma equivocación del sentenciador al referirse a que las partes sostuvieron sus dichos en las diligencias de careo.

Para terminar, el demandante transcribe algunas jurisprudencias y pide a la Corte que case la sentencia impugnada para que en función de Tribunal de instancia absuelva a su representado de todos los cargos que le fueron deducidos en el auto de proceder.

2º En opinión del Ministerio Público la demanda de casación que se deja sintetizada no se ajusta a la técnica propia de este recurso extraordinario. Y, expresa:

"... El actor se limita a transcribir párrafos de la sentencia de segunda instancia y a consignar enseguida su opinión personal pero sin demostrar en forma clara y precisa cuál fue la equivocación en que incurrió el juzgador, de qué clase y sus proyecciones en la pieza procesal por él enjuiciada.

Además, la pretendida retractación de Castañeda no fue ignorada en las sentencias de instancia como se afirma en el libelo de casación. Al contrario, ella se examinó y desde la calificación del sumario se rechazó por no ajustarse a la realidad, por carecer de prueba las pretendidas amenazas y porque el contenido de la confesión encontró respaldo en otros elementos de convicción. Al respecto basta recordar que la mayor parte del producto del ilícito se halló en la habitación de Abad Santa y fueron devueltos a su legítima propietaria.

No se trata entonces de error de hecho manifiesto en los autos porque los falladores de instancia sí examinaron esa pieza procesal y le negaron todo valor probatorio..."

3º Para la Corte, las observaciones y los razonamientos del Procurador Segundo Delegado en lo Penal sobre la falta de técnica de la demanda, resultan atinados y, por lo mismo, atendibles; en efecto:

Previamente debe quedar en claro que la tan socorrida retractación que el recurrente afirma fue desconocida por el fallador, no fue ignorada por éste en ningún momento, por el contrario, fue analizada en la sentencia para ser desestimada por inverosímil y por no tener respaldo probatorio, cosa bien distinta al error de hecho manifiesto que se alega consistente en comportarse el Juez como si la prueba no existiera en el proceso. Luego, las acusaciones fundadas en esta crítica carecen de realidad y, por ende, de eficacia jurídica.

Siempre que se propone la violación indirecta de la ley sustancial se corre peligro de caer en una simple alegación de instancia si no se discurre ciñéndose a la lógica más estricta al señalar el error probatorio, su naturaleza, su magnitud, su sentido en la pretendida violación de ley sustancial y su trascendencia en la parte resolutive del fallo impugnado, todo lo cual debe quedar, además, plenamente demostrado por el censor. En consecuencia, no basta indicar el error, es necesario probarlo y comprobarlo en su totalidad ontológica y en los efectos jurídicos que le son propios.

Aquí el demandante enumera los errores, pero no entra a demostrarlos, pues se contenta con expresar:

“...los errores evidentes de hecho en que incurrió el honorable Tribunal al proferir sentencia de segundo grado, tienen su objetiva comprobación en el expediente. Para su demostración y comprobación no se necesita más que una atenta lectura...”

Es decir, que emplaza a la Corte para que ella de su propio motivo complementa el libelo y supla su falta de técnica.

Esta pretensión absurda de convertir la Corte en Juez y parte, a un mismo tiempo, hace manifiesta la ineptitud sustancial de la demanda.

Por esto y por lo anteriormente dicho, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia de veintitrés de octubre del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

SECUESTRO CON PROPOSITO DE LUCRO

Tentativa de extorsión. Cómo se debe proponer el cargo

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 30 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 67.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Hernando Cristancho Guevara contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 7 de octubre de 1976, por la cual confirmó el fallo proferido por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra que lo condenó a la pena principal de doce años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de secuestro de la menor Claudia Juliana Serrano de tres años de edad, hecho ocurrido en aquella ciudad el día sábado 24 de julio de 1976, mientras la niña iba, por una de sus calles, de manos de la empleada del servicio Graciela Franco.

Hechos y actuación procesal

La menor estuvo privada de libertad hasta el 23 de febrero siguiente, en el que la policía la encontró en la fábrica de muebles de propiedad del recurrente.

Cristancho Guevara y sus cómplices confesaron su delito. El Consejo Verbal de Guerra que la Quinta Brigada convocó para juzgarlos, los declaró responsables de los delitos de secuestro consumado y extorsión en grado de tentativa.

Cuando el expediente se encontraba en el Tribunal Superior Militar, recurrido en apelación,

se levantó el estado de sitio y pasó al Tribunal Superior de Bucaramanga, cuyo fallo fue impugnado en casación.

La demanda

Al amparo de las causales cuarta y primera de casación se formulan por el apoderado del recurrente los siguientes cargos a la sentencia impugnada.

Cargo primero. Causal cuarta.

Infracción al artículo 411 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 516 del Código de Justicia Penal Militar, por cuanto no le fueron practicados al sindicado los exámenes siquiátricos de rigor, a pesar de sus muy claros antecedentes morbíficos, que posteriormente confirmó su intento de suicidio, a raíz de haber sido descubierto secuestrador de la niña Claudia Juliana Serrano.

En 1963 había sido visto por el siquiatra Roberto Serpa. El casacionista observa que el examen practicado por el médico legista de Bucaramanga carece de validez jurídica por ausencia de motivación. Y apunta que la justicia castrense se negó a oír al doctor Serpa Flórez en ampliación de su dictamen, y la opinión de dos médicos especialistas más.

Se considera

Hay prueba de que el sindicado fue examinado en épocas anteriores a la comisión de los hechos por que fue condenado, tanto en Colombia como en los Estados Unidos de América, por médicos siquiatras. Ninguno de ellos encontró que Hernando Cristancho Guevara padeciera grave anomalía psíquica, sino, cuando más, falta de madurez emocional, que, como lo advierte el Pro-

curador Segundo Delegado en lo Penal, no le impidió cursar y culminar con éxito estudios profesionales como administrador de empresas, contraer matrimonio, gerenciar negocios y convivir en sociedad, sin que jamás sus relacionados hubieran notado en él síntoma alguno que lo hiciera sospechoso de padecer dolencias mentales, lo que demuestra cómo el actor se encuentra desasistido de razón en sus planteamientos y que, por lo mismo, el cargo no debe prosperar.

Segundo Cargo. Nulidad.

Se infringió el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, numeral 2º, por cuanto los hechos atribuidos a Hernando Cristancho Guevara se conjugan en el delito previsto en el artículo 4º de la Ley 21 de 1973 en relación con el 293 del Código Penal, que comprende el ilícito del segundo cuestionario porque los dos exigen el mismo dolo específico. Y como el *animus lucrandi* se hizo patente en reiteradas llamadas telefónicas a través de las cuales se exigía una apreciable suma de dinero, el recurrente se pregunta cómo de una sola conducta delictiva, el secuestro, es posible deducir dos cargos por infracciones penales diferentes, y formular dos cuestionarios, uno por secuestro y otro por extorsión en grado de tentativa.

El censor acepta que el secuestro con propósito de lucro descarta, por ministerio de ley, la tentativa de extorsión para configurar un solo delito de secuestro calificado, por el que debe responder Hernando Cristancho Guevara.

Se considera

Dice el Procurador Segundo Delegado en lo Penal: si el demandante acepta que el acusado cometió el delito de secuestro en la persona de Claudia Juliana Serrano, pero no el de extorsión, que por ministerio de ley se subsume en el primero, entonces no puede alegar falso nomen iures, porque la denominación en la calificación judicial del delito es un concepto legal, lo que no es, evidentemente, el delito complejo o compuesto, calificativos que corresponden a conceptos doctrinarios.

Como lo recuerda el Procurador, esta Sala de la Corte dijo en fallo de 25 de octubre de 1978 refiriéndose a un caso similar al que ahora se examina:

“En definitiva y allí está el punto fundamental, la discrepancia no se refiere al nomen iures de la ilicitud, sino al diverso valor o significado

atribuidos por el Tribunal a la conducta posterior al secuestro, que unos quieren que sea delito per se y otros, mera circunstancia agravante de la responsabilidad. De modo que, la denominación jurídica no varía sustancialmente por cuanto que si la calificación correcta es la de secuestro agravado, en cambio de la de secuestro en concurso con la extorsión, la calificación que se haga del delito conjuntamente con la agravante, recoge, aunque con diverso valor en cuanto a la responsabilidad, el mismo hecho. Queda claro entonces, que no se presenta en este caso la situación prevista en la ley y elevada a causal de nulidad, porque no se puede hablar tácticamente de error en cuanto a la denominación jurídica de la infracción, porque, se repite, cualquiera que sea la calificación que se dé a la ilicitud, recoge, aunque con diverso valor, la hipótesis definida en la ley”.

Si el resultado de la prosperidad del cargo propuesto por la censura fuere el reconocimiento de la errónea calificación de los hechos como delito de extorsión, quedaría no obstante, con plena validez la calificación de secuestro.

Por último. El cargo está mal propuesto. Como lo afirma el Procurador, no se trata en el presente caso de un error en la calificación jurídica de “extorsión” sino de su inexistencia como delito autónomo. Los hechos ocurrieron en la forma como los tuvo probados el sentenciador. El recurrente no discute su ocurrencia por dicho modo. Afirma, en síntesis, que no se trata de un concurso de secuestro y extorsión, sino de secuestro extorsivo o calificado. Lo que tanto vale como decir que la calificación de secuestro es correcta, no importa en qué grado. El cargo no prospera.

Cargo Tercero. Causal cuarta.

Se acusa la infracción de los artículos 561 y 576 del Código de Justicia Penal Militar. Se afirma que a los vocales del Consejo Verbal de Guerra debió proponérseles un solo cuestionario y no dos, como se hizo. El error del Presidente del Consejo, agrega el actor, atrajo, en contra del sindicado, un indebido aumento de la pena.

Se considera

El cargo ha debido proponerse en el ámbito de una causal diferente de la cuarta. Al analizar la censura anterior se vio ya cómo la calificación de secuestro, en concurso con extorsión en grado de tentativa, no constituye nulidad. El cargo no prospera.

Causal primera. Primer cargo.

Violación del artículo 33 del Código Penal, pues si no existió la extorsión, mal podía deducirse concurso de delitos con el consiguiente aumento de la pena.

El Procurador contesta que si a los vocales del Consejo Verbal de Guerra se le sometieron dos cuestionarios —uno por secuestro y otro por extorsión— es porque realmente se cometieron los dos delitos. Y que además el cargo se ha formulado mal por esta causal, puesto que, de prosperar la censura, la Corte, convertida en Tribunal de instancia, dictaría sentencia desconociendo lo afirmado por el jurado, esto es la existencia del delito de secuestro y el de extorsión en grado de tentativa.

La Corte ha sostenido, por el contrario, en los distintos fallos citados por el Procurador, la tesis del delito complejo, según la cual a partir de la expedición de la Ley 21 de 1973, en la figura del secuestro extorsivo o calificado se concurren las figuras de secuestro y extorsión. Si con la errónea formulación de los cuestionarios se le causó perjuicio al sindicato en la dosificación de la pena, es cosa que se verá al estudiar el segundo cargo que se formula al amparo de la causal primera, último cargo de la demanda de casación.

Segundo cargo. Causal primera.

Violación del artículo 39 del Código Penal por cuanto a Hernando Cristancho Guevara se le impuso la pena máxima contemplada para el secuestro calificado al tenor del artículo 293 del Código Penal, fijada en doce años de presidio, si se considera que en favor del recurrente debía tener en cuenta al menos la circunstancia de menor peligrosidad consistente en la ausencia de antecedentes penales. No obstante se le impuso la máxima pena, como si en su contra militaran solamente circunstancias de mayor peligrosidad.

Se considera

La pena base de seis años de presidio se incrementó por el sentenciador en atención a las circunstancias de agravación contempla-

das específicamente por el artículo 6º de la Ley 21 de 1973, en tres años, y en tres años más por las circunstancias de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 y por la aplicación del artículo 33 del Código Penal. Pero atendidas de conformidad con el artículo 36 *ibidem* la gravedad y las modalidades del hecho con vista en la no discutible peligrosidad del sindicato cuya perversa personalidad, demostrativa de la alta peligrosidad del sindicato, quedó de manifiesto en la forma como actuó inspirado por motivos innobles o fútiles, preparando ponderadamente el delito, obrando con la complicidad de otros, perjudicando con la misma acción a más de una persona, traicionando la posición social distinguida que ciertamente ocupaba en la sociedad de Bucaramanga y los deberes especiales que le imponían los nexos de amistad que mantenía con los padres de la víctima, hay razones más que suficientes para mantener la pena impuesta por el Tribunal sentenciador, pues todas estas circunstancias, aisladamente consideradas o tasadas en su conjunto, bastarían para mantener la pena impuesta y sustentarla, pero como se encuentra probada su buena conducta anterior, se casará parcialmente la sentencia y se rebajará la pena para adecuarla a los ordenamientos de ley. El cargo prospera.

Con vista en las consideraciones anteriores la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida y condena al procesado recurrente a la pena de once (11) años y diez (10) meses de presidio, y declara al condenado Hernando Cristancho Guevara persona de alta peligrosidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CHEQUES. FALSEDAD Y ESTAFA

La creación total e ilegítima de un título-valor (cheque), se ubica para los efectos jurídicos en el ámbito de la falsedad (Artículos 231 y 233 del Código Penal)

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 4 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 68, de 4 de septiembre de 1979.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el procesado Víctor Mesa Alvarez en contra de la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la de condena que había dictado el Juzgado 12 Superior de esta misma ciudad en el proceso seguido al recurrente por los delitos concursantes de falsedad y estafa.

1. Los hechos que originaron el proceso:

Víctor Mesa Alvarez, quien aparece también como "Cardini", "Oscar Roca" y "Raúl Cáceres", se presentó el día 6 de noviembre de 1975 al negocio de rancho y licores que tiene en el número 9-21 de la carrera 58 de esta ciudad el señor Alvaro Avella Camargo, y después de hablar con él durante buen rato sobre posible compra de la tienda, le pagó por varias botellas de licor con el cheque número 876435, girado por la suma de \$ 2.000.00, contra la cuenta corriente número 05722.3 del Banco de Bogotá, Sucursal del barrio Restrepo. La suma indicada excede el valor de lo comprado. Presentado dicho cheque para su cobro fue protestado porque pertenece al talonario de la cuentacorrientista señora Cielo Román de Gutiérrez.

2. La actuación procesal subsiguiente:

La denuncia fue formulada el 7 de noviembre de 1975 y junto con ella se aportó el cheque protestado (fl. 3). La investigación fue abierta el día 10 siguiente en el Juzgado 2º Penal Municipal (fl. 6). Se dio captura a Raúl Garcés, porque tal fue el nombre que se utilizó para firmar el cheque, e indagado este ciudadano manifestó que nada tenía que ver con lo sucedido y que se trataba de una simple confusión. Más tarde fue capturado Víctor Mesa Alvarez y se le indagó (fl. 32), para detenerle luego mediante auto de 9 de febrero de 1976 (fl. 47). A pesar de ser desconocidas sus notas personales fue emplazado "Rodrigo Jiménez" de quien el sindicado Mesa Alvarez dijo haber recibido el cheque sobre el cual gira la investigación.

El asunto fue por competencia al Juzgado 12 Superior en donde se produjo una primera calificación que cayó por nulidad antecedente. Calificado nuevamente el proceso el 30 de marzo de 1978 se llamó a responder en juicio a Mesa Alvarez por los delitos de falsedad y estafa, se sobreseyó definitivamente a Raúl Garcés y temporalmente a Rodrigo Jiménez. El Tribunal de Bogotá confirmó dicha providencia por auto de 13 de junio del mismo año (fl. 455) con salvamento de voto de un Magistrado que consideró que se configuraba solamente una infracción al Decreto 1135 de 1970.

Verificada la audiencia pública el 8 de septiembre de 1978 (fl. 509) se produjo sentencia de primera instancia el 28 siguiente (fl. 521) para imponer al procesado la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de presidio, multa de \$ 210.00 y sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal. También se le condenó, en forma genérica, al pago de perjuicios. Apelada esta sentencia fue confirmada por

el Tribunal Superior de Bogotá, en el fallo que es ahora materia de la impugnación, el 13 de diciembre de 1978.

3. La demanda de casación:

Alega el demandante que se incurrió en violación de la ley sustantiva por infracción directa del artículo 233 del Código Penal (numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), pues en el caso de autos, según dice, no se estructura la falsedad porque "falta uno de los elementos constitutivos de este delito, como es la imitación de la verdad documental".

Con citas de los artículos 621 y 714 del Código de Comercio, sobre la firma de quien lo crea como uno de los requisitos para la validez del cheque, y acerca de la previsión de que es librador exclusivamente, quien haya recibido autorización del banco para librar cheques, reconoce que el que aparece en el caso de autos sólo podía ser librado por la señora Cielo Román de Gutiérrez y sólo con su firma podía producir efectos jurídicos. Sólo falseando esta verdad, agrega, existiría el delito deducido en la sentencia pero ante el hecho de que el procesado Mesa Alvarez no contrahizo la firma de dicha señora, o lo que es lo mismo, no la fingió, no se produjo la *imitatio veritatis* y, por tanto, no hay falsedad posible ya que, según sus propias palabras: "... la simple simulación de la cualidad de librador no crea un cheque falso, pues desde su principio, tal escrito carece de fundamentales efectos del título-valor".

De lo dicho deriva a un delito de estafa en el cual el cheque constituye un artificio para inducir en error y obtener así una ganancia ilícita con detrimento del patrimonio de otro. Al final pide que se case el fallo y se condene solamente por estafa y se ordene la libertad del procesado por cumplimiento de pena.

4. El concepto del Ministerio Público:

Empieza su concepto el Procurador Segundo Delegado en lo Penal por efectuar un recuento de los hechos comprobados en el proceso y que el demandante no niega. Entre ellos, el de que el dictamen grafológico practicado señala al procesado Mesa Alvarez como la persona que, de su puño y letra, elaboró la totalidad del cheque falso, y que la firma puesta allí no corresponde a la de la titular de la cuenta, ni a la del propio procesado, ni a la de otra persona. También dice que Mesa Alvarez pagó una cuenta por \$ 1.400.00

con el cheque falso por \$ 2.000.00 y recibió vultuos, para consumir de esta manera y con los antecedentes de engaño, un delito contra la propiedad. En resumen, dice, hubo un doble atentado: el primero contra la fe pública depositada en el cheque como medio de pago el elaborar uno que resultó ser falso, y el segundo contra el patrimonio económico del denunciante. Estas dos infracciones se encuentran nítidamente diferenciadas, pues la primera constituye falsedad documental al paso que la segunda es estafa. No se trata de la infracción prevista en el Decreto 1135 de 1970 y, para demostrar sus propios exámenes y argumentaciones, cita en su apoyo e inextenso un fragmento de jurisprudencia de esta Sala.

5. Las consideraciones de la Sala:

Se circunscribe la impugnación a sostener que, a pesar de haberse comprobado que el procesado elaboró en su integridad un documento irreal, no se trata aquí de un delito de falsedad sino, solamente, de un aspecto de la estafa por la cual también fue condenado. En consecuencia, dice, se hizo actuar al artículo 233 del Código Penal en una contingencia no reglada por la ley sustantiva que, de esta manera, resulta directamente quebrantada.

No toca el punto de saber si la creación total e ilegítima de un título-valor debe considerarse, para efectos de su debida calificación jurídica, ubicable en el numeral 4º del artículo 1º del Decreto 1135 de 1970, o en el ámbito de la falsedad que surge de cambiar los artículos 231 y 233 del Código Penal, problema éste que la Sala ha resuelto en el segundo de los sentidos como se ve del examen de las providencias que cita el Ministerio Público (casaciones de 20 de noviembre de 1974, mayo 5 y noviembre 23 de 1978) y a las cuales debe agregarse la consignada en auto de 13 de junio de 1979, en tema de colisión de competencia.

En el presente caso el procesado fue llamado a responder en juicio, y así se le condenó más tarde, por los delitos concursantes de falsedad (artículos 231 y 233 del Código Penal) y estafa (artículo 408 del Código Penal). Esta última infracción no la cuestiona el demandante sino que la amplía para cobijar en su territorio la emisión del cheque falso que considera un artificio unido a las maniobras propias del engaño con miras a la obtención de un beneficio torcido. Acepta, en consecuencia, que el procesado se presentó a la tienda del denunciante fingiéndose argentino de

nacionalidad, con nombre distinto al que verdaderamente tiene, manifestando que tenía un negocio similar y diciéndose interesado en la adquisición de uno nuevo, cuando en verdad es colombiano, lleva nombres y apellidos distintos a los que utilizó, no posee ningún negocio ni estaba interesado en adquirir el del denunciante, presenta en su pasado varias sindicaciones en su mayor parte por estafa, y registra una condena. Esas maniobras engañosas idóneas constituyen, de acuerdo con el artículo 408 del Código Penal, uno de los elementos de la estafa que junto con los demás que la norma en cita exige para la configuración del ilícito se encuentran establecidos en el proceso en forma indubitada. Pero, a más de lo dicho, se estableció también que giró el procesado con el nombre de "Raúl Garcés" un cheque por \$ 2.000.00 para cubrir una cuenta de \$ 1.400.00, en la chequera perteneciente a la señora Cielo Román de Gutiérrez que la había perdido o de la cual la habían despojado.

Cuando el demandante afirma que la creación del cheque constituye apenas un artificio en el conjunto de los actos ejecutados por el procesado para inducir en error a su víctima y obtener así un beneficio con el consiguiente detrimento patrimonial del otro, describe a cabalidad la falsedad documental que niega pues acepta la utilización de una chequera ajena, la suposición de un nombre, la simulación del carácter de librador, etc., y solamente le niega, y son sus propias palabras, "esa universal capacidad de engaño que caracteriza los atentados contra la fe pública"; y en el procesado el propósito de "hacer valer como prueba contra un interés legítimo el escrito que sabía mentiroso". En esta forma pretende destruir el concurso delictual imputado para dejar como infracción única la estafa.

La creación total de un título-valor es delito de falsedad documental como lo ha dicho y repetido la Sala. La alteración de uno verdadero constituye también esa misma falsedad. En el caso de autos si el procesado al utilizar una chequera ajena hubiera firmado con su propio nombre habría incurrido en el delito sui generis que prevé el Decreto 1135 de 1970 en el numeral 4º de su primer artículo. Pero no procedió así y emitió el título-valor como si el talonario respectivo le perteneciera y él se llamara "Raúl Garcés" como se había presentado ante el perjudicado. En este último caso es evidente que se finge la existencia de un emisor autorizado con la ple-

na capacidad de engaño propia de la falsedad. En consecuencia, resulta innegable que en el caso presente se emitió un cheque falso.

El problema radicaría en la determinación de si coexisten en la conducta del procesado las dos infracciones que se le dedujeron y, en este campo, conviene recordar que de vieja data la Corte ha sostenido la asimilación de los instrumentos negociables, como entes se denominaba a los actuales títulos-valores, a los documentos públicos. Y se dice de vieja data porque tal doctrina se encuentra ya en providencias de 1948 y 1949, según se ve en las Gacetas Judiciales, tomos LXVI, pág. 487 y también en las págs. 484 y 486, y se han mantenido ininterrumpidamente. En virtud de esta asimilación, que no identificación, se sostiene la independencia del delito de falsedad en instrumentos negociables o títulos-valores de la estafa que mediante su utilización puede consumarse. Por otra parte, para la consumación de la estafa no es exigencia necesaria la de que la inducción en error se logre mediante la realización de una falsedad, pues basta la mentira cuando ella es suficiente. En consecuencia, si se engaña con falsedad, existe el concurso que el demandante pretende negar.

Por estas consideraciones y porque la Sala acoge los razonamientos que contiene el concepto del Ministerio Público al contestar la demanda, se llega a la clara conclusión de que el recurso de casación no puede prosperar en este caso.

Por lo anteriormente dicho, 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 y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Finzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

HOMICIDIO CULPOSO Y DECRETO 1188 DE 1974, ARTICULO 40

Delito mayor para la graduación de las penas. Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Cómo se demuestran y cómo operan

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 4 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 67, de agosto 30/79.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 5 de diciembre de 1978, por la cual se confirmó, con reformas en relación con la pena principal que se fijó en seis (6) años de presidio en lugar de los diez (10) meses de prisión que había impuesto el Juzgado 16 Superior, la condena de Armando Cohen Bravo como autor responsable de los delitos concursantes de homicidio culposo en Alberto Alfonso Benítez Quevedo e infracción del artículo 40 del Decreto 1188 de 1974 (Estatuto de Estupefacientes).

1. Los antecedentes:

Los hechos que originaron el proceso fueron resumidos por el juzgador de segunda instancia de la siguiente manera:

“El abogado Armando Cohen Bravo habitaba en el apartamento número 302 del edificio número 22-92 de la carrera 4ª de esta ciudad, apartamento al cual entraban frecuentemente muchachos, dando lugar a que, según declaraciones allegadas al informativo, aquél fuera reconocido como homosexual.

“El día jueves 20 del mes de mayo del año próximo pasado de mil novecientos sesenta y seis, el abogado en cuestión dio muerte de un tiro de

pistola a Alberto Alfonso Benítez Quevedo, joven de diecisiete años de edad, cuyo cadáver fue encontrado en la casa del abogado en ropa interior, después que el mencionado joven pasara toda la noche en el apartamento del citado abogado, habiendo consumido marihuana, en dos ocasiones, según lo expresado por el mismo abogado”.

2. La actuación procesal:

Adelantó la investigación el Juzgado 60 de Instrucción Criminal y dictó auto de detención a Cohen Bravo por un delito culposo de homicidio, y le excarceló mediante caución.

Cerrada la investigación calificó la sumaria el Juzgado 16 Superior de Bogotá (marzo 16 de 1977) con llamamiento a juicio para el procesado por un delito culposo de homicidio. El Fiscal que había conceptuado que se trataba de homicidio agravado (asesinato), apeló. El Tribunal Superior de Bogotá revocó dicha calificación (julio 22 de 1977) para cambiar el homicidio culposo por homicidio agravado (numeral 5º del artículo 363 del Código Penal) y agregó la infracción prevista en el artículo 40 del Decreto 1188 de 1974, por encontrarse comprobado que el procesado toleró que Benítez Quevedo fumara marihuana, en dos ocasiones, en su apartamento.

Al finalizar la audiencia pública el Jurado contestó para el cargo de homicidio agravado: “Sí es responsable de homicidio culposo”, y para la otra infracción: “Sí es responsable”.

Aceptados estos veredictos por el juzgador de primera instancia se emitió la sentencia de 10 de agosto de 1978, en la cual y sobre la consideración de que el delito más grave era el de homicidio se le tomó como base para el concurso y se fijó la pena en diez (10) meses de prisión. En la segunda instancia el juzgador consideró más

grave lo relacionado con el estupefaciente y con la deducción de varias circunstancias de mayor peligrosidad elevó la pena a seis (6) años de presidio en sentencia de 5 de diciembre de 1978 que es la providencia ahora impugnada.

3. *La demanda:*

Dos cargos formula el censor al amparo del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. El primero ubicable en el cuerpo segundo y el segundo en el cuerpo primero de la norma en cita. Al final y sobre la base de que se acepten sus alegaciones solicita dictar "sentencia modificatoria de la punición, teniendo en cuenta que sí existe una circunstancia atenuante y que, en cambio, no concurren todas las de agravación enumeradas por el juzgador".

Por el primero de los cargos sostiene el censor que el juzgador violó indirectamente el numeral 1º del artículo 38 y el numeral 1º del artículo 37, ambos del Código Penal, porque incurrió en errores de hecho consistentes en desconocer la circunstancia de menor peligrosidad de la buena conducta anterior del procesado y creó o supuso "abundantes testimonios" para establecer que llevaba una vida crapulosa cuandoquiera que esos abundantes testimonios no figuran en el expediente. El quebranto, agrega, se extiende al artículo 36 del Código Penal "que contiene los criterios generales sobre dosimetría penal".

Por el segundo cargo afirma que la sentencia viola directamente los numerales 3º, 6º, 7º y 8º del artículo 37 del Código Penal porque tales disposiciones no son aplicables en tratándose de un homicidio culposo, "tal como lo reconocieron los jueces de conciencia". Esta indebida aplicación de normas impertinentes ocasionó que la pena mínima para el delito más grave, que es de 2 años de presidio, "aumentara injustamente hasta tres veces su cuantía". Hubo interpretación errónea del artículo 36 del Código Penal, norma ésta que fue "rebasada en sus límites dosimétricos, con evidente sustitución de su exacto sentido".

Las pruebas ignoradas, por lo que hace al primero de los cargos, son las declaraciones de Lucy Bolaños de Suárez y Alvaro Suárez Serrany (fls. 59 y 123), y los informes del Departamento Administrativo de Seguridad y del Jefe del Grupo de Identificación de la Policía Judicial (fl. 183), que sirven para comprobar la buena conducta anterior del procesado. Esa ignorancia de las pruebas llevó al juzgador a afirmar que no existía ni una sola circunstancia de menor

peligrosidad para el procesado y, por tanto, no podía imponérsele la pena mínima, "ni una dosis cercana" a este mínimo, según lo preceptúa el artículo 39 del Código Penal. De esta manera se violaron, indirectamente, los artículos 36 y 37 del Código Penal en cuanto el primero obliga al juzgador a graduar la pena teniendo en cuenta, entre otros factores, las circunstancias de menor peligrosidad, y en cuanto el segundo consagra la buena conducta anterior como una de esas circunstancias.

Por lo que hace al segundo error de hecho éste consiste en la suposición de pruebas sobre la vida crapulosa que se dice llevaba el procesado y aumentar de esta manera la pena con base en lo que dice el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal. Suposición, dice el censor, porque las únicas declaraciones recibidas sobre la frecuencia con que entraban al apartamento del procesado hombres jóvenes en las horas de la noche y salida en las horas de la mañana siguiente, no dan la certeza de la vida crapulosa que del procesado pregona la sentencia ya que dichos testimonios apenas insinúan una conducta homosexual. Por otra parte, hay quebranto directo de la ley en la aplicación de los numerales 3º, 6º, 7º y 8º del artículo 37 del Código Penal, porque ninguna de las circunstancias de mayor peligrosidad allí contempladas pueden predicarse en un caso culposo. Para esto se encuentra la causal prevista en el numeral 15 del artículo 37 del Código Penal que existe de autos pero no autoriza para "triplicar la punición en la forma en que lo hizo el fallo recurrido".

4. *La contestación del Ministerio Público:*

Para el Ministerio Público debe prosperar el segundo de los cargos y no el primero y, en consecuencia, debe casarse la sentencia impugnada para rebajar la pena impuesta al procesado en la proporción que corresponda.

Sobre la base del reconocimiento por parte del Jurado de que se trata de un delito culposo de homicidio, el Ministerio Público llega a la misma conclusión del impugnador, pues considera que las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º, 6º, 7º y 8º del artículo 37 del Código Penal, resulta predicales solamente para "comportamientos intencionales o dolosos en los que el infractor dirige su voluntad a determinado fin o se aprovecha de situaciones creadas para hacer más nocivas las consecuencias de su acto", y mal puede deducírselas en este caso. De sus razonamientos concluye así: "Como.

quiera que en el caso subexánime, se tuvieron en cuenta, para aumentar la sanción al procesado, circunstancia de mayor peligrosidad jurídicamente incompatibles con el delito de homicidio culposo, se infringieron de modo directo los artículos 37 y 36 del Código Penal, norma esta última rebasada en sus límites dosimétricos y en consecuencia, el cargo formulado a la sentencia está llamado a prosperar en orden a una rebaja de pena aunque no en la proporción exigida por el actor, sino en una mínima parte, habida cuenta que concurren circunstancias de menor peligrosidad y que se trata de un concurso material de infracciones’.

Por lo que hace al primero de los cargos, el de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, considera el Ministerio Público que el cargo no debe prosperar porque la prueba testimonial que el censor dice supuso el juzgador no fue la única base que tuvo en cuenta para llegar a la conclusión de que existía la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal. Dice así el Ministerio Público: “Ciertamente el sentenciador no expresó en forma concreta en qué prueba apoyó la aludida circunstancia de mayor peligrosidad; pero para este Ministerio Público es evidente que a esa conclusión llegó con vista en los testimonios de la celadora y de su esposo, y de manera especial, con los hechos indicadores resultantes de las circunstancias que precedieron los sucesos delictuosos, la forma en que fue hallado el cadáver y el hallazgo de comprometedoras fotografías en el apartamento ocupado por el inculpaado”. En relación con este aspecto de la impugnación considera el Ministerio Público que el cargo no debe prosperar.

5. Las alegaciones de la parte civil:

El apoderado de la parte civil solicita que no se case la sentencia impugnada porque, en relación con la buena conducta anterior del procesado, las dos declaraciones que existen en el expediente y los informes policiales sobre su pasado no tienen valor suficiente para acreditarla si se confrontan con otras pruebas que existen en el expediente, como son las dos declaraciones de la pareja que cuida en el edificio en donde se sucedieron los hechos. Las declaraciones de buena conducta, afirma, se refieren a “la conducta social aparente” del procesado, y la de los vigilantes del edificio a un algo que estaba más cerca de él y de “su mundo licencioso”.

En cuanto al segundo de los cargos considera el apoderado que sí son compatibles con un deli-

to culposo las circunstancias de mayor peligrosidad previstas en los numerales 3º, 6º, 7º y 8º del artículo 37 del Código Penal “por las particularísimas circunstancias en que se desarrollaron los hechos en el apartamento del acusado Armando Cohen” y “de acuerdo con los principios de la responsabilidad legal y peligrosidad social que inspiraron a los antiguos redactores de nuestro estatuto penal”, ya que el sentenciador “al momento de aplicar la pena debe tener en cuenta todos los factores que expresamente consagran los artículos 36, 37 y 38, porque sólo con base en la totalidad de dichos factores puede el juzgador apreciar la personalidad del delincuente y realizar así la tutela de los intereses generales de la sociedad comprometidos y vulnerados con el ilícito para lograr la defensa social”.

6. Las consideraciones de la Sala:

El examen de la providencia impugnada permite comprobar que las dos declaraciones sobre buena conducta del procesado, legalmente producidas durante la investigación, fueron ignoradas por el juzgador que no las relacionó en los fundamentos de hecho de su fallo ni aludió a ellas en las motivaciones del mismo. Igual cosa sucedió con las certificaciones policiales acerca de la ausencia de antecedentes penales, documentos éstos que si bien no comprueban esa buena conducta, sí dan piso más consistente a la prueba testimonial desconocida. Esta realidad que pone de presente el censor como premisa de sus alegaciones la reconoce el Ministerio Público y sólo porque toman vías diferentes en la interpretación llegan a conclusiones opuestas.

Para la Sala esta protuberante omisión constituye un evidente error de hecho que llevó al juzgador a la afirmación rotunda e inexplicada de que, y son palabras textuales, “ni siquiera estaba comprobada la buena conducta anterior del procesado” como circunstancia de menor peligrosidad, y que ante la concurrencia de sólo circunstancias de mayor peligrosidad se hacía aplicable el artículo 39 del Código Penal, con su secuela de aumentos en la pena imponible. La buena conducta anterior del procesado es circunstancia de menor peligrosidad, según se ve en el numeral 1º del artículo 38 del Código Penal y suele comprobarse mediante testimonios, como acontece en el presente caso, sujetos al análisis propio de este medio de prueba. El desconocimiento total de esas declaraciones, sin razones valederas, es error que resulta manifiesto y que tiene clara repercusión en la determinaciones de la sentencia.

Dice el Ministerio Público que el juzgador "confrontó" los testimonios de buena conducta con los indicios que en contra del procesado surgen en la investigación y que de esta manera encontró demostrado por otros medios su comportamiento inmoral. Si confrontar es "cotejar una cosa con otra" hay que convenir que dicha operación no se llevó a cabo en la sentencia. Si buena parte de la prueba sobre posible inmoralidad, antecedente del procesado, se ha querido extraer de las declaraciones de la pareja encargada de la vigilancia del edificio en donde sucedieron los hechos, fácilmente se establece que a pesar de que sí aparecen relacionadas en los resultandos de la providencia criticada no se las toca para nada en la parte motiva en orden a obtener un posible demérito o rechazo de las de buena conducta, en cuyo caso no se ve que exista confrontación alguna. Y si se las engloba en las palabras "abundantes testimonios" sobre la vida crapulosa del procesado, se verá en seguida que ello no corresponde con la realidad en un examen serio y detallado de la prueba recogida.

Si con las palabras "abundantes testimonios" se quiso hacer referencia a las declaraciones del vigilante del edificio y de su esposa, forzoso es reconocer que no existe esa "gran cantidad" que caracteriza a la abundancia y, en consecuencia, que al menos en relación con el número el juzgador supuso lo copioso de la prueba sobre lo que denomina "vida crapulosa" del procesado. Por otra parte esta afirmación que aparece rotunda en la sentencia contrasta con el tono dubitativo que sobre el mismo tema se adoptó en el auto de proceder, allí donde se dijo que "... de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, el acusado es, al parecer, homosexual", y en donde solamente se habló de "indicios de homosexualismo" y de "dudas en cuanto al motivo" y de un posible "asesinato pasional".

Las sospechas acerca del homosexualismo del procesado se dan en el proceso pues no otra cosa puede pensarse de la presencia en su cama del cadáver de un joven en ropa íntima y de las declaraciones de los vigilantes sobre la frecuencia con que entraban a su apartamento diversidad de muchachos y ninguna mujer. Pero de allí a decir que se dedicaba en dicho sitio a la realización de "orgías corruptoras" hay buena distancia, pues el habitante del apartamento contiguo no estaba enterado de nada y, lo que es más, ni siquiera ha sentido que el procesado tuviera "el radio prendido". Por otra parte, de la declaración del vigilante se sabe que en dicho edificio "a las personas que han tratado de hacer escán-

dalo se les ha pedido el apartamento", y se sabe también, por la misma declaración en cita y por la declaración de la mujer del vigilante, que el procesado habita allí desde ocho o diez años atrás. Podría pensarse en orgías silenciosas, que son posibles, pero se toparía siempre con una ausencia total de pruebas concretas y todo se quedaría en el plano de las suposiciones, aun dando por descontado lo de las costumbres homosexuales del procesado.

Como consecuencia de lo dicho debe concederse razón al censor cuando dice que el juzgador de segunda instancia erró al encontrar en el expediente la comprobación de "antecedentes de depravación y libertinaje" en el procesado y dicho error le condujo a la violación de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 37 del Código Penal en su numeral 1º. Este segundo error de hecho aunado al primeramente examinado resultan suficientes para la prosperidad del recurso. Sin embargo, y por la influencia innegable que tiene en la dosificación de la pena, se examina a continuación el segundo de los cargos formulados, aquel que se refiere al hallazgo de varias otras circunstancias de mayor peligrosidad que se dicen incompatibles con un delito culposo y que a pesar de ello dedujo el fallador.

Esas otras circunstancias son las previstas en los numerales 3, 6, 7 y 8 del artículo 37 del Código Penal que, en su orden hacen relación con el obrar "por motivos innobles o fútiles" con "el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente", con "el abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido o de circunstancias desfavorables al mismo", y con "el ejecutar el delito" con insidias o artificios, o valiéndose de la actividad de menores, alcoholizados, deficientes o enfermos de la mente. El fallo impugnado no concreta el examen de dichas circunstancias sino que señala algunas por su sola nomenclatura y solamente detiene su atención en la motivación de la deducción de la prevista en el numeral 15 del mismo artículo y "de contera", según se lee en la sentencia, en la del numeral 1º que ya se descartó.

La ausencia de toda explicación al respecto y la remisión a lo dicho sobre el tema en el auto de proceder cuando en verdad en dicha providencia no existen mayores elementos de información al respecto, facilitan la tarea tendiente a demostrar que también por este aspecto se violó la ley sustancial por interpretación errónea del artículo

36 del Código Penal y de cada uno de los numerales del artículo 37 que malamente se aplicaron como se dirá en seguida.

Las circunstancias de tiempo, modo y lugar y los instrumentos para la realización del hecho resultan indiscriminadamente tomados en la sentencia para la afirmación de una mayor peligrosidad en el procesado; de esta manera no se sabe si concurren todas esas circunstancias o solamente una o algunas, lo cual resulta equivocado. Además, aun partiendo de la base de que concurren todas, debe tenerse en cuenta que el agente activo de la infracción a la cual concurren debe buscarlas como propicias o aprovecharlas en orden a la obtención del resultado dañoso con el máximo posible de efectividad, pues no otra cosa indican las expresiones "cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente". De lo dicho se desprende que estas circunstancias están previstas para delitos intencionales. De igual manera, el abusar de las condiciones de inferioridad personal de la víctima o de circunstancias desfavorables a ella, implican lo doloso del hecho de que se trata y, si se atiende al auto de proceder, esas mismas circunstancias fueron tenidas en cuenta como constitutivas de homicidio con caracteres de asesinato (numeral 5º, artículo 363 del Código Penal), y resulta claro que con la aceptación de un veredicto por homicidio culposo desaparecieron como agravantes y no se las puede hacer retornar como causales de mayor peligrosidad. Las insidias y los artificios en la ejecución de un determinado delito presuponen también la intencionalidad del mismo y no van bien en tratándose como aquí se trata de una infracción culposa.

La infracción ubicada en el artículo 40 del Decreto 1188 de 1974, por la cual también se llamó a responder en juicio al procesado y que el jurado reconoció, tampoco resiste la deducción de esas circunstancias de mayor peligrosidad, así se trate en este caso de un delito doloso.

Queda lo relacionado con los motivos innobles o fútiles en el obrar del procesado. Estos motivos, por regla general, acompañan a las infracciones de tipo intencional pero no resultan del todo extraños en las conductas culposas. No se afirma que existe una motivación en la consumación del delito culposo sino una motivación para la conducta que coloca al agente en el terreno de la culpa, que es cosa bien diferente.

En estas condiciones resulta comprobado que, de creer en la versión del procesado que el jurado aceptó, el motivo que le llevó a tomar la pis-

tola y dirigirla directamente a la cabeza del occiso fue el de lograr, por este medio absurdo, de conseguir que se levantara de su cama pues él ya quería marcharse del apartamento. Ese motivo resulta innegablemente fútil porque esta palabra equivale a todo aquello que es "de poco aprecio o importancia". De lo dicho se desprende que la causal de mayor peligrosidad prevista en el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, si concurre en el caso de autos por la futilidad de los motivos que colocaron al procesado en el terreno de la culpa. Y concurren también la del numeral 14, del mismo artículo porque, en tratándose como aquí se trata de un delito culposo, es circunstancia de mayor peligrosidad el "haberse ocasionado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible", pues se utilizó un arma de fuego, de suyo letal sin las debidas precauciones, aunque el procesado diga lo contrario pues se la encontró con el "cargador" o "proveedor" interno al momento del levantamiento del cadáver y ello contradice, en este punto, la versión contraria del indagado.

También equivoca el camino el juzgador cuando deduce para el procesado la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 15 del mismo artículo 37 ya varias veces citado, por el solo hecho de que el procesado, según su propia afirmación, tiene la profesión de abogado. Y con mayor razón si de dicha calidad saca en conclusión que es "conocedor en forma apreciable de balística", según palabras que conviene destacar para resaltar el error, pues no todo abogado, por el solo hecho de serlo, tiene una posición distinguida dentro de la sociedad, ni posee conocimientos técnicos como el de experto en balística, pues esta condición sólo se logra mediante estudios especiales que no siempre corren parejos con los de un profesional del derecho.

Los dos cargos formulados a la sentencia prosperan y, en consecuencia, al aceptar que se hace aplicable al caso la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Sala dictar el fallo que debe reemplazar al que se casa por disponerlo así de esta manera el numeral 1º del artículo 583 del mismo código.

El veredicto para el cuestionario por homicidio agravado fue contestado afirmativamente por el jurado pero con la eliminación de toda agravación en razón del claro reconocimiento de que se trataba de un homicidio culposo. El punto reglado por el artículo 370 del Código Penal, 1º de la Ley 164 de 1938, trae una pena de prisión

oscilante entre seis meses y cuatro años. El delito concursante que también reconoció el jurado encuentra su ubicación en el artículo 40 del Decreto 1188 de 1974 que para el caso concreto, prevé una pena de dos a ocho años de presidio. El juzgador de segunda instancia, con buen criterio, consideró esta última como la infracción más grave y sobre su base efectuó luego los aumentos en razón de las circunstancias de mayor peligrosidad que multiplicó según se ha visto, y del concurso de delitos que sí existe.

Sobre la base mínima imponible de dos (2) años de presidio, y ante la deducción de dos (2) circunstancias de mayor peligrosidad (numerales 3 y 14 del artículo 37 del Código Penal) que se dejan suficientemente explicadas, no obstante la existencia de la causal de menor peligrosidad existente (la buena conducta anterior), esa pena mínima debe sufrir un aumento de seis (6) meses, para un total de dos (2) años y seis (6) meses de presidio que, a su vez, deben sufrir el aumento previsto en el artículo 33 del Código Penal, en razón del concurso material de infracciones. La norma citada permite incrementar la pena hasta en otro tanto pero se considera adecuado un aumento de seis (6) meses más, que deja la pena en un total de tres (3) años de presidio. Se condenará al procesado al pago de los perjuicios civiles ocasionados con las infracciones por las cuales se le impone pena de presidio (artículo 92 del Código Penal), pero en forma genérica porque no se demostró su cuantía (artículo 26 del Código de Procedimiento Penal). También se le impondrán las sanciones accesorias que se consignarán en la parte resolutive de esta sentencia.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Pe-

nal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR parcialmente la sentencia impugnada y, como consecuencia de su invalidación, condenar al procesado Armando Cohen Bravo, de condiciones civiles conocidas de autos, como autor responsable de los delitos concursantes previstos en los artículos 40 del Decreto 1188 de 1974 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) y 370 del Código Penal, 1º de la Ley 164 de 1938 (homicidio culposo), a la pena principal de tres (3) años de presidio, según comprobaciones y razonamientos de la parte motiva de esta providencia. Se le condena también, en forma genérica, al pago de los perjuicios civiles ocasionados con las infracciones dichas.

Como sanciones accesorias se imponen al sentenciado, las siguientes:

- a) Interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal;
- b) Pérdida de la patria potestad, si la tuviera, y
- d) Publicación especial de la sentencia en los términos del artículo 54 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO. SU INTERPRETACION

(“Sí es responsable de homicidio pasional”)

Para la interpretación de un veredicto se debe recurrir a dos criterios: a la expresión literal de la veredicción y a sus antecedentes inmediatos

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 4 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Expediente número 24991

Aprobado: Acta número 68.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto y sustentado oportunamente contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 7 de septiembre de 1978 que confirmó la proferida por el Juzgado Primero Superior de esa ciudad que condenó a Héctor Fabio Ballesteros por el delito de homicidio en la persona de Ricardo Emilio Arenas, modificando la pena impuesta para reducirla a treinta y dos meses de presidio y atemperar a esta dosificación las accesorias de rigor.

Hechos

Quedaron consignados por el Tribunal en el auto mediante el cual confirmó el de proceder, así:

“...En este proceso se han investigado los hechos denunciados por la señora María Célida Estrada de Arenas, ante el señor Inspector Segundo de Policía de Cartago, el día 28 de junio de 1974, según los cuales, a las siete de la noche del día 22 de ese mes, cuando se hallaba su esposo sentado a la mesa, en compañía de Joaquín

Emilio Ballesteros y ella en la cocina, sirviéndoles la comida, en la casa de la hacienda denominada ‘La Realidad’, ubicada en el vecindario de Pompeya, de propiedad de Luis Vélez, oyó que en el patio de la casa se produjeron cuatro disparos, y que, enseguida, penetró a la Cocina Rafael Ballesteros y la amenazó con un cuchillo y le tapó la boca y luego, entre él y Joaquín Emilio procedieron a amarrarle las manos atrás y así la sacaron al patio, donde vio tendido y muerto a su marido, Ricardo Emilio Arenas, y vio también que Héctor Fabio tenía una pistola y Joaquín Emilio un revólver con los cuales le habían disparado a su marido; que enseguida pusieron el cadáver sobre un tractor, lo mismo que a ella y se dirigieron al brazuelo del río, donde arrojaron el cadáver a la corriente y a ella la golpearon en la cabeza hasta dejarla privada, también, entre las aguas, y que al amanecer se despertó y pudo huir de allí gracias a un vecino que la trasladó al otro lado del río...”.

Estudio de la demanda

1. Sentidos de la impugnación.

El demandante, que lo es el Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, ataca la sentencia al amparo de las causales primera y segunda de casación (artículo 580-1-2 del Código de Procedimiento Penal), para que de prosperar alguna de ellas la Corte dicte la que en derecho corresponde.

Las mencionadas causales las presenta con el siguiente orden y fundamento:

a) *Causal segunda*. Afirma que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Con base en que el procesado fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio de

que trata el artículo 363 del Código Penal, pues se le dedujeron las circunstancias específicas de agravación de los numerales 2 y 5 de dicho precepto; que el cuestionario respectivo se elaboró en perfecto acuerdo con ese pliego de cargos; que el jurado respondió "Sí es responsable de homicidio pasional"; y, que el fallo de segunda instancia condenó por homicidio simplemente voluntario con la atenuante del artículo 28 del Código Penal; deduce que el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia se debe a la interpretación equivocada de aquél por parte del Tribunal al entender que "...el jurado le quitó al cuestionario y por tanto a la responsabilidad de Héctor Fabio Ballesteros las dos agravantes que se le habían imputado en el auto de proceder..."; y al creer que "reconoció un atenuante, concretamente la de la ira y el intenso dolor causados por grave e injusta provocación..." cuando en realidad, en su concepto, la mencionada veredicción no borró las circunstancias calificadoras, pues no contiene la salvedad "sin agravantes" u otra similar; ni tampoco concedió la atenuante específica aludida, porque al expresar que el delito fue pasional se refirió a la pasión innober de la venganza y no a que el acusado reaccionó conforme a los postulados del artículo 28 del Código Penal;

b) *Causal primera.* Sostiene que la sentencia violó la ley sustancial "...por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea..."

Al parecer el cargo consiste en que el Tribunal dejó de aplicar a la cuestión *sub iudice* la norma pertinente, pues suprimió de la sentencia de primer grado las circunstancias "...de mayor peligrosidad que contemplan las reglas 5, 6 y 12 del artículo 37 del Código Penal..." cuando los hechos que las conforman se encuentran plenamente acreditados en el proceso.

Para demostrar este cargo hace referencias tangenciales a las pruebas y rebate los criterios del Tribunal para oponerles el suyo propio.

2. Consideraciones de la Corte:

Hay que anotar que el Procurador Segundo Delegado en lo Penal manifestó que no hacía uso del derecho que le confiere el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, para ampliar la demanda del Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Villavicencio.

Se procede a estudiar los cargos en el orden presentado por el recurrente.

La primera censura consiste que el actor observa que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, pues si el procesado fue llamado a juicio por homicidio agravado (asesinato) y por tal ilícito se interrogó al jurado que contestó "Sí es responsable de homicidio pasional", la sentencia en su sentir debió de dictarse conforme a ese veredicto, porque los jueces populares, al responder en la forma dicha, no variaron en nada el cuestionario, por el contrario, lo ratificaron sin lugar a dudas. Decisión que no respetó el Tribunal al condenar por homicidio simplemente voluntario y al reconocerle al acusado la circunstancia específica de atenuación prevista en el artículo 28 del Código Penal.

En esta clase de juicios, la determinación de la responsabilidad corresponde al jurado, al Juez sólo le compete interpretar el veredicto para adecuarlo a una disposición penal, en declarar su inexistencia, o en decretar su contraevidencia con la realidad probatoria del proceso cuando fuere del caso. En esta labor el fallador puede distorsionar su sentido o llegar al punto de desconocerlo, creando situaciones aberrantes incompatibles con el derecho. Precisamente, ante la posible ocurrencia de estos dos desatinos, el Juez debe ser cauto en el estudio de los veredictos para desentrañar el verdadero querer de los jurados. La sana hermenéutica aconseja acudir necesariamente a estos dos criterios: la expresión literal de la veredicción y sus antecedentes inmediatos. El más seguro es el de su expresión literal. El de sus antecedentes inmediatos, o sea, el de las alegaciones de las partes en la audiencia pública, si bien puede fijar una pauta en la mayoría de las veces, en otras fracasa la indagación, porque el jurado en su soberanía no está obligado a ceñirse a los planteamientos que allí se le hagan. Sin embargo, lo apropiado en veredictos difíciles de entender, es conciliar estos dos aspectos hasta donde sea jurídicamente posible.

Siendo, entonces, el problema que se examina en este cargo de simple interpretación, hay que convenir que si al jurado se le interrogó por un asesinato y contestó "Sí es responsable de homicidio pasional", descartó las dos circunstancias específicas de agravación del hecho deducidas en el auto de proceder para convertirlo en un homicidio voluntario, por la sencilla razón de que empleó la denominación "homicidio" sobre la cual fue claramente ilustrado como modalidad diferente y favorable a aquella contenida en el contexto del cuestionario sometido a su consideración, y aunque en estricta técnica, esa denominación es igual para los delitos contemplados

en los artículos 362 y 363 del Código Penal, no cabe duda que, en este caso, el jurado la utilizó con el significado propuesto por la defensa.

Pero, resulta evidente que no quiso admitir la atenuante específica del artículo 28 del Código Penal, al calificar el homicidio de "pasional", ya que, si bien es cierto que el Fiscal en la audiencia sostuvo que el procesado obró por venganza, mientras que el defensor afirmó que lo hizo con el intenso dolor que le produjo el conocimiento de que el tío había sido el autor de la muerte de su padre, el jurado concluyó aceptando que el acusado actuó bajo el influjo de una pasión noble nacida del más puro afecto, esto es, en estado de pasión excusable constitutivo de la situación prevista por el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal, lo que significa que reconoció esa circunstancia de menor peligrosidad, determinación inocua, a todas luces, por ser ajena a sus competencias y que sólo puede tenerse como una insinuación graciosa al Juez de la causa, a quien realmente corresponde su reconocimiento efectivo de acuerdo con la ley.

Bastan las anteriores reflexiones para concluir que el cargo prospera porque la sentencia está en desacuerdo con el veredicto. En efecto, se repite, el jurado no aceptó la aminorante del artículo 28 del Código Penal.

En tal virtud, queda relevada la Sala de estudiar el segundo cargo formulado al amparo de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, consistente en la falta de aplicación de los numerales 5, 6 y 12 del artículo 37 del Código Penal.

Emplazada la Corte a dictar la sentencia que corresponde o a enmendar en lo pertinente la impugnada, se tiene:

Si el jurado, al degradar el asesinato, condenó a Héctor Fabio Ballesteros Arenas por el delito de homicidio simplemente voluntario o de pro-

pósito de que trata el artículo 362 del Código Penal, sin atenuación alguna, y si, de otra parte, no se pueden tener en cuenta según jurisprudencia reiterada de esta Corporación, circunstancias de mayor peligrosidad que correspondan a las específicas de agravación desechadas por el jurado, la pena a imponer deberá ser la mínima de 8 años de presidio de conformidad con el artículo 39 del Código Penal. En este sentido se modificará la pena principal y se adecuarán a ella las accesorias de rigor.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia de fecha siete de septiembre del año pasado, dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia para imponer a Héctor Fabio Ballesteros Arenas la pena principal de ocho años de presidio en lugar de la señalada en el fallo impugnado. Las accesorias de rigor quedan, en cuanto a su término, atemperadas a esta nueva dosificación.

El Juzgado Superior tomará las medidas conducentes para que el condenado cumpla esta pena.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION POR MORA

La justificación de la mora

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 5 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 68, septiembre 4/79.

Vistos

Procede esta Sala de la Corte a decidir acerca de la recusación formulada por el apoderado de la parte civil, abogado Orlando Gutiérrez Céspedes, al Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, doctor Efraín Córdoba Castilla, para el conocimiento de estas diligencias adelantadas contra Alix Cecilia Daza de Díaz y Rodrigo Arrieta Guerra, exjueces primeros del Circuito Penal de la misma ciudad.

Resultados y considerandos

1º La recusación, en lo pertinente, está expuesta así: “Los términos procesales se han vencido y el mamotreto sigue sin movimiento en su escritorio. No se ha dado impulso procesal adecuado a las peticiones hechas.

“Fundamentos

“Ordinal 12 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal” (fl. 221).

2º El Magistrado recusado, antes de resolver, ordenó que por la Secretaría se expidieran datos estadísticos acerca del movimiento de negocios penales en su Despacho, desde el 15 de mayo de 1973, fecha en que tomó posesión del cargo hasta mayo de 1979 (fl. 222), lo cual se cumplió (fl. 223 ss.).

En el auto por medio del cual rechazó la recusación y ordenó que el proceso fuera enviado a esta Corporación para dirimir la cuestión planteada, expone:

El recusante no acompañó la prueba que exige la ley (Código de Procedimiento Penal, artículo 84). Eso bastaría para rechazarla.

Mas, pasa a explicar su actuación, así:

“Dos son los elementos de la causal generante de excusación: el transcurso del tiempo sin decidir la cuestión procesal y la inexistencia de fuerza mayor o caso fortuito. Debo aceptar sin más requilorios la dación del primer elemento. Desde el 16 de septiembre de mil novecientos setenta y siete (1977), hasta el 18 de mayo del año en curso ha permanecido el expediente a mi despacho sin que se hubiese calificado el mérito sumarial. Es esta la decisión que ha tiempo debió recaer en él. Pero si bien es esto cierto no lo es menos que las actuales condiciones de trabajo impiden la oportuna decisión de los asuntos a mi cargo. Cuando entré a regentar la magistratura el 15 de mayo de 1973, reposaban en el Despacho recibidos 656 procesos. Desde esa fecha hasta la en que ingresó el adelantado a la doctora Alix Daza de Díaz me correspondieron en reparto 1.127 expedientes penales y 32 disciplinarios, 24 contra jueces y 8 por violación del Decreto 196 de 1971. Se tiene así que el proceso en mora de fallo tuvo entrada con posterioridad a la de 1.815 procesos. A este guarismo habrá de sumarse 75 con presos, pues aunque llegados después del de la mora prefieren en su evacuación a aquellos sin detenidos.

“Por razonable y legal aplicación analógica del artículo 37, numeral 6º del Código de Procedimiento Civil, debo fallar los expedientes por orden de entrada. Por fuerza de lógica prioridad he de atender los negocios con detenidos, hay que concluir, entonces, que estoy compelido a evacuar 1.900 procesos antes que el adelantado contra la doctora Daza de Díaz.

“Pero no estriba la justificación de la tardanza en el número de asuntos a mi cargo, pues bien ha podido suceder que no providenciara sobre ninguno en particular. Radica ella en la cantidad de

proveídos dictados a lo largo del período moratorio corrido desde el 16 de septiembre hasta la fecha de esta resolución. Este lapso alcanza a 20 meses —sin descontar los días de vacaciones— y las providencias interlocutorias montan a 365 en total. Durante él, también me ha tocado en suerte revisar más de 200 provenientes de otros despachos.

“Estimo que el cuántum de providencia representa un aceptable esfuerzo en el cumplimiento de mi deber. Un esfuerzo mayor raya en la imposible considerada labor como obra exclusiva del magistrado. A mis años puedo atrevidamente trabajar hasta el cansancio pero no lo haré hasta el infarto en una vana tentativa de suplir una deficiencia funcional creada y sostenida por el Estado” (fl. 226 sgt.).

3º El 16 de abril de 1977 se recibió en el Tribunal (fl. 4 vto.) la denuncia penal formulada por Orlando Gutiérrez Céspedes contra Alix Cecilia Daza de Díaz y Rodrigo Arrieta, por hechos que aquél consideró delictuosos.

El 27 de los mismos mes y año, fue repartida al Magistrado Efraín Córdoba Castilla (fl. 5), y, entró al Despacho al día siguiente (fl. 5 vto.).

El 9 de mayo de dicho año, el Magistrado dictó el correspondiente auto cabeza de proceso y, comisionó para adelantar la investigación al Juez de Instrucción Criminal (reparto) por un término de 60 días (fl. 6 sgt.), habiendo salido en la misma fecha (fl. 7).

El Juez Segundo de Instrucción Criminal, a quien correspondió en reparto (fl. 8), practicó pruebas y, lo regresó al Tribunal “por vencimiento de la comisión”, el 14 de julio de 1977, fecha en que pasó al Despacho con informe secretarial de que faltaban algunas pruebas por practicar (fl. 48 fte. y vto.).

El 21 de los mismos mes y año, el Magistrado sustanciador ordenó practicar pruebas “a fin de lograr el perfeccionamiento del sumario”, para lo cual comisionó al Juez de Instrucción Criminal (reparto) (fl. 193).

Practicadas algunas pruebas el negocio regresó al Tribunal el 24 de agosto de 1977 e inmediatamente pasó al Despacho del Magistrado Córdoba Castilla (fl. 205 vto.) quien, por auto proferido el 29 siguiente, declaró cerrada la investigación (fl. 206).

El 12 de septiembre de 1977 Orlando Gutiérrez Céspedes presentó demanda de constitución de parte civil (fl. 207 ss.) y, el 19 siguiente, pasó el negocio al Despacho con el informe secretarial de que se habían vencido los términos sin que las

partes hubieran hecho uso de él y, además, de que el doctor Gutiérrez había presentado la demanda a la cual se acaba de hacer referencia (fl. 210 vto.).

El 30 de enero de 1978, se aceptó la demanda de constitución de parte civil (fl. 216 sgt.).

Luego, el 14 de febrero del año que avanza, se presentó la recusación (fl. 219), cuya tramitación ya ha sido reseñada.

4º Si se tienen en cuenta los datos estadísticos presentados en la primera parte del compendio de ellos que figuran en la certificación de la Secretaría, como trabajos realizados por el Magistrado Córdoba Castilla entre el 16 de septiembre de 1977 y el 14 de mayo de 1979, lo cual da un total de 387, se encuentra un promedio de 25 providencias mensuales, con un residuo de 12, teniendo en cuenta únicamente días hábiles e, incluyendo dentro de lo anterior 4 salvamentos de voto y 18 admisiones de abogados.

No se incluyen en el cómputo las llamadas Ponencias Estudiadas por no encontrar la Sala en este incidente, cuál es el alcance, cuál el significado que quiere dársele a tal expresión.

Se encuentra que el promedio al cual se ha llegado, a pesar de que cabe entender que se han tenido en cuenta providencias de “secundaria importancia que no demandaban extremada atención ni dilatado tiempo”, puede llegar a considerarse como suficiente para justificar la mora imputada y, por tanto, para llegar a la conclusión de que no prospere la recusación propuesta y de la cual se ha hecho mérito.

Quiere sí la Sala llamar la atención al señor Magistrado en el sentido de recabarle un mayor esfuerzo a fin de que moras como la estudiada no tengan repetición, en miras a una eficaz administración de justicia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, declara infundada la recusación propuesta contra el Magistrado Efraín Córdoba Castilla, por el apoderado de la parte civil dentro de este proceso.

Cópiese y notifíquese

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

HOMICIDIO Y ROBO

Concurso material. Delito complejo en el homicidio agravado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 6 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Expediente número 24971

Aprobado: Acta número 70.

Vistos

Corresponde a la Corte desatar el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado oportunamente contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá del 11 de septiembre del año pasado con la que confirmó la del Juzgado Noveno Superior proferida el 6 de julio del mismo año, mediante la cual condenó a los recurrentes Marco Tulio y Eduardo Cruz Valbuena, por los delitos de Homicidio y Robo en la persona de Jorge Vargas Monroy, modificándola en el sentido de imponer a éste la pena principal de veintitrés años de presidio y las accesorias de rigor.

Hechos

Quedaron resumidos en la siguiente forma:
“... Siendo aproximadamente las cuatro de la tarde del 26 de diciembre de 1976, de la población de Miraflores —Intendencia de Casanare— salió con rumbo a esta ciudad transportando 200 bultos de café pergamino de propiedad de José Nicolás Amórtegui, y conducido por Jorge Vargas Monroy, el camión XA—3862 de propiedad de Silverio Camacho, actuando como ayudante José Joaquín Mora Huertas.

“A la altura de Gachancipá, a eso de la media noche, Marco Huertas se trasladó de la cabina

a la parte alta de la carrocería con el fin de dormir, siendo despertado ya en el perímetro urbano de Bogotá por un individuo que mediante amenazas y ruptura violenta de la carpa lo hizo bajar, para recibir luego un cachazo en la cabeza de manos de uno de tres sujetos que procedieron a maniatarlo, amordazarlo y vendarlo, para en el mismo vehículo llevarlo a un potrero en donde fue abandonado mientras que a las 8 a.m. del 27 fue llevada a cabo la diligencia de levantamiento del cadáver de Jorge Vargas Monroy, hallado con dos impactos de arma de fuego, en un potrero de la carrera 63A con calle 16, sector donde fueron escuchados dos disparos a eso de las dos de la mañana así como el ruido de un camión al arrancar.

“Finalizan los hechos con la captura de los hermanos Cruz Valbuena y de Díaz Aguillón, con la recuperación del café y del camión, al igual que con el decomiso de elementos propios con los cuales se cometieron tales hechos, en el sitio de La Victoria, vereda Antioquia de la Jurisdicción de Mesitas del Colegio a donde al amanecer del 27 llegaron los procesados solicitando permiso para guardar el cargamento dizque por daños del vehículo...”

Estudio de la demanda

1. Sentidos de la impugnación.

El demandante, previo el relato de los hechos debatidos en juicio y de la actuación procesal, propone al amparo de la causal primera de casación (artículo 580-1 del Código de Procedimiento Penal) tres cargos y por la causal cuarta (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal) un solo cargo, contra la sentencia condenatoria de segundo grado.

En este orden de ideas estima el actor que se violó directamente la ley sustancial así:

a) Por aplicación indebida de los artículos 33 y 402 del Código Penal, pues "...por concurrir dos circunstancias de agravación del delito de homicidio, esas dos circunstancias no dan base para aplicar el artículo 33 del Código Penal, en razón de que esa norma sustancial es aplicable para dos o más delitos cometidos separada o conjuntamente y no para circunstancias de agravación como lo consideró el Juez del conocimiento ...". Todo lo cual condujo a la imposición de una pena exagerada;

b) Por falta de aplicación del artículo 3º del Código Penal que desarrolla el 26 de la Constitución Nacional, permitió la imputación indebida de los artículos 8 y 9 de la Ley 21 de 1973 que modificaron el 402 y 404 del Código Penal, pues no se tuvo de presente el principio de favorabilidad allí consagrado;

c) Por interpretación errónea de los artículos 402 y 404 del Código Penal al imponer un incremento punitivo correspondiente a un delito separado, cuando debió de considerar esos hechos como circunstancias específicas de agravación de conformidad con el numeral 3 del artículo 363 de la misma codificación.

En cuanto a que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, arguye:

El fallador se equivocó porque se llamó a responder en juicio a los inculcados por el concurso de homicidio y robo cuando en rigor jurídico se trata de un solo delito, de un delito complejo, por virtud del numeral 3º del artículo 363 del Código Penal que constituye en circunstancia específica de agravación cometer el homicidio "...para preparar, facilitar o consumir otro delito...".

En concepto del censor la nulidad invocada comporta error en la denominación jurídica de la infracción al tenor de lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

2. Respuesta del Ministerio Público.

Solicita que no se case la sentencia objeto de impugnación.

Sobre el tema de la nulidad considera el Procurador que es pertinente la aplicación del concurso material de delitos en el presente proceso y que no opera, de ninguna manera, la modalidad del delito complejo en el homicidio agravado cuando éste se comete "...para preparar, facilitar o consumir otro delito...", porque en tal

caso, si de preparar se trata, los actos de tal naturaleza no son punibles; en cambio los que tienden a facilitar o a consumir otro ilícito pueden caer dentro del ámbito de los actos de ejecución para dar cabida al delito imperfecto o bien al consumado, en cuyos eventos no hay duda que surge el concurso de infracciones.

En cuanto a las pretendidas violaciones directas aducidas por el actor, encuentra que son corolarios de la argumentación que éste formuló en el cargo anterior. Sin embargo, en punto al exceso en la dosificación de la pena impuesta, anota la discrecionalidad de que goza el Juez para señalarla y demuestra que por este aspecto no hay base para afirmar que la sentencia hubiese conculcado la ley; en torno a la aplicación de un criterio de favorabilidad, sostiene que aquí no se da tal situación porque no se presenta una verdadera sucesión de leyes en el tiempo; y, finalmente, en lo que concierne a una posible interpretación errónea de la ley sustancial, observa que el cargo no fue correctamente propuesto.

3. Consideraciones de la Corte.

No hay duda que el libelo se centra sobre una sola idea rectora que hábilmente maneja el casacionista para edificar sobre ella todos los cargos que formula al amparo de las dos causales que invoca. Esa idea matriz resulta desarrollada en los siguientes postulados que presenta como fundamento de cada cargo, así:

a) *Error en la denominación jurídica del delito porque el Tribunal calificó de concurso material de homicidio y robo lo que en verdad no era sino un delito complejo de homicidio;*

b) *Violación directa porque se tomó una circunstancia específica de agravación del homicidio como delito independiente, lo que permitió una dosificación excesiva de la pena por aplicación indebida del concurso material de infracciones previsto en el artículo 33 del Código Penal y de la norma tipificadora del robo, o sea, del artículo 402 del mismo Código;*

c) *Violación directa del artículo 3º del Código Penal, que se inspira en el 26 de la Constitución Nacional porque no se le dio aplicación, pues se calificaron los hechos como un concurso material de infracciones dando margen a la imputación indebida de los artículos 8 y 9 de la Ley 21 de 1973 que modificaron el 402 y 404 del Código Penal, en lugar de darle paso a un criterio de favorabilidad basado en la noción del delito complejo;*

d) *Violación directa por errónea interpretación del artículo 402 del Código Penal, que según el censor consiste en que habiéndose tomado como circunstancia calificadora el hecho de que el delito de homicidio se cometió con el fin de consumir el de robo "...nuevamente se le tomó en forma separada, como delito autónomo e independiente con el fin de agravar la pena a los procesados..."*

Pues bien, si toda la argumentación del demandante descansa sobre el concepto de que la circunstancia específica de agravación del homicidio consistente en cometerlo para preparar, facilitar o consumir otro delito, subsume el delito fin, dando curso al delito complejo de homicidio, basta recordarle, como lo hace el Procurador, que la Corte de manera reiterada ha dicho lo contrario. En una de sus tantas doctrinas sobre este aspecto expresó:

"...La modalidad del delito complejo en el homicidio que se ejecuta para cometer u ocultar otro delito, sugerida por el actor para negar en el presente caso la existencia jurídica del robo, no es admisible. El denominado delito complejo surge cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuere posible, constituirían por sí mismos delito. En aquella clase de delito unitario (el complejo) el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos o situaciones objetivas de variada índole de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos, pues el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en un elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, ya que de no ser así se violaría el principio del non bis in idem. Y en las situaciones previstas en los ordinales 3º y 4º del artículo 363 del Código Penal —repárese bien— lo que agrava el homicidio no es el hecho constitutivo del delito fin (ordinal 3º), cuya comisión no es siquiera necesaria, ni el hecho constitutivo del delito que se quiere encubrir o cuyo producto se quiere asegurar (ordinal 4º), sino el móvil de la acción, indicado por la preposición 'para' usado en los dos ordinales y con que se denota el fin del hecho único del homicidio, fin que ha de ser el de 'preparar, facilitar o consumir otro delito', o el de ocultar, asegurar el producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad, de los responsables respecto de otro delito

ya cometido. Móvil que, como antes se dijo pone de resalto en el responsable una relevante culpabilidad que justifica la agravación del homicidio y que es circunstancia independiente del delito que resulte vinculado a aquél por conexidad teleológica o consecuencial. Los mismos términos de los anotados ordinales del artículo 363, dan clara idea de la pluralidad delictual pues se habla en ellos del homicidio que se comete para consumir y ocultar 'otro delito...' (Cas. Sent. Sept. 3 de 1971).

En reciente decisión ratifica este criterio, al concluir:

"...Que es indispensable conservar la autonomía de cada uno de los dos delitos mencionados y, además, su carácter de agravados, pues no se trata de un concurso material de las formas básicas de tales ilícitos sino que cada uno de ellos ostenta caracteres propios de agravación que no pueden desaparecer porque se le una en la relación concursal, ya que no es lo mismo el homicidio simple que el que se comete para preparar, facilitar u ocultar otro delito, móviles proteros que indican máxima peligrosidad en el agente, ni es igual el robo con una violencia cualquiera que el que se ejecuta por medio de la máxima lesión a los derechos de una persona como es la supresión de la vida..." (Cas. Sent. mayo 17 de 1979).

Como el impugnante en uno de los reproches anota que en este caso no se aplicó el principio de favorabilidad porque en vez de considerar el hecho como un solo delito se tuvo en cuenta la norma del concurso material, es oportuno señalar que la providencia de esta Corporación que se acaba de citar, viene también a rebatir este planteamiento en los siguientes términos:

"...Es de advertir que este último principio solo tiene vigencia en los casos de sucesión de leyes por haberse así consagrado expresamente el artículo 26 de la Carta, el 3º del Código Penal y el 6º del de Procedimiento Penal, así como también por interpretación doctrinaria, cuando a una misma conducta se pueden aplicar simultáneamente dos normas legales o sea en el caso de conflicto de leyes.

Pero no cuando, como en el presente caso, se considera que hay solo una norma aplicable que es la del concurso. Puede haber discusión sobre su procedencia pero no quiere decir que la posible perplejidad en la interpretación de las leyes pueda resolverse con base en el principio de favorabilidad..."

De este modo, los basamentos sustanciales de los ataques hechos por el recurrente han quedado sin piso con apoyo en las tesis tradicionales de la Corte que hoy se ratifican.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia fechada el once de septiembre del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Error de hecho. Error de derecho

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 70, septiembre 6/79.

Vistos

Los procesados Alcibiades Rodríguez Peña y Miguel Abraham Rodríguez Lesmes interpusieron recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que el día 27 de agosto de 1978, los condenó a la pena principal de siete años de presidio y a las accesorias de la ley como responsables de los delitos de robo y lesiones personales.

Antecedentes

Los sintetiza así el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

“El 25 de julio de 1975 en las cercanías del Municipio de Sylvania fue asaltado el camión que conducía el ciudadano Roberto Arturo Salazar quien a consecuencia de un golpe que recibió en el ojo izquierdo, perdió la visión. Los asaltantes se apoderaron del vehículo y de un cargamento de cigarrillos que se llevaba a la ciudad de Pereira. El automotor se encontró días después abandonado en Bogotá.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Fusagasugá en providencia del 26 de mayo de 1976, calificó el mérito del sumario y comprometió en juicio por los delitos de robo agravado y lesiones personales a Alcibiades Rodríguez Peña, a los hijos de éste Miguel Abraham y Rafael

Gustavo Rodríguez Lesmes y a Evelio Henao. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó estos pronunciamientos en providencia del 21 de Enero de 1976.

La audiencia pública se celebró en enero del año pasado y, como ya se apuntó, el juzgador de primer grado dictó sentencia condenatoria respecto de Alcibiades Rodríguez P., y a Miguel Abraham Rodríguez L., Rafael Rodríguez L., y Evelio Henao fueron absueltos. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó estas determinaciones en la sentencia materia del recurso extraordinario de casación”.

La demanda

Al parecer el demandante presenta un solo cargo a la sentencia recurrida —violación indirecta de la ley por errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas. Y acusa la violación de los artículos 215, 216, 236, 305 y 311 del Código de Procedimiento Penal.

Se extiende luego en un pormenorizado análisis de instancia y concluye con la síntesis que a continuación se transcribe:

“...la violación indirecta de la ley por interpretación errónea de la prueba en Derecho y Hecho; primeramente al tomar como plena la prueba que apenas resulta incompleta y seguidamente al imprimirle a un testimonio y a un reconocimiento interpretaciones diferentes a las que representan dichas diligencias, esto es al tomar como ciertos hechos que no dijo el testigo y al tomar como indicios de responsabilidad penal, antecedentes penales y otras cosas, que únicamente pueden tomarse en cuenta para la aplicación de la pena, considero que resultan suficientes las consideraciones anotadas, para que esa honorable se digne acoger las peticiones formuladas al folio primero de este modesto escrito”.

Consideraciones

La violación indirecta de la ley por error de hecho manifiesto en la interpretación de pruebas, implica la suposición por el sentenciador de un hecho inexistente en el proceso, o el desconocimiento por él de un hecho que en el proceso existe por modo ostensible, o su desfiguración inexcusable.

El error de derecho, no admite sino dos posibilidades:

Primera: El desconocimiento por el Juez de la tasa que legalmente corresponde a un hecho probatorio.

Segunda: La asunción al proceso de una prueba con omisión de sus requisitos formales, legalmente obligatorios.

Lo mismo en el error de hecho que en el error de derecho en la estimación de las pruebas, el demandante en casación debe demostrar la incidencia determinante del error en las conclusiones de la sentencia. Y en el caso primero, indicar qué normas sustanciales fueron violadas al través del error de hecho. En el segundo caso debe el impugnador señalar la norma reguladora del valor probatorio desconocida o violada por el

sentenciador, o allegada al proceso, con incumplimiento de sus requisitos formales, y qué normas sustanciales fueron por tal medio ofendidas.

El demandante ofrece a la consideración de la Corte, sin la debida separación, en un solo cargo diversos conceptos de violación. Y acusa al sentenciador de haber infringido solamente normas procedimentales. Es decir que su demanda adolece de vicios fundamentales y que los cargos que formula a la sentencia no vienen llamados a prosperar.

Vistas las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO

Veredicto contradictorio. Veredicto contraevidente. Sus diferencias

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 8 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 70, septiembre 6/79.

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Heriberto Quiroz Sánchez contra la sentencia proferida el 24 de octubre del año pasado por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual reformó la de primera instancia y le impuso la pena principal de dieciocho años de presidio —en vez de diecinueve— como autor responsable de los delitos de homicidio y robo agravado.

Hechos y actuación procesal

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal —encargado— los sintetiza en la forma que sigue:

José Eladio Pérez Urrego, pensionado del Ministerio de Comunicaciones, en las primeras horas de la noche del 2 de noviembre de 1976 llegó al bar “Los Alamos” del sitio de “Pueblo Viejo”, barrio la Inmaculada, del Municipio de la Estrella, con el fin de pagarle una deuda a Horacio Arredondo. Casualmente estaba allí también Heriberto Quiroz Sánchez, de mala reputación en el medio, y ambos departieron e ingirieron licor a tiempo que éste apareció interesado en dos anillos que portaba el primero, quien conservaba algún dinero esa noche, luego de efectuar el pago a Horacio Arredondo.

En un momento dado Quiroz Sánchez quitó el sombrero a su fortuito interlocutor, se lo puso y salió del establecimiento seguido por éste. Minutos después los asistentes se extrañaron de que no regresaran, dada la mala imagen que en el vecindario tenía Quiroz Sánchez, y optaron por dar aviso a Uriel Durango nieto del pensionado, quien encontró el cadáver de su tío a más de 300 metros del establecimiento, bajo el puente de la carrilera sobre la quebrada “Bermejala” y con huellas de contusión, despojado de sus dineros, anillos y pertenencias. El sombrero se encontró a cuatro metros del cadáver.

La investigación la inició el Juzgado Promiscuo Municipal de la Estrella, en colaboración con las autoridades de policía.

A pesar de la negativa de Heriberto Quiroz Sánchez en su indagatoria respecto de cualquier participación en los delitos investigados, el instructor en base a la prueba indiciaria existente dictó auto de detención en su contra el 16 de noviembre de 1976, y el Juzgado Décimo Superior de Medellín, al que correspondió por competencia, lo comprometió en juicio en auto del 25 de julio de 1977 por los delitos de homicidio y robo agravados, fundamentado igualmente en la prueba de indicios, providencia que no fue impugnada.

En el período probatorio de la causa se practicaron varias diligencias, y durante la celebración de la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia el día 23 de junio de 1978 el señor Fiscal del Juzgado en amplio análisis probatorio expuso uno a uno los hechos indicadores de la responsabilidad de Quiroz Sánchez en los dos delitos, con caracteres de agravación, y solicitó al Juez popular veredicción de responsabilidad.

Por su parte el defensor del procesado en supremo esfuerzo procuró controvertir las diversas pruebas, en particular la indiciaria, para con-

cluir pidiendo a los jurados contestaran los cuestionarios así: "No (es responsable) por falta de plena prueba", en cuanto al homicidio; y "No por falta de prueba", respecto del robo. El jurado respondió a ambos cuestionarios: "Sí por mayoría".

El señor defensor antes de que se dictara sentencia pidió al Juzgado del conocimiento declarar la contraevidencia del veredicto pero este profirió el fallo de fecha 17 de agosto de 1978, rechazando la solicitud y condenando a Heriberto Quiroz Sánchez a la pena principal de diecinueve años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y robo agravados.

Apelada la sentencia de primer grado tanto por el procesado como por su defensor, el Tribunal Superior de Medellín, ante quien el segundo de los recurrentes sustentó la impugnación una vez más en la pretendida contraevidencia del veredicto, en providencia del 24 de octubre siguiente, encontrando suficiente la prueba referida, y en consonancia al auto de proceder y el veredicto, le impartió confirmación reformándola en el sentido de disminuir en un año la pena principal deducida en la sentencia recurrida.

Este fallo es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

Al amparo de la causal tercera de casación se formula un solo cargo a la sentencia: haberse dictado sobre un veredicto contradictorio.

Anota el Ministerio Público cómo el recurrente sustenta el cargo en forma equivocada y confunde la contradicción del veredicto con la contraevidencia del mismo, lo cual es suficiente para que se desestime su demanda.

Dice el Ministerio Público:

"Se evidencia en ella notoria falta de claridad y precisión en el concepto fundamental de la

acusación, pues el censor conjuga indistintamente las nociones de veredicto contradictorio y veredicto contraevidente, y refunde los razonamientos adversos al fallo acusado, tratando en definitiva de imponer su criterio sobre el del juzgador y olvidando que la facultad de declarar notoriamente injusto el veredicto del jurado corresponde con exclusividad al Juez de instancia, calidad que para efectos de este recurso extraordinario no tiene la Corte Suprema de Justicia".

Todo lo cual hace el demandante con base en el análisis de la prueba, con olvido de que en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente dicho análisis, por lo demás innecesario referido al veredicto contradictorio, cuya oposición debe mostrarse en sus cláusulas, con independencia del conjunto probatorio. Consiste el veredicto contradictorio, como su nombre lo indica, en que su redacción contiene una oposición de carácter insuperable; uno de sus términos afirma categóricamente lo que su opuesto niega con énfasis rotundo. Por modo que resulta inexistente.

Conclusión

Visto lo anterior, La Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NO CASA la sentencia acusada.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PARTE CIVIL

Interés para recurrir en casación o legitimatio ad causam

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 17 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 071.

Vistos

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó, con ligeras modificaciones, la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso por medio de la cual, conforme con el veredicto del jurado, condenó a Joaquín Segundo Vargas Holguín a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio, a las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y publicación especial de la sentencia y, además, al pago en abstracto de los perjuicios materiales y morales causados con la infracción, como autor declarado penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio, atenuado, que le fue imputado en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el señor representante de la parte civil, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Antecedentes

Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen precisados en las instancias en los siguientes términos, que la Corte estima ajustados a la realidad procesal:

“...el veinticuatro (24) de febrero del año en curso (1977), comparecieron al Despacho de

la Inspección de Policía del barrio ‘Magdalena’ de esta ciudad (Sogamoso), Joaquín Vargas Holguín junto con su esposa Leopoldina y su hija Esperanza. El profesor Alirio Guevara y el doctor Alvaro Cárdenas Castro, persona que había solicitado se citaran a los anteriores con el objeto de aclarar algunos hechos y sentar una fianza con Vargas Holguín quien según la versión del mismo recurrente, lo había amenazado de muerte. Iniciada la diligencia y enterados del fin, tomó la palabra el sindicado, exigiendo que Alvaro Cárdenas le dijera si cuando su hija Esperanza se le había entregado era virgen, recibiendo de aquél respuesta afirmativa, pero negando la paternidad del hijo concebido por Esperanza, arguyendo que para la época de la posible concepción, él se encontraba en el Brasil a donde le llegara la noticia que aquella, mantenía relaciones íntimas con Alirio Guevara. Más adelante y ante la negativa sostenida por Cárdenas, Vargas Holguín le hizo una última pregunta a aquél diciéndole: ‘¿Alvaro entonces usted no es el culpable de lo que tiene Esperanza?’ y él contestó: ‘No, no, yo no puedo asumir esa responsabilidad’. En esos instantes sonaron algunos disparos hechos por Joaquín, uno de los cuales fue a arrojarse en el cráneo a Cárdenas, entrando por el temporal izquierdo, produciéndole la muerte de manera casi instantánea...” (fl. 15 cuaderno número 6).

Demanda de casación

La sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo ha sido impugnada ante la Corte con fundamento en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual se formula, esquemáticamente, el siguiente cargo:

“...La sentencia de primera y segunda (sic) instancia objeto del recurso es violatoria de la ley sustancial por infracción directa, esto es que

reconoció la aplicación del artículo 28 del Código Penal sin que se hubiesen presentado dentro de la materia tratada los presupuestos jurídicos establecidos en la norma para su correcta aplicación, es decir, en el caso *sub judice* no concurrió el presupuesto jurídico de haber causado ira por grave e injusta provocación, en estos términos se infringió directamente la ley sustantiva al aplicar una norma sin existir en la materia tratada los presupuestos jurídicos exigidos para la correcta aplicación...”.

“.....”.

“...En el caso *sub judice* no existió provocación alguna que hubiese podido irritar o estimular el enojo del procesado, mucho menos existió el carácter injusto de la provocación, ya que no aparece dentro del proceso palabra o dicho que vincule al procesado con ilícito alguno, por consiguiente, la sentencia del Honorable Tribunal y objeto del recurso al aplicar el artículo 28 del Código Penal al caso controvertido ha infringido directamente la ley sustantiva...”.

“.....”.

“...También el Honorable Tribunal al proferir la sentencia a que se ha hecho alusión ha infringido indirectamente la ley sustantiva por interpretación errónea de la prueba al no darle aplicación a los artículos 362 o 363 del Código Penal, normas aplicables al hecho que dio origen a la muerte del Ingeniero Alvaro Cárdenas Castro, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, que trata sobre el valor probatorio del testimonio. El Honorable Tribunal no valoró los testimonios de la Inspectora de Policía señora Reinalda Reina de Tejeiro, Sara Valderrama de Aguilar, Alvaro Leal, Urbano Armenta Mestre y Esperanza Vargas, quienes objetivamente señalan el acuerdo convenido con anterioridad al hecho de la muerte e indican el propósito de matar concebido por el procesado. En esta forma se ha violado lo dispuesto en los artículos 362 o 363 del Código Penal, por aplicarse en su conjunto al hecho acaecido...” (fls. 10 a 11).

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del demandante por las siguientes razones:

“...Primera. La parte civil carece de interés jurídico para recurrir en casación cuando su pretensión se encamina a objetar la pena privativa de la libertad impuesta al procesado y por tanto a obtener su incremento. En el caso de

autos, se condenó a Vargas Holguín a pagar el valor de los perjuicios morales y materiales ocasionados con su conducta, en abstracto, en razón de no haber sido evaluados en concreto en el curso del proceso. Por tanto, las pretensiones de la parte civil quedaron satisfechas al obtener la condena de Vargas Holguín por homicidio en la persona de Alvaro Cárdenas y al pago en abstracto de los perjuicios causados con la infracción...”.

“...Segunda. La demanda formulada a nombre de la parte civil desconoce la técnica propia del recurso de casación. Sabido es que en juicios con intervención de jurado de conciencia no puede invocarse la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, pues la estimación probatoria incumbe al jurado y no a los Jueces. En el caso subexánime, el recurrente, aunque enuncia como cargo contra la sentencia de segundo grado la violación directa de la ley sustancial, termina por orientar su motivación hacia la violación indirecta, pues cuestiona las bases probatorias que tuvo en cuenta el jurado para reconocer la atenuante de la provocación grave e injusta, la cual también aceptaron los juzgadores en derecho...”.

“...El jurado popular es autónomo en sus determinaciones y no está obligado a someterse a tarifa legal de pruebas; por tanto, si a juicio de los Jueces de Instancia el veredicto no era contraevidente ni contradictorio debían acogerlo, como en efecto hicieron...” (fls. 16 a 17).

Considerando:

1. De conformidad con el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, la acción civil dentro del proceso correspondiente se ejerce para el resarcimiento del daño causado por la infracción a la ley penal, que unas veces puede ser determinado en la sentencia condenatoria respectiva y otras, como ocurre en este asunto, mediante “una condenación in genere o en abstracto, para que los interesados los hagan justipreciar por separado (Código Penal, artículo 92)” (Casación, 10 abril 1946, LX, 513), caso éste último en el cual la parte civil carece en absoluto de legitimatio ad causam, mucho menos para atacar el quantum de la pena impuesta al penalmente responsable, esto es, quedando circunscrito su interés a la proposición de las acciones tendientes exclusivamente a obtener la determinación de la cuantía de la indemnización y el pago.

Por este solo aspecto, en consecuencia, la demanda presentada por la parte civil, resulta improcedente.

2. Lo es, además, por causa de haber sido equivocadamente formulada.

Como inveteradamente lo ha sostenido la Corte, de acuerdo con la ley, en los juicios en los que interviene el jurado de conciencia resulta francamente equivocado aducir como motivo de casación el señalado en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, fundamentalmente porque en ellos el jurado no está sujeto a la tarifa legal de la prueba, como lo están, por regla general, los jueces del derecho, de modo que los primeros gozan de un amplio poder de apreciación sobre su mérito y fuerza probatorios, "sin atender voz distinta (a la de su) personal conciencia" y sin otro límite que su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se (les) interroga" (artículo 560 del Código de Procedimiento Penal), que es facultad que de ordinario se niega a los segundos, salvo los casos en los que les es permitido a éstos apreciar el valor de las pruebas según los principios de la persuasión racional.

Solo excepcionalmente ha admitido la Corte que las sentencias en los juicios en los que interviene el jurado puedan ser atacadas por violación directa de la ley sustancial, cuando se aduce infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de las normas legales cuya aplicación corresponde privativamente a los jueces de derecho y no al jurado (las referentes a las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, a la personalidad de la gente, etc.).

Pero cuando los jueces de derecho se limitan a reconocer el veredicto rendido por el jurado popular que, a su turno, ha sido fundadamente proferido de acuerdo con los cargos formulados al procesado, la decisión judicial resulta inatacable.

De conformidad con el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, en efecto, la parte motiva del auto de proceder debe contener la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado con indicación de las circunstancias conocidas que lo especificuen, lo que significa que ellas deben incluirse en los cuestionarios y considerarse por el jurado de conciencia, como ha ocurrido en este proceso, en el que se imputó al procesado Joaquín Segundo Vargas Holguín la comisión del delito de homicidio atenuado por la circunstancia consistente en haber cometido el hecho en estado de ira o de intenso dolor causados por grave e injusta provocación de la víctima y en el que tal atenuante fue incluida en el cuestionario correspondiente y admitida por el jurado de conciencia en el respectivo veredicto,

de donde se sigue que resulta ausente de todo fundamento legal la petición del recurrente en el sentido de que la Corte case la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, porque en ella se reconoció la atenuación del artículo 28 del Código Penal, que había sido reconocida en el auto de proceder, incluida en el cuestionario respectivo y admitida por el jurado de conciencia en el veredicto.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

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, visto el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de origen y fecha indicados en esta providencia.

Notifíquese y envíese el expediente a la oficina de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

El apoderado de la parte civil ha querido recurrir en casación, en este proceso, para procurar se desconozca el estado de ira por grave e injusta provocación que le fuera reconocido al sentenciado por el jurado de conciencia.

La decisión mayoritaria desecha la impugnación acudiendo a dos argumentos:

1. Porque no hay legitimatio ad causam, esto es, interés para recurrir, puesto que solo se busca modificar la pena privativa de la libertad, sin que esto tenga proyección en el señalamiento de los perjuicios, único aspecto que puede y debe perseguir.

2. Porque en esta clase de procesos, por intervenir el jurado, que actúa atendiendo únicamente los dictados de su conciencia y sin sujeción a límites probatorios, no es posible atacar la sentencia en la forma como lo ha hecho el recurrente.

De prosperar un recurso de esta índole, no podría la Sala pronunciar el fallo que se le solicita porque éste, en trámite tal, debe estar en consonancia con el veredicto emitido.

Comparto la segunda de las razones, no la primera. Esta la entiendo criticable, pues abre paso a un nocivo error. Advierto, contra lo que aprecia la Sala, que si se da relación entre pena y daño civil o resarcible y que, procurándose una modificación en la primera por la modalidad del hecho delictuoso, es perfectamente viable sostener la disminución del perjuicio tanto patrimonial como no patrimonial. No es lo mismo un caso de homicidio o lesiones personales en que la víctima no ha dado la más mínima ocasión para recibir el agravio que su producción por actividad del occiso o lesionado, v. gr. por una provocación grave e injusta de su parte (artículo 28 Código Penal). La tasación de los perjuicios en el homicidio por lesiones personales en riña imprevista (artículo 384 Código Penal) no debe ni puede ser idéntica a un delito de esta especie que carezca de esta atenuación. En uno y otro caso la víctima se ha expuesto al riesgo y al daño padecidos y por tanto, siguiendo claros ordenamientos civiles, esto cuenta como porcentaje detraíble del monto total de los perjuicios causados, tanto materiales como morales. El Juez penal al determinar el quantum mihi abest o el quantum lucrari potui, bien en la sentencia o en el incidente que siga a ella, no podrá dejar de reconocer esta situación: si ocurrió la riña imprevista o la provocación. El, discrecionalmente, valorará la cuantía que

corresponda disminuir del monto total de los perjuicios, debido a la imprudente, maliciosa y hasta delictuosa intervención de la víctima. Un juez civil al fallar un caso de responsabilidad civil extracontractual (artículo 2357 Código Civil) tendrá que atender tan fundamental aspecto. El Juez penal, que tiene que seguir iguales derroteros para fijar el daño civil o resarcible, proveniente de una infracción penal, tiene que obedecer análogos dictados. No es una compensación de intenciones o dolos. Esta es cuestión aparte. Importa saber que el comportamiento delictuoso del procesado no borra en el campo de sus obligaciones civiles de reparación y restitución, la cuota de mala fe, negligencia y agresión de la víctima. Cuánta no será la influencia del asunto que la propia legislación penal tiene consagradas las diminuciones. Lógicamente esta situación también debe refluir en no pocos casos, en la cifra deducible de los perjuicios civiles patrimoniales o no.

Entiendo, pues, que si un apoderado de la parte civil aboga porque se desconozca una provocación grave e injusta, para citar tan solo esta hipótesis, no está reviviendo la institución de la acusación por la acusación, procurando agravar las penas, sino tratando de evitar que en la determinación de los perjuicios estos se vean afectados por la circunstancia comentada. Allí está patente su legitimatio ad causam.

*Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.*

CAUSAL 2ª DE CASACION

La causal 2ª tiende a sostener la estructura Jurídica del proceso

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 18 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Boto*.

Expediente número 24830

Aprobado: Acta número 73.

Vistos

Por virtud del recurso extraordinario de casación, interpuesto y sustentado oportunamente, conoce la Corte de la sentencia condenatoria de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 15 de junio de 1978, que modificó la del Juzgado Cuatorce Penal del Circuito de esta capital del 5 de abril de ese mismo año, aumentando la pena principal a Jorge Martínez Patiño, Dionisio Antonio Granados Sanabria y Gloria Esperanza Rivera, implicados en el delito de secuestro en la persona de Oscar Caicedo López, para dejarla en definitiva en nueve años de presidio.

Hechos

Quedaron resumidos por el Tribunal en la siguiente forma:

“...El primero de julio de 1975, a eso de las cinco y media de la tarde, se encontraba el señor Oscar Caicedo López en la calle 63 número 9-20 en el taller Autoservicio Tocars de esta ciudad, cuando se presentó un individuo que vestía uniforme completo de Teniente de Policía y gafas oscuras, quien le dijo a Caicedo: *Usted ahí siempre sin licencia, siga*. Que una vez lo sacó de allí, lo embareó en un carro azul, donde otro

sujeto lo empujó hacia el interior de la parte trasera, donde acto seguido le colocaron unas gafas oscuras, para llevarlo luego a la casa de la calle 22A número 2-43, donde permaneció privado de su libertad por los secuestradores hasta el 10 de julio, cuando fue rescatado por la policía y a consecuencia de esto resultaron muertos varios antisociales y capturado Oscar Fabio Zuluaga Noreña. Igualmente los secuestradores exigían la suma de 500.000.00 dólares para el rescate. Con posterioridad a estos hechos fueron igualmente aprehendidos Dionisio Antonio Granados Sanabria, Jorge Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera, quienes conforme a las averiguaciones hechas por los Agentes Secretos, están vinculados respecto del secuestro del señor Caicedo López...”.

Estudio de la demanda

1. El censor se limita a proponer un solo reproche al amparo de la causal segunda de casación (artículo 580-2 del Código de Procedimiento Penal), por estimar que la sentencia del Tribunal no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Al fundamentar la acusación sostiene:

“...El artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, impone la obligación perentoria al juzgador de que además de la calificación genérica del hecho que se le imputa al procesado, debe hacer mención clara y precisa de las circunstancias conocidas que lo especifiquen. Esta rigurosa imposición legal, se halla desde luego instituida por el legislador con la precisa finalidad de advertir al procesado que en el período de la causa sólo está circunscrito a defenderse de los cargos contenidos en el auto de proceder, y al sentenciador a prevenirlo de que en su fallo, igualmente sólo debe ceñirse a la calificación hecha en dicho auto...”.

Y, agrega:

"... En el caso que nos ocupa, según los juzgadores de las instancias, en sus autos calificatorios, si bien se dice que mis dos representados Jorge Enrique Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera, fueron coautores del delito de secuestro, sólo por residir o frecuentar la casa donde fue alojado el secuestrado, en manera alguna, al formularles el respectivo pliego de cargos, se les especificó la agravante del numeral 4º, artículo 6º de la Ley 21 de 1973, relativo a personas disfrazadas de agentes de la Policía o al uso de armas, y no se podía hacer alusión a semejante circunstancia, sencillamente porque ninguno de mis dos conocidos poderdantes concurrió al lugar de donde fue sacado por los secuestradores el señor Oscar Caicedo López (su taller), y en el caso particular de Gloria Esperanza Rivera, no se habla en este proceso de dama alguna disfrazada de agente de policía..."

Para terminar concluye:

"... Infiérese de lo anteriormente dicho, que el Tribunal Superior de Bogotá, no podía legalmente intensificar las penas impuestas a mis mandantes en la primera instancia, como lo hizo, apoyándose falsamente en la circunstancia de especial agravación del numeral 4º, artículo 6º de la Ley 21 de 1973, con lo cual incurrió en un error 'in procedendo', cuyo fenómeno está consignado en la causal de casación invocada..."

De esta forma solicita que se case la sentencia y que la Corte dicte, en su lugar, la que deba reemplazarla.

2. El Ministerio Público acoge la demanda por encontrar probado el cargo. Al respecto aduce, después de comparar el auto de proceder con el fallo impugnado:

"... es evidente el desacuerdo de la sentencia de segunda instancia con el auto de proceder en lo que corresponde a las circunstancias específicas de agravación del secuestro. Aun más: la desarmonía también es clara entre el fallo impugnado en casación y el plenario, porque tanto en el período probatorio como en la audiencia no se allegaron elementos de convicción ni en favor ni en contra de los acusados.

No es exagerado afirmar, entonces, que la defensa vino a conocer por primera vez lo relativo a las circunstancias agravantes al recibir la notificación de la sentencia de segundo grado, cuando ya no había oportunidad de controvertir esta nueva situación..."

3. *Considera la Corte, como lo anota con tanto énfasis el demandante y el Procurador Delegado en lo Penal, que la sentencia del Tribunal, en este proceso, no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder porque en esta última pieza procesal, que sufrió el trámite de las dos instancias, jamás se dijo de manera concreta que el delito de secuestro imputado a los recurrentes estuviera agravado de conformidad con el numeral 4 del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, en razón de haberse cometido el delito "por persona disfrazada o que se finja agente de la autoridad o con utilización de armas", que fue la circunstancia de agravación específica que el Tribunal les dedujo sorpresivamente en la sentencia impugnada para aumentar a 9 años de presidio la pena privativa de la libertad de 6 años, de la misma calidad que les fue impuesta a cada uno de ellos por el Juez de la primera instancia.*

Ya la Corte sobre este particular, frente a situación similar, dijo:

"... No cabe duda alguna que la censura responde a la realidad procesal, pues el fallador de segunda instancia, por acción, incurrió en incongruencia relativa de carácter sustancial al dictar sentencia en desacuerdo con el pliego de cargos, por haber computado contra el procesado circunstancias específicas de agravación que en forma expresa no se le imputaron allí, ni se probaron en la causa.

Justamente la causal segunda tiende a sostener la estructura jurídica del proceso dentro de una armonía conceptual rígida, para garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa y para evitar que el sentenciador sorprenda a las partes con determinaciones inesperadas, no previstas en el auto enjuiciatorio o no comprendidas por el veredicto del jurado.

Si en este caso, como queda demostrado, el Tribunal quebrantó las reglas básicas del juzgamiento y, por este modo, rompió la lealtad procesal que le imponen la Constitución y la Ley, su decisión debe ser invalidada en lo pertinente..." (Sent. Cas. 9 de junio de 1978).

En consecuencia, el cargo prospera para los recurrentes.

Así las cosas, se casará la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal en cuanto a los procesados Jorge Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera, para dejarles a ellos como pena definitiva la que les fuera tasada por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bogotá, por hallarse ajustada a derecho.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de que se ha hecho mérito en la parte motiva para *señalar* a los procesados Jorge Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera la pena principal de *seis años de presidio*, para cada uno, en lugar de la impuesta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Consonancia del auto de proceder con la sentencia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 18 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Boto*.

Expediente número 24830

Aprobado: Acta número 73.

Vistos

Por virtud del recurso extraordinario de casación, interpuesto y sustentado oportunamente, conoce la Corte de la sentencia condenatoria de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 15 de junio de 1978, que modificó la del Juzgado Cuatorce Penal del Circuito de esta capital del 5 de abril de ese mismo año, aumentando la pena principal a Jorge Martínez Patiño, Dionisio Antonio Granados Sanabria y Gloria Esperanza Rivera, implicados en el delito de secuestro en la persona de Oscar Caicedo López, para dejarla en definitiva en nueve años de presidio.

Hechos

Quedaron resumidos por el Tribunal en la siguiente forma:

“...El primero de julio de 1975, a eso de las cinco y media de la tarde, se encontraba el señor Oscar Caicedo López en la calle 63 número 9-20 en el taller Autoservicio Tocars de esta ciudad, cuando se presentó un individuo que vestía uniforme completo de Teniente de Policía y gafas oscuras, quien le dijo a Caicedo: *usted ahí siempre sin licencia, siga*. Que una vez lo sacó de allí, lo embarcó en un carro azul, donde otro

sujeto lo empujó hacia el interior de la parte trasera, donde acto seguido le colocaron unas gafas oscuras, para llevarlo luego a la casa de la calle 22A número 2-43, donde permaneció privado de su libertad por los secuestradores hasta el 10 de julio, cuando fue rescatado por la policía y a consecuencia de esto resultaron muertos varios antisociales y capturado Oscar Fabio Zuluaga Noreña. Igualmente los secuestradores exigían la suma de 500.000.00 dólares para el rescate. Con posterioridad a estos hechos fueron igualmente aprehendidos Dionisio Antonio Granados Sanabria, Jorge Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera, quienes conforme a las averiguaciones hechas por los Agentes Secretos, están vinculados respecto del secuestro del señor Caicedo López...”.

Estudio de la demanda

1. *El censor se limita a proponer un solo recurso al amparo de la causal segunda de casación (artículo 580-2 del Código de Procedimiento Penal), por estimar que la sentencia del Tribunal no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.*

Al fundamentar la acusación sostiene:

“...El artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, impone la obligación perentoria al juzgador de que además de la calificación genérica del hecho que se le imputa al procesado, debe hacer mención clara y precisa de las circunstancias conocidas que lo especifiquen. Esta rigurosa imposición legal, se halla desde luego constituida por el legislador con la precisa finalidad de advertir al procesado que en el período de la causa sólo está circunscrito a defenderse de los cargos contenidos en el auto de proceder, y al sentenciador a prevenirlo de que en su fallo, igualmente sólo debe ceñirse a la calificación hecha en dicho auto...”.

Y, agrega:

“...En el caso que nos ocupa, según los juzgadores de las instancias, en sus autos calificatorios, si bien se dice que mis dos representados Jorge Enrique Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera, fueron coautores del delito de secuestro, sólo por residir o frecuentar la casa donde fue alojado el secuestrado, en manera alguna, al formularles el respectivo pliego de cargos, se les especificó la agravante del numeral 4º, artículo 6º de la Ley 21 de 1973, relativo a personas disfrazadas de agente de la Policía o al uso de armas, y no se podía hacer alusión a semejante circunstancia, sencillamente porque ninguno de mis dos conocidos poderdantes concurrió al lugar de donde fue sacado por los secuestradores el señor Oscar Caicedo López (su taller), y en el caso particular de Gloria Esperanza Rivera, no se habla en este proceso de dama alguna disfrazada de agente de policía...”

Para terminar concluye:

“...Infiérese de lo anteriormente dicho, que el Tribunal Superior de Bogotá, no podía legalmente intensificar las penas impuestas a mis mandantes en la primera instancia, como lo hizo, apoyándose falsamente en la circunstancia de especial agravación del numeral 4º, artículo 6º de la Ley 21 de 1973, con lo cual incurrió en un error ‘in procedendo’, cuyo fenómeno está consignado en la causal de casación invocada...”

De esta forma solicita que se case la sentencia y que la Corte dicte, en su lugar, la que deba reemplazarla.

2. El Ministerio Público acoge la demanda por encontrar probado el cargo. Al respecto aduce, después de comparar el auto de proceder con el fallo impugnado:

“...es evidente el desacuerdo de la sentencia de segunda instancia con el auto de proceder en lo que corresponde a las circunstancias específicas de agravación del secuestro. Aun más: la desarmonía también es clara entre el fallo impugnado en casación y el plenario, porque tanto en el período probatorio como en la audiencia no se allegaron elementos de convicción ni en favor ni en contra de los acusados.

No es exagerado afirmar, entonces, que la defensa vino a conocer por primera vez lo relativo a las circunstancias agravantes al recibir la notificación de la sentencia de segundo grado, cuando ya no había oportunidad de controvertir esta nueva situación...”

3. Considera la Corte, como lo anota con tanto énfasis el demandante y el Procurador Delegado en lo Penal, que la sentencia del Tribunal, en este proceso, no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder porque en esta última pieza procesal, que sufrió el trámite de las dos instancias, jamás se dijo de manera concreta que el delito de secuestro imputado a los recurrentes estuviera agravado de conformidad con el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 21 de 1973, en razón de haberse cometido el delito ‘por persona disfrazada o que se fanja agente de la autoridad o con utilización de armas’, que fue la circunstancia de agravación específica que el Tribunal les dedujo sorpresivamente en la sentencia impugnada para aumentar a 9 años de presidio la pena privativa de la libertad de 6 años, de la misma calidad que les fue impuesta a cada uno de ellos por el Juez de la primera instancia.

Ya la Corte sobre este particular, frente a situación similar, dijo:

“...No cabe duda alguna que la censura responde a la realidad procesal, pues el fallador de segunda instancia, por acción, incurrió en incongruencia relativa de carácter sustancial al dictar sentencia en desacuerdo con el pliego de cargos, por haber computado contra el procesado circunstancias específicas de agravación que en forma expresa no se le imputaron allí, ni se probaron en la causa.

Justamente la causal segunda tiende a sostener la estructura jurídica del proceso dentro de una armonía conceptual rígida, para garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa y para evitar que el sentenciador sorprenda a las partes con determinaciones inesperadas, no previstas en el auto enjuiciatorio o no comprendidas por el veredicto del jurado.

Si en este caso, como queda demostrado, el Tribunal quebrantó las reglas básicas del juzgamiento y, por este modo, rompió la lealtad procesal que le imponen la Constitución y la ley, su decisión debe ser invalidada en lo pertinente...” (Sent. Cas. 9 de junio de 1978).

En consecuencia, el cargo prospera para los recurrentes.

Así las cosas, se casará la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal en cuanto a los procesados Jorge Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera, para dejarles a ellos como pena definitiva la que les fuera tasada por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bogotá, por hallarse ajustada a derecho.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de que se ha hecho mérito en la parte motiva para señalar a los procesados Jorge Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera la pena principal de *seis años de presidio*, para cada uno, en lugar de la impuesta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ROBO

Sus elementos. El elemento violencia. Robo agravado. Hurto agravado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 21 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

Aprobado: Acta número 73, de septiembre 18 de 1979.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del procesado José de Jesús Daza Suta, contra la sentencia del nueve de octubre del año pasado dictada por el Tribunal Superior Militar por medio de la cual se impuso condena de cuarenta y dos meses de prisión al procesado Daza Suta, al hallarlo responsable de los delitos de abuso de confianza y robo.

Hechos y actuación procesal

La sentencia recurrida los narra así:

“El D-1 José de Jesús Daza Suta, orgánico de la Intendencia Local N° 122 del Cuartel General de Comando del Ejército, el día 29 de agosto de 1977 después de haber efectuado el último recorrido con el bus... al barrio Garcés Navas, sin permiso ni autorización utilizó el vehículo para transportar unas personas hasta el Corregimiento de La Victoria... habiendo dejado cinco de los ocupantes del vehículo cerca al caserío de dicho Corregimiento y quienes resultaron comprometidos en el robo de ganado mayor. Al regresar y antes que llegara a la carretera central... el vehículo fue interceptado primeramente por una patrulla policial... (que) después de inspeccionar el vehículo lo dejaron continuar su

marcha. Posteriormente el Agente de Policía Nacional... en compañía del particular... interceptaron el mismo vehículo militar y lo condujeron a la Inspección de Policía de Santandercito... Mientras esto sucedía, la primera patrulla... después de haber requisado el bus militar a la altura del sitio denominado ‘El Nueve’ dejaron el vehículo que los transportaba y se dedicaron a inspeccionar los predios adyacentes y como a eso de las 20:00 horas, descubrieron a un grupo de personas que corrían tras el ganado y quienes al notar la presencia de los uniformados emprendieron la fuga. Después de algunos disparos fue capturado el particular Eliécer Romero Romero. Al día siguiente fueron capturados los particulares José Octavio Rodríguez y Miguel Correa Garzón, por los policiales de la región cuando se dirigían hacia Bogotá”.

Así mismo, se lee en uno de los apartes de la sentencia recurrida, que en el sitio en donde fue capturado el particular Eliécer Romero Romero, fueron hallados en el potrero “cuatro reses muertas, los instrumentos con que habían cometido el delito, las ropas que se habían cambiado y 33 costales”.

Correspondió al Juzgado Primero de Instrucción Penal Militar adelantar la investigación y una vez perfeccionada y cumplidos los trámites de ley, el señor General Comandante del Ejército dictó la Resolución número 00010 de enero 18 de 1978, por medio de la cual se convoca “un Consejo de Guerra Verbal... para que por los trámites propios de esta clase de juicios juzgue al sindicado civil D-1 José de Jesús Daza Suta, por los delitos de abuso de confianza y robo”.

El Presidente del Consejo de Guerra Verbal formuló a los Vocales dos cuestionarios, uno relativo al abuso de confianza y el otro referente al “delito de robo y sacrificio de ganado mayor”, los dos cuestionarios fueron contestados por los vocales, afirmativamente y por unanimidad. Con

base en tal veredicción se dictó la sentencia de primera instancia mediante la cual se impuso al procesado Daza Suta la pena de treinta meses de prisión por los delitos de abuso de confianza y robo, sanción privativa de la libertad que fue aumentada por el Tribunal a cuarenta y dos meses al resolver el recurso de apelación interpuesto, y tal como se dijo.

La demanda de casación

Con fundamento en las causales cuarta y primera, el actor hace cuatro cargos a la sentencia recurrida y los determina en la siguiente forma:

Causal cuarta. Primer cargo. “La sentencia acusada se profirió en un juicio viciado de nulidad al ‘no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código (numeral 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar)’”.

El censor afirma que al redactarse el cuestionario relacionado con el delito de robo y preguntársele a los Vocales por la responsabilidad del procesado en “el delito de robo y sacrificio de ganado mayor”, se incurrió en violación del artículo 559 del Código Castrense que indica la forma como deben elaborarse dichos cuestionarios.

Causal cuarta. Segundo cargo. “La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad al haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, numeral 2º”.

Expresa el demandante que de acuerdo con lo establecido en el proceso, los abigeos fueron sorprendidos en el sitio en donde habían sacrificado las reses, y que como su propósito no podía ser otro que el de trasladar la carne de los dichos semovientes hasta Bogotá, el delito de robo no se habría perfeccionado “pues la acción delictiva se detuvo, por causas ajenas (sic) a la voluntad de los procesados, quedando pues en delito frustrado, y entonces al formularse la pregunta por la comisión de un delito de robo consumado se hizo incurrir a los vocales en error relativo a la denominación jurídica de la infracción”.

Causal cuarta. Tercer Cargo. “La sentencia de segundo grado está viciada de nulidad pues el señor Presidente del honorable Tribunal Superior Militar no se declaró impedido, estándolo, para conocer de este proceso toda vez que como Juez de primera instancia fue quien dictó la resolución de convocatoria a consejo de guerra”.

Dice el recurrente, que en esta hipótesis se trataría de una nulidad de carácter constitucio-

nal “pues esta actuación afecta al debido proceso garantizado por el artículo 26 de la Carta Fundamental”.

Causal cuarta. Cuarto cargo. “La sentencia acusada se profirió en juicio viciado de nulidad al haber incurrido el sentenciador de Segundo Grado en el mismo error relativo a la denominación jurídica de la infracción dada por los cuestionarios de la Primera Instancia, incurriendo así en la causal segunda de nulidad prevista por el artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar”.

El cargo tiene el siguiente desarrollo: acepta, el demandante, que su patrocinado transportó en el bus del Ejército a las personas que luego fueron sorprendidas en el momento en que sacrificaban varias reses, y prosigue “igualmente está plenamente demostrado que a excepción del sacrificio del ganado los abigeos no ejercieron violencia alguna contra las personas o las cosas, entendiendo este último término como los dispositivos naturales para resguardar el ganado, es decir, las cercas de los potreros donde pacían. La única violencia fue la natural para sacrificar el ganado... así las cosas el delito imputado a mi poderdante no es el de robo como se hizo en la sentencia acusada sino el de hurto agravado de ganado mayor previsto y sancionado por el artículo 398, numeral 7 del Código Penal... si esto es así, se erró en la denominación jurídica de la infracción y por este aspecto el proceso está viciado de nulidad y así solicito se decrete”.

Causal primera. Cargo único. Con planteamientos sustancialmente iguales a los consignados en el cargo inmediatamente anterior, el recurrente afirma que “la sentencia acusada al dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 402 en concordancia con el 403 del Código Penal, viola la ley sustantiva por infracción directa, error de derecho, al dejar de aplicar lo dispuesto por el artículo 398, numeral 7 del Código Penal...”.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares solicita a la Corte desechar la demanda ya que en su opinión, ninguno de los cargos formulados a la sentencia pueden prosperar.

Con respecto a la planteada nulidad por error relativo a la denominación jurídica de la infracción, expresa el Delegado, que no existe tal error por cuanto “es un hecho incontrovertible, que los delincuentes para apoderarse de los semovientes, emplearon la violencia, no solamente pa-

ra sacarlos del dominio del dueño, es decir, de la dehesa donde pacían, sino también para sacrificarlos y traer el producto de su ilícito a esta ciudad para venderlo y obtener así su provecho”.

Y con respecto a la noción de violencia como elemento esencial del delito de robo expresa el Delegado, que por tal debe entenderse “el medio empleado por el agente del delito para vencer la resistencia del propietario o poseedor, a fin de evitar que se apoderen de las cosas contra su voluntad, resistencia consistente en encerrarlas, resguardarlas y rodearlas de obstáculos que las defiendan, como ocurre en la práctica con el ganado que regularmente está protegido por cercas, así se encuentre en despoblado”. Que, por lo demás, se hace innecesario profundizar más sobre este elemento ya que en las dos sentencias, tanto en la de primer grado como en la de segunda instancia “después de análisis serio sobre los elementos del delito, demuestran sin ambages que la conducta del procesado Daza Suta, encaja en el artículo 402 del Código Penal, que define el delito de robo en el cual está plenamente identificado”.

Consideraciones de la Corte

De los tres cargos por nulidad formulados a la sentencia impugnada se examinará primeramente el que versa sobre la nulidad relativa al error en la calificación o denominación jurídica de la infracción imputada al procesado Daza Suta, ya que de prosperar este cargo será innecesario el examen de los demás.

Se afirma en la demanda que en este proceso se ha incurrido en la referida nulidad sancionada específicamente como tal por el artículo 441, numeral 2º del Código de Justicia Penal, que es sustancialmente coincidente con la contenida en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en la formulación de los cuestionarios sometidos a la consideración de los Vocales del Consejo de Guerra Verbal, se hace clara referencia a la comisión de un delito de robo, agravado, cuando en realidad lo único que estaría demostrado en el proceso sería un delito de hurto agravado. Lo anterior también, porque como lo ha reconocido la Corte, para todos los efectos entre los que debe considerarse especialmente el que ahora se trata, el acto o la diligencia de formulación de los Cuestionarios en los Consejos de Guerra Verbales, por cuanto deben contener la imputación del hecho o de los hechos penalmente reprochables, sus modalidades y la pregunta sobre la responsabilidad del

sindicado, se asemeja al auto de proceder de la ley procesal ordinaria a que se refiere el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, la calificación de la ilicitud en este especialísimo procedimiento, se hace en la formulación de los Cuestionarios.

En este proceso, el Cuestionario número dos que es el controvertido por la demanda, pregunta sobre la responsabilidad del procesado José de Jesús Daza Suta consistente en “haber prestado su auxilio y cooperación necesaria sin los cuales no habría podido cometerse el delito de robo y sacrificio de ganado mayor de propiedad del señor Delfín Hortúa...”.

De suerte que, la imputación clara, terminante, precisa que se hace al procesado es la de haber sido coautor del delito de robo, con la identificación del objeto material —ganado mayor— sobre el cual recayó la conducta ejecutiva de la infracción.

El delito de robo imputado, y por el cual se dictó sentencia condenatoria con deducción de las agravantes específicas del ilícito, está definido en el artículo 402 del Código Penal como el apoderamiento que se hace de una cosa mueble ajena, mediante el empleo de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, o con abuso de la debilidad de la víctima. Y por otra parte, las circunstancias agravantes deducidas en este proceso, son a las que se refiere el numeral 7º del artículo 398 del Código Penal cuando el delito de hurto o de robo tiene por objeto “cabezas de ganado mayor... que formen parte de un rebaño o que estén sueltas en dehesas o caballerizas”.

Entonces, claramente se advierte que la fundamental diferencia entre las figuras del hurto y del robo reside esencialmente en el elemento material, porque en el caso del robo, además del apoderamiento de la cosa mueble ajena, se requiere el empleo de la violencia —personal o real— o de la amenaza a las personas. El delito de robo, es pues, ni mas ni menos que un hurto ejecutado con violencia. La violencia en general, no es otra cosa que la aplicación de una energía material o moral encaminada a vencer un obstáculo. Esa violencia, elemento esencial del robo, puede ser ejercitada contra las personas (violencia personal), o contra las cosas (violencia real), o inclusive tratarse de la llamada por los doctrinantes “violencia impropia” que sería aquella a través de la cual se logra el objetivo de doblegar la voluntad ajena, pero no mediante la aplicación de una energía, sino a través de otros procedimientos como sería el uso de medios

químicos idóneos para anular la capacidad de determinación de la víctima.

De todas formas, si la calificación jurídica que se ha dado en el auto de proceder —formulación de los Cuestionarios en los Consejos de Guerra Verbales— es la de la existencia de un delito de robo, debe haberse demostrado los elementos con-figurantes de tal ilicitud, porque de no ser así, se incurriría en la causal de nulidad de que se viene tratando, dado que, se ha dado una denominación jurídica a un hecho, que en este caso no sería robo agravado, sino hurto agravado, variación del delito que, como es natural, tiene especial significación con respecto a la penalidad.

Pues bien, y al contrario de lo afirmado por el Procurador, en este proceso, no se ha establecido en forma alguna, que el apoderamiento de los semovientes por parte de los autores materiales del delito, que fueron precisamente las personas a quienes transportó el procesado Daza Suta en el vehículo oficial, hubieran empleado ningún tipo de violencia, ya personal o ya real, ni menos amenazas para el apoderamiento de los semovientes que forman el objeto material de la infracción y su cuerpo de delito.

La única referencia a vestigios de una violencia real que se encuentra en el proceso es la que indica el propietario de los semovientes señor Delfín Hortúa, cuando en declaración dice, que al advertir la presencia de un automotor a altas horas de la noche, salió a dar aviso a las autoridades de policía y con ellas se dirigió al lugar en donde tenía sus semovientes “nosotros continuamos hacia La Victoria a una finca de mi propiedad, siendo por ahí las diez de la noche encontramos un alambre abierto donde el bus había bregado a dar la vuelta y no pudo dar la vuelta. . .” (fl. 43 vlt.). Como es claro, esta no puede considerarse como modalidad de la violencia, por la simple razón de que no fue aplicada o empleada como medio para el apoderamiento de los semovientes.

En la sentencia impugnada, ninguna referencia se hace a este esencial elemento del delito de robo, imputado, dándose a entender que el medio violento habría consistido en la acción misma desarrollada por los delincuentes al aprehender a los animales, sostenerlos, amarrarlos y luego darles muerte. Sin embargo, debe afirmarse que esta no puede considerarse como violencia capaz de generar una figura de robo por la fundamental razón de que carece de la finalidad, de la dirección, del objetivo final y supremo que no puede ser otro que el de vencer un obstáculo que

el propietario ha puesto expresamente para custodiar su patrimonio. De la misma manera que no puede afirmarse la existencia de la violencia, elemento del robo, en el simple esfuerzo que se hace para transportar la cosa objeto del ilícito, de un sitio a otro, en este caso, tampoco es violencia del robo, es natural esfuerzo que tuvieron que realizar los abigeos para aprehender los semovientes y luego sacrificarlos.

El delito de hurto de ganado se consuma tanto en la hipótesis de que el delincuente sustraiga el semoviente y vivo lo conduzca de un sitio a otro hasta lograr su exclusivo dominio, o que, prefiera sacrificarlo y llevarse simplemente la carne. En ambos casos, la lesión patrimonial tiene los mismos alcances e igual transcendencia jurídica.

Entonces, si el delito de robo, por el cual se comprometió en juicio criminal al procesado, no tuvo configuración en el proceso, por cuanto no se demostró la violencia que es esencial a la figura, la calificación que se dio a la imputación fue errada, porque ha debido referirse a un delito de hurto con la agravante específica prevista en el numeral 7º del artículo 398 del Código Penal, por lo que, el cargo formulado por este aspecto prospera, y así habrá de declararlo la Corte para que queden jurídicamente garantizados los derechos del procesado.

Con respecto al delito de abuso de confianza, y como quiera que sobre tal ilicitud no se formuló cargo alguno en la demanda, el cuestionario relativo a él fue legalmente contestado por los Vocales del Consejo de Guerra Verbal y por lo tanto, respecto a esta infracción ninguna determinación se tomará, siendo entendido, por lo consiguiente, que tal veredicción está vigente.

Con relación al segundo cuestionario, o sea, el que se refiere al delito de robo, deberá proponerse nuevamente para que los Vocales se pronuncien sobre esta segunda ilicitud, pero no bajo la denominación de robo, sino de hurto con las circunstancias específicas de agravación de que trata el numeral 7º del artículo 398 del Código Penal. Hecho lo cual se procederá a dictar la sentencia del caso.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR parcialmente la sentencia impugnada y en consecuencia, decretar la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir de la formula-

ción del cuestionario por el delito de robo que fue sometido a la consideración de los Vocales del Consejo Verbal de Guerra, para que se proceda de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo dispuesto por la Corte.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EL JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA EN SERVICIO ACTIVO,
Y CUALQUIERA QUE SEA EL DELITO, CORRESPONDE A LA JUSTICIA PENAL
MILITAR, CUANDO EL PAIS ESTA EN ESTADO DE SITIO

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E. septiembre 25 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

Aprobado: Acta número 75.

Vistos

Ha sido recorrida en casación la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 21 de agosto de 1978, mediante la cual, y modificando la proferida por el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito Judicial, impuso a Antonio Piñeros Piñeros la pena de nueve años de presidio al hallarlo responsable del delito de homicidio en la persona de Régulo Efraín Bernal. Cumplidos los trámites del recurso, procede la Sala a decidirlo.

Hechos y actuación procesal

Los hechos que dieron ocasión a la investigación y a la sentencia recurrida los resume el Procurador Delegado en lo Penal, así:

“El 20 de enero de 1973 en horas de la madrugada Régulo Bernal Osorio y tres individuos más —dos de ellos sus parientes— ingresaron al establecimiento público llamado ‘Café Embajador’ sitio en la calle 22 sur con carrera 7ª de esta ciudad, con el propósito de departir. Cuando apenas comenzaban, otro parroquiano, que resultó ser Agente de la Policía Nacional adscrito a la Estación VI, y posteriormente identificado como Luis Antonio Piñeros Piñeros, al parecer en estado de embriaguez, se dedicó a ofender a los recién llegados, actitud que provocó la advertencia de Bernal Osorio de que si se continuaba molestando se quejaría a la autoridad. Tras un breve cruce de palabras, el Agente se encaminó

a la puerta del establecimiento, actitud que imitó Bernal Osorio, quien al encontrarse muy cerca de aquél y sin que mediara provocación, recibió una herida con arma de fuego que le causó el deceso en el Hospital Militar”.

Originalmente el asunto fue tramitado ante las autoridades jurisdiccionales castrenses y precisamente por el Juez 58 de Instrucción Penal Militar quien abrió la investigación, y obtuvo la suspensión en el ejercicio de sus funciones del Agente de la Policía inculcado.

Luego, por haberse establecido que los hechos delictivos fueron ejecutados por el Agente Piñeros sin que estuviera realizando funciones propias de su investidura, el Juez Militar envió el proceso al Juzgado Superior de reparto, y habiéndole correspondido al Segundo de esa categoría, comisionó al Juzgado 18 de Instrucción Criminal para el perfeccionamiento de la investigación.

El agente Piñeros fue llamado a juicio por el delito de homicidio, providencia que recibió confirmación por el Tribunal. Realizada la audiencia pública y con el veredicto del jurado que fue afirmativo de la responsabilidad, el Juzgado dictó la sentencia de condena de primera instancia la cual al ser confirmada por el superior, originó la que es objeto de casación.

La demanda de casación

Con fundamento en las causales primera y cuarta de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula varios cargos afirmando que “se dictó la sentencia acusada violando la ley sustancial por error de hecho y de derecho, falta de apreciación de determinadas pruebas, como también es de anotar que el proceso se encuentra viciado de nulidad, toda vez que se han infringido los artículos 441, ordinal primero del Código de Justicia Penal Militar, en armonía con el artículo 210, ordi-

nal primero del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se cristaliza la figura no tener competencia o la incompetencia del Juez”.

En unos planteamientos que parecen fundarse en la causal primera de casación, el memorialista hace un análisis de la prueba de cargo para plasmar su propia versión sobre los hechos investigados y sostener que su patrocinado no fue el autor del hecho ilícito por el que se le condenó. Todo lo cual lo lleva a afirmar que la sentencia es “violatoria de la ley sustancial por infracción a lo que se denominaría aplicación indebida o interpretación errónea, tanto del juzgador de Primera y Segunda Instancia, como de los señores jueces de conciencia...”.

Ya al amparo de la causal 4ª de casación, el demandante afirma que el proceso estaría viciado de “nulidad procedimental que se advierte por cuanto si se dice que el delito lo cometió un representante de la Policía y la policía está adscrita a las Fuerzas Militares, y por aquel entonces estábamos en estado de sitio, ha debido de juzgarse como tales normas militares lo advierten con fundamento en el artículo 441 y demás normas concordantes del Código Penal Militar, pudiendo hablar sin equivocarnos de lo que se denomina incompetencia de jurisdicción, lo que engendra una nulidad... etc.”.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones de la demanda y solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

El delegado se detiene en el examen del cargo formulado por la causal cuarta de casación, único que realmente merece estudio ya que los presentados con apoyo en la causal primera, evidentemente adolecen de las fallas técnicas que el Ministerio Público pone en evidencia, lo que hace innecesario su estudio.

Dice el Procurador, que la nulidad alegada en este proceso se hace consistir en el hecho de tratarse de un Agente de la Policía Nacional y en la circunstancia de que al momento de la comisión del homicidio, el país se hallaba en estado de sitio, que entonces, y “sin desconocer los pronunciamientos del más alto Tribunal de Justicia del país, llamado a unificar la jurisprudencia nacional, difiere de su criterio... y ratifica su opinión de que la competencia para casos como el que se ventila radica en la jurisdicción ordinaria. Lo anterior sin desconocer las funestas consecuencias que para la Administración de Justicia acarrea el desacuerdo entre la honorable

Corte Suprema de Justicia y el honorable Tribunal Disciplinario”, del cual cita para apoyar su tesis el fallo de 22 de marzo pasado en el cual el Tribunal al resolver una colisión de competencias entre la Justicia Castrense —Inspección General de la Policía—, y la ordinaria —Juzgado 12 Superior— para el juzgamiento de los Agentes de la Policía Nacional Pedro Antonio y Amilear Plazas Medina por homicidio, ratificó su tesis de que la competencia para el juzgamiento de los agentes inculcados, correspondía a la Justicia Ordinaria.

Consideraciones de la Corte

Resultan sin duda muy importantes y respetables los planteamientos del Ministerio Público apoyados en decisiones del Tribunal Disciplinario, sin embargo de lo cual, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ratifica en esta oportunidad sus tesis contenidas en diversas jurisprudencias entre las que se destaca el fallo de 22 de febrero pasado con ponencia del Magistrado Serrano Abadía en el que se hizo un examen profundo sobre todos los antecedentes legislativos del caso, para concluir, se repite con la tesis que ahora se reafirma.

Dijo la Sala en dicha providencia, entre otras cosas:

“...que mientras el país permanezca en estado de sitio, el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional en servicio activo, cualquiera que sea el delito porque se proceda, corresponde a la Justicia Penal Militar y concretamente por la respectiva fuerza a que pertenezcan. Que a dicha jurisdicción pertenece su pronunciamiento cuando se trata de infracciones cometidas ‘con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo’, es asunto que no se remite a dudas y que no cuestionan ni el Ministerio Público... ni el Tribunal Disciplinario... Además el tema no reviste problema alguno si se tiene en cuenta la disposición del artículo 8º del Decreto 2347 del 3 de diciembre de 1971... que contiene la reiteración de un sistema de juzgamiento que viene de atrás. Además existen antecedentes jurisprudenciales de la Corte según puede verse en providencia de 30 de octubre de 1970 y 4 de noviembre del mismo año, entre otras”.

“La discrepancia se encuentra en lo atinente al juzgamiento de policiales cuando cometen delitos comunes en circunstancias diversas de las previstas en la disposición que se deja citada y en su mayor parte transcrita. Es este campo en

donde el Ministerio Público aquí, y el Tribunal Disciplinario allá, y anteriormente la propia Corte, niegan que el conocimiento de tales infracciones corresponda a la Justicia Penal Militar y lo asignen a la justicia ordinaria en sus respectivos conceptos y decisiones”.

Y luego de un análisis completísimo de todos los antecedentes legislativos vigentes hasta la fecha de la referida sentencia, se concluyen así:

Establece el artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar en su numeral 2º, que la Jurisdicción Penal Militar conoce: “de los delitos establecidos en las leyes comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior”. La Corte en sentencia del 4 de octubre de 1971 declaró exequible dicha disposición. Por su parte, el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar dispone que “Para todos los efectos de este Código, los términos militar o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía, a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título VI, Libro II”.

La Corte, en fallo de septiembre de 1973 declaró la constitucionalidad de tal disposición... En consecuencia, por hallarse el país en estado de sitio... por ser el sindicado miembro de la Policía Nacional asimilado a militar y en servicio activo (artículo 284 y numeral 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar), el juzgamiento de los hechos que se le imputan corresponden a la jurisdicción militar (artículo 308 numeral 2º y 309 del Código de Justicia Penal Militar). Su juzgamiento se produjo por parte de la Justicia Ordinaria y por tanto, este proceso es nulo desde el auto que ordenó se cerrara la investigación (artículo 210, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal)”, (fallo del 22 de febrero de 1979).

Las consideraciones expuestas en la sentencia citada, encuentran plena aplicación para el caso de autos, por lo que la Corte habrá de proceder a invalidar el fallo recurrido declarando la nulidad y disponiendo que el juzgamiento del pro-

cesado se cumpla por las autoridades competentes.

La anulación del proceso no implica la libertad del procesado a pesar del vencimiento de los términos de que trata el artículo 7º numeral 9º de la Ley 17 de 1975 (artículo 453 del Código de Procedimiento Penal), porque no existe la “solicitud” de que trata su inciso segundo y porque bien puede suceder que, si se presenta ella, sea negada por encontrarse mérito para sostener un auto vocatorio a juicio, cerrar la investigación y disponer del término previsto para efectuar la calificación, cuestión ésta que corresponde privativamente al fallador de primera instancia según lo dispuesto en la norma citada.

Con relación a la tácita solicitud formulada en la demanda y relativa a la libertad del procesado por pena cumplida, la Sala acoge los planteamientos del Procurador para afirmar que en este momento no procede.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia objeto del recurso de casación y en consecuencia, *decretar la nulidad* de todo lo actuado en este proceso, desde el auto que declaró cerrada la investigación inclusive, y *ordenar* que por el Juez competente que lo es el Comandante de la Policía Nacional División Cundinamarca, se rehaga el procedimiento según las pautas indicadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Por motivos de enfermedad que exija cambio de clima o residencia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 25 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 75, septiembre 25/79.

Vistos

Previo el cumplimiento de los trámites de ley, la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha regresado a esta Sala para obtener el concepto de rigor, la solicitud de cambio de radicación del proceso seguido contra Jaime o Jairo Sterling y Manuel Santiago Díaz Vargas, “por un delito contra la salud pública, a que se contrae el Decreto 1188 de 1974”, solicitud que de oficio formula el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, por motivos de enfermedad.

Para conceptuar se considera

1. *Consta en este expediente que en el Juzgado antes indicado cursa el proceso reseñado en los vistos precedentes y que dentro de él ya se profirió auto de llamamiento a juicio contra los dos acusados.*

2. *Según el artículo 46 del estatuto procesal penal “Cambio de radicación por enfermedad. El cambio de radicación podrá ordenarse también, conforme a los artículos anteriores, cuando el procesado padezca grave enfermedad, debidamente comprobada, que exija cambio de clima o de residencia”.*

3. *Situación de Manuel Santiago Díaz Vargas:*

El Médico Psiquiatra Forense del Instituto de Medicina Legal —Bogotá— luego de haber exa-

minado en el mes de abril de 1978 al paciente, tras una serie de consideraciones, presenta en lo relacionado con lo que se viene considerando, la siguiente conclusión:

“El señor Manuel Santiago Díaz Vargas presenta (sic) un cuadro psiquiátrico conocido dentro de la no sociología de las enfermedades mentales como una esquizofrenia pseudoscópica. Teniendo en cuenta que ello implica una grave anomalía psíquica por las manifestaciones actuales agudas de la enfermedad, consideramos importante su reclusión en una institución para enfermos mentales”.

El 21 de abril del año en curso, es decir, al año de practicado el anterior, volvió a examinarlo. En esta ocasión, luego de consignar las observaciones previas, manifiesta:

“En consecuencia podemos afirmar que el señor Manuel Santiago Díaz Vargas continúa mentalmente enfermo, trastorno psicopatológico para el cual no ha recibido el tratamiento médico psiquiátrico adecuado pues de otra forma no se explica el por qué en vez de mejorar su condición mental, ésta se ha venido a menos siendo más evidente, por ello el deterioro de su funcionamiento egotal aspecto éste que no fue muy evidente en la primera entrevista a la que fue sometido en el Instituto de Medicina Legal.

“2. Manuel Santiago Díaz Vargas. Oficio número 673.

“Nuevamente insistimos que este paciente debe ser tratado dentro de una Institución para enfermos mentales pues consideramos nocivo para su enfermedad y contraproducente para su rehabilitación e incorporación futura a la sociedad el que continúe dentro del anexo psiquiátrico de la Penitenciaría Central de Colombia ‘La Picota’.

“Conclusiones:

“a) El señor Manuel Santiago Díaz Vargas, continúa mentalmente enfermo y por ende con las manifestaciones del proceso psicótico que le aqueja desde hace varios años, habiendo podido detectarse en esta oportunidad un deterioro propio de una enfermedad mental mal tratada por razones obvias que sobran mencionar;

“b) Consideramos que debe ser trasladado a una Institución para enfermos mentales en donde al menos reciba la oportunidad para controlar su psicopatología y en consecuencia pueda rehabilitarse”.

De las peritaciones médicas oficiales se concluye la gravedad de la enfermedad mental que padece Manuel Santiago Díaz Vargas, enfermedad que viene empeorándose día a día, en vez de mejorar, posibilidad esta última que también se contempla en el dictamen final, de donde se concluye que con relación a él habrá de conceptuarse favorablemente al cambio de radicación solicitado por el señor Juez Tercero del Circuito Penal de Neiva.

4. Situación de Jaime o Jairo Sterling.

Según constancias procesales, con relación a este procesado se tiene lo siguiente:

a) Fue trasladado por orden del Director de la Cárcel del Circuito de Neiva a la Penitenciaría Central de Colombia (La Picota), Pabellón de antituberculosos porque “según dictamen Médico del Jefe de Sanidad de este establecimiento carcelario, padece de una tuberculosis pulmonar, habiéndose hecho, en consecuencia, su

inmediato traslado para tratamiento, ante el inminente peligro de contagio para los demás internos” (fl. 6 Cfr. fl. 1).

b) En la cárcel de Neiva “no existe pabellón de aislamiento para reclusos que sufren de enfermedades infectocontagiosas” (fl. 10). Y,

c) El Centro de Salud Calixto Leyva, de la ciudad de Neiva, tiene “lugar especializado en el tratamiento de la tuberculosis, pero solo para pacientes ambulatorios” (fls. 10, 11).

De lo anterior se concluye con relación al procesado Sterling, el que también ha de conceptuarse favorablemente al cambio de radicación solicitado, porque se exige el traslado de residencia, por las circunstancias anotadas, las cuales constituyen la razón del sentido de este concepto, en cuanto a él se refiere.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso seguido contra Jaime o Jairo Sterling y Manuel Santiago Díaz Vargas, por un delito contra la salud pública, el cual cursa actualmente en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva.

Cópiese y devuélvase las diligencias a la Oficina de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Error relativo al nombre y apellido del procesado. Qué se entiende en derecho por individualizar y qué por identificar

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 25 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 75, de septiembre 25 de 1979.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia de 11 de diciembre de 1978, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado 8º Penal del Circuito para condenar a Luis Emilio Ortiz Sánchez o Víctor Manuel González por un delito de robo.

1. Los antecedentes.

El resumen de los hechos aparece en el auto de proceder en la forma que se transcribe a continuación:

“Misael Bello en la noche del 15 al 16 de abril del presente año (1977, se agrega), aproximadamente a las 9 de la noche, conducía el taxi de placas SA-4297, marca Dodge, modelo 1971, de propiedad de Guillermo Prieto Castañeda y cuando avanzaba por la Avenida Caracas entre calles 60 y 61, tres hombres le pidieron la prestación del servicio para que los condujera al barrio Ciudad Berna. En efecto los recogió, ya en la calle 12 sur entre carreras 11 y 12, le pidieron que detuviera la marcha y cuando así lo hizo, uno de los tres lo cogió por el cuello, mientras el segundo esgrimía en forma amenazante un cuchillo y el tercero se colocaba al volante. En esta condición

de indefensión se le obligó a ocupar el asiento posterior, mientras se le golpeaba en la cabeza con la cachá de un revólver y se le amordazaba, bajo la amenaza de darle muerte, en el caso de que opusiera resistencia. Acostado en el asiento y cubierto con un trapo amarillo, emprendieron la marcha y finalmente lo dejaron dentro de un potrero, llevándose el vehículo y los documentos del mismo”. Cabe agregar que cuatro días después el vehículo fue hallado en posesión de Luis Emilio Sánchez Ortiz y de Raúl Oviedo González.

2. El proceso.

Por auto de 18 de abril de 1977 el Juzgado 34 de Instrucción Criminal abrió la investigación y en su desarrollo, a más de las pruebas pertinentes, recibió las indagatorias de los dos capturados. También aparece emplazado Manuel Piñeres de quien se dice sus “condiciones civiles y personales” son desconocidas.

Por auto de 16 de diciembre de 1977 se sobreseyó temporalmente para el indagado Oviedo González y para el desconocido emplazado, y se llamó a responder en juicio, por robo, a Luis Emilio Ortiz Sánchez. Este enjuiciamiento fue recurrido en reposición que se negó para conceder el recurso subsidiario de apelación del cual más tarde se desistió. En la etapa probatoria de la causa Luis Emilio Ortiz reveló en ampliación de indagatoria que su verdadero nombre es el de Víctor Manuel González.

La audiencia pública se realizó el 5 de abril de 1978 y la sentencia condenatoria de primera instancia lleva fecha del 22 del mismo mes y en ella se impone al procesado Luis Emilio Ortiz Sánchez o Víctor Manuel González la pena principal de seis (6) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes y se le condena, esta

vez en forma genérica, al pago de perjuicios. Apelada dicha providencia recibió plena confirmación del Tribunal Superior en sentencia de 11 de diciembre de 1978, que es el fallo ahora impugnado.

3. La demanda.

Dos causales de casación, las previstas en los numerales 4º y 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal agita el censor.

Por la primera enunciada afirma que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por error en cuanto al nombre del procesado pues se violó el precepto del artículo 102 del Código de Procedimiento Penal. Consiste este vicio en que se llamó a responder en juicio a Luis Emilio Ortiz Sánchez, hijo de José Antonio Ortiz y de María Antonia Sánchez, soltero, unido maritalmente con Olga María Oviedo, identificado con la cédula de ciudadanía número 17081678 de Bogotá, con tres años de instrucción primaria, de 30 años de edad, conductor de oficio y nacido y vecino de Bogotá, y luego se condenó a Luis Emilio Sánchez o Víctor Manuel González, hijo de Blanca Inés, maritalmente unido a Olga María Oviedo, identificado con la cédula de ciudadanía número 17161530 de Bogotá, con tres años de instrucción primaria, conductor de profesión y nacido y vecino de Bogotá. Mucho antes del enjuiciamiento (fl. 100), existía un informe policial en el expediente en donde se lee que Víctor Manuel González, ha usado también los nombres de Luis Emilio Ortiz Sánchez o Luis Emilio Sánchez Ortiz, información que "fue suministrada antes del cierre de investigación y por consiguiente se ha debido tener en cuenta en el interlocutorio por medio del cual se radicó el juicio", según palabras del demandante, que, además, saca de allí la conclusión siguiente, que es el fuerte de su alegación: "Al no haberlo hecho se incurrió en la causal de nulidad que vengo alegando y por tanto, en la causal de casación que también vengo alegando". Sugiere que también pudo incurrirse en nulidad de tipo constitucional en razón de que no se llenaron en el auto de proceder los requisitos del numeral 1º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, "pues no tiene el interlocutorio cuestionado" "...los nombres de los procesados, sus apodos o sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio y oficio o profesión...", lo cual se hizo en parte en el capítulo resolutivo pero no en la forma exigida por la norma en cita.

En segundo lugar, y presentándola como subsidiaria, según su propia expresión, habla de

"violación indirecta de la ley penal en razón de que los juzgadores de instancia incurrieron en serios y graves errores en lo atinente a las pruebas aportadas al proceso". Esto porque, en primer término, dieron a la denuncia un valor que en ningún momento puede tener, como es el de comprobar toda la materialidad del ilícito, violándose de esta manera el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal. También, afirma, hubo error en la apreciación de la prueba de descargos porque la indagatoria, sus ampliaciones, los testimonios y los documentos aportados por el procesado fueron totalmente rechazados mediante argumentaciones "muy subjetivas" no basadas en la realidad procesal, desconociendo de esta manera el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal y, de contera, el artículo 235 del mismo código.

4. El concepto del Ministerio Público.

Solicita el Ministerio Público, representado esta vez por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, no casar la sentencia impugnada.

En cuanto al primer cargo y luego de destacar que el procesado afirmó desde su indagatoria y reiteró en varios memoriales que se llamaba Luis Emilio Ortiz Sánchez, sólo en la etapa probatoria de la causa afirmó que su verdadero nombre era el de Víctor Manuel González. De esta manera bien estuvo que se le enjuiciara con el primero de los nombres y después que se le condenara con ambos. Razona así el Ministerio Público: "Es importante anotar que la acción penal se sigue contra una persona determinada y no en contra de un nombre o unos datos personales, ya que de no ser así podría llegarse al contrasentido de que si se ignorara la correcta identidad de una persona tendría que sobreseérsele a pesar de que existiera la certidumbre de que tal persona era la autora del ilícito. Así mismo no podría hacerse un pronunciamiento de fondo en los casos en que una persona responda a varios nombres y se ignore cuál de ellos es el verdadero".

Cita después el artículo 114 del Código de Procedimiento Penal sobre "identidad física" del procesado y afirma que cuando no existe duda acerca de ella no hay razón para impetrar nulidad, porque no existe confusión alguna si se tiene en cuenta que la persona que purga condena es aquella a la cual se refiere la acusación ya que fue sorprendida con el objeto robado, y menos si se tiene en cuenta que la base de la pretendida nulidad está en las afirmaciones del procesado acerca de un nombre y apellidos que no le correspondían.

Por lo que hace al segundo de los cargos afirma el Ministerio Público que no puede estudiarse porque resulta planteado con evidentes errores de técnica pues no se dice si la violación indirecta que se alega fue fruto de errores de hecho o de derecho y no corresponde al funcionario suplir esa deficiencia, amén de que en su texto solamente se encuentra una serie de argumentaciones, a manera de un alegato de instancia, que son trasunto de las apreciaciones personales del demandante. Además, dice, al plantear la nulidad por error en cuanto al nombre y apellido del procesado no se negó que fuera el autor del ilícito, y, por tanto, existe contradicción.

5. Las consideraciones de la Sala.

Se resuelve en primer término lo referente a la nulidad que plantea el demandante, y que hace consistir en error relativo al nombre y apellido del procesado en el auto de calificación. Se trata, aunque no se cita en la demanda la norma pertinente, de una de las hipótesis previstas en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, y cabe advertir que la demanda alega, con base en dicho error, que "por lo menos procesalmente se trata de dos personas totalmente distintas", pues uno es el enjuiciado y otro el condenado.

El planteamiento resumido al final del párrafo anterior no tiene validez si se sabe, y ello está plenamente comprobado, que el procesado aparece con dos nombres diferentes, que se le enjuició con uno de ellos pero se le condenó con los dos, y, lo que resulta de capital importancia, uno y otro corresponden a una misma persona según el propio procesado lo reconoce y explica, y según se ve en un informe policial que obra en autos.

La nulidad estatuida en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal sólo puede comprenderse si se conecta dicha disposición con la del artículo 114 que dice: "Identidad física. 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, cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona". La norma transcrita recoge la diferencia que hay entre individualización e identidad y que es suficientemente conocida en criminalística. Disciplina ésta estrechamente vinculada al procedimiento penal, como bien se sabe. El español Manuel López — Reyes Arrojo puntualiza esa diferencia, con innegable acierto, de la siguiente manera:

"Individualizar o individuar significa el proceso más o menos complicado de concretar a una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás. Es una tarea de índole originaria que supone la concreción de una persona por la reunión de una serie de elementos que provienen de ella misma y que se refieren a sus características, a lo que le es propio como individualidad física o moral.

"Identificar es algo que se halla íntimamente ligado a lo anterior, pero que es, sin embargo, diferente en un sentido amplio, genérico, identificar implica una yuxtaposición, el proceso más o menos complicado de ver si lo que se posee respecto a la individualidad de alguien corresponde, se ajusta a la misma. La identificación es el resultado final a que toda individualización debe conducir. Identificar, pues, no es precisamente descubrir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido", ("Criminalística". Enciclopedia Omeba. Tomo V. página 119).

Al decir "identidad física" el artículo 114 se refiere a la individualización o, lo que es lo mismo, al "quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción", que se encuentra en el punto segundo del programa mínimo investigativo que puntualiza el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, y cuando alude el verdadero nombre y apellido y a las otras generalidades se remite a su identificación. Por la primera operación, la de individualizar, se establece que se trata de una persona determinada, de una integridad sicofísica aislada, de alguien que se concreta en la afirmación: "Este y no otro". Por la segunda, se agregan a esa individualización el nombre, apellido, edad, lugar de nacimiento, residencia actual, estado, profesión, etc., tal como se ve en el artículo 386 que consigna "reglas para la recepción de indagatoria".

Lo que importa, en consecuencia, para que no se retarden ni suspendan la instrucción, el juicio y la ejecución en su caso, es la individualización o identidad física del procesado. Por tanto, si sobre ella no existe duda, mal puede darse la nulidad prevista en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal ya que esta norma, y así queda demostrado, no se refiere al simple error en cuanto a nombre y apellidos del procesado, sino a una confusión de gran magnitud, que de allí derivada, lleve vacilación suficiente que coloque a la justicia ante la horrorosa posibilidad de condenar a un inocente. Para la identidad, entendida como una yuxtaposición de datos, posterior a la individualización, existe el

artículo 113 el Código de Procedimiento Penal que impone al funcionario de instrucción el deber preferente de practicar las pruebas conducentes para precisarla en cualquier estado del sumario cuando surgieren dudas al respecto.

En el caso concreto el procesado se presentó ante las autoridades, desde su captura, con nombre y apellidos fingidos porque consideró que los propios estaban policial y judicialmente estigmatizados. Con ellos se le indagó, detuvo y procesó. Más tarde, aun con posterioridad al procesamiento firmaba memoriales de tal manera. Ya en la etapa probatoria de la causa y en la audiencia pública reveló sus verdaderos nombres y apellidos y, tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segunda se le condenó con ambos porque, tómesese el fingido y tómesese el verdadero, los dos corresponden a una misma persona. Si se mezclaron las "generalidades" de uno y otro ello constituye un defecto de identificación pero nunca de individualización.

De lo ampliamente expuesto se concluye que no existe la nulidad alegada y, por tanto, que el cargo no prospera.

El segundo aspecto del cargo apenas si constituye una sugerencia, inquietud la llama el censor, de nulidad por inobservancia parcial del numeral 1º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, otra vez en relación con los nombres del procesado, sus apodos o sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio y oficio o profesión. Para desvanecer la inquietud basta remitirse a lo anteriormente dicho y a la inclusión en el numeral citado de las palabras "si fueren conocidos" para referirse a todos los datos que allí se consignan.

En el segundo de los cargos, que no puede ser subsidiario sino autónomo pues conserva su

plena independencia en relación con el primero, aduce el censor violación indirecta de la ley penal "en razón de que los juzgadores de instancia incurrieron en serios y graves errores en lo atinente a las pruebas aportadas al proceso", y, por el desarrollo siguiente se sabe que se refiere a posibles errores de apreciación de las pruebas de cargo y descargo. Resulta, haciendo a un lado la posible contradicción en los cargos de que habla el Ministerio Público, que toda esa prueba es testimonial y en los análisis y argumentaciones que aporta el denunciante sólo aparecen sus personales apreciaciones en contraposición a las del Juez. Tampoco puntualiza el censor la naturaleza de los errores a que se refiere y en definitiva todo se resuelve en una especie de alegación que es propia de las instancias pero no de recibo en casación. Por ausencia total de técnica en su formulación tampoco prospera este segundo cargo.

Por lo anteriormente dicho, 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 y devuélvase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Inobservancia de las formas propias del juicio (artículo 168 del Código de Procedimiento Penal). Los delitos que guardan una íntima conexión concausal, se investigarán y fallarán en un mismo proceso

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 25 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 75, septiembre 25/79.

Vistos

Conoce la Corte por vía de apelación interpuesta por el defensor de la procesada doctora Beatriz Eugenia Urán C., ex Juez Municipal de San Roque, de la sentencia de 9 de mayo último, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín la condenó a la privación del empleo y al pago de multa de veinte pesos (\$ 20.00), como responsable del delito de abuso de autoridad.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Sala la confirmación de la sentencia recurrida.

Hechos

Se hallan sintetizados así:

“Mediante contrato verbal —del que quedan algunas huellas por escrito (fl. 55 fte.)— el señor Joaquín Esteban Franco Sierra dio en arrendamiento al señor Jorge Barrera Valencia el establecimiento comercial ‘Café Pilsen’, ubicado en la plaza central del municipio arriba indicado, lo que ocurrió en diciembre de 1976. Conforme al estilo observado en esos negocios y tolerado por los dueños de los inmuebles, Barrera le cubría el arrendamiento del inmueble al señor Gabriel Rendón Gómez y del establecimiento propiamente, a Esteban Franco, algunas diferencias que por el precio o canon se presentaron entre los pactantes Franco y Barrera, determinaron al primero demandar en juicio de lanzamiento, lo

que efectivamente se cumplió por intermedio del doctor Armando Henríquez Vargas el 21 de enero del presente año. La funcionaria, después de ordenar en auto del 24 de enero que el demandante demostrara ‘su calidad de arrendatario’, atendió las voces de Barrera, al parecer con la intervención de un rábula ya fallecido, y, aunque no se estableció si ello fue de manera oral o por escrita, requirió a Joaquín Esteban Franco Sierra, para que le recibiera los enseres del ‘Café Pilsen’ a Barrera. Mas como aquél no atendió la orden, ella autorizó y ordenó la entrega de ellos o su depósito en lugar diferente, lo que no solamente presenció sino que organizó, el día 27 del mismo mes. Tal el motivo de la denuncia criminal por parte del abogado. Henríquez Vargas y del señor Franco Sierra que debidamente ratificaron bajo la gravedad del juramento (fls. 1, 12 y 19 y ss.)”.

En auto de 14 de septiembre de 1978, el Tribunal Superior de Medellín llamó a responder en juicio criminal a la doctora Beatriz Eugenia Urán Cardona por el delito de abuso de autoridad, a tiempo que ordenó compulsar copias de lo pertinente a fin de investigar el presunto delito de “falsedad en documentos” en que pudo incurrir la funcionaria, como también el falso testimonio posiblemente cometido por ella, por Jorge Barrera Valencia y José Antonio Espinosa Gil.

Transcurrida la etapa probatoria del juicio, se realizó la diligencia de audiencia pública y mediante sentencia de 9 de mayo último la doctora Beatriz Eugenia Urán Cardona fue condenada a la privación del empleo y a pagar veinte pesos de multa.

Consideraciones de la Corte

Se abstendrá la Sala de entrar a revisar la sentencia objeto del recurso, pues del estudio de las diligencias se concluye que se está frente a

una nulidad de rango constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio.

En efecto: A la doctora Urán Cardona se le imputó un delito de abuso de autoridad, pero dentro de la posterior etapa investigativa, surgió la posible comisión de otro de falsedad documental, guardando entre sí los dos posibles ilícitos, una íntima conexión concursal, una vinculación sustancial que hacían necesario el que se “investigaran y fallaran en un mismo proceso” por el innegable ligamen que conservan (Código de Procedimiento Penal, artículo 168). Mas el Tribunal, en vez de dar cumplimiento en el auto calificadorio a la norma anterior, ordenó en él que, con relación a la posible falsedad documental se compulsaran copias a fin que con relación a ella se procediera por separado.

Tanto el Ministerio Público como el Tribunal advirtieron la presencia del delito mencionado y éste en el auto calificadorio consignó: “Aunque conforme a la declaración de Esteban Franco (fl. 20), la Juez no le pidió que firmara nada al citarlo para que recibiera los enseres de Barrera; aunque el comisionado deja expresa constancia dentro de la diligencia de inspección judicial (fl. 46 sgte.), que no se encontró memorial alguno por parte de Barrera o de su representante, ni providencia que ordenara a Franco a recibir los objetos, ni, en consecuencia firma suya o a ruego para el efecto; aunque la Juez sostiene que todo lo ocurrido en ese episodio fue de manera verbal (fl. 74 y ss.), hay huella de que sí existió diligenciamiento escrito. En efecto, la objetiva exposición del denunciante (fls. 1 y 12), el concreto reclamo que el mismo abogado le hizo a la Juez en memorial cuya copia aparece a folio 43 y en virtud del cual, por ese comportamiento le solicitaba se declarara impedida, reclamo que no le mereció a la funcionaria la más leve observación —que tenía que ser airada si se trataba de un embuste— y, por el contrario, fríamente respondió que no procedía porque el doctor Henríquez no ‘es parte en el proceso’; la declaración de Jorge León Pereañez Osorio (fl. 72 vto. y ss.) de que él firmó por orden de la Juez ante la negativa de Esteban —‘entonces tenga la bondad Pereañez y firma usted, y yo firme’—; y la expresa referencia que hace el propio Jorge Barrera (fl. 68) el aspecto —‘como Esteban no quiso firmar, por eso fue que llamaron a Jorge Pereañez del Juzgado para que firmara ese papel; ahí fue donde su (sic) fueron a hacer el lanzamiento’—, son serias constancias de que hubo diligencias por escrito, cuya ausencia se hace poderosamente extraña”.

“Es verosímil, entonces, la existencia de la hipótesis de ‘falsedad en documentos’, bien por destrucción, bien por ocultamiento, siempre que, de otra parte, aquellos documentos tengan alguna atinencia jurídica”.

Es evidente que el posible delito de falsedad en documentos que aparece en la conducta de la funcionaria, es concursante con el de abuso de autoridad, dado que, la destrucción o el ocultamiento de la actuación escrita de la Juez, se realizó con el fin específico de hacer desaparecer la prueba fundamental del delito que se le imputó por su proceder ilegítimo.

Huelga repetir que hay un evidente y clarísimo lazo de unión entre los dos ilícitos imputados a la doctora Urán Cardona por lo cual, se repite que en casos concretos como éste que ahora ocupa a la Sala, se hace imperioso dar aplicación al artículo 168 del estatuto procesal penal, en atención a las consecuencias que de tal determinación se generan.

Y, como no se procedió en esa forma legal, se está frente a una nulidad de carácter constitucional (artículo 26), por inobservancia de las formas propias del juicio, la cual habrá de ser decretada. Mas como en el auto de proceder se tomaron otras determinaciones, ellas se ratificarán por razones de conveniencia o economía procesal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, declara la nulidad de este proceso a partir del auto de 14 de septiembre de 1978, por medio del cual calificó el mérito del sumario, inclusive, para que se tome la decisión correcta de conformidad con lo dicho en esta providencia.

Por no tener incidencia en el fondo de la calificación y debido proceso, se ratifica la determinación de compulsar copias a fin de investigar la conducta de los ciudadanos Jorge Barrera Valencia y José Antonio Espinosa Gil y de la misma Beatriz Eugenia Urán Cardona, con relación al delito de falso testimonio, dado que los dos primeros no gozan de fuero especial y a la tercera le aparece no por razón de sus funciones.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONEXIDAD

Facilidad de la investigación y evitan fallos contradictorios

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 26 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 75, de septiembre 25 de 1979.

Vistos

Recorre en casación el defensor de Carlos Augusto Melgarejo Abreo, a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en sentencia de 25 de octubre de 1978, impuso nueve años de presidio, así como las accesorias de rigor, por el delito de "homicidio" en Tomás Pereira Duarte.

En auto de 18 de enero del año en curso, se admitió la impugnación y en resolución de 19 de abril del mismo año, se declaró ajustada a las formalidades de ley la respectiva demanda.

Hechos y actuación procesal

Sobre este particular la Sala acoge las siguientes manifestaciones de la Delegada:

"...El día 12 de febrero de 1978 en el municipio del Valle de San José en las horas de la tarde y dentro del establecimiento o expendio de licores de propiedad de la señora Monguí Lozano de Fuentes se suscitó un altercado entre los señores Carlos Augusto Melgarejo y Tomás Pereira Duarte quienes se hallaban visiblemente embriagados, que no llegó a agresiones de hecho gracias a la intervención de la propietaria del establecimiento y de otros contertulios. Transcurridas algunas horas los mismos contrincantes se encontraron en otro sitio de la población, calle cuarta

con carrera quinta, donde continuaron la disputa y narran los testigos que vieron cuando Carlos Melgarejo asía por los cabellos a Tomás Pereira con una mano mientras que con la otra le colocaba un cuchillo en el pecho, que en este momento uno de los presentes, Hernando Bustos, le gritó a Carlos que tuviera cuidado, oportunidad que aprovechó Tomás Pereira para repeler a mano limpia la agresión y le propinó a Carlos Melgarejo un fuerte empujón, derribándolo pero sin lograr desarmarlo, por lo que éste se incorporó y le asestó cinco mortales cuchilladas, pese a las cuales, Pereira suplicó a su agresor que no lo matara mientras este a manera de respuesta reclamaba con palabras ultrajantes su inmediato deceso, el cual se produjo instantes después. Constatada la muerte, Melgarejo pretendió huir del lugar de los acontecimientos pero fue capturado.

"La investigación la inició el Juzgado Promiscuo Municipal del Valle de San José mediante auto de febrero 13 de 1978 y una vez perfeccionada el Juzgado Segundo Superior de San Gil llamó a responder en juicio criminal por el delito de homicidio a Carlos Augusto Melgarejo Abreo, mediante auto del 24 de mayo de 1978.

"El ocho de septiembre del mismo año se celebró la audiencia pública en la cual se sometió a consideración del jurado de conciencia el siguiente cuestionario:

"El acusado Carlos Augusto Melgarejo Abreo, es responsable de haber ocasionado en el cuerpo de Tomás Pereira Duarte, las heridas de arma corto-punzante (cuchillo) descritas en la diligencia de necropsia visible al folio 20 del cuaderno principal, heridas que produjeron el deceso de la víctima, hecho ejecutado voluntariamente con intención de matar y, consumado en las horas de la tarde del doce de febrero de mil novecientos setenta y ocho, dentro del perímetro urbano del Valle de San José".

“El Jurado de conciencia después de escuchar las exposiciones del Agente del Ministerio Público quien solicitó se respondiera afirmativamente y del señor defensor quien propuso se contestara ‘sí lo mató, pero en legítima defensa subjetiva de la vida’. Si, pero excediéndose en la legítima defensa. ‘Y sí, pero en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta (sic) provocación’, respondió: ‘Sí, pero en estado de ira’”.

“Según consta en el acta de la audiencia, seguidamente a solicitud del vocero de la defensa, se llamó al jurado para que se aclarara lo expresado, en el sentido de si reconocía el estado de ira causado por grave e injusta provocación o si por el contrario, sostenían su veredicto, dos de los jurados manifestaron en voz alta que su decisión era inmodificable. Con lo cual se dio por terminada la audiencia.

“El Juzgado Segundo Superior de San Gil de conformidad con el veredicto dictó la sentencia condenatoria imponiéndole al procesado la pena principal de nueve años de presidio y las accesorias correspondientes.

“Contra esta decisión interpuso el recurso de apelación el defensor del procesado y el honorable Tribunal Superior de San Gil en providencia de octubre 25 de 1978, confirmó en todas sus partes la sentencia del *a quo*...”.

La demanda de casación

1. Al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se anota: Del enfrentamiento de Tomás Pereira Duarte y Carlos Augusto Melgarejo Abreo, resultaron la muerte del primero y las lesiones personales del segundo. Se trataba, pues, de una doble acción criminal, que, por su conexidad, debía investigarse y fallarse en un solo proceso. El Juez Superior, en el llamamiento a juicio, estimó que las heridas de Melgarejo Abreo se las causó éste de modo accidental y el dictamen que las menciona carece de firma autorizada y no identifica siquiera la mano afectada. Este hecho “no modifica la responsabilidad del acusado”.

El Tribunal, a su vez, califica la omisión destacada ahora por el recurrente como motivo de casación y en su momento como causal de nulidad de “explicables omisiones, divergencias conceptuales”, aspectos que la doctrina ha considerado como no influyentes en la validez del proceso.

Acota el memorialista que “si el Tribunal encontró cierto que Melgarejo se hirió, no se ve

razón que explique el supuesto que posteriormente formuló (la cesación de procedimiento podría decretarse en cualquier estado del proceso, incluso en la segunda instancia), pues para qué divagar sobre un hecho negativo y que nunca ocurrió. Sin embargo, se habla de cesación de procedimiento, siendo para el honorable Tribunal arbitraria la ocasión de decretarlo”.

Y termina el censor su exposición de este punto señalando que “comparte la defensa el criterio del honorable Tribunal que la nulidad que se alega es de carácter constitucional. Pero discrepa en cuanto se dice ‘que no hubo menoscabo de los derechos de defensa del inculpado’. En esa apreciación el honorable Tribunal no fue realmente justo. Querer negar la existencia de la agresión de Pereira contra Melgarejo, decir que no lo hirió, es tanto como buscar que Melgarejo se quede indefenso, procesalmente, desarmado. El procesado tenía derecho a que se le definiesen sus heridas, pues en él se cometió un delito. Y así como en el auto de proceder se carga todo aquello que perjudica al sindicado, de igual manera tiene derecho a que se escriban las circunstancias que lo aventajan. Proceder de distinto modo, es incurrir en un claro desequilibrio que menoscaba los sagrados intereses del procesado. La omisión sacrificó la defensa del sindicado, la hizo problemática y casi imposible, pues hubo quebrantamiento de uno de los cuatro presupuestos del artículo 26 de la Constitución. El juicio, por la omisión considerada pero no decretada, se adelantó sin la observancia de sus formas propias, sin las ritualidades exactas. Es evidente que no toda irregularidad procesal tiene el rango de nulidad constitucional o suprallegal. Únicamente lo adquiere cuando sacrifica o menoscaba los intereses de defensa o guillotina sus medios propios. Al no definirse en el auto de proceder el delito de lesiones en Melgarejo, hubo violación de la Carta, con manifiesto deterioro de la defensa del inculpado. En esas condiciones, el juicio contra Melgarejo es nulo desde el auto de proceder, inclusive”.

2. El motivo segundo del citado artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, le sirve al recurrente en este sentido: la respuesta del jurado (“sí, pero en *estado de ira*”) constituye la atenuante del artículo 28 del Código Penal, desatendida en la sentencia objetada porque a la situación emocional no se la caracterizó, como exige la indicada norma, de grave e injusta.

Extendiéndose en el análisis de esta cuestión, explica que “efectivamente, el otro día, la jurisprudencia exigía que el jurado estampase de su

puño y letra toda la leyenda del artículo 28. Pero tan rígido criterio lentamente fue modificándose, rectificándose. Hoy por hoy no se le exige al jurado fórmulas sacramentales. No se le pide que al redactar su veredicto use términos y locuciones absolutamente legales. Se le pide que exprese una situación. Así, si el jurado afirma el estado emocional bajo el cual obró el sindicado y omite hacer declaraciones sobre la grave e injusta provocación, corresponde al juez de derecho indagar qué hecho pudo significar la provocación. Si acaso no encuentra que la provocación fue grave e injusta, mal podría reconocer el atenuante, ni aún en el caso de haber sido afirmada por el jurado la provocación grave e injusta, pues sería una situación contraevidente”.

Y remata su comentario de este modo: “Realmente, Pereira empujó con inusitada violencia a Melgarejo, pero antes lo había insultado, y no conforme con empujarlo, lo hiere en una de sus manos.

“El honorable Tribunal dice que toda esa violencia fue para conjurar la violencia del Melgarejo. Es una manera muy respetable de pensar. Pero es preciso advertir que Pereira después de herido no podía reaccionar. De suerte que su violencia contra Melgarejo fue anterior. La agresión fue injusta, pues herir a otro, es delictivo, va contra la ley. Y además, es grave, pues no se trata de un tipo de violencia cualquiera. Es una violencia armada y bien dirigida y con el claro ánimo de causar un daño.

“Esa incongruencia entre el estado emocional, reconocido por el jurado de conciencia, y la simple voluntariedad, a que alude el honorable Tribunal Superior de San Gil, constituye, muy claramente, la causal invocada, pues lo legal era aplicar el artículo 362 del Código Penal en armonía con el artículo 28 de la misma obra”.

3. Por último acude el crítico al cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580. Es así como glosa la aplicación indebida del numeral 6º del artículo 37 del Código Penal, ya que, aún estaba de día cuando el hecho, fue en un lugar público, inclusive, se usó en su ejecutoria un instrumento de trabajo. No se hizo imposible la defensa de Pereira, pues el honorable Tribunal reconoce que empujó y acuchilló en un claro ademán defensivo”.

De otro lado aceptar que “el sindicado obró bajo el ímpetu de ira provocada injustamente” pugna con la reconocida circunstancia de mayor peligrosidad que señala el artículo 38, numeral 3º del mencionado estatuto.

En definitiva “el honorable Tribunal aplicó dos numerales que se contradicen, que se excluyen, pues el sujeto que obra bajo pasión excusable o en ímpetu de ira, no puede hacerlo dentro de las frías y calculadas circunstancias a que se refiere el numeral sexto del artículo 37 del Código Penal. Si se acepta como se aceptó por el honorable Tribunal el numeral tercero del artículo 38, no podía darle cabida al numeral sexto del artículo 37. Luego, el honorable Tribunal aplicó indebidamente el numeral sexto del artículo 37 del Código Penal. El hizo también indebida aplicación por errónea interpretación del artículo 39 del Código Penal, pues a favor del sindicado concurren varias circunstancias de menor peligrosidad, ya enumeradas y ninguna de mayor. Debió, pues, el honorable Tribunal aplicar el mínimo de pena, sin el incremento que hizo, pues no hay circunstancias de mayor peligrosidad. En estas condiciones la pena máxima sería la de ocho años de presidio, y no la de nueve, que fue la aplicada por el honorable Tribunal en la sentencia recurrida”.

Consideraciones de la Sala y opinión del Procurador Primero Delegado en lo Penal.

En el mismo orden de las acusaciones a la sentencia, se responde:

1. *La conexidad, que busca diferentes objetivos, como la de facilitar las investigaciones, evitar fallos contradictorios, posibilitar la acumulación jurídica de penas, etc. constituye un propósito de la ley de procedimiento cuyo desconocimiento no siempre comporta la anulación de los procesos. Y así tiene que entenderse porque en la etapa sumaria, cuando la averiguación se muestra incipiente, es fenómeno que puede y debe producir el juez instructor o el de plena competencia y que suele apoyarse en apreciaciones subjetivas, resultando unas veces, desde el principio, operación fácil y permanente, y otras, situación mudable o definitivamente esquiva. En el período de la causa suele reaparecer bajo similares aunque no del todo idénticos factores, mediante el instituto de la acumulación. De ahí que los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, no se refieran de modo expreso a los aspectos de la conexidad y del concurso de delitos, conceptos tan estrechamente vinculados que se llega a decir que la conexión de delitos está incluida en la hipótesis del concurso material.*

Esto no quiere decir, se repite, que la institución carezca de importancia y que su transgresión no traiga consecuencias en el ámbito de la validez del procedimiento adelantado. Acudiéndose

a la doctrina de las nulidades de rango constitucional, suelen reconocerse sus efectos más importantes. En este campo es necesario demostrar que, no obstante constituir una situación procesal de objetiva y casi incontrovertible existencia, se desatendió su consideración, llegándose entonces a exponer al procesado a una sentencia de condenación, a dificultarle de modo grave su defensa, a posibilitar la expedición de fallos contradictorios o absurdos, o a desconocer de manera notable la acumulación jurídica de penas, sistema este último un tanto quebrantado a partir del Decreto 2525 de 1963, artículo 1º, dispositivo que bien puede afirmarse ha creado la acumulación material atemperada de penas pues permite fijar sanciones hasta de cuarenta y ocho años de presidio, dejando fuera de este cómputo lo relativo a la sanción accesoria señalada en el artículo 33 del Código Penal cuando en el régimen anterior ese máximo, en el caso más extremo, soportaba penas de presidio hasta de veinticuatro años ("al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto", artículo 33, Código Penal).

En el caso subexámine, los juzgadores de primera y segunda instancia no dejaron de considerar esta cuestión. Encontraron razones, una de ellas mutuamente compartida, cual era la inexistencia del delito de lesiones personales (autolesionamiento), para advertir que no había tal hipótesis de conexidad. El análisis, que no aceptó la defensa, estaba más del lado del acierto que de la inexplicable equivocación. Tan es esto así que la Delegada comenta: "El expediente es claro en afirmar que la única persona que empleó arma cortante fue Melgarejo, así lo admite el propio acusado cuando expresa en su indagatoria que no se explica como se causó esas heridas".

"Realmente, el análisis del acervo probatorio le niega razón alguna al recurrente pues ninguno de los testigos presenciales afirmó que Tomás Pereira hubiera esgrimido arma en el momento de los acontecimientos sino que, por el contrario se encontraba completamente inermes". Por eso al apreciar la crítica del recurrente como referida a una mera "divergencia conceptual" se está dentro de una valoración evidentemente correcta. Esta clase de disentimientos, máxime cuando no abundan argumentos apodícticos para reconocer un error, no pueden jamás originar una declaración de nulidad.

El censor ha intentado, aunque infructuosamente, demostrar que la parcial calificación del

sumario y la emisión de la sentencia definitiva (delito de homicidio) dificultó la defensa de Melgarejo Abreo. Pero la realidad es bien diferente, pues no es posible vislumbrar el más mínimo obstáculo a este respecto, así el Tribunal hubiera omitido, evento que como se dejó establecido no ocurrió, una apreciación sobre el daño corporal de Melgarejo Abreo. En efecto, con o sin calificación sobre este lesionamiento, al defensor le fue perfectamente factible invocar ante los jurados de conciencia que su patrocinado recibió un perjuicio físico y hasta insinuar como así se hizo —fl. 167—, que no fue un autolesionamiento, ya que la constancia del instructor se limitó a indicar "las heridas que presentaba en su mano izquierda el procesado", pero sin referirse a la forma como habían sido causadas. Entonces, la situación aprovechada por la defensa sí se planteó. Asunto bien diferente es que el iure no admitiera, como no lo aceptó el Juez de derecho, esta versión y se inclinara por criterio bien distinto. A las claras surge la improcedencia de esta alegación y la irrealidad de las bases sobre las cuales se ha propuesto la discusión.

Valga, por último, anotar que dentro de los más fundamentales motivos que imponen la "conexidad" está el de evitar los fallos contradictorios. Como el insinuado causante de las "lesiones personales" falleció (Tomás Pereira Duarte), resultaba menos que imposible la aparición de sentencias incompatibles, porque al paso que uno de los implicados (Melgarejo Abreo) era llevado ante jurado, el otro (Pereira Duarte), a lo sumo, debía recibir la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, por extinción de la acción penal correspondiente. Por eso el Tribunal, en hipótesis que el recurrente toma como divagación sobre hecho negativo que nunca ocurrió, acierta igualmente en esta consideración. Una vez más se advierte cómo la supuesta omisión del fenómeno de la conexidad (el presunto delito de lesiones personales) para nada incluyó en la debida defensa de Melgarejo Abreo.

Sobre esto último conviene citar al Ministerio Público: "A las atinadas razones del honorable Tribunal para sostener que no existía conducta punible alguna sobre la cual pronunciarse y que por lo tanto no había quebrantamiento del debido proceso, debe agregarse que, resultaría completamente absurdo adelantar un proceso por lesiones en el caso en examen, con la carencia absoluta del sujeto activo de la supuesta infracción. Con lo cual se destaca que ningún requisito procesal que conculque los derechos del procesado se ha omitido".

El cargo no prospera.

2. En este aparte, para rebatir al recurrente, bastaría reproducir la abundante doctrina que al respecto y de modo uniforme y reiterado existe y que el Tribunal tiene ocasión de referir en su sentencia. Lá atenuante de la provocación (artículo 28 del Código Penal) no se perfila en la forma exigible cuando el jurado reconoce una ira, a secas, ni tampoco cuando alude a un estado de ira. En uno y otro caso se suele decir que la veredicción, en locución inocua, porque la resolución corresponde a la órbita de las facultades del juez de derecho, apenas ha admitido la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el numeral 3º del artículo 38 del Código Penal.

Conviene agregar que la Corte, buscando efectos positivos a las contestaciones del jurado y excluyendo un poco el formalismo por la condición de legos de quienes lo integran, recibe como atenuante de provocación, si la respuesta incluye al menos uno de los dos adjetivos indicados en el artículo 28, bien su gravedad, bien su injusticia. Pero la tesis permanece invariable, y no hay motivos valederos para modificarla, cuando esos estados anímicos son ajenos a acontece en el caso subexámine, una de estas dos especificaciones. De otro lado, dos de los jurados rehuyeron, expresamente, adicionar el veredicto, lo cual indica su ánimo de no admitir la atenuante.

La Delegada, que expone análogo planteamiento al que se deja escrito, señala: "Es claro, en consecuencia que el honorable Tribunal al reconocer el estado de ira, de ofuscamiento, en el cual actuó el procesado, como circunstancia de menor peligrosidad y desechando la figura atenuante de responsabilidad como lo hizo el jurado, estaba ajustando su decisión a los precisos términos del veredicto".

Se desecha la censura.

3. Cuando se acude a la violación directa de la ley (cuerpo primero de la causal primera del artículo 580, Código de Procedimiento Penal), no le es permitido al recurrente cuestionar los fundamentos de hecho considerados por el Tribunal ni desconocer el valor probatorio que éste les atribuya. Además, debe el impugnador cuidarse de no combinar los tres aspectos fundamentales que la causal comprende. Es así como tiene que decidir si el juzgador ha ignorado la existencia de alguna norma de derecho sustantivo que influya, sustancialmente, en la definición del caso; o si

aquél escogió una disposición que no convenía a la conducta delictuosa o era ajena a ella; o, finalmente, si el precepto que rige el comportamiento, acertadamente seleccionado por el Tribunal, fue distorsionado por exceso o por defecto, en su alcance y precisión.

Pero no es posible, como lo hace el impugnador, invocar simultáneamente la interpretación errónea y la aplicación indebida y menos, como le sucede al memorialista, incurrir en una confusión más al pretender el desconocimiento de las deducciones probatorias del Tribunal, pues anota que éste, contra lo demostrado en autos, reconoció inexistentes circunstancias de mayor peligrosidad.

Queda perpleja la Sala y no acierta a conocer la verdadera intención de la censura, pues ésta involucra la violación directa y la indirecta y, dentro de la primera, acoge una vez la interpretación errónea (norma bien seleccionada pero desfigurada en su aplicación, concesión de sentido jurídico de que carece) y otras la aplicación indebida (no se supo determinar bien el precepto pertinente).

Sobre este último aspecto acierta parcialmente la Procuraduría Delegada, cuando anota: "... la censura que el demandante hace a la sentencia con base en el cuerpo primero del primer numeral del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal adolece de graves errores de técnica que imposibilitan su estudio puesto que, no se puede predicar simultáneamente la violación directa de una norma sustancial por aplicación indebida e interpretación errónea, porque como lo ha sostenido reiteradamente la honorable Corte, estos dos conceptos se excluyen en tal caso, pues mientras el primero (aplicación indebida) supone la aplicación de una norma que no corresponde al hecho demostrado, en el segundo (interpretación errónea) se aplica la norma que realmente corresponde pero dándole un alcance diferente al señalado por la ley. De tal manera que el recurrente al sostener que hubo aplicación indebida de los artículos 39 y 37 del Código Penal y a la vez predicar que se interpretaron erróneamente, incurre en grave contradicción.

En el mismo sentido se observa que, formula la censura dentro del ámbito específico de la violación directa, el demandante parece olvidar que en tal caso deben aceptarse los hechos tal como fueron acogidos en la sentencia y fundar su discrepancia únicamente en cuanto la norma jurídica que les fue aplicada. Pero en el libelo se sostiene que, no está demostrada ninguna circunstancia de mayor peligrosidad y menos la

que dedujo el sentenciador con suficiente fundamento probatorio (ord. 6º artículo 37), con lo cual se expresa inequívocamente un desacuerdo con los hechos, que solo podría discutirse dentro de la violación indirecta de la ley sustancial.

Además, debe tenerse en cuenta que tanto el artículo 39 del Código Penal que cuestiona el recurrente como el 36 de la misma obra, señalan al Juez unas pautas para aplicar las sanciones entre el máximo y el mínimo de la pena establecida para cada infracción pero sin suprimir al arbitrio y discrecionalidad del funcionario para valorar racionalmente las diversas circunstancias que incidieron en los hechos y aplicar entonces la pena que considera más justa y equitativa...''.

En relación con la parte final de la glosa extractada, conviene decir que solo en caso de notorios o palmares desbordamientos del arbitrio concedido por la ley al Juez, es posible el correctivo de la casación. En este evento debe aparecer, además, que no se dan otros elementos de intensificación de la pena, por fuera de los admitidos por el Tribunal, porque si ésto no ocurre, resulta obvio que la sanción podrá ser igual a la que se impugna, a expensas de otras circunstancias de mayor peligrosidad, desatendidas en el fallo.

Esto porque la Corte, en esta alternativa, tiene que dictar el fallo que corresponda, recogiendo todos, pero absolutamente todos, los factores que contribuyan a tasar la pena, así algunos de ellos, se reitera, hayan sido omitidos por el Tribunal.

Se descarta la objeción.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve, NO CASAR la sentencia mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

Inicialmente la ponencia afirmaba lo siguiente: si la respuesta del jurado reconoce una circunstancia de mayor o menor peligrosidad, el Juez, obligadamente, tiene que admitir este pronunciamiento. Se acostumbra decir que, en este campo, la veredicción contiene una afirmación inocua porque el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, preserva esta facultad en cabeza del Juez de derecho. Este, a lo sumo, mira ese aspecto como una insinuación. El suscrito entiende que entre *aseveración de existencia* de uno de los factores señalados en los artículos 37 y 38 del Código Penal y su "*apreciación y calificación*", cabe un distingo, el mismo que permite tener la primera hipótesis como atribución no vedada del jurado, y la segunda, como actividad jurisdiccional. El Juez parte de la base de la realidad de esas circunstancias admitidas por el jurado, y las aprecia y califica, esto es, las analiza para determinar cuánto es su influjo en la pena. En otras palabras, una es la tarea de saber que se da el motivo de disminución o aumento de pena (jurado) y otra la de precisar el *quantum* de esa merma e intensificación concreta de la sanción (Juez de derecho).

Bogotá, septiembre 25 de 1979.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

CHEQUES

Cheques posdatados, cheques firmados en blanco. Su valor. Cuándo opera la caducidad y sus requisitos

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 26 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 75, de septiembre 25 de 1979.

Vistos

Contra la sentencia de 1º de febrero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la del Juzgado Segundo Penal de ese Circuito, modificándola en el sentido de fijar en setenta y dos meses de prisión y multa de veinte pesos, la pena a que se condenó a José Aníbal Trujillo Pacheco dentro de los procesos acumulados que por violaciones del Decreto 1135 de 1970 y por estafa se venían adelantando contra éste, interpuso el procesado recurso extraordinario de casación que le fue concedido y que esta Sala declaró admisible.

Hechos y actuación procesal

Cuatro denuncias se presentaron contra el recurrente Trujillo Pacheco, las cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

a) La presentada por Damián Perdomo el 3 de marzo de 1977 ante el Juzgado 36 de Instrucción Criminal radicado en Dolores y que se refirió, en síntesis, al hecho de que José Aníbal Trujillo Pacheco luego de pedirle en préstamo la suma de \$ 100.000.00 que le entregó en efectivo y que respaldó con un cheque por \$ 110.000.00, le propuso que le comprara un camión, avaluado en \$ 500.000.00, habiendo Perdomo convenido en ello y llevado a cabo el arreglo el 5 de febrero del año mencionado día en que el comprador le

entregó, en cheques y en efectivo, la suma citada, pero conviniendo en dejar algunos días el vehículo en manos del vendedor para que éste hiciera el transporte de una arena a Bogotá o a Girardot.

Entre tanto, Trujillo Pacheco vendió el camión, en Girardot, a Carlos Julio González, a quien lo entregó, luego de registrar el negocio en la Inspección Departamental de Tránsito y Transportes de esa ciudad, negociación que se llevó a cabo el 17 de febrero del mismo año, lo que no fue óbice para que, ante los reclamos de Perdomo sobre la entrega del automotor, firmara con él, el 21 de febrero y ante testigos, un escrito en que enajenaba, en beneficio del citado Perdomo, el camión que le entregó en ese momento pero que le fue decomisado más tarde al comprador quien procedió a poner la denuncia;

b) La presentada por el mismo Damián Perdomo por cuanto al cobrar el cheque por \$ 110.000 correspondiente a los \$ 100.000.00 que le había prestado a Trujillo, más intereses por el valor de \$ 10.000.00 no le fue pagado por insuficiencia de fondos;

c) Por idéntico motivo denunció Jairo Montaña Oliveros a Trujillo Pacheco quien giró en su favor un cheque por la suma de \$ 55.000.00 contra la Caja Agraria de Dolores entidad que, al serle presentado, lo rechazó por carencia de fondos. Esta denuncia dio lugar a que se abriera el 19 de julio de 1977 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación el correspondiente proceso;

d) Un cuarto proceso se abrió por denuncia que ante el Juzgado 30 de Instrucción Criminal presentara Salvador Acevedo contra Trujillo Pacheco a quien acusó de haber girado en su favor un cheque por la suma de \$ 50.000.00 contra el Banco de Colombia de Purificación que la entidad girada no pagó por insuficiencia de fondos.

En la primera de esas denuncias, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación calificó la investigación llamando a juicio a Trujillo por el delito de estafa, decisión que fue confirmada por el Tribunal de Ibagué.

En la segunda, el mismo Juzgado calificó el mérito del sumario por medio de auto de fecha 11 de marzo de 1978 en el cual llamó a juicio al sindicado por infracción del Decreto 1135 de 1970 auto que el Tribunal mencionado confirmó por el suyo de 18 de mayo del mismo año.

Por lo que respecta a la tercera el Juzgado que se cita en último término llamó a juicio a Trujillo Pacheco, en providencia de 7 de febrero de 1978, por infracción del dicho decreto, determinación que el Tribunal confirmó por auto de 13 de abril del mismo año.

En cuanto a la última denuncia mencionada, el Juzgado precitado abrió, con fecha 29 de mayo de 1978, causa criminal por infracción del decreto en cuestión. Apelada, el Tribunal, la confirmó en providencia de 18 de agosto de ese año.

En firme los llamamientos a juicio, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Purificación, por medio de auto de 4 de octubre de 1978, dispuso la acumulación de los procesos y adelantó el juicio que culminó, una vez llevada a cabo la audiencia pública el 27 de octubre de 1978, con sentencia en que se condenó al procesado a la pena principal de 32 meses de prisión y a pagar a Damián Perdomo la suma de \$ 600.000.00.

Apelada dicha decisión, el Tribunal la confirmó por la que es materia del presente recurso extraordinario en la que hizo a la del inferior las modificaciones que se dejan mencionadas.

En esta última providencia el Tribunal, luego de convenir con el Juez de primera instancia, en que estaban demostrados los delitos por los cuales se llamó a juicio al procesado, así como también la responsabilidad de éste, se refiere en forma especial al de estafa para decir que no convence la alegación que Trujillo hiciera de que Perdomo le había prestado los \$ 500.000.00 sino que éste era el precio de la venta del camión, negocio a que el procesado lo había inducido con dolo precisamente para obtener ese dinero, hecho que el juzgador ubicó en el artículo 408 del Código Penal.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Advierte el recurrente, al enunciar el plan de la demanda, que ésta se refiere solo a tres de los delitos por los cuales fue condenado su poderdan-

te, dejando por fuera el que se cometió en perjuicio de Salvador Acevedo.

En tres partes divide los cargos contra la sentencia recurrida, enunciando en la primera de ella los que dicen relación a las presuntas nulidades en que, según su concepto, incurrieron los juzgadores que intervinieron en los distintos procesos y sobre las cuales se profirió aquella providencia. En la segunda acude a la causal primera de casación para formular dos cargos a la sentencia: uno por violación directa de la ley y el otro por infracción indirecta de la misma. Finalmente, en una tercera parte, ataca la decisión recurrida porque, dice, violó en forma directa e indirecta la ley al dosificar la pena.

Se resumen, a continuación, las censuras y, con cada una de ellas, la respuesta del Ministerio Público, representado, en esta oportunidad, por el Procurador Primero Delegado Penal:

Primera parte

Primer cargo. Nulidad constitucional. Sostiene el demandante que el juzgador violó el artículo 23 de la Carta en el que se establece que, en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas y que a eso equivale, en su concepto, haber impuesto pena corporal a su poderdante por el no pago del cheque por \$ 110.000 girado en favor de Damián Perdomo ya que tanto éste como el girador sabían que el último no tenía fondos en el Banco girado y, por consiguiente, lo que era un medio de pago lo convirtieron estas dos personas, por mutuo convenio, en un simple instrumento de crédito para garantía de una deuda "cuyo pago, dice el actor, no podía ni puede satisfacerse con cárcel".

Replica la Procuraduría que la tesis de la conversación de un cheque en simple instrumento de crédito ha sido rectificadas, en distintas oportunidades, por reiteradas decisiones judiciales. Que además, el hecho de posdatar un cheque, no altera su naturaleza y que no puede considerarse que imponer pena por girar cheques sin provisión de fondos o fondos insuficientes constituye prisión por deudas, ya que la Corte declaró constitucional el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970.

Segundo cargo. Formulado dentro del proceso que se siguió a virtud de denuncia presentada por Jairo Montaña Oliveros y en el cual se dejó en blanco, al girarlo, la fecha que fue puesta por el beneficiario cuando, dos años más tarde, lo presentó para el cobro, sostiene el demandante que se violó la misma norma constitucional citada

antes ya que éste instrumento también fue expedido, no como medio de pago, sino para respaldar una deuda por la suma de \$ 55.000.00 en favor del mencionado Montaña.

Considera, además, que si el cheque fue entregado el 13 de febrero de 1975 y solo fue presentado para su cobro el 8 de febrero de 1977, ya se había producido el fenómeno de la caducidad pues habían transcurrido, desde el momento de la expedición del instrumento, más de seis meses, cosa que no tuvo en cuenta el juzgador quien ha debido, afirma el demandante, aplicar el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y que, al no hacerlo, violó la norma constitucional citada por cuanto omitió observar la plenitud de las formas propias del juicio.

A esto responde el Ministerio Público diciendo que si el cheque había sido entregado, como en efecto lo fue, con espacios en blanco, entre ellos el de la fecha, el beneficiario tenía, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 622 del Código de Comercio, facultad para llenarlos antes de ejercer los derechos que su calidad de tal le confiere y que como eso fue lo que hizo Montaña Oliveros dos años después de recibido el instrumento, no puede decirse que éste hubiere caducado ya que de acuerdo con el artículo 718 del mismo ordenamiento en cita, los seis meses dentro de los cuales debe presentarse para su cobro, so pena de caducar la acción correspondiente, se cuentan a partir de la fecha del mismo, no de la de su entrega.

Tercer cargo. Tan vagamente formulada esta censura que el Procurador no se refirió expresamente a ella. Parece consistir en que el Tribunal no motivó su sentencia en cuanto se relaciona con la afirmación de que Trujillo Pacheco cometió delito de estafa contra Damián Perdomo. Empero el censor transcribe "in extenso" los correspondientes apartes de la misma en que se dice, como ya se expresó, que el procesado fue más allá de lo requerido para ejecutar la venta de cosa ajena. Respecto a esta afirmación expresa el actor que no se fundamentó y que no se miraron los elementos configurativos de la figura ni se dijo por qué la actividad del acusado había ido más allá de la misma. Con todo, como dice que reitera su asección hecha al comentar lo relativo al giro de cheques parece que estuviera alegando la nulidad constitucional ya expuesta en los otros cargos.

Segunda parte

Cargo único. En una segunda parte de su demanda, formula el censor un solo cargo, ubicado

en la causal primera de casación y que encabeza con la siguiente aseveración: "La condena por estafa es violatoria de la ley sustancial por infracción indirecta: 'Error de hecho' desconocimiento de la prueba que configura el delito de *venta de cosa ajena* y 'error de derecho' porque se aplicó el artículo 408 en vez del 409 del Código Penal".

Desarrolla esta censura diciendo, en síntesis, que Trujillo Pacheco negoció con Perdomo el camión por la suma de \$ 500.000.00 que éste le pagó el 5 de febrero de 1977 pero que, posteriormente, el 17 de ese mismo mes y año, se lo vendió a Carlos Julio González para, días después, o sea el 21 de ese mismo mes de febrero, vendérselo a Perdomo.

Según el demandante, cuando Trujillo le vendió, en esta última fecha, el camión a Perdomo, ya se lo había vendido a González o sea que al primero le estaba vendiendo una cosa ajena, luego el delito que cometió no fue el del artículo 408 sino el del 409 del mismo ordenamiento por lo que, al condenarlo el Tribunal por aquella primera infracción, estaba violando directamente la ley penal.

Rechaza la Procuraduría este cargo diciendo, entre otras cosas, que la venta del camión tuvo lugar el 5 de febrero y que ese día se cometió el delito de estafa porque fue cancelado el valor del automotor.

Tercera parte

Cargo único. "La sentencia, dice el actor, es violatoria de la ley sustancial, artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal, por infracción indirecta, originada en aplicación indebida, pues se apreció mal la prueba que sustenta la penalidad, lo cual constituye error de hecho y, por lo mismo, hubo violación del artículo 26 de la Carta".

Asevera, en síntesis, el censor, que el Tribunal al aumentar a más del doble la pena que el Juzgado de primera instancia había impuesto al procesado, desconoció los fundamentos de la sentencia y estampó reflexiones de orden abstracto "que nada tienen que ver con el hecho concreto juzgado y con la personalidad acreditada del sujeto".

A continuación transcribe varios párrafos de la sentencia en los cuales el *ad quem* dice que Trujillo es un hombre avezado a delitos de esta naturaleza (se refiere a las violaciones del Decreto 1135 de 1970) lo que deduce de sus antecedentes y, en particular, de que en su contra se adelantan siete investigaciones por esa clase

de infracciones penales y agrega que, amparado en la buena fe de sus víctimas, consumó las que se juzgaron en el presente proceso, ya mediante "el conocido sistema de cheques" o bien "mediante la estafa clásica" sin importarle que la víctima de una de estas hubiera sido la misma que una de las primeras. "Este solo caso, añade el Tribunal, bastaría para que el juzgador se hubiera formado un concepto cierto de la verdadera personalidad proclive de José Aníbal Trujillo Pacheco". Y hace ver como éste trató de cargar sobre una de ellas (Salvador Acevedo) la responsabilidad del giro de un cheque sin provisión de fondos que, en realidad, había sido emitido por el propio procesado y agrega el *ad quem* que "una cuestión es delinquir y otra más grave aún, es tratar de cargar ese delito contra un inocente".

Finalmente expresa el Tribunal que se deben tener en cuenta, además de lo dicho, que se trata de cuatro delitos y que tres de ellos son por la misma causa.

La Procuraduría dice que solo en apariencia es exagerado el incremento de la pena hecho por el *ad quem* por cuanto las razones expresadas por éste son suficientes para tomar tal decisión.

Agrega que no se ve dónde estuvo el error de hecho que dice el censor aparece en la sentencia pero que no señala concretamente ni, menos, fundamenta en debida forma.

Por todo ello concluye pidiendo que no se case la decisión recurrida.

Consideraciones de la Corte

Hace suyas y la Sala, en primer término, las razones expuestas por el Ministerio Público para pedir que no sea casada la sentencia. A ellas agrega las siguientes:

a) *Independientemente de la cuestión sobre si un cheque puede perder su carácter de medio de pago y convertirse, por convenio de las partes, en instrumento de crédito, punto que ha sido materia de discusión y que se refiere primordialmente a los cheques posdatados, es preciso advertir, en relación con el cargo primero formulado en la demanda, que en el presente caso el cheque por valor de \$ 110.000.00 girado por Aníbal Trujillo a favor de Damián Perdomo lo fue con fecha 29 de febrero de 1977, es decir, con la del día de su expedición y pagadero a partir de ese mismo momento y sin que se hiciera en él ninguna advertencia que restringiere su negociabilidad, todo lo cual quiere decir que el instrumento era*

perfecto en su forma y daba derecho a su cobro inmediato.

El convenio que girador y beneficiario hicieron de que éste solo lo presentaría para su cobro veinte días después, no hace desaparecer las características de medio de pago del instrumento en mención y de ahí por qué no pueda decirse, como lo hace el casacionista, que perdió su naturaleza de cheque para convertirse en un simple instrumento de crédito.

No se ha violado, por lo tanto, el artículo 23 de la Carta ya que no se trata de una prisión por deudas sino del caso descrito en el numeral primero del artículo 1º del Decreto 1135 de 1970, declarado exequible por esta Corte.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

b) *En cuanto a la caducidad del cheque, alegada por el actor respecto al que Trujillo giró a favor de Jairo Montaña Oliveros por la suma de \$ 55.000.00 y que fue presentado por el beneficiario dos años después de entregado, aparece bien claro que solo fue entregado al beneficiario con la firma del girador y los demás espacios en blanco para que el último los llenara. Entre estos espacios estaba la fecha que fue colocada por Montaña Oliveros en el momento de presentar el instrumento para su cobro.*

Ahora bien, se trata, a todas luces, de un cheque de los que la doctrina llama "meramente incoados" o sea incompletos en cuanto a los requisitos que la ley exige pero que han sido expedidos en uno de los formatos suministrados por los bancos y respecto a los cuales el girador autoriza al beneficiario para llenarlos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 622 del Código del Comercio.

Si entre los espacios en blanco está el de la fecha, el beneficiario puede llenarlo y sólo a partir del día que se señale en el cheque comienzan a contarse los plazos de que trata el artículo 718 del mismo ordenamiento.

Pero es necesario advertir que no basta, para la caducidad del cheque, que éste no sea presentado dentro de los plazos que fija esa disposición, sino que se necesita, además, que durante todo ese tiempo el librador haya tenido fondos suficientes en poder del librado, que el cheque no se hubiera pagado por causa no imputable al librador y que haya sido protestado oportunamente.

No consta en el proceso que estos requisitos, salvo el último, se hubieran llenado, de consi-

guiente tampoco por este aspecto puede hablarse de caducidad del instrumento.

Significa lo anterior que tampoco puede admitirse este cargo.

c) Por lo que hace el delito de estafa, ciertamente el Código de Comercio, en el parágrafo del artículo 922 dispone que la tradición del dominio de los vehículos automotores se verificará mediante registro del título ante el funcionario y en la forma que determinen las leyes, pero esto no significa que solo cumpliendo tal requisito pueda llevarse a cabo el delito de estafa en relación con tales artefactos.

En cualquier momento de la negociación de un vehículo en que se produzca, mediante engaño, un perjuicio patrimonial con beneficio ajeno queda perfeccionada la estafa aun cuando no se haya verificado registro de ninguna especie.

Porque la infracción penal que se menciona consiste ante todo en un desplazamiento patrimonial, sin que ello quiera decir que sea el único medio de cometerla pues también puede llevarse a cabo con la asunción de obligaciones, la abstención en el ejercicio de un derecho de contenido económico etc.

Pero es el primer efecto señalado el más frecuente en este delito ya que el estafador casi siempre va tras un provecho patrimonial inmediato y para obtenerlo bien puede valerse de fingir un contrato que no piensa cumplir induciendo de este modo a su víctima a entregar algo de valor económico (dinero, objetos, etc.).

En este caso el delito se perfecciona tan pronto como el engañado hace esa entrega o, según algunos autores, se compromete a entregar o hacer algo económicamente valioso.

En el de autos no era necesario que la compraventa del camión llegara hasta el registro de los papeles en la correspondiente oficina. Ya se

había consumado la estafa con la entrega, por parte de Perdomo a Trujillo, del dinero fijado como precio del vehículo.

Y el delito cometido por este último fue el de estafa, puro y simple, y no, como pretende el actor, venta de cosa ajena o estelionato.

No se violó, en consecuencia, la ley penal sustancial y el cargo por lo tanto, no prospera.

Estas mismas observaciones son aplicables a los restantes cargos ya que ellos giran sobre la misma aseveración de que el delito cometido fue el de venta de cosa ajena, lo cual no fue cierto como se deja demostrado y aparece, inclusive, de las mismas afirmaciones de la demanda donde se expresa que el pago del dinero tuvo lugar cuando al proponer Perdomo compra por el camión a Trujillo, éste pidió seiscientos mil pesos y aquél ofreció quinientos mil que fueron entregados de inmediato con lo cual, como se deja dicho, quedó perfeccionado el delito de estafa.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —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 y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COMPETENCIA

Artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. Competencia —de los Jueces— Superiores para conocer del delito de Estafa cuando desaparece el delito de Falsedad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 10 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 77, de octubre 4/79.

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín profirió, con fecha 12 de diciembre del año pasado sentencia por medio de la cual confirmó, en todas sus partes, la del Juzgado Primero Superior de esa misma ciudad en la que se impuso a Angela Arango viuda de Jaramillo y a Federico Sierra Arango, la pena principal de veinte (20) meses de prisión a cada uno, quinientos pesos de multa y sanciones accesorias correspondientes, por el delito de estafa contra Mario de Jesús Raigoza o Gómez.

Contra esta decisión interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de Federico Sierra Arango que fue concedido por el *ad quem* y declarado admisible por esta Sala.

Hechos y actuación procesal

En el año de 1972 era la señora Angela Arango viuda de Jaramillo ayudante en la oficina de abogado que en Medellín tenía el doctor Diofanor Sánchez Velilla. Por esa época se relacionó aquella con Mario Gómez Raigoza cuyo padre natural José Arturo Gómez Ballesteros, había muerto en la Isla de San Andrés luego de conseguir una mediana fortuna de cuya administración se encargaron sus hermanos.

La señora Arango viuda de Jaramillo, conocedora de esta situación propuso a Mario Gómez que le cediera lo mitad de los bienes a cambio de sufragar ella los gastos de un juicio de filiación natural para que se le reconociera como hijo de Gómez Ballesteros, cosa que ya se había intentado antes aunque sin resultados definitivos.

Habiendo accedido a ello Gómez Raigoza, se firmó una primera escritura con fecha 26 de julio de 1973 en la cual vendía a la dicha señora el 50% de los derechos herenciales en cuestión. Al año siguiente, el 10 de enero de 1974 se firmó otra en que le vendía el otro 50%.

Se contrataron entonces por parte de la señora Arango viuda de Jaramillo los servicios del abogado Diofanor Sánchez Velilla, en cuya compañía viajó la mujer a San Andrés, por cuenta de ella, para conseguir los documentos necesarios y una vez éstos en su poder se inició el juicio que culminó favorablemente a los intereses de Gómez Raigoza en cuyos derechos se declaró subrogada a doña Angela lo que hizo el Juez Promiscuo del Circuito de San Andrés por auto de 19 de diciembre de 1975, proferido en el sucesorio mencionado, en el cual y mediante sentencia de 17 de febrero de 1976 se le adjudicaron los bienes correspondientes de la sucesión.

Poco después esta señora comunicó a Mario Gómez que había obtenido un total de cien mil pesos en calidad de herencia y de ellos le dió diez mil al tiempo que le decía que los noventa mil restantes quedaban en poder de Federico Sierra Arango, hijo de ella, en calidad de préstamo y que éste le pagaría el 2% mensuales como intereses.

De este mutuo no se hizo documento alguno y para impedir que Mario Gómez cobrara esa suma se le acusó de haberse robado unas joyas y fue amenazado de que se le iba a llevar a la cárcel. Pero al fin el ingenuo individuo sospechó lo que

pasaba, viajó a San Andrés donde se enteró de la realidad de las cosas, entre otras de que había sido engañado y procedió a poner la denuncia. Es de advertir que, madre e hijo, para impedir que su víctima viajara a la isla, le dijeron que si iba allá lo matarían los hermanos de su padre, no obstante lo cual fue a ese lugar con el resultado que se anota.

Iniciado el proceso contra Angela Arango viuda de Jaramillo y su hijo Federico Sierra, se involucró también en él al abogado Sánchez Vellilla, imputándose o los tres los delitos de falsedad en documentos y estafa por los cuales fueron detenidos preventivamente. Apelada dicha providencia, el Tribunal que se deja mencionado, en auto de 7 de julio de 1977 revocó la detención de Sánchez y declaró que no había existido el delito de falsedad por cuanto el hecho considerado como falso, o sea la firma de un testigo en una de las escrituras, lo consideró un hecho ino-
cua.

No obstante haber desaparecido la sindicación por falsedad continuó conociendo del proceso el Juez Primero Superior de Medellín a quien se le había repartido por competencia y que lo llevó hasta el final después de haber abierto, por auto de fecha 8 de noviembre de 1977 causa contra Angela viuda de Jaramillo y Federico Sierra Arango por el delito de estafa.

Dicho proceso terminó en primera instancia por sentencia de 12 de septiembre de 1978, en la cual se impuso a los procesados la pena ya mencionada de veinte (20) meses de prisión a cada uno, multa de \$ 500.00 y sanciones accesorias del caso, por el delito de estafa. Apelada esta decisión el Tribunal la confirmó por la suya de 12 de diciembre del año mencionado.

En esa providencia el *ad quem* considera que el proceder de Federico Sierra está íntimamente ligado al de su progenitora en la labor de engaño a Mario Gómez especialmente en lo que se refiere al episodio en que madre e hijo le anuncian a éste que ha obtenido cien mil pesos por concepto de derechos herenciales, de los cuales solo le entregan diez mil impidiéndole luego que reclame el resto para lo cual inventaron una acusación de robo contra él y, además, una presunta amenaza por parte de los hermanos de su padre, todo lo cual era falso.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Tres cargos hace el censor a la sentencia recurrida, uno de ellos en el ámbito de la causal

cuarta de casación y los otros dos en el de la causal primera, aparte segundo. Se resumen a continuación y con cada uno de ellos la respuesta que da el Procurador Primero Delegado Penal:

Causal cuarta. Cargo Unico. Lo enuncia el demandante diciendo, en síntesis, que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por incompetencia del Juez ya que el Primero Superior de Medellín no podía conocer del delito de estafa por cuanto el conocimiento en este caso de tal ilícito penal estaba reservado exclusivamente a los Jueces penales del circuito y que, habiéndose declarado por el Tribunal, al revocar el auto de detención, que no existía el delito de falsedad documental, que era el que le daba competencia al Juez Primero Superior de Medellín, no ha debido seguir el proceso en manos de éste sino pasar a uno de los Penales del Circuito.

Replica el Procurador que, habiéndose iniciado el proceso tanto por el delito de estafa como por el de falsedad y fijada, por razón de éste último ilícito, la competencia en el Juez Primero Superior de Medellín éste debía seguir conociendo de ambos, no obstante la desaparición del de falsedad, por cuanto así lo dispone el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal al estatuir que "cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de él hasta su terminación, el Juez de mayor jerarquía".

En este caso tal jerarquía la tenía el Juez Superior quien por lo tanto tenía que conocer del proceso hasta la sentencia definitiva de primera instancia.

Pide, por lo tanto, que se deseche este cargo.

Causal primera. Primer cargo. Tanto esta censura como la siguiente las encuadra el actor en la segunda parte de la causal primera, diciendo, por lo que corresponde a la enunciada en primer término que el juzgador apreció erróneamente los documentos por medio de los cuales Mario Gómez transcribió sus derechos herenciales a Angela Arango viuda de Jaramillo, pues ellos fueron elaborados exclusivamente por dicha señora en su propio provecho sin que interviniera su hijo Federico y que como en ellos consistiera el ardid para apoderarse de los bienes de Mario, no puede vincularse a la estafa a Federico.

Este cargo y el siguiente los responde de modo conjunto la Procuraduría diciendo que, no obstante el hecho de que ni en los documentos mencionados ni en la sentencia del Juez Promiscuo de Circuito de San Andrés por medio de la cual

se adjudicó la herencia aparece el nombre de Federico Sierra, no se cuidó el censor de demostrar cómo tal situación vino a incidir de modo determinante en la sentencia recurrida y que basta repasar ésta para llegar a la conclusión de que fueron distintas a la consideración de aquellos documentos y las razones que el sentenciador tuvo en cuenta para deducir la responsabilidad de Sierra cuya situación jurídica fue motivo de estudio aparte por el Tribunal lo mismo que por el Juzgado.

Segundo cargo. Estima el demandante que la desposesión de los bienes de Mario Gómez se llevó a cabo en la citada sentencia del Juez de San Andrés y que como en ella aparece que entraron al patrimonio de doña Angela viuda de Jaramillo y no en el de su hijo Federico, el Tribunal violó indirectamente la ley al dejar de apreciar este medio de prueba que deja libre a su patrocinado del cargo que se le imputó en el proceso y por el cual fue condenado.

Consideraciones de la Corte

Causal cuarta. Cargo Unico. Resulta incuestionable que la existencia de un delito de falsedad fue descartada en el proceso luego de haberse dictado, tanto por este ilícito como por el de estafa, auto de detención contra los tres sindicados iniciales, a saber, Angela Arango viuda de Jaramillo, Federico Sierra y el abogado Diofanor Sánchez Velilla.

Y también es verdad que al calificarse el mérito del sumario el Juzgado Primero Superior de Medellín, no obstante sobreeser definitivamente por el delito de falsedad en documentos, llamó a juicio por el de estafa.

Posiblemente siguiendo el Juez la doctrina sentada por esta Sala en sentencia de 19 de agosto de 1976, determinó seguir conociendo de este último ilícito pese a haber desaparecido el de falsedad que era el que le daba competencia para conocer de ambos.

Ocurre, empero, que esa doctrina fue rectificada por la Sala al hacer una nueva interpretación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal especialmente de la frase "hasta su terminación" que en la sentencia mencionada por la Procuraduría había sido entendida en el sentido de que no importa en cual momento procesal se rompiera la conexión entre los diversos delitos sometidos al conocimiento del Juez competente para conocer del más grave, permanecería, en cabeza de éste la facultad de juzgarlos a todos aun cuando hubiera desaparecido aquél que lo hizo competente.

Esta situación se prestaba a irregularidades especialmente a que, aun cuando antes de calificarse el mérito del sumario hubiera desaparecido el ilícito que daba la competencia al Juez de mayor jerarquía, éste tuviera que seguir conociendo no de ese ilícito sino de otros sometidos a la competencia de jueces inferiores, lo que, en verdad, resultaba por lo menos insólito.

Pero si se piensa que el objeto de esa disposición es el de facilitar el juzgamiento tanto por posibilidad de juzgar varios delitos cuyas pruebas, por ejemplo, sean comunes, o en que existan relaciones de causa a efecto o viceversa etc. y que a esa economía procesal y ventaja de juzgamiento conjunto se opone el frecuente cambio de Juez dentro del proceso, ambas conveniencias, a saber, la que acaba de indicarse y la de que se puedan juzgar en un número plural de delitos en un mismo proceso, pueden conciliarse si la frase en mención se interpreta en el sentido de que sólo cuando el auto de proceder ha quedado en firme si desaparece después el delito que ha dado competencia al Juez de mayor jerarquía, éste puede seguir conociendo de los demás hasta la terminación del proceso aunque no estén sometidos a su específica competencia.

Si al llegar el momento de calificar el mérito del sumario el Juez sobreeser definitivamente por el delito que le ha dado competencia debe disponer también que el proceso pase al Juez competente para que siga conociendo de él.

En caso de que no disponga tal cosa, usurpa competencia e incurre en la causal de nulidad procesal contemplada en el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Esa nulidad se presentó desde el auto de cierre de la investigación ya que éste no podía ser dictado sino por el Juez competente y por eso al casar la sentencia, como es necesario hacerlo, se debe retrotraer el procedimiento hasta el momento procesal o sea que desaparece lo actuado desde tal providencia, inclusive, en adelante.

Aceptada la causal de casación que se menciona, resulta inoficioso examinar las demás que fueron alegadas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia recurrida.

En consecuencia el proceso queda en el estado que se deja dicho al final de la parte motiva de

la presente sentencia, o sea en el de investigación y el Tribunal de origen deberá proceder, por lo tanto, con arreglo a dicha determinación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Estimo que no hay motivo para que prospere el cargo admitido por la mayoría de la Sala. Las siguientes son algunas de las razones en las cuales apoyo este disentimiento:

No se puede negar que el texto del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal es equivoco y da lugar a interpretaciones diferentes. En un tiempo se sostuvo que para poder un Juez conocer de varias infracciones, varias de ellas sometidas a distintas competencias, era necesario que el delito de mayor gravedad, que autorizaba para investigar y juzgar aunadamente los demás hechos, debía mantener su posible punibilidad hasta el momento de pronunciarse sentencia de primera instancia. Ello indicaba, por tanto, que si tal evento no daba lugar a un llamamiento a juicio o a un sobreseimiento de carácter temporal, la competencia se dispersaba y surgía la separación de los procesos. Luego vino una tesis contraria, o sea, no exigir como requisito para este conocimiento conjunto que la infracción de mayor rango persistiera como tal. Podía darse el caso de declarar la inexistencia criminosa (sobreseimiento definitivo) pero la competencia se mantenía para las demás infracciones, así estas correspondiera conocer a otros funcionarios. Bajo este régimen doctrinal (sentencia de agosto 19 de 1976) se produjo el llamamiento a juicio en este proceso y de ahí que no obstante descartarse por sobreseimiento definitivo el presunto delito de falsedad en documentos, que era el delito de mayor entidad y que otorgaba competencia al Juzgado 1º Superior, este despacho pudo retener el conocimiento (llamamiento a juicio) para el delito de "estafa", el cual, por separado, correspondía a un Juzgado Penal del Circuito. Final-

mente ha aparecido la tesis mediante la cual debe perdurar la validez del procedimiento cuando se antecede de la definición de un conflicto de competencias, así el criterio acogido pueda apreciarse como errado o la doctrina que la sirve de fundamento haya sido variada, siempre y cuando se dé la ejecutoria del auto de proceder.

Y está bien que así sea porque las variaciones en la interpretación de normas incidentes en aspectos de competencia, cuando éstas provienen de organismos superiores que señalan orientaciones generales, no debe repercutir en la anulación de procesos tramitados conforme a esos criterios. De no, la incertidumbre constituiría la regla dominante, así como el incesante ir y venir de procesos de unos a otros funcionarios, con la consiguiente inestabilidad jurídica y la anulación de providencias que, cuando se emitieron, tenían plena validez por la valoración que cabía dar a los textos pertinentes.

El suscrito, conforme a estas reflexiones, no puede respaldar la anulación del proceso sub examine, puesto que cuando se produjo el llamamiento a juicio, imperaba una interpretación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, acatada por el Juez. De haberse suscitado un conflicto de competencia en ese entonces, la Sala de Casación Penal hubiera coincidido con la apreciación del Juez 1º Superior, puesto que su determinación guardaba armonía con la tesis imperante en esa época. Vale tanto, en este tema de competencias, desatar una controversia de esta naturaleza, como aplicar acertada y oportunamente la interpretación en boga, la cual, por el conocimiento que de ella tienen jueces y partes, impide que se suscite dicho conflicto.

De otro lado, ¿qué perjuicio específico se ha causado? Ninguno, Primero, porque la determinación del juez del conocimiento estaba acodada a lo que constituía el criterio dominante de la época, patrocinado por la Sala de Casación Penal; segundo, porque los intervinientes en el proceso nunca objetaron esta competencia, precisamente porque correspondía a una realidad conceptual de tan destacada jerarquía; tercero, porque bajo el imperio de ese criterio, emanado de la Corte, se ejecutorió el auto de proceder; cuarto, porque actuó un funcionario de igual o superior jerarquía al Juez Penal de Circuito; y, por último, porque el trámite era el mismo en uno y otro despacho judicial, tanto en primera como en segunda instancia, actuación, por demás, ajena a irregularidades o vicios.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

NULIDAD

La nulidad no nace del enfrentamiento del criterio jurídico del Juez con el actor o viceversa, sino que es necesario que la ley lo consagre de manera expresa

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 18 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bothero*.

Expediente número 25072

Aprobado: Acta número 81.

Vistos

Entra la Corte a desatar el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado oportunamente por el Fiscal Tercero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, contra la sentencia de esa Corporación del seis de octubre del año pasado mediante la cual confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad del catorce de julio de ese mismo año que condenó a Segundo Otoniel Pantoja Betancourt, por los delitos de homicidio en Nemesio y Alfonso Melo, a la pena principal de sesenta y cuatro meses de presidio, al pago de los perjuicios causados con los ilícitos y a las accesorias de rigor.

Hechos

Fueron sintetizados por el Juez de la causa y por el Tribunal en la siguiente forma:

“...La historia procesal da cuenta que el día 24 de junio de 1973, siendo aproximadamente las tres y media de la tarde, en la sección “Capilla” jurisdicción del Municipio de Samaniego, por el camino público transitaban los señores Segundo Arnulfo Cortés Ceballos, Alfonso Melo, Hernando Melo, Arnulfo Melo, Marco Tulio Pantoja,

con dirección a la sección “El Potrero”; al pasar por frente a la casa del señor Otoniel Pantoja, Nemesio Melo, lanzó una frase ultrajante contra la familia Pantoja, que a su vez conlleva un reclamo por un incidente ocurrido en un día anterior; este hecho hizo que se protagonizara un intercambio de frases descomedidas entre los Pantoja con Nemesio Melo; acto seguido, bajó de la casa Gerardo Pantoja armado de una peñilla con dirección al lugar que se encontraba Nemesio Melo en actitud de desafío, pero sin que se presentara la riña; a continuación intervinieron varios de los familiares de Otoniel Pantoja en un ataque a piedra en contra de Nemesio Melo y de las personas que con él se encontraban, quienes se limitaron a esquivar las piedras que se les lanzaban; de un momento a otro, Otoniel Pantoja, armado de revólver hizo unos disparos en contra de los señores Melo, causando la muerte a Nemesio Melo e hiriendo a Alfonso Melo...”.

Estudio de la demanda

1. Sentido de la impugnación.

Al amparo de la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal) por pretender que la sentencia de segundo grado se dictó en juicio viciado de nulidad, propone el Fiscal demandante la infirmación de ella y la invalidación del proceso a partir del auto del 12 de septiembre de 1977, inclusive, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Para entender la censura es necesaria precisar que el primer fallo de segunda instancia que se dictó en este proceso fue casado por la Corte en sentencia del 16 de agosto de 1977 por haber prosperado la causal cuarta invocada por el entonces impugnante que lo fue el Fiscal Tercero del Tribunal quien hoy ataca la nueva sentencia.

En aquella oportunidad la Corte resolvió:

“*Primero.* Casar la sentencia proferida dentro de este proceso el 2 de septiembre de 1976 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

“*Segundo.* Decretar la nulidad de lo actuado en estas diligencias a partir del auto de fecha 23 de julio de 1975, inclusive, visible a los folios 348 y siguiente del primer cuaderno y,

“Ordenar que vuelvan al Tribunal de origen para que se continúe la tramitación legal correspondiente...”.

Esa determinación se debió a que el mencionado auto del Tribunal de fecha 23 de julio de 1975, al declarar nula la sentencia condenatoria de primera instancia, ordenó “...que el Juzgado *a quo*, convoque el mismo jurado ya sorteado, para que en nueva audiencia pública decida en definitiva sobre la responsabilidad del acusado Segundo Otoniel Pantoja Betancourt...”, lo que textualmente hizo el Juez de la causa.

La Corte para casar el fallo que sobrevino con esa actuación y para invalidar el proceso en la forma dicha, no tuvo en cuenta las razones de fondo que llevaron al Tribunal al decretar la nulidad comentada, simplemente consideró equivocada la manera como éste dispuso reponer el procedimiento, esto es, ordenando la convocatoria del “... mismo jurado ya sorteado...” para que en “nueva” audiencia pública decidiera la suerte del procesado, pues consideró que de tal modo se atropellaron las formas propias del juicio a través de la violación de los artículos 529, 563 y 564 del Código de Procedimiento Penal.

Pues bien, devuelto el proceso al Tribunal Superior de Pasto, la Corporación, por auto del 12 de septiembre de 1977, tornó a invalidar parte de lo hecho en la primera instancia, con los mismos argumentos anteriormente esgrimidos, pero modificando la forma en que debía proceder el *a quo* para reponer lo actuado al ordenarle convocar “... nuevo jurado de conciencia para que decida en definitiva sobre la responsabilidad penal del encausado...”. El Juez del conocimiento cumplió la orden y obtenido el veredicto correspondiente lo acogió en sentencia condenatoria que el Tribunal confirmó en todas sus partes.

Dicho auto, el procedimiento que generó y las sentencias de primero y segundo grado que así, por segunda vez, se produjeron, conforman la actuación en que se funda la censura del Ministerio Público al ser señalada por éste como cons-

titutiva de nulidad supralegal por violación de las formas propias del juicio.

Para resaltar el reproche, discurre en estos términos:

“... Este solo hecho, el de revivir un acto declarado nulo por la Corte Suprema de Justicia, además del mayúsculo desacato que reviste, lleva a deducir la continua obstinación que se apoderó de los integrantes de la Sala, que pretendieron hacer primar sus conceptos y tesis por sobre la decisión de la Sala Penal de Casación de la honorable Corte Suprema de Justicia.

Nos preguntamos: ¿Habrán registrado los anales del foro colombiano conducta tan incalificable?...”.

Luego, recalca:

“... La reproducción literal de aquel auto calificado como nulo, es algo verdaderamente insólito, inaudito, descomedido y desconcertante, y es una actuación que es menester corregir, y, aún más, sancionar condignamente...”.

Más adelante, concreta:

“... A la Sala de Decisión Penal le competía exclusivamente o decretar la contraevidencia de los veredictos, o declararlos inválidos, como lo dijo expresamente el ex Procurador 3º Delegado en lo Penal, pero jamás llegar a declarar la nulidad de la sentencia condenatoria, puesto que esta decisión no se le autoriza disposición alguna. Al hacerlo así, obviamente, que la Sala rebasó su competencia funcional, y violó expresamente las normas propias del juicio...”.

Con estos argumentos propone que la Sala “... ordene reponer el juicio a partir del auto de fecha 12 de septiembre de 1977 (fls. 470 a 477), copia servil del que ya declaró nulo la honorable Corte...”.

2. Consideraciones de la Corte.

Tres sencillas reflexiones ponen de manifiesto la ineficacia jurídica y conceptual de la censura:

a) *Es cierto que la fundamentación del auto del 12 de septiembre de 1977, raíz de la nueva impugnación que hoy formula el Fiscal demandante, es igual a la expresada en el de 23 de julio de 1975 que declaró nulo la Corte, pero también es innegable que las partes resolutivas de esos dos pronunciamientos del Tribunal son sustancialmente diferentes en cuanto a la forma como ordenan reponer el procedimiento, pues*

mientras en éste se dispone llamar al mismo jurado, en aquél se manda, con claro acatamiento a las observaciones de la Corte, convocar un nuevo jurado para que juzgue a Pantoja Betancourt;

b) No parece compartir el señor Fiscal las razones que expuso el Tribunal en los dos cuestionados autos para predicar la inexistencia de los veredictos obtenidos en la primera audiencia pública. El hecho de que esas razones no lo convenzan, no lo autoriza a señalar que por ese motivo son nulos. Se puede, sin embargo, decir que esos autos están indebida o equivocadamente fundados, pero jamás que son nulos porque subjetivamente el censor los repudie. La nulidad no nace del enfrentamiento del criterio jurídico del Juez con el del actor o viceversa, como se pretende en este caso, sino que es necesario que la ley la consagre de manera expresa. Y, la disparidad conceptual aducida no tiene ese rango en la legislación colombiana;

c) No hay duda que a la Sala de Decisión Penal "...le competía exclusivamente decretar la contraevidencia de los veredictos, o declararlos inválidos...". Esto último fue lo que hizo el Tribunal en el auto cuestionado, pues, si bien se lee su parte resolutive, allí se ordena convocar a un nuevo jurado lo que comporta la "invalidación" de los veredictos, tal y como lo reclama el impugnante. Y, en estricta lógica, por virtud de esta situación, la sentencia de primera instancia tenía que quedar sin efecto como se dispuso, porque ésta no podía subsistir si sus fundamentos, los veredictos por ella acogidos, no alcanzaron a tener existencia jurídica.

Finalmente, a las consideraciones anteriores debe la Corte agregar que una impugnación no se monta con base en calificaciones duras contra los falladores sino sobre argumentaciones serenas contra sus pronunciamientos, porque es en éstos, en su forma peculiar o en su contenido jurídico, donde puede encontrarse el yerro constitutivo de una cualquiera de las causales de casación. Proceder con el desenfado de que hace gala el demandante en esta oportunidad, es dejar de lado la más elemental cortesía.

En resolución el cargo formulado con tan notoria falta de ponderación, carece, además, de consistencia jurídica.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria de seis de octubre del año pasado, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

¿Qué es el debido proceso?

El persigue como garantía Constitucional la adecuada protección del procesado en sus derechos

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 19 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 80, de octubre 16/79.

Vistos

Se impugna en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar (marzo 20 de 1979), en contra de Manuel Blanco Jaimes, en la cual se le impuso, por el delito de "homicidio" en Hernando Chavarro Romero, ocho años de presidio, así como las accesorias pertinentes.

El recurso fue admitido en auto de siete de junio y la demanda declarada conforme a los requisitos formales exigidos por la ley, en decisión de nueve de agosto del año en curso.

Hechos y actuación procesal

Así los expone el concepto del Procurador Delegado para la Policía Nacional:

"... En el Municipio de Quipile, Departamento de Cundinamarca, el 25 de enero de 1976 se presentó un incidente por motivos no del todo establecidos, entre el Agente de la Policía Nacional Alirio Palacios Cantor y el campesino Hernando Chavarro Romero, cuando éste fue desarmado del machete. Tanto Chavarro Romero como sus padres le reclamaron al uniformado la devolución del machete. Cuando esto ocurría se hi-

cieron presentes los Agentes José Eloy Parrado y Manuel Blanco Jaimes, lo que motivó que Chavarro saliera corriendo. Los uniformados iniciaron su persecución hasta darle alcance, interviniendo los padres de aquél, recibiendo la madre algún ultraje del Agente Blanco, motivando esto la reacción de Chavarro Romero, quien fue objeto de empujones y golpes de parte de los uniformados y, finalmente, recibió varios disparos del Agente Blanco, dejando de existir minutos más tarde.

Con base en el acta del levantamiento del cadáver y del informe suscrito por el Comandante de la Estación de Policía del lugar y atendiendo solicitud telegráfica del Coronel Comandante del Departamento de Policía Cundinamarca, el Juzgado Promiscuo Municipal de Quipile inició el sumario el 29 de enero de 1976, que continuó el Juzgado 84 de Instrucción Criminal el 4 de febrero hasta el 14 del mismo mes cuando remitió el expediente al Juzgado Promiscuo Municipal del lugar. Durante esta etapa se recibieron numerosas declaraciones de testigos, se incorporó el acta de defunción y se dispuso la detención preventiva del acusado. El 1º de marzo avocó la investigación el Juzgado 65 de Instrucción Penal Militar que después de practicar algunas diligencias, entre ellas la inspección judicial con reconstrucción de los hechos, remitió el proceso al Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Cundinamarca, despacho que previo concepto del Ministerio Público, el 13 de septiembre de 1976 dictó auto de proceder. Posesionado el defensor, el mismo profesional que sustenta el recurso de casación, por auto del 5 de octubre del mismo año se convocó un consejo de guerra ordinario para el juzgamiento del sindicado Blanco Jaimes. Verificado el sorteo de vocales

y una vez notificados éstos, el 9 de noviembre de 1976 se revocan el auto del 15 de julio que declaró cerrada la investigación y el del 13 de septiembre, por medio del cual se llamó a juicio, previo el concepto de Auditoría de que trata el artículo 567 del Código Penal Militar; por Resolución número 173 del día siguiente el Juez de Primera Instancia convocó un Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Blanco Jaimés, en cuyos artículos 2º y 3º señaló la fecha para la celebración del mismo y designó al personal integrante del consejo.

El 18 de noviembre de 1976 dio comienzo la sesión del Consejo de Guerra Verbal que concluyó con la lectura de la sentencia de fecha 25 de noviembre, que acogiendo el veredicto mayoritario condenó al procesado a la pena de 8 años de presidio. Apelada la sentencia, el Tribunal Militar revocó lo actuado a partir del auto del 9 de noviembre de 1976 que revocó los de cierre de investigación y llamamiento a juicio y dispuso devolver el proceso a fin de que se juzgue a Blanco Jaimés por el procedimiento del Consejo de Guerra Ordinario. Por auto del 6 de junio de 1977 se convocó el Consejo de Guerra Ordinario y 10 días después se realizó el sorteo de vocales. En la misma fecha se inició la sesión del consejo y el 24 de junio concluyó con la lectura del auto que declaró la inexistencia del veredicto. Consultada esta decisión, el honorable Tribunal por auto del 15 de mayo de 1978 la revocó y dispuso el pronunciamiento de la sentencia de acuerdo con la voluntad del jurado, lo que ocurrió el 15 de junio de 1978. El Tribunal Militar al conocer de este fallo por razón del recurso de apelación, el 20 de marzo de 1979 acogió la sentencia de primer grado. Esta última decisión es hoy objeto del trámite del recurso especial de casación...".

La demanda

Se invoca el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Se afirma que, a pesar de encontrarse este proceso en etapa de notificación del personal que debía intervenir en el Consejo de Guerra Ordinario, el Tribunal Superior Militar debió mantener la nulidad de todo lo actuado desde el auto de cierre de la investigación, inclusive, declarada por el Comandante de la Policía de Cundinamarca (noviembre 9 de 1976), con lo cual se pretendía una tramitación acorde con el Decreto 2260 de 24 de octubre de 1976, que en su artículo 3º ordenaba un Consejo de Guerra Verbal.

Para refutar al Tribunal Superior Militar, que invocó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en armonía con el artículo 6º del Decreto 409 de 1971, para imponer el trámite del Consejo de Guerra, procedimiento que en definitiva se siguió y produjo el fallo recurrido, se dice: "Debemos entender que el juicio en los procedimientos de guerra ordinarios no constituyen una sola 'actuación' o 'diligencia' como alguna doctrina equivocadamente afirma, sino que esta etapa procesal la forman o la integran una suma de actuaciones y diligencias. En consecuencia no se puede invocar este artículo para afirmar que como ya se encontraba ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio había que terminar el proceso por el procedimiento allí señalado. El auto que abre el juicio a prueba, la práctica de las pruebas, el que señala la fecha para el sorteo de vocales etc., son estas actuaciones y diligencias procesales que integran una más amplia llamada juicio".

Finalmente anota: "considero que no es correcto procesalmente hablando, celebrar el Consejo con las formalidades de los Consejos de Guerra Verbales porque en el fondo implicaría consagrar un tercer procedimiento de carácter mixto, compuesta la primera parte por los procedimientos de los Consejos de Guerra Ordinarios y la segunda parte por los procedimientos de los Consejos de Guerra Verbales; la segunda razón porque se presentarían dos llamamientos a juicio, el primero constituido por el llamamiento a juicio con base en el procedimiento de Guerra Ordinario, y la 'formulación de cuestionarios de acuerdo con el artículo 493 del Código de Justicia Penal Militar que viene a ser el pliego de cargos.

"Para unificar el procedimiento en el caso subjudice, se hace necesario decretar la nulidad a partir del auto-cierre de la investigación, en razón de que el procedimiento seguido hasta ese momento es el mismo tanto para el Consejo de Guerra Ordinario como para el Consejo de Guerra Verbal, siendo ésta mi petición principal y única".

Respuesta del Ministerio Público

Afirma la Delegada que "las providencias una vez ejecutoriadas constituyen una ley del proceso tanto para el Juez como para el procesado y su apoderado y su defensor". Esto le permite advertir que el auto de proceder dictado el 13 de septiembre de 1976, propio al Consejo de Guerra, constituía actuación que debía mantenerse y respetarse. Esto fue lo que hizo el Tribunal Superior Militar, al enmendar el desacierto del Comando

de la Policía de Cundinamarca, que resolvió revocar providencias en firme que regulaban el proceso por el trámite del Consejo de Guerra Ordinario.

Al respecto comenta: "al quedar ejecutoriado el auto de proceder conmenzó indudablemente la actuación denominada en el Código Militar 'La Primera Instancia' del juicio abierto para juzgar a Blanco Jaimes. Al juzgárselo por el procedimiento del Consejo de Guerra Ordinario no hizo la Jurisdicción cosa distinta a dar aplicación correcta a las normas de procedimiento propias al caso. Es decir: cumplió con la garantía constitucional del debido proceso, situación esta abiertamente contraria a lo sostenido por el señor apoderado del demandante. Y es que ciertamente las normas de procedimiento, aquellas que en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se denominan 'leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios' prevalecen sobre las anteriores a partir de su vigencia, pero en manera alguna tienen efecto de retroactivas. Se ha entendido siempre dentro de la más sana hermenéutica jurídica que las normas de procedimiento no conllevan la nulidad ni de hecho ni de derecho de las actuaciones anteriores ajustadas al procedimiento anterior. En este caso lo dispuesto en el Decreto 2260 de 1976, que ordenó el juzgamiento por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales en casos de delitos atribuidos al conocimiento de la jurisdicción penal militar, no podía producir efectos anteriores a la fecha de su vigencia, que trajeran como consecuencia el desconocimiento del auto de llamamiento a juicio. Y si esto es lo correcto, mal podía la Jurisdicción desconocer esa ley del proceso para aplicar norma posterior. Sobre esta materia existe quizá la más abundante jurisprudencia que afortunadamente no ha sido revaluada, posiblemente porque de ordinario las nuevas normas concernientes a la sustentación y ritualidad de los juicios son generalmente de carácter restrictivo y por ello mismo desfavorables para los acusados".

Finalmente, observa cómo el recurrente no ha podido demostrar el perjuicio que la variación del procedimiento causó a Blanco Jaimes, pues lo que se evidencia es que resultó más beneficiado por la amplitud que el trámite seguido representa al compararse con el desarrollo del Consejo de Guerra Verbal.

Consideraciones de la Sala

La validez del trámite, que en sus aspectos generales y omnicomprendivos se denomina el

debido proceso, persigue como garantía constitucional la adecuada protección del procesado en sus derechos. De ahí que violaciones del procedimiento penal estimables como secundarias e inocuas, que apenas afirman la existencia de una mera irregularidad, no tengan como consecuencia obligada la anulación.

El caso examinado tiene una significativa modalidad: primero se siguió por el proceso verbal, y en él se condenó a Blanco Jaimes a la pena de ocho años de presidio; luego se repitió el juzgamiento, aplicando un trámite más amplio y beneficioso, como el Consejo de Guerra Ordinario, y se obtuvo idéntico resultado. A las claras se aprecia que el recurrente, más que importarle la aplicación de un trámite perfectamente adecuado, le interesa repudiar todo fallo condenatorio, sea cual fuere el trámite seguido.

Pero conviene responder la objeción en concreto, o sea, si se debía adelantar el proceso por las reglas castrenses del proceso verbal, dando inmediata acogida al Decreto número 2260 de 1976, artículo 3º, o si era pertinente, como lo declaró el Tribunal Superior Militar, el proceso de guerra ordinario.

Para decidirse la Sala en uno de estos sentidos conviene recordar que el proceso de guerra, o sea el ordinario, constituye la más amplia y favorable tramitación que el Código de Justicia Penal Militar dispensa a un procesado. Entonces no es dable advertir, cuando se ha preferido este ordenamiento, invocar que la defensa se ha visto imposibilitada en su más pleno ejercicio o que el procesado ha visto mermadas sus garantías o que ha corrido un mayor riesgo de condenación. Nada de esto. Lo contrario es la deducción más lógica y segura. Se concedió el máximo de facultades y la mayor benignidad en el acto de juzgamiento. Por este aspecto la censura que se apoya en la nulidad de rango constitucional no responde a la realidad y menos a sus fines.

Pero se dirá que el Decreto 2260 de 1976, ordena imprimir a los procesados en trámite a la fecha de su expedición, salvo los contemplados en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, el procedimiento propio de los Consejos de Guerra Verbales y que el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal manda que la ley que "ley fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre en rigor". De donde el desconocimiento de estos preceptos genera la nulidad de lo actuado debiéndose invalidar el llamamiento a juicio y reponer

ese trámite por uno que no lo contempla, o sea, el Consejo de Guerra Verbal.

La argumentación carece de importancia por dos razones:

a) Porque se inserta en la noción de la favorabilidad, que sirve de soporte a la nulidad suprallegal, y por tanto no puede servirse de ella si el trámite escogido ha garantizado un debido proceso y éste es más benigno que el que se dice omitido. En otras palabras, la nulidad constitucional, en estos eventos, se predica de una situación jurídico-procesal en la cual se ha desestimado la tramitación pertinente para acogerse una que, en comparación con aquella, constituye una disminución de garantías, una merma de posibilidades de defensa, un riesgo mayor de condena, un recorte ostensible y grave de sus reglas de favorabilidad; y,

b) Porque si bien el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal busca la inmediata aplicación de un procedimiento que se considera más conveniente, pero igualmente justo, evitando así trámites paralelos o discusiones que enerven el adelantamiento de un proceso, no es menos cierto que esta tendencia no puede patrocinar la parálisis de la administración de justicia, normal o extraordinaria, con el constante y periódico retrotraimiento de los procesos. Es necesario considerar determinadas actuaciones como definitivamente consolidadas, al punto que imponen la terminación del ciclo procesal con acatamiento a los preceptos bajo los cuales surgió. O sea, que el trámite existente debe tolerar la asimilación del nuevo, sin que para ello se tenga que invalidar lo legítimamente realizado.

Por eso el citado artículo 6º es perentorio en establecer la vigencia inmediata, sin considerar su permisibilidad o favorabilidad, de lo relacio-

nado con la jurisdicción y la competencia o con aspectos de sustanciación y ritualidad de secundarias entidades, que no llegan a afectar el debido proceso, al no incidir en el derecho de defensa ni exponer a una condenación al procesado.

Si el proceso seguido a Blanco Jaimes tenía su auto de proceder ejecutoriado y había llegado su trámite a la notificación de los vocales, este rito debía mantenerse hasta el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia. No era posible, en el estado en que se encontraba, ensamblar, sin afectar lo actuado, al Consejo de Guerra Verbal.

No procede la censura.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de veintinueve de marzo del año en curso, proferida por el Tribunal Superior Militar, y en la cual se impuso como pena principal a Manuel Blanco Jaimes, por el delito de "homicidio" en Hernando Chavarro Romero, ocho años de presidio.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCUSION

Elementos del delito

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., octubre 25 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo*
Porras.

Aprobado: Acta número 082.

Vistos

El Tribunal Superior Militar confirmó, mediante sentencia de 23 de agosto de 1978, la de primer grado proferida por el Presidente del correspondiente Consejo Verbal de Guerra por medio de la cual se impuso al procesado Luis Angel Gómez Gómez la pena de un (1) año de prisión y las accesorias correspondientes como autor penalmente responsable de la comisión del delito de concusión que le fue imputado en el proceso y se tomaron otras determinaciones, providencia contra la cual interpuso el recurso de casación el condenado, que fue oportuna y debidamente concedido y en ejercicio del cual su apoderado especial presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen correctamente resumidos por el señor Fiscal 6º del Tribunal en los siguientes términos:

“...El 15 de febrero del presente año (1978), el agente Luis Angel Gómez Gómez quien prestaba sus servicios en la Auditoría Principal de Guerra número 34 adscrita al Departamento de Policía Bogotá, en su calidad de escribiente, se enteró del auto de detención que en esa fecha

dictó el Juzgado de Primera Instancia contra los ex-agentes de la policía Julio César Ríos Castaño y Gustavo Morales Rodríguez, por el delito de “*concusión*”, habiendo acudido en compañía del agente Tobías Alarcón Velandia a las residencias de los dos sindicados con el ánimo de exigirles dinero con la promesa de una ayuda, siendo así como Gustavo Morales Rodríguez y su esposa Nelly Sagrario Díaz de Morales le prometieron la entrega de la suma de \$ 10.000.00, dinero que no alcanzó a recibir debido a que se puso en conocimiento de las autoridades competentes el hecho...”.

“...De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso y especialmente con las declaraciones de Gustavo Morales Rodríguez (fl. 8) Nelly Sagrario Díaz de Morales, se estableció que en realidad el agente Luis Angel Gómez Gómez, fue a la residencia de los testigos nombrados anteriormente para exigirles una suma de dinero para que no se cumpliera la detención de Morales Rodríguez, llegando a un acuerdo entre los esposos y el sindicado sobre la suma exigida, suma que le debían entregar con posterioridad...” (fls. 218 a 219 Cdn. Princ.).

II. La sentencia condenatoria fue impugnada con fundamento en las causales 1ª y 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se hacen los siguientes cargos:

a) Causal 4ª

Cargo Unico.

“...La sentencia de segundo grado proferida por el honorable Tribunal Superior Militar, el pasado veintitrés de agosto de mil novecientos setenta y ocho, viola los artículos 210 del Código de Procedimiento Penal y 441 numerales 2 y 6 del Código de Justicia Penal Militar y 26 de la

Constitución Nacional al haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, toda vez que se formularon cargos por concusión contra Luis Angel Gómez en Nelly Sagrario Díaz de Morales, sin respaldo probatorio y esta situación influyó decisivamente en el veredicto proferido por el *juri* que fue acogido en primera instancia y reformado en segunda, cuando lo precedente era decretar la nulidad de lo actuado a partir de la formulación de los cuestionarios...” (fl. 32).

“.....”

“...El proceso por ser de aquellos en que interviene el jurado de conciencia —debe tenerse en cuenta esta circunstancia— no autoriza a dividir el fallo por parte del *ad quem*. La razón, es sencilla; en el proceso en que el fallo es en conciencia, la formulación de un cargo sin respaldo probatorio, como en el caso sujeto a consideración del honorable Magistrado ha debido influir en el veredicto y en el ánimo del jurado. De tal manera, que al formularse dos cargos, uno de ellos legal, por cuanto tenía cierto respaldo a través de los autos y otro ilegal como quiera que no existía para este el respaldo probatorio legal, sin que lo advirtiera el jurado, ya que el resultado fue el mismo (condenatorio por unanimidad), no puede sin violar la equidad, admitirse y confirmarse uno y declarar la nulidad respecto del otro, sin que se conculque, el derecho de defensa y se incurra en causal de nulidad...” (fl. 33).

b) Causal 1ª

1. Primer cargo.

“...La sentencia de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal Superior Militar el veintitrés de agosto de mil novecientos setenta y ocho, viola en forma directa el artículo 156 del Código Penal Colombiano, consecuentemente el artículo 1º de la misma obra y obviamente el artículo 26 de la Constitución Nacional...”

“.....”

“...El cargo de Agente de la Policía Nacional se halla probado dentro de las diligencias con el acto de nombramiento —resolución de la Dirección General de la Policía Nacional, acta de posesión y el ejercicio del mismo. Sin embargo, el procesado servía un cargo de escribiente que debe ser acreditado dentro del proceso y que no

lo ha sido. Los empleados de un despacho judicial deben ser en consecuencia nombrados por el respectivo funcionario y ante él deben tomar posesión del mismo. En el caso sujeto a estudio no se observa dentro del expediente en ninguna parte el acta de nombramiento y menos aún el acta de posesión ante el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Bogotá, donde desempeñaba transitoriamente funciones de auxiliar o escribiente el procesado Luis Angel Gómez...”

“...De otro lado la promesa que pudo haber sido hecha por el procesado Luis Angel Gómez a Gustavo Morales de ayudarlo, no entrañó en ningún momento la revocatoria del auto de detención que ya se había cumplido, ni menos aún la de absolver a los procesados, ya que es de todos sabido que el juzgamiento debía hacerse por el procedimiento señalado en el artículo 566 del Código de Justicia Penal Militar, valga decir con intervención de jurado...”

“...Las funciones que desempeñaba sin encargo legal el procesado Luis Angel Gómez no entrañaban el poder jurídico de revocar la medida cautelar y menos aún de absolver a aquellos a quienes se había prometido ayuda, ya que ambas recaían en el Juez de Primera Instancia y eventualmente en el jurado de conciencia, en caso de que aquel proceso hubiese llegado a ese estado de perfeccionamiento jurídico. Es decir, el cargo que servía ilegalmente el procesado Luis Angel Gómez carecía de esas funciones y por lo tanto éste se encontraba en imposibilidad física y jurídica de cumplir lo prometido...”

“...El procesado pudo haber violado con su comportamiento el artículo 198 del Código Penal, conocido como venta de humo o tráfico de influencias, pero de ninguna manera el artículo 156 del Código Penal Colombiano...” (fls. 30 a 31).

2. Segundo cargo.

“...La sentencia de segundo grado al no apreciar la prueba documental visible a folio 131 del cuaderno original, violó el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal y 473 del Código de Justicia Penal Militar, disposiciones que hablan del valor probatorio del documento privado, que había sido suscrito ante el Director del Centro de Reclusión para la Policía Nacional y el Asesor Jurídico del mismo establecimiento, únicas autoridades ante quienes era susceptible de hacerlo, ya que su signatario se encontraba privado de libertad...” (fl. 31).

III. El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional se ha opuesto a todas las pretensiones del recurrente con base en las siguientes consideraciones:

a) Causal 4ª

Cargo Único.

“...La tesis del demandante en el sentido de que la formulación del segundo cuestionario por un delito inexistente, influyó en el ánimo del jurado para que por unanimidad condenaran a Gómez Gómez, como responsable del delito de concusión en Gustavo Morales Rodríguez, resulta inatendible si se piensa que fue juzgado separadamente para cada uno de los delitos. El jurado conoció ampliamente, de ello da fe el acta de la sesión del Consejo de Guerra, la prueba obrante en el proceso. Es por ello por lo que surge la convicción de que gozó plenamente del derecho de defensa. Y en cuanto a las formalidades propias del juicio que, según el apoderado del recurrente, se pretermitieron con la formulación de un cuestionario sobre un delito sin respaldo probatorio, se trata de una informalidad que no vicia en su esencia el juzgamiento porque, precisamente para casos como éste, la ley señala los caminos. Uno de ellos el que siguió el Tribunal Militar al disponer la cesación por inexistencia del delito. Resultaría contrario a los más elementales principios que informan la administración de la justicia, el que todo un proceso o la diligencia de juzgamiento se viniera a bajo, cuando un error de procedimiento que no implica el desconocimiento de garantías esenciales del procesado o la afectación del debido proceso, son subsanables en la forma que se hizo por el Tribunal Militar en este asunto...” (fl. 43).

b) Causal 1ª

1. Cargo primero.

“...Al contrario de lo que sucede con los cargos subalternos de la Jurisdicción Ordinaria, que son provistos por nombramiento que hace el respectivo superior, en la Jurisdicción Castrense tales cargos se ocupan por designación del Gobierno, mediante resolución del Ministro de la Defensa. En las Auditorías de Guerra y en los Juzgados de Instrucción Penal Militar el único cargo subalterno es el de secretario. No existen creados legalmente los cargos de escribiente, sustanciador, citador, etc., etc. que sí forman parte de los despachos de la Justicia Ordinaria. Así,

pues, cuando por razón del recargo de trabajo se hace necesario auxiliar a los despachos judiciales, ello se hace mediante la destinación que por orden interna realiza el Comandante de la respectiva Unidad, enviando en comisión a personal uniformado...” (fl. 38).

“.....”

“...Cuando un miembro de la Policía Nacional es destacado para colaborar en una cualquiera de las Dependencias de la Institución, tal colaboración implica el cumplimiento del servicio que le corresponde allí y durante el tiempo que dure esa destinación. Es por ello por lo que debe afirmarse que cuando personal de la Policía Nacional es destacado para colaborar con las Auditorías de Guerra y Juzgados de Instrucción Penal Militar, o en las Fiscalías Militares Permanentes, para el trámite de los asuntos judiciales, está allí en ejercicio de funciones y atribuciones, de manera que el agente Gómez Gómez, condenado en este proceso, cuando fue destinado mediante la orden interna visible al folio 62 del proceso. Y que al tenor del documento público que obra al folio 61 ibídem, suscrito por la Auditora de Guerra Auxiliar número 34, para la fecha en que ocurrieron los hechos laboraba en dicha oficina por haber sido “...destinado a prestar sus servicios en esta oficina”. De lo anterior surge la necesidad de afirmar que el agente Gómez Gómez, en su calidad de empleado al servicio del Estado en la Policía Nacional, para la fecha en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a este proceso, desarrollaba su actividad oficial cumpliendo la tarea de auxiliar a la Auditoría de Guerra número 34 en actividades similares a las que en los despachos de la Justicia Ordinaria corresponde al “escribiente”. No era, por consiguiente, indispensable que hubiera sido nombrado específicamente para desempeñar un cargo en la mencionada Auditoría, cargo que como se dijo no existe en la organización de la Jurisdicción Penal Militar, para que pudiera incurrir en un delito relacionado, en este caso, con su empleo en la Auditoría...” (fl. 39).

2. Cargo segundo.

“...La más reiterada de las jurisprudencias de la honorable Corte Suprema ha sido en el sentido de que en los juicios en los que la responsabilidad se define con la intervención del jurado, no es factible a través del recurso de casación reabrir el debate para analizar la prueba que fue precisamente objeto de meditación del Juez

de conciencia y sobre cuya base se pronunció. En el caso que nos ocupa, el documento visible al folio 131, por medio del cual el ex-agente Morales, pretende retractarse de la acusación que hizo en el sentido de que Gómez Gómez, le pidió la suma de \$ 10.000.00, hecho que dio lugar a la existencia de este proceso, fue ampliamente debatido durante la sesión del Consejo de Guerra. Consta en el acta del Consejo de Guerra, especialmente a folios 169, 170, 178, 179, etc., etc. que tanto el señor Fiscal como el defensor de Gómez Gómez, se refirieron de manera muy amplia al contenido y al significado jurídico de tal documento. No es cierto que se hubiera omitido su crítica. Y en la sentencia de primera instancia, que recogió el veredicto pronunciado por los señores vocales con conocimiento del documento visible al folio 131, al folio 192 se hace referencia al mismo memorial. Así, pues, siguiendo la mencionada jurisprudencia, debe afirmarse que la honorable Corte carece de instrumentos legales que le permitan debatir una prueba que fue del conocimiento, del análisis y de la apreciación de los señores vocales que constituyeron el jurado de conciencia que juzgó y condenó al agente Gómez Gómez...” (fl. 41).

Considerando:

1. La nulidad total del procedimiento que el recurrente pretende sólo porque uno de los cuestionarios fue indebidamente elaborado, (el número 2), es aspiración exagerada del demandante, a la que, desde luego, no puede acceder la Corte.

Las nulidades procesales, en efecto, están destinadas, en primer término, a la supresión de las actuaciones viciadas que afectan su normal desenvolvimiento y, por extensión, a la de las demás que no obstante ser sanas en sí mismas consideradas, dependen tan íntimamente de la defectuosa, que ésta les comunica su vicio y les afecta de igual modo; esa supresión tiene por objeto, sin embargo, el saneamiento del proceso, (y no su destrucción), de modo que eliminada y de ser posible reemplazada la parte afectada, la actuación quede debidamente restablecida, libre de tachas o defectos de procedimiento.

En consecuencia, la razón última del instituto procesal de las nulidades es la sanidad del proceso, lograda mediante la eliminación y, de ser posible, mediante la reposición del acto o fase procesalmente defectuoso, de donde resulta francamente inadmisibles que se pretenda extender los efectos de su declaración a partes completamente

sanas y absolutamente independientes de las declaradas viciadas, ésto es, no buscando el saneamiento de los vicios advertidos, sino su transmisión a las actuaciones que han quedado libres de ellos.

De otra parte, para que el vicio de un acto se transmita a las actuaciones siguientes es indispensable que exista una estrecha relación de causalidad entre la actuación defectuosa y las producidas posteriormente como consecuencia suya; cuando tal relación de causa a efecto no se presenta, tampoco se transmite el vicio.

En el proceso seguido contra Luis Angel Gómez Gómez, por cierto, el vicio procesal que se presentó en la elaboración del cuestionario número 2 sólo vició ese acto y los posteriores íntimamente relacionados con él, por lo que la anulación decretada por el Tribunal Militar comprendió no sólo el acto inicial viciado, sino su consecuencia, lo pertinente de la sentencia de primera instancia, de modo que quedó intacto e inobjetable el proceso en cuanto a la correcta formulación del cuestionario número 1 y respecto de las consecuencias procesales que se derivaron de éste y que culminaron con la condena del procesado como autor del cargo contenido en ese cuestionario.

La nulidad, en suma, sólo afectó parcialmente el juzgamiento y puesto que la parte que desembocó en la condena se adelantó libre de vicios procesales, el defecto de que adoleció la parte viciada no se comunica a la útil: *Utile per inutile non vitiatur*.

No prospera, pues, el cargo.

2. Carece también de razón el actor cuando afirma que el delito de Concusión requiere, como condición indispensable, “que el sujeto activo de la conducta criminal efectivamente abuse del cargo o abuse de las funciones y que esas funciones efectivamente lo pongan en posibilidad tanto física como jurídica de cumplir lo prometido”.

Reiteradamente ha dicho la Corte, por el contrario, que tales exigencias formales no son siempre indispensables:

“El delito (de concusión) está constituido por una particular modalidad de ofensa a la administración pública al cometer la cual los funcionarios públicos, empleados o transitoriamente encargados de un servicio público están faltando a los deberes para con aquella...”.

“... Pero esos deberes no los tienen solo quienes pueden ejecutar determinados actos sino

todos aquellos que por su investidura y por los nexos con las ramas del poder público pueden comprometerlo en alguna forma al ejercer sus funciones cualesquiera que ellas sean, lesionando o poniendo en peligro la administración estatal considerada en su totalidad...

"...Es la investidura en cuanto despierta cierto temor en los asociados (timor publica potestatis) lo que hace posible la ejecución del delito cuando se usan las funciones para fines distintos de los señalados en la ley, esto es, cuando se abusa de ellas..."

"...Aunque también es posible, y esto refuerza el punto de vista de la Sala, que el delito se comete no solo por abuso de las funciones sino también por el de la investidura, esto es, del carácter de funcionario público aun cuando el hecho ejecutado no pertenezca propiamente a la competencia del sujeto activo..."

(Sent. 7 junio 1979, Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

En el proceso adelantado contra Luis Angel Gómez Gómez, aparece plenamente demostrado que éste se hallaba encargado de las funciones de auxiliar o escribiente temporal de la Auditoría 34 de Guerra, adscrita al Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Bogotá, de modo que por ese sólo hecho estaba en condiciones de ejercer presión moral contra su víctima para hacerle prometer la suma de diez mil pesos (\$ 10.000.00) que ésta, en efecto, ofreció entregarle:

"...De acuerdo con la forma como ocurrieron los hechos probados en el proceso, el agente Gómez Gómez, se presentó en la casa de Gustavo Morales Rodríguez el 15 de febrero del año próximo pasado, manifestando que era Agente del F-2 y que por eso sabía de la existencia de una boleta de conducción expedida por la Auditoría, conducción que tenía por objeto hacer efectiva la medida de la detención preventiva. Pero posteriormente en esa misma oportunidad cuando explicó en qué consistía la ayuda que podía prestarle a Morales, comunicó tanto a éste como a su esposa, que trabajaba en la Auditoría que tenía a su cargo el trámite del proceso, recomendándole de manera especial a la señora de Morales, que cuando fuera a conversar con la auditora se hiciera lá que no lo conocía. Encuentra la Procuraduría que al haberle indicado el agente Gómez a los esposos Morales, el hecho de trabajar o laborar en la Oficina Judicial citada, que era precisamente en donde se encontraba el proceso penal, los llevó a la convicción de que precisamente

por ser auxiliar de aquel Despacho sí estaba en capacidad de prestar la ayuda que ofrecía. Y ciertamente que esa convicción fue suficiente para constreñir o inducirlos a aceptar la propuesta. Si a lo anterior agregamos que el agente Gómez cumplía funciones en la Auditoría, resulta evidente el abuso en que él incurrió con la propuesta a los Morales. Lo anterior es suficiente para declarar que Gómez Gómez, incurrió en delito de concusión, sin necesidad de que para ello se hubiera posesionado en el cargo de escribiente de la Auditoría, cargo que como se dijo no existe creado para las Oficinas de la Jurisdicción Penal Militar, pero cuyas funciones sí cumplía al haber sido destinado por su superior a colaborar en el trabajo de la mencionada Oficina, en la que se le asignó esa tarea..." (fls. 39 a 40).

Tampoco prospera el cargo.

3. Como también lo ha repetido la Corte hasta el cansancio, en los juicios en los que interviene el jurado de conciencia, o quienes en los procesos militares hacen sus veces, es claramente equivocado demandar en casación la sentencia respectiva aduciendo violación de la ley proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de las pruebas:

"...En los juicios en los que interviene el jurado de conciencia resulta francamente equivocado aducir como motivo de casación el señalado en el ordinal 1º, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, fundamentalmente porque en ellos el jurado no está sujeto a la tarifa legal de la prueba, como lo están, por regla general, los jueces del derecho, de modo que los primeros gozan de un amplio poder de apreciación sobre su mérito y fuerza probatorios, "sin atender voz distinta (a la de su) personal conciencia" y sin otro límite que su "convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se (les) interroga" (artículo 560 del Código de Procedimiento Penal), que es facultad que de ordinario se niega a los segundos, salvo los casos en los que les es permitido a éstos apreciar el valor de las pruebas según los principios de la persuasión racional..."

"...Solo excepcionalmente ha admitido la Corte que las sentencias en los juicios en los que interviene el jurado puedan ser atacadas por violación directa de la ley sustancial, cuando se aduce infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de las normas legales cuya aplicación corresponde privativamente a los

Jueces de Derecho y no al jurado (las referentes a las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, a la personalidad de la gente etc.)...”.

“...Pero cuando los Jueces de Derecho se limitan a reconocer el veredicto rendido por el jurado popular que, a su turno, ha sido fundamentalmente proferido de acuerdo con los cargos formulados al procesado, la decisión judicial resulta inatacable...”.

“...De la abundante jurisprudencia invariablemente sostenida por la Corte al respecto, es de una claridad meridiana la siguiente de 19 de agosto de 1972...”.

“...En los juicios en que interviene el jurado, sus integrantes deciden ‘en privado’, en conciencia y por íntima convicción sobre la responsabilidad del acusado y está absolutamente prohibido interrogarlos acerca de la razón que tuvieron para hacerlo en una u otra forma ya que les está vedado ‘tener conversación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio en que les corresponde o hubiera correspondido intervenir como jueces’ (Código de Procedimiento Penal, artículos 536 y sgt.). Y la sentencia en esos mismos procesos ‘se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate’ (id. artículo 519), quedando como único límite legal a la soberanía que se desprende de las normas pertinentes, la declaratoria de contraevidencia que sólo puede ser declarada por el Juez competente en primera instancia, en el caso del artículo 565 del estatuto procesal penal o, por el Tribunal de segunda, en el caso de la norma 567 del mismo código. Pero la declaratoria de contraevidencia escapa a la competencia de la Corte...”.

“...De ahí que ésta, en varias ocasiones haya expuesto...”.

“...No es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate...”.

También ha dicho la Corte: ~

“...Si, por vía de hipótesis, se admitiera que aún en los procesos en que ha actuado el jurado se puede alegar en casación que la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior es violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea o

falta de apreciación de determinada prueba, esto es, por quebranto indirecto de la norma sustantiva, en materias sobre las cuales decidió el jurado y a cuyo veredicto se conformó la sentencia, al prosperar la causal la Corte tendría que casar el fallo impugnado y dictar ‘el que deba reemplazarlo’, dando aplicación al artículo 583, ordinal 1º del Código de Procedimiento Penal, y por ese procedimiento se llegaría a proferir la sentencia, no ‘de acuerdo con el veredicto’, como lo ordena el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, sino con la certeza generada en el análisis de las pruebas, y, paradójicamente, resultaría protuberante la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 580 *ibidem*, por desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado...”.

Tampoco prospera, pues, el cargo.

4. Cabe agregar, en relación con la nulidad que decretó el Tribunal Superior Militar, la que tiene que ver con la formulación y absolución del segundo cuestionario, que si bien dicha medida era aconsejable, no lo era el remedio que se adoptó para sanear el vicio, esto es, la aplicación del artículo 417 del Código de Justicia Penal Militar por la sencilla razón de que no se estaba en ninguna de las hipótesis previstas en los párrafos del artículo 567 que en el mismo estatuto reglan la materia. En el caso presente ya se había emitido la Resolución de convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, ya se habían redactado los cuestionarios y sometido a la absolución de los vocales y ya éstos habían emitido su veredicto. *Anular la actuación así cumplida y emitir a cambio un auto de cesación de procedimiento (artículo 417) equivale a desconocer el veredicto y ello no es posible en el correcto procedimiento que debe seguirse en estos casos.* Lo indicado era retrotraer la actuación hasta un punto del proceso en que pudieran darse las condiciones previstas en el primer párrafo del artículo 567 y devolver el asunto a la primera instancia para que allí se procediera de conformidad. Esta solución inadecuada, sin embargo, no tiene ninguna repercusión en relación con lo ya dicho sobre la imposibilidad de que los cargos formulados a la sentencia prosperen.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley, visto el concepto del señor Procurador Delegado para la Policía Nacional y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpues-

to contra la sentencia de fecha y origen indicados en esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velás-

quez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

MARIHUANA

Dosis Personal

Nulidad en cuanto al procedimiento

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 7 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 85, de noviembre 6 de 1979.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado por el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Buga, a la sentencia mediante la cual dicha corporación confirmó la sentencia de condena que para Martha Santamaría Arango, procesada por infracción ubicada en el Decreto 1188 de 1974, dictó el Juzgado 1º Penal del Circuito de Sevilla.

1. Los antecedentes:

Los hechos que originaron este proceso los resume el juzgador de segunda instancia de la siguiente manera:

“El diecisiete de junio de mil novecientos setenta y ocho, los agentes Alfonso Garavito Beltrán y Jorge Morales Salazar, capturaron en la zona de tolerancia de Caicedonia a Martha Santamaría Arango por haber encontrado en su poder treinta y cuatro papeletas de marihuana, producto éste del cual tenían conocimiento, expendía en la cantina de Adriano Hurtado Andulce. El informe rendido a raíz de la captura fue ratificado bajo juramento tanto por los policiales que intervinieron en ella como por el Comandante de la Estación de Policía de Caicedonia, quien suscribió dicho escrito. El laboratorio de

Toxicología del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, al examinar las muestras de la hierba decomisada, dictaminó que se trata de marihuana, y su peso total fue de 14.3 gramos”.

2. La actuación procesal siguiente:

Abrió la investigación el Juzgado Penal Municipal de Caicedonia el día 20 de junio de 1978 y ese mismo día indagó a la capturada quien aceptó haberse dedicado a la venta de marihuana con anterioridad de veinte días. El 26 de junio el instructor le dictó auto de detención. Posteriormente la detenida amplió su indagatoria para decir que se había declarado vendedora de marihuana porque creyó que mintiendo obtendría una condena menor, pero lo que en verdad sucede es que es una adicta desde nueve años atrás (“sí soy una marihuanera”, dice) y le da vergüenza reconocerlo. Se le practicó un examen médico-legal que, en su parte pertinente, dice: “Presenta signos y síntomas de tensión emocional posiblemente por adicción a la marihuana “Cannabis sativa” (fl. 21).

El Juzgado 1º Penal del Circuito de Sevilla, en auto de 29 de agosto de 1978, llamó a responder en juicio a la sindicada por violación al Decreto 1188 de 1974 y, concretamente, por adquirir y vender marihuana. Esta providencia no fue apelada y luego de la audiencia pública (3 de noviembre de 1978) se emitió la sentencia de 27 de noviembre que la condenó, de conformidad con los cargos del auto de proceder, a la pena principal de tres (3) años de presidio más las sanciones accesorias de ley. En la segunda instancia el Fiscal 2º solicitó se declarara la nulidad (de rango constitucional) del proceso porque no se examinó siquiátricamente a la procesada, punto éste que podría influir “en la especificación concreta de la infracción delictuosa imputada”.

El Tribunal de Buga en sentencia de 9 de febrero de 1979, confirmó en su totalidad el fallo consultado luego de hacer a un lado, mediante contradicción, los razonamientos del Fiscal. Este insistió en sus puntos de vista y recurrió en casación.

3. La demanda:

Afirma el Fiscal recurrente que la sentencia de segunda instancia "es violatoria de la ley sustancial por apreciación errónea de las pruebas" y aduce "la causal señalada en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal", según textualmente se copia. En este orden de cosas critica al Tribunal por haber estimado como testimonio legalmente producido acerca de que la sindicada "se dedica a expender libremente papeletas de marihuana" la nota enviada en tal sentido por el Comandante de la Estación de Policía de Caicedonia, y en la cual se refiere al informe dado por dos policiales. En cuanto a las declaraciones de éstos, les niega valor porque no consta que fueran interrogados por el funcionario de instrucción y, por tanto, no puede otorgárseles credibilidad de acuerdo con lo que establece el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal y 247 de la misma obra. En relación con la confesión de la procesada, dice el recurrente que se restringió su aprobación probatoria al desatender la ampliación de indagatoria a pesar de que según los artículos 383 y 395 del Código de Procedimiento Penal tenía derecho a efectuar una rectificación de lo dicho inicialmente por ella misma. En esta forma se quebrantaron los artículos 215, 216, 217 y 264 del estatuto procedimental pues se incurrió en error de derecho al apreciar la prueba recogida al darle valor de testimonio a declaraciones que no tienen "la legalidad requerida" y al restringir la confesión que desdibujaba la tipicidad del hecho delictuoso.

En el segundo cargo alega nulidad de carácter suprallegal y se apoya en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que se desconocieron las formas propias del juicio y se conculcó el derecho de defensa, "toda vez que habiéndose dictaminado por los médicos legistas que la tensión emocional de la sindicada derivaba de posible adicción a la marihuana, no se extendió la pericia para la debida apreciación de las circunstancias personales de la Santamaría Arango y la determinación de la correspondiente dosis personal, conforme lo enseña el artículo 39 del memorado Decreto 1188 de 1974,

habida consideración de que su explicación acerca de la consumición de la sustancia está confirmada con la susodicha experticia".

Al resumir los cargos y efectuar sus conclusiones solicita el Fiscal recurrente que si prospera la causal establecida por el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal que invoca en primer término, debe emitirse sentencia absolutoria, y si se acoge su alegación con base en la causal 4ª de la misma norma, debe declararse la nulidad de lo actuado y retrotraer la actuación hasta antes del auto que declaró cerrada la investigación.

4. Coadyuvancia de la Procuraduría:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal coadyuva la demanda anteriormente resumida solamente en cuanto en ella se plantea, como motivo para la casación solicitada, la nulidad de la actuación cumplida. Dice así: "Considero, con el distinguido representante del Ministerio Público, que ha debido complementarse el dictamen de folio 21 del cuaderno principal con un examen de la personalidad de la acusada por parte de médicos psiquiatras ya que, un mes después de capturada, los Médicos Legistas de Sevilla encontraron que la recurrente en casación (sic) "presenta signos y síntomas de tensión emocional posiblemente por adicción a la marihuana "Cannabis sativa". Y agrega: "Este periticio confirma el dicho de la acusada de ser consumidora de marihuana y por tanto para los fines señalados en los artículos 6º, 38 inciso 2º y 39 del Decreto 1188 de 1974, es importante saber con exactitud si la acusada Martha Santamaría es adicta a la marihuana y si la cantidad de sustancia que portaba corresponde a un dosis personal". Para tecnicar la demanda del Fiscal afirma el Procurador que la nulidad se presenta como cargo principal y el fundamento en la causal primera como subsidiario.

5. Las consideraciones de la Sala:

Del examen del expediente resulta completamente comprobado que la procesada en su indagatoria se declaró como vendedora de marihuana y que en un memorial presentado ocho (8) días después, y en la ampliación de indagatoria que se produjo dos (2) días más tarde, se declaró adicta a la marihuana y afirmó que la cantidad que se le había decomisado estaba destinada a su consumo personal. Esta posición rectificadora de la inicialmente tomada por ella no fue atendida en las instancias y se desembocó en una

condena por compra y venta de marihuana a pesar de que se dijo, en un examen médico-legal que se le practicó posteriormente, que presentaba signos y síntomas de tensión emocional posiblemente derivada de una adicción a la marihuana. En otros memoriales y en el interrogatorio de audiencia la procesada persistió en afirmar que era adicta al tóxico. Comprobado queda también que los juzgadores no creyeron sus ampliaciones de la inicial versión y resultó condenada como compradora y vendedora de marihuana.

Si se tiene en cuenta que el inciso segundo del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, se refiere a la drogadicción cuando incluye allí las palabras "dosis personal", resulta natural que para la determinación de si una cantidad de droga o sustancia es o no "dosis personal", debe recurrirse a la peritación médico-legal prevista en el artículo 39 del Decreto en cita. Se dirá que la procesada, y así se ve en la sentencia impugnada, no era drogadicta sino expendedora del tóxico, caso éste último en donde para nada juega la "dosis personal". Resulta, sin embargo, que poco después de su indagatoria empezó a rectificar su dicho inicial para afirmar que usaba la marihuana desde nueve años atrás pero le daba vergüenza decirlo y creyó que declarándose vendedora obtendría una pena menor. Si esta afirmación no tuviera respaldo alguno dentro de la sumaria podría pensarse perfectamente en que se trataba de un subterfugio tendiente a la obtención de un tratamiento penal más benigno, pero en el expediente aparece el examen médico-legal que se le hizo y que reveló una tensión emocional que bien podía originarse en una adicción connábrica. Es indudable que este dictamen, no objetado por nadie, presta un fuerte apoyo a la retracción de la procesada en su versión inicial.

De lo dicho se desprende que debió ahondarse en el examen médico-legal de la procesada y, como lo dice el artículo 39 del Decreto en cita, de esta manera los peritos habrían podido tener en cuenta la cantidad de sustancia decomisada en su poder, 14,3 gramos, que no es mucha y una posible historia clínica suya o, al menos, su situación clínica, en orden a determinar si se estaba o no en presencia de la llamada "dosis personal" y de si quien la portaba podía ser considerada o no como adicta al tóxico.

El recurrente afirma que de esta manera se dificultó la defensa de la procesada pero ello, si bien se mira el expediente, no resulta cierto que la defensa se hubiera sentido trabada en ningún momento en el desarrollo de su misión y que con

los elementos probatorios de que disponía bien pudo plantear la hipótesis de la drogadicción en lugar de una exención total de responsabilidad. En cuanto al procedimiento a seguir en estos casos resulta claro que es el mismo cuando se trata de cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

La nulidad en este caso se encuentra en un punto relativo a la competencia juzgadora. Si se hubiera precisado si la procesada era o no drogadicta y si se hubiera dicho, científicamente, que la cantidad que se le decomisó corresponde a una dosis personal, es decir, si se hubiera despedido ese "posiblemente" tan dubitativo que se encuentra en el dictamen de los médicos legistas, bien podía haber sucedido que la competencia para conocer de este asunto radicara en el Juzgado Municipal y no en el Juez de Circuito. Lo anteriormente dicho porque el artículo 4º de la Ley 17 de 1975 coloca como de competencia de los Jueces Penales Municipales: "... los delitos a que se refiere el artículo 38 del Decreto 1188 de 25 de junio de 1974, cuya instrucción estará a su cargo". La misma norma en un segundo inciso establece: "En caso de duda acerca de si se trata o no de dosis personal, la instrucción del sumario corresponde al Juez Municipal mientras se produce la peritación médico-legal a que hace referencia el artículo 39 del Decreto 1188 de 25 de junio de 1974". Esta disposición modifica el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal sobre competencia de los Jueces Penales Municipales.

En estas condiciones sí se presenta una nulidad que está prevista en el artículo 210, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal y que, aunque no aparece alegada por el Ministerio Público recurrente, ni por el Procurador quien coadyuva su demanda, debe declararse por ser protuberante ya que en verdad, sin el agotamiento de las diligencias de rigor (observancia plena del artículo 39 del Decreto 1188 de 1974) asumió la competencia juzgadora el Juez Penal del Circuito.

La nulidad de que se trata arranca desde el auto mediante el cual el Juez Penal del Circuito cerró la investigación sin estar comprobada su competencia juzgadora. Esta declaración la hace la Sala con base en el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal ya que la causal de casación aceptada es la del numeral 4º del artículo 580 del mismo Código.

Al tomar esta determinación resulta claro que no existe auto de calificación en el proceso. Y es evidente también que han transcurrido más de ciento ochenta (180) días desde el momento en

que la procesada fue privada de libertad en forma efectiva. Se contempla así la hipótesis de libertad prevista en el numeral 9º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975 que corresponde al artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

Suele la Corte, y así lo ha dicho en jurisprudencia reiterada, devolver estos casos para que el Juez competente, único que puede hacerlo, diga si se está o no en presencia de la hipótesis prevista en el tercer inciso de la disposición citada en el párrafo anterior, esto es, para que se pronuncie acerca de si existe o no mérito para dictar auto vocatorio a juicio, previa solicitud de excarcelación por prolongado transcurso del tiempo sin calificación. En este caso dispone la ley que si dicho mérito existe se negará la excarcelación solicitada, se cerrará la investigación y calificará el proceso dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del término de traslado a las partes. Y que si dicha calificación no se produce en el término indicado se decretará inmediatamente la excarcelación.

No se da tal hipótesis en este caso porque no se sabe con exactitud, y de allí la nulidad, quién es el juzgador competente y, en consecuencia, quién puede adoptar, privativamente, la medida a que se refiere el inciso comentado. Es más: tal como queda el proceso este asunto debe ir al Juzgado Penal Municipal porque al existir "duda acerca de si se trata o no de dosis personal, la instrucción del sumario corresponde al Juez Municipal, mientras se produce la peritación médico-legal a que hace referencia el artículo 39 del Decreto 1188 de 25 de junio de 1974", según reza el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 17 de 1975, caso en el cual es claro que un simple instructor no puede adoptar la medida de que se trata, así exista la posibilidad de que resulte competente una vez obtenida la peritación médico-legal.

En estas condiciones es claro que no puede sacrificarse el derecho que tiene la procesada a obtener la libertad provisional, y corresponde a esta Sala, competente en razón del recurso extraordinario, decretar la libertad dicha por el solo vencimiento del término de ciento ochenta (180) días, contados a partir de la privación efectiva de la libertad, sin que se hubiere calificado

aquí el mérito de la sumaria (artículo 7º, Ley 17 de 1975, inc. 1º del num. 9º).

Al prosperar el cargo que reconoce la nulidad de la actuación cumplida queda la Sala relevada de penetrar en el estudio del segundo. Este segundo cargo fue formulado en primer término por el demandante pero el Procurador 2º Delegado en lo Penal al coadyuvar el libelo en el cargo de nulidad lo colocó en primer término, para adecuarlo así a la técnica del recurso.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

CASAR la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado en este proceso desde el auto que declaró cerrada la investigación, inclusive, y ordenar que se rehaga el proceso para enmendar el vicio de que se trata en la parte motiva de esta providencia.

Por lo resuelto en el punto anterior este proceso queda sin calificación legal y, en vista de que la procesada ha permanecido en detención preventiva un tiempo superior a ciento ochenta (180) días, se le concede libertad provisional mediante caución de doscientos pesos (\$ 200.00) con base en lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 7º de la Ley 17 de 1975, correspondiente al 453 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia. Para el cumplimiento de esta medida se comisiona al Juez 1º Penal del Circuito de Sevilla, a quien se librará la comunicación respectiva.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

¿Qué se entiende por falta de defensa Constitucional?

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 8 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 86.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 22 de marzo del año en curso confirmó la del 18 de diciembre del pasado, proferida por el Juzgado Séptimo de este Circuito, reformándola en el sentido de fijar en cuatro (4) años y seis (6) meses la pena de presidio impuesta a José Guibue Chinén así como también condenándolo a pagar la suma de \$ 10.000.00, de multa a favor del Fondo Nacional de Estupefacientes como responsable, en calidad de autor, de la infracción penal de que trata el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 (tráfico de estupefacientes).

Contra dicha providencia interpuso el procesado, en tiempo oportuno, el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible.

Hechos y actuación procesal

El día 8 de marzo del año pasado en una nave de la empresa "Aerolíneas Argentinas" que aterrizó en el aeropuerto "El Dorado" de esta capital venía el ciudadano peruano José Guibue Chinén a quien, por su comportamiento sospechoso, sometieron a registro los agentes de la Policía Judicial destacados en ese sitio y, en cuyas maletas, encontraron, en un doble fondo, varias bolsas de polietileno que contenían una sustancia amarilla pastosa que, pesada dio un total de 4.444 gramos repartidos en 32 pequeñas

bolsas. En las mismas maletas se encontró ropa que Guibue Chinén reconoció como suya y en poder de dicho individuo se hallaron unos tickets de equipaje cuyo número correspondió al que traían las maletas.

Sometida a análisis dicha sustancia en el Laboratorio de Toxicología del Instituto de Medicina Legal dio resultado positivo para cocaína base en diversas concentraciones, todas mayores del 80%.

Los agentes aprehensores rindieron (fl. 2) el correspondiente informe en que dan cuenta de la captura del procesado y del encuentro de la cocaína en las maletas. Se ratificaron posteriormente, bajo juramento, en dicho informe (fls. 26 y vto. 42 y 43).

Interrogado en forma injurada el sindicado negó que le pertenecieran las maletas así como también transportar cocaína (fl. 16).

Se sometió a confrontación con los agentes aprehensores y en diligencia de tal género practicada con el agente Orlando Torres Fonseca, éste sostuvo que el sindicado había reconocido como suyas las maletas en que se encontró la cocaína, cosa que Guibue Chinén persistió en negar (fl. 95).

Es de advertir que en estas diligencias el sindicado estuvo asistido por un apoderado de oficio.

Perfeccionada la investigación y cerrada, se profirió, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bogotá, al que le correspondió el proceso en reparto para su conocimiento, auto de proceder con fecha 20 de septiembre de 1978 llamándose a juicio como infractor del Decreto 1188 de 1974.

En providencia posterior, se le nombró defensor de oficio al cual se notificó debidamente la providencia mencionada sin que hubiera interpuesto recurso contra el mismo.

Ejecutoriada dicha decisión, se adelantó el juicio durante el cual no se produjeron pruebas. Se verificó la audiencia en la cual el defensor hizo una extensa defensa de su representado y pidió la absolución basándose, principalmente, en que éste no había reconocido como suyas las dos maletas decomisadas.

El 18 de diciembre del año últimamente mencionado se profirió sentencia condenatoria en la que se citaron, como base las declaraciones de los agentes aprehensores así como también los tiquetes de equipaje destacándose la correspondencia de los números entre los que llevaba el acusado y los que había adheridos a las maletas.

Consultada dicha sentencia, el Tribunal decidió por la que es materia del presente recurso en la que, para confirmar lo resuelto por el inferior, se basa en los informes antedichos, así como también en el hecho de haber aceptado Guibue Chinén que una de las maletas la traía él aun cuando añadiendo que había llegado a su poder por equivocación. Además se fundó el Tribunal en los tiquetes de equipaje de dichas maletas así como también en haberse negado a aceptar que la ropa contenida en dichas maletas le pertenecía pese a que era de su misma talla.

*Demanda de casación y respuesta
de la Procuraduría*

Dos cargos hace el actor a la sentencia recurrida, el primero de ellos en el ámbito de la causal cuarta de casación y el segundo en el del inciso segundo de la primera. Se resumen a continuación y, con cada uno de ellos, la correspondiente respuesta del Ministerio Público representado por el Procurador Segundo Delegado Penal.

Primer cargo. Causal cuarta. Sostiene el demandante que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad de rango constitucional por violación de una de las garantías consagradas por el artículo 26 de la Carta ya que, según su decir, el procesado careció de defensa adecuada.

Sostiene el actor que Guibue Chinén fue detenido por simple sospecha de portar cocaína, habiéndosele atribuido la propiedad de dos maletas que contenían una sustancia que a los aprehensores les pareció fuera ese alucinógeno y que, a pesar de haberlo sometido a diversas diligencias, no se le nombró abogado que lo asistiera en ellas, manteniéndolo retenido, sin auxilio de un profesional, durante cinco días al cabo de los cuales se le indagó. Pese, continúa diciendo, a que el

mismo sindicado nombró apoderado y que, después se le designó uno de oficio, ninguno de los dos hizo nada en su favor. Por ejemplo, no fue apelado el auto de proceder así como tampoco se interpuso recurso de alzada contra la sentencia.

Replica la Procuraduría que no es cierto hubiera carecido el recurrente de defensa adecuada pues desde el principio se le advirtió del derecho que tenía de designar un apoderado y que tampoco durante el juicio estuvo desprovisto de ella pues prueba de que la tuvo es la extensa intervención del defensor en la audiencia pública.

Segundo cargo. Causal primera. Estima el casacionista que en la sentencia se violó, de modo indirecto, la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de la prueba por habersele atribuido la propiedad de las maletas y no estar demostrado que se le hubieran decomisado a él los tiquetes de equipaje que correspondían a ellas, no apareciendo, de otra parte, probada la coincidencia de los números de unos y otras.

Replica el Ministerio Público que la sentencia condenatoria no se basó solamente en el indicio de los tiquetes de equipaje sino también en otras pruebas, por ejemplo, las declaraciones de los agentes aprehensores y las confrontaciones de estos con el sindicado.

Pide que tanto este cargo como el anterior, sean desechados.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. No existe, a juicio de la Sala, la pretendida nulidad constitucional por falta de defensa que alega el demandante.

En efecto, no basta que el censor considere que hubo defensa defectuosa de un sindicado sino que es necesario establecer en forma aceptable, que careció de ella en forma que la ausencia de un defensor o la absoluta ineficacia del mismo, comprometieron gravemente el derecho del sindicado e hicieron que lo que pudiera haber sido una absolución, se convirtiera en una condena. Pero para ello hay que señalar, por lo menos, las fallas protuberantes de la defensa, mostrar cómo dejó de aprovechar elementos de prueba y recursos que hubieran variado fundamentalmente la suerte del proceso.

Nada de eso ha hecho el actor quien se ha limitado a la simple negativa, infirmada, de otra parte, por los autos, de que el procesado no estuvo adecuadamente defendido, sin ensayar siquiera una demostración positiva de la forma como hubiera podido atenderse a sus intereses.

Además, como se acaba de señalar, no careció el recurrente de asesoría letrada ya que tuvo la oportunidad de designar apoderado desde el momento en que fue aprehendido y desde la indagatoria fue dotado de uno de oficio, colaborando también en su propia tutela con la designación de un abogado.

Y, como lo señala el Procurador, en la audiencia pública el defensor alegó en forma extensa en su favor no siendo por falta de diligencia de su parte por lo que sus planteamientos no fueron aceptados sino por la abrumadora fuerza de las pruebas contrarias al procesado.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. El error de hecho en la apreciación de la prueba no ha sido, en forma alguna, establecido por el censor. No basta decir que erró el Juez en la de un determinado medio de prueba sino que es necesario demostrar que incurrió en falsa valoración del mismo o que omitió una prueba favorable o supuso la existencia de una contraria al procesado. Y por otra parte, es indispensable establecer que dicho error aparece en forma manifiesta en los autos y que incidió, de modo determinante, en la suerte del proceso.

En el presente caso el censor acusa al Tribunal de haber interpretado erróneamente la prueba de indicio consistente en encontrarse en poder del procesado unos talones o etiquetas de equipaje cuyos números correspondían exactamente a los que estaban adheridos a las maletas.

Insinúa que la presencia de esos tiquetes en manos de las autoridades fue un invento de éstas. Pero tal afirmación no la demuestra en modo alguno ya que la circunstancia de que ese hecho estuviera contenido en el informe de uno de los

agentes, lejos de desvirtuar la fuerza de convicción de la prueba, antes la acentúa porque se trata de uno de los agentes aprehensores, es decir, de quienes requisaron al acusado y decomisaron las maletas.

Por otra parte, como lo hace ver la Procuraduría, no fue esta prueba la única base de la condena sino que también se fundó en las declaraciones de los agentes quienes afirmaron, inclusive en confrontación con el procesado, haberle decomisado a éste los tiquetes de equipaje y oído su aseveración de que las maletas le pertenecían.

Todo esto demuestra que no hubo error en la apreciación de las pruebas y que, por lo tanto, carece de fundamento el cargo que, por ello, no puede ser aceptado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PECULADO

Complicidad necesaria. Elementos de la demanda

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 8 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 86, de 8 de noviembre de 1979.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de veintinueve de marzo del año en curso, condenó a Jesús María Parra Lozano, por el delito de "peculado", a cuatro años de presidio, así como las accesorias pertinentes.

En debida oportunidad se recurrió en casación, recurso que fue admitido en auto de 22 de mayo del año en curso, luego se presentó la correspondiente demanda, que se declaró ajustada a las formalidades de ley, en decisión de treinta de agosto siguiente.

Hechos

El Juez de la primera instancia dijo de éstos: "En los primeros días del mes de noviembre de 1977 se tuvo conocimiento en el Departamento del E-2 del Comando del Ejército, que en el inmueble marcado con el número 74-92 de la carrera 64 de esta ciudad se descargaba del vehículo de placas EJ-Ca-1620, prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares. A su vez se dijo, que el día nueve del mismo mes y año en las horas de la mañana el agente de la policía de placa 08618 fue visto cuando retiraba un par de botas del citado inmueble.

"El anterior informe fue reducido a escrito por el sargento Antonio Campillo Yepes y puesto a disposición del Juez Séptimo de Instrucción

Penal Militar quien ordenó y practicó diligencia de allanamiento al lugar de los hechos, encontrándose dentro del mismo, 158 pares de botas de uso privativo de las Fuerzas Militares, 3 tulas desocupadas también destinadas exclusivamente para uso de las Fuerzas Militares y tres personas que dijeron llamarse respectivamente Jesús María Parra Lozano, Jorge Eliécer Ardila Rey y María De los Angeles Beltrán...".

Actuación procesal

El Juzgado 7º de Instrucción Penal Militar abrió la investigación, el 10 de noviembre de 1977. Este mismo funcionario, el 17, dictó auto de detención preventiva para el sargento 1º Carlos Obando Lucero y el particular Jesús Parra Lozano, por el supuesto delito de "peculado". Después, al dividirse la averigación por razón del fuero del citado Obando Lucero, correspondió al Juzgado 35 del Circuito Penal, el perfeccionamiento y calificación de este proceso. Se produjo, entonces, el llamamiento a juicio de Parra Lozano (mayo 20/78), como cómplice necesario del aludido delito contra la administración pública, confirmado por el Tribunal en auto de tres de agosto del mismo año. Por último, surtida en debida forma la etapa de la causa, el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá, sentenció a Parra Lozano a la pena de presidio de cuatro años, y las accesorias de ley, fallo que no modificó en lo más mínimo el Tribunal Superior.

Conviene advertir que el Comando del Batallón número 1 de Policía Militar, en resolución de 12 de junio de 1978, dio aplicación al artículo 417 del Código Penal Militar, ordenando cesar el procedimiento contra Carlos Obando Lucero (sargento primero), al reconocer la inexistencia de la infracción (las botas no se permutaron, pues simplemente se dejaron guardadas, ya que en el camión no cabían con la máquina para tejer, vendida por Parra Lozano).

La demanda

La fiscal 5ª del Tribunal, quien recurriera en casación sin conseguir que la Procuraduría 1ª Delegada en lo Penal ampliara esta impugnación, invoca la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (“cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”). Un único cargo, al amparo del motivo señalado, presenta la recurrente: “En el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción”.

Y así lo sustenta:

“... En la declaración de indagatoria rendida para el expediente por el Sargento 1º Carlos Olmedo Obando Lucero, funcionario de manejo como almacениsta del Batallón de Policía Militar, dijo que había comprado en doce mil pesos (\$ 12.000.00), una tejedora a Jesús María Parra Lozano, y al utilizar los servicios del conductor Cosme Contreras Pinzón para descargar las botas de uso privativo de las Fuerzas Militares en la vivienda del civil Parra Lozano, dizque para recoger la máquina de tejer ya negociada y regresar más adelante por la referida mercancía depositada allí provisionalmente, es indicativo de que la infracción de peculado ya se había consumado. Este delito es de conducta alternativa y consiste en la apropiación en provecho personal de bienes oficiales, que en el caso de estudio Obando Lucero estaba en la obligación de custodiar. No es un sutil examen de la prueba, sino el recuento de la realidad procesal, ya que lo primero es un aspecto vedado dentro de la técnica del recurso.

“El peculado, según Manzini, es posible únicamente en relación con aquellas cosas muebles que están en posesión del funcionario o empleado público, o el encargado de un servicio público, que le han sido confiadas por ‘razón de sus funciones’.

“Así pues, si el Sargento Primero Carlos Obando Lucero por ‘razón de sus funciones’ tenía como una de sus funciones la de custodiar las ‘botas’ de uso privativo de una unidad Militar, su desplazamiento a otra parte y en el caso analizado a las habitaciones del particular Jesús María Parra Lozano, no constituía por parte de éste último ‘un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse’ el delito contra la Administración Pública. En efecto, en primer término, el ilícito de peculado ya se había consumado por parte del militar Obando Lucero,

de otro lado, la mercancía podía ser llevada a sitio distinto, y finalmente, la actividad del cómplice es indispensable para una verdadera adecuación típica por la infracción descrita en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951...”.

De ahí que sostenga como conducta propia del sentenciado, un delito de “encubrimiento, debiendo darse aplicación al ordinal 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal”.

Consideraciones de la Sala

En la demanda sólo se considera, en forma aislada y estática, el último acto de la actividad del Sargento Primero Obando Lucero, o sea, cuando descargó los elementos pertenecientes al ejército, en casa de Parra Lozano. En este momento, al decir de la memorialista, ya se había consumado el comportamiento delictuoso de Obando Lucero, esto es, su acción peculadora. Lo que seguía, especialmente lo relacionado con Parra Lozano, se insertaba en otro tipo criminoso: el encubrimiento.

Pero la primera pregunta que resulta de este planteamiento es la de saber cuáles elementos probatorios llevan a esta consideración y, por consiguiente, a descartar las reflexiones del Tribunal, que entendió el obrar de Parra Lozano como propia a una complicidad necesaria en el delito de peculado. El interrogante queda sin contestación, porque la impugnadora se abstiene de fundamentar fácticamente su apreciación y de destacar, en este campo probatorio, los errores advertibles en la sentencia criticada. La importancia del asunto aparece cuando se comprende que el debate no puede circunscribirse a una cuestión puramente jurídica, sino que la errada calificación del vocatorio obedece a una equivocada forma de apreciar los hechos. La deficiencia técnica, en la elaboración de la demanda de casación, surge como notoria. Nótese que el fallo recurrido se detiene a analizar la incorporación de la actividad de Parra Lozano en la de Obando Lucero, en otras palabras, se afirma que la idea y ejecución de hacerse ilícitamente a las botas destinadas al servicio del ejército, surgió conjuntamente en estos dos sujetos y que ambos acordaron la manera efectiva de llevarla a cabo, conviniéndose oportunamente el provecho de cada uno de ellos y lo que debía realizarse o aportarse por los mismos para procurarse ese beneficio. Parra Lozano, debía esperar la entrega de esa mercancía y recibir una máquina tejedora, cumplido lo cual el sentenciado en este proceso seguiría la venta de esas botas,

explotando a este efecto las vinculaciones de uno y otro personaje.

Entonces, si el Tribunal analizó los elementos de convicción para derivar a esta calificación, ¿cómo puede desconocerse esta doble ocurrencia si la recurrente apenas se ocupa de señalar que se trata de un encubrimiento, dejando de lado toda referencia a las reflexiones del Tribunal y omitiendo toda crítica a las probanzas? No es posible llegar a lo último sin haber pasado por lo primero. La demanda, en este aspecto, se resiente de defectuosa y no sirve a los fines que con ella se busca. No se ha intentado demostrar que no se trató de una participación o concurso en el delito de peculado y que solamente se operó un propósito de ocultar o ayudar a ocultar, asegurar o ayudar a asegurar, adquirir o expender, a sabiendas, el producto o fruto del delito. En estas condiciones, subsiste como afortunada y respetable la calificación del Tribunal, y tiene, necesariamente, que desecharse el particular juicio que sobre el mismo aspecto ofrece la casacionista.

Afin con estas glosas, debe además anotarse que la recurrente ofrece argumentaciones contradictorias e incompatibles, posición conceptual que impide fijar su verdadero propósito. Es así como recuerda la relación que debe existir entre la custodia o guarda de las cosas confiadas al agente activo del delito y las funciones por él ejercidas, insinuando la imposibilidad por parte de terceros, que no tienen esa facultad legal, de ser considerados copartícipes o cómplices. Pero la reflexión no logra tomar cuerpo, pues se ignora el grado de adhesión a esta opinión, hoy superada, como también hasta qué punto quiere hacerla valer en su impugnación. Pero el planteamiento se queda en ésto, sin avanzar a una refutación del criterio dominante ni menos de los argumentos que al respecto expusiera el Tribunal.

Pero, igualmente, parece cuestionar la deducción de tener a Parra Lozano, como cómplice ne-

cesario, desconociéndose si lo hace a expensas de la simple afirmación, no desarrollada en debida forma, de que "el ilícito de Peculado ya se había consumado por parte del militar Obando Lucero", o de esta otra, todavía menos pertinente y menos demostrada: "La mercancía podía ser llevada a sitio distinto". Por último, alude a que "la actividad del cómplice es indispensable para una verdadera adecuación típica por la infracción descrita en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951", punto este que no se sabe si obedece a una supuesta falta de comportamiento en el sentenciado, o a que, como lo manifestó en la instancia, no podía ser cómplice de la conducta del sargento Obando Lucero, ya que ésta se desestimó como delictuosa. Pero una y otra cuestión, aparecen huérfanas del debido raciocinio y análisis probatorio, exigibles para descartar los comentarios que al respecto hiciera el Tribunal.

Como fácilmente se observa, estas tesis, algunas de las cuales conducirían a la absolución, contradicen la final petición de producir un llamamiento a juicio por el delito de "encubrimiento".

No prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

No basta con probar el error sino que es necesario demostrar su incidencia fundamental en el fallo

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 8 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 86.

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 12 de marzo del año en curso, condenó a Diego Quevedo Gómez a la pena principal de cincuenta (50) meses de presidio y a multa de \$ 7.500.00 a favor del Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de Salud Pública como responsable del delito tipificado en el artículo 1º del Decreto 1188 de 1974. Así mismo se le condenó a las sanciones accesorias correspondientes.

En la misma providencia se absolvió a Miguel Ernesto Pinzón.

Contra la sentencia mencionada interpuso Quevedo Gómez el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala.

Hechos y actuación procesal

El 14 de abril del año pasado, agentes del Departamento de Seguridad y Control del Municipio de Medellín, teniendo conocimiento de que en el parque "La Matea" de esa ciudad se expendía marihuana, realizaron una batida en ese sitio en donde capturaron a Miguel Ernesto Pinzón Franco a quien sometieron a interrogatorio durante el cual denunció a Diego Quevedo Gó-

mez, como la persona que repartía la yerba. Buscaron los agentes en el sitio donde aquél indicara y encontraron cerca de libra y media de marihuana. Es de advertir que en poder de Miguel Pinzón se hallaron siete papeletas de la yerba y en el de Alvaro González Cárdenas un frasco con semillas de la misma.

El material encontrado y que se dijo desde un principio era de propiedad de Diego Quevedo, pesó 351,869 gramos y al ser sometido a análisis químico-toxicológico por parte del laboratorio de Decypol resultó ser marihuana, (fl. 23).

Iniciada la investigación se recibió indagatoria tanto a Diego Quevedo como a Ernesto Pinzón y se les detuvo precautelativamente.

Cerrada la etapa sumarial, el Juez del Conocimiento que lo fue el 8º de Circuito Penal de Medellín calificó el mérito del sumario con auto de proceder contra los dos individuos nombrados a quienes atribuyó el delito que se dejó mencionado al comienzo de la presente providencia.

En el plenario de la causa se practicaron algunas pruebas y, luego de verificada la audiencia pública, se profirió el 28 de noviembre del año pasado, sentencia condenatoria de primera instancia en la que se impuso a Quevedo pena principal de cincuenta meses de presidio y multa de \$ 7.500.00.

Ya se dijo que el Tribunal había confirmado dicha decisión, en todas sus partes, por medio de la que ahora es materia del presente recurso.

Demanda de Casación y respuesta de la Procuraduría

Dos cargos formula el actor a la providencia recurrida, ambos en el marco del segundo cuerpo de la causal primera de casación. Se resumen a continuación y luego de cada uno de ellos se

hace lo mismo con el concepto del Procurador Primero Delegado Penal quien lleva, en este recurso, la voz del Ministerio Público:

Primer cargo. Sostiene el censor que hubo violación indirecta de la ley penal sustancial por haberse cometido, por parte del Tribunal, los siguientes errores de hecho en la interpretación de las pruebas:

a) Atribuyó a Diego Quevedo la actividad de expendedor de marihuana a pesar de que no se le decomisó este elemento;

b) Dio por demostrado, sin estarlo, que Quevedo era el dueño de toda la marihuana decomisada por los detectives;

c) Igualmente tuvo como demostrado que Quevedo Gómez fue quien suministró la marihuana a Pinzón Franco;

d) Dio a los Agentes de Seguridad y Control del Departamento una credibilidad que éstos no merecían; y,

e) Lo mismo hizo con Pinzón Franco siendo así que éste no es un testigo idóneo y que, además, se retractó de su dicho inicial.

Replica la Procuraduría que hay error de técnica en el planteamiento de este cargo por cuanto el actor dice que el Tribunal incurrió, al mismo tiempo, en error de hecho y de derecho, lo cual no es posible pues las dos categorías se excluyen mutuamente defecto que impide entrar a considerar la censura.

Segundo cargo. También, como se ha dicho, en el marco del segundo aparte de la causal primera de casación, sostiene el demandante que el *ad quem* condenó a su patrocinado como expendedor de marihuana, esto es, por violación del inciso primero del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 con base en la declaración de Pinzón Franco, olvidándose o no tomando en cuenta la retractación que hiciera dicho individuo.

Dice el Procurador que el casacionista sustenta este cargo en una serie de consideraciones de carácter personal que podrían tener importancia en las instancias pero no en casación ya que en este recurso es necesario demostrar, no sólo que hubo error en la apreciación de la prueba sino que fue tan notorio que sin esfuerzo pueda advertirse y que, además, era tan grave que, sin él, la sentencia hubiera tenido sentido diverso, ninguna de las cuales características ha demostrado el censor respecto al pretendido error en la apreciación de esta prueba.

Pide, en consecuencia, que no se case la decisión recurrida.

Consideraciones de la Corte

Se examinarán, en seguida, por aparte, cada uno de los cargos aducidos contra la sentencia.

Primer cargo. *Aun cuando la materia de esta censura guarda íntima relación con la del otro cargo, el actor ha dividido éste en cuatro partes formulando otras tantas afirmaciones contrarias a los fundamentos de la condena contra Quevedo.*

En realidad tanto estas críticas como la contenida en el segundo cargo se enderezan contra las bases probatorias de la decisión del Tribunal que son tres: la declaración de Pinzón Franco, la del menor Restrepo Melguizo y las de los agentes de policía que adelantaron la operación.

Estos últimos estaban ya enterados de que Quevedo era distribuidor de marihuana, conocían a Pinzón y sabían que también éste lo hacía aun cuando como minorista, si así puede decirse. En otras palabras, sabían que era Quevedo quien surtía a otras personas entre ellas a Pinzón y que todos tenían su centro de operaciones en el parque "La Matea" y hacia allá se dirigieron logrando capturar, en primer término, a Pinzón quien dijo que había sido detenido para disimular la captura de Quevedo.

Es pues, fundamental la declaración de Pinzón quien, sin vacilaciones, señaló a Quevedo como distribuidor de la yerba y dijo donde podía encontrarse la mayor provisión de ésta. Tales aseveraciones encontraron apoyo en el dicho del menor Restrepo quien había visto a Quevedo en esas actividades.

El censor debió, en consecuencia, demostrar que en la apreciación de estas declaraciones el Tribunal había cometido error ostensible y grave, es decir, que consideró probados hechos que no lo estaban o al contrario, omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados en el proceso o tuvo como comprobados hechos que eran manifiestamente contradictorios entre sí, todo ello en forma tal que, de no haber cometido esos yerros, el sentido de la sentencia habría sido completamente distinto al que se le dio.

Porque, no basta comprobar el error sino que es necesario demostrar su incidencia fundamental en el fallo y, además, la calidad de aquél que no es cualquier clase de yerro el que se consideró suficiente por el legislador para que se case un fallo sino aquél que por su naturaleza manifiesta no podía pasar inadvertido a los ojos del juzgador.

Además de eso, se debe demostrar la relación que el error probatorio tuvo en la aplicación de las normas sustanciales pues la violación indirecta implica necesariamente un doble planteamiento de la censura: en relación con la norma procesal que se considera infringida y, respecto a la disposición sustancial que se dejó de aplicar o que se aplicó sin ser pertinente o a la que se dio un alcance que no tenía.

Todo esto falta en la demanda en que se hacen ciertamente consideraciones críticas sobre la apreciación de la prueba por parte del Tribunal pero no se logra darle a la censura la entidad y grado que debería tener para hacer que se case la sentencia.

Debe, por lo tanto, desecharse este cargo.

Segundo cargo. Pese a que el actor ya había criticado, en el aparte anterior, la actitud del Tribunal al tomar como prueba principal de la condena la declaración del procesado Miguel Ernesto Pinzón Franco, insiste en esta misma censura aun cuando ya no tanto por el aspecto de la retractación de este declarante como por lo que hace a sus condiciones personales.

Pero tampoco aquí logra darle a sus críticas la entidad suficiente para considerar como error ostensible y grave de hecho la apreciación que de ella hiciera el sentenciador.

Porque olvida, en primer término, el demandante, que Pinzón Franco no rehuyó acusarse a sí mismo como expendedor de marihuana y que el Tribunal aceptó que había cometido el hecho que la ley describe como delito pero no le dedujo responsabilidad porque encontró justificada su conducta por estado de necesidad ya que consideró demostrado su absoluto desamparo físico y económico y aceptó que se hubiera dedicado a esa actividad ilícita como recurso extremo para poder subsistir.

En consecuencia, la acusación que hace a su correo Quevedo Gómez no tenía por finalidad eludir la propia responsabilidad penal sino declarar la verdad, así pudiera perjudicarle a él mismo.

Ciertamente el denominado "llamamiento del correo" (chiamata del correo), solo puede ser considerada como un indicio y no puede elevarse a la categoría de plena prueba menos aun en aquellos casos en que el correo se haya retracta-

do, a menos que esté apoyado por otras pruebas, porque entonces, como dice la jurisprudencia italiana "está bien puesto como base de convicción del Juez el llamamiento del correo aunque luego retractado en parte, si está corroborado por otros elementos del proceso" (ver Manzini, Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo III, pág. 493, nota 47), que es precisamente lo que sucede en el caso de autos.

De otra parte, la insistencia del censor en el hecho de que el correo Pinzón Franco era o es un epiléptico no alcanza a menoscabar su credibilidad pues es bien sabido que aunque la personalidad de estos individuos llega a estar perturbada, menos ciertamente en aquellos que padecen crisis comiciales que en los que sufren de equivalentes epilépticos, no basta la afirmación de que se trate de enfermos para viciar su dicho sino que es necesario demostrar que existe relación directa entre su dolencia psíquica y una determinada afirmación porque ocurre con ellos, como con otros que padecen anormalidades mentales, que en determinados momentos están en condiciones de decir la verdad, no solo porque hayan percibido correctamente los hechos sino porque han guardado exacta memoria de los mismos y deponen de ellos sin alterarlos, como cualquier persona normal.

No se ha demostrado tampoco, en este cargo, el fundamento del mismo y debe, por consiguiente, desecharse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el parecer del Procurador Primero Delegado Penal y acorde con el mismo,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Jesús Bernal Pinzón, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD

Hechos diferentes y no delito continuo. Aunque sean similares son distintos.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 23 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 90.

Vistos

Agotada la etapa procesal procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el sindicado Jorge Eliécer Vergara Acuña contra la sentencia originaria del Tribunal Superior de Bogotá que, reformando la de primera instancia, lo condenó a la pena principal de dos años de presidio y a las accesorias de ley como responsable del delito de falsedad en documentos públicos.

Hechos y actuación procesal

El Procurador Delegado los sintetiza en la forma que se dice a continuación:

El 17 de octubre de 1969 Jorge Eliécer Vergara Acuña se presentó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca identificándose como José Manuel Vergara Contreras, abogado titulado de la Universidad Nacional de Colombia, recibido y autorizado para ejercer la profesión por el Tribunal Superior de Bogotá. Para lograr la inscripción que pretendía exhibió la cédula de ciudadanía número 145172 de Bogotá y el acuerdo número 14 del 16 de noviembre de 1964 del citado Tribunal Superior, que ostentaban la fotografía del suplantador Vergara Acuña pero que figuraban a nombre del verdadero profesional del derecho, doctor José Manuel Vergara Contreras.

Inscrito en la forma indicada, Jorge Eliécer Vergara Acuña intervino como apoderado de Francisco Colorado en un sumario adelantado en su contra.

La investigación se inició por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca el 4 de agosto de 1970, tan pronto como se tuvo noticia de la suplantación. Se practicaron varias pruebas y se trajeron copias de las sentencias de primera y segunda instancias respectivamente del Juzgado Segundo Superior del Espinal y Tribunal Superior de Ibagué, según las cuales Jorge Eliécer Vergara Acuña fue condenado a la pena principal de tres años de presidio por el delito de falsedad documental, consistente en haber efectuado su inscripción como abogado titulado a nombre del doctor José Manuel Vergara Contreras el 20 de noviembre de 1969 en el Juzgado Segundo Penal Municipal del Guamo, mediante la presentación de la cédula número 145172 de Bogotá y acuerdo número 014 de diciembre 16 de 1964, que figuraban a nombre del doctor Vergara Contreras (fls. 107 y ss.). La conducta delictual de Vergara Acuña los juzgadores la encontraron adecuada al tipo penal del artículo 233 del Estatuto Penal, vigente, en concordancia con el artículo 231, numeral 2º, ibídem.

Con fundamento en las sentencias antes enunciadas Vergara Acuña pidió aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal el 4 de mayo de 1976, por considerar prescrita la acción penal y ser los hechos que aquí se investigan, los mismos que allí fueron juzgados. El Juzgado Séptimo Superior de Bogotá negó la aplicación de la norma, toda vez que, si bien la adecuación típica de la conducta investigada dentro de este proceso es similar a la que se investigó y falló en el otro proceso, esta es diferente a la fallada y constituye un hecho punible distinto cometido por el mismo sujeto en circunstancias temporo-espaciales diversas. La determinación

fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 11 de diciembre siguiente (fls. 169 y ss. del cuaderno de copias).

Cerrada la investigación el Juzgado Séptimo Superior de Bogotá dictó auto de proceder contra Jorge Eliécer Vergara Acuña el 24 de marzo de 1977 por el delito de falsedad, al tenor de lo preceptuado en el artículo 233 del Código Penal, en concordancia con el 231, numeral 2º, ibídem (fls. 171 y ss.).

En la audiencia pública realizada el 8 de marzo y el 19 de julio de 1978, el señor Fiscal del Juzgado respondió las inquietudes planteadas por el procesado en sus reiteradas solicitudes de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y, acorde con el auto enjuiciatorio pidió sentencia condenatoria para Jorge Eliécer Vergara Acuña. El defensor del Procesado pidió para éste un examen psiquiátrico, que realizado (fls. 278 y ss.), si bien demostró el trastorno de personalidad conocido como "Personalidad impulsiva o explosiva", no fue catalogado dentro del artículo 29 del Código Penal. Además insistió en que la norma violada por su defendido no es la prevista en el artículo 231, numeral 2º, en concordancia con el artículo 233, sino la prevista en el artículo 244, del Código Penal, y por ende impetró sentencia absolutoria.

El Juzgado Séptimo Superior de Bogotá en sentencia del 21 de julio de 1978 condenó al encartado a la pena principal de seis años de presidio y relegación a colonia agrícola por cinco años, como pena accesoria, entre otras; pero el Tribunal Superior, en fallo del 12 de diciembre siguiente, que es objeto de este recurso extraordinario, la reformó en el sentido de reducir la pena principal a dos (2) años de presidio.

La demanda de casación

Al amparo de las causales cuarta y primera enumeradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formulan dos cargos a la sentencia acusada, así:

Cargo primero. Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

Se argumenta por la censura que con violación del principio universal de derecho del *nom bis in dem* el procesado recurrente fue juzgado dos veces por unos mismos hechos. Primero, por el Juzgado Segundo Superior del Espinal, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, y luego por el Juez Séptimo Superior de

Bogotá y por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

Se considera.

El Procurador repara cómo el actor carece de razón en sus argumentaciones, pues si bien es cierto que fue juzgado por los jueces de dos distritos judiciales diferentes, lo es igualmente que los hechos por los cuales fue comprometido en juicio criminal, por falsedad en documentos públicos, siendo similares, son distintos.

La primera conducta fue realizada por el procesado el 17 de octubre de 1979 en la población de Guasca, y la segunda, dos días después, en la población del Guamo, el veinte de noviembre del mismo año. Los dos se consumaron en circunstancias de tiempo, modo y lugar inconfundibles y configuran delitos independientes, sometidos a una misma competencia funcional, pero a competencias territoriales autónomas. Resulta contrario a la verdad, por ello, afirmar, como lo hace el recurrente, que los dos hechos conforman uno solo, como consecuencia de lo cual se hubiere incurrido por el sentenciador en las violaciones legales y constitucionales apuntadas por aquél.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 233 del Código Penal y por falta de aplicación del artículo 244 ibídem al efectuar la dosimetría de la pena.

Para sustentar el cargo el demandante afirma que Jorge Eliécer Vergara Acuña ya había sido juzgado por los Jueces competentes del Tolima por haber falsificado una cédula de ciudadanía y de un acuerdo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por lo cual ni podía ser juzgado nuevamente por unos mismos hechos por los jueces competentes de la Capital de la República ni condenárselo como reincidente.

Se considera.

Las argumentaciones anteriores se hacen con franca desfiguración de los hechos, pues ya se dijo que con base en unas mismas falsedades protagonizó hechos distintos, primero en la población de Guasca y posteriormente en la del Guamo, pertenecientes las dos a jurisdicciones distintas, por razón del territorio. Es decir que los documentos falsos fueron utilizados en dos

ocasiones distintas y si en ambas oportunidades la conducta realizada por el acusado configura un mismo tipo penal, no por dicha circunstancia pierden su autonomía ni se confunden en un solo hecho.

El cargo resulta por dicho modo irrelevante y sin fundamento ninguno.

No prospera.

Con base en las consideraciones precedentes la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Delegado y acorde con él, administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAUSAL 4ª DE CASACION

Su demostración

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 28 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 90, de noviembre 23 de 1979.

Vistos

Se procede a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Octavio Buitrago Avila contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior Militar que, confirmando la de primera instancia, lo condenó a la pena principal de treinta y seis meses de prisión, como responsable del delito de extorsión. La sentencia fue dictada el día cuatro de agosto de 1978.

Hechos y actuación procesal

En las instancias se consignaron en la forma que se lee a continuación:

“El 27 de mayo del presente año (1977), en las horas de la tarde se hicieron presentes en la oficina número 304 de la Calle 13 número 9-33 de propiedad del señor Luis Alberto Buitrago Pulido, dos individuos que haciéndose pasar como agentes del B-2 del Ejército y alegando que el dueño de la oficina había confeccionado algunos documentos que lo perjudicarían puesto que podría ser detenido, le exigieron la suma de \$ 50.000.00, de los cuales recibieron \$ 4.400.00, aproximadamente en dinero efectivo, para luego llevarse dos equipos de fotografía..., una máquina de escribir... y una grabadora, que su legítimo propietario estimó en la suma \$ 60.000”.

“El denunciante Luis Alberto Buitrago Pulido describió a las personas que cometieron el de-

lito, explicando las circunstancias en que se presentaron a su oficina y de cómo se hicieron pasar ante él como agentes del B-2 del Ejército, afirma que el individuo gordo que precisamente es Jaime Cortés Arias, le sostuvo que había trabajado como guardián en la Modelo.

En el informe suscrito por el agente secreto y que fue debidamente ratificado, se asevera que el señor Buitrago Pulido al pasar por la calle 20 número 12-86 reconoció a los extorsionistas, dando lugar a que el Instructor decretara el allanamiento del inmueble y con posterioridad a las residencias ubicadas en la calle 72A número 52-75 y calle 72A número 52-43, cuyos resultados aparecen al folio 22 y siguientes del proceso”.

Los vocales intervinientes en el Consejo de Guerra Verbal convocado por el Comandante de la Brigada de Institutos Militares contestaron afirmativamente los cuestionarios sometidos a su veredicción y acorde con ella el Juez de Primera Instancia profirió sentencia condenatoria, la que apelada recibió confirmación por el Tribunal Superior Militar.

La demanda

Al amparo de las causales primera y cuarta se formulan dos cargos a la sentencia.

Cargo primero.

El fallo viola en forma directa los artículos 37, 38 y 39 del Código Penal. E infringe igualmente, por indebida aplicación, el artículo 406 del Código Penal y la Ley 21 de 1973, artículo 12.

Demostración del cargo.

El pronunciamiento del Tribunal Superior Militar —se dice— al confirmar el de primer grado, cargó a la cuenta del procesado, sin com-

petencia para hacerlo, circunstancias agravadoras de su responsabilidad que no le habían sido deducidas por el jurado, cuya veredicción no fue declarada contraevidente y, por lo mismo, debía ser acogida en su integridad. Así, pues, cuando el sentenciador agravó la pena mínima que le correspondía, por considerar que en su caso se daban circunstancias de mayor peligrosidad, violó directamente, por indebida aplicación, el artículo 37 del Código Penal. Y el 38 *ibídem*, que no lo tuvo en cuenta para imponer el mínimo de la pena prescrita para el delito de extorsión al sindicado, dejando de lado las circunstancias de menor peligrosidad. Y en la misma forma violó el sentenciador el artículo 39 al imponer al procesado la pena de treinta y seis meses de prisión, en condiciones que le correspondían veinticuatro meses solamente, es decir, el mínimo previsto en el artículo 429 del Código Penal, por no existir en su contra ninguna circunstancia de mayor peligrosidad.

Segundo cargo.

Causal cuarta. Se afirma que se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad. Y se argumenta de la siguiente manera: "Por formas propias del juicio, se entienden los requisitos o condiciones que la ley establece en orden a evitar que la sanción que se imponga al acusado no sea el resultado de actuaciones arbitrarias o caprichosas, sino consecuencia lógica de un debate judicial iniciado y adelantado con arreglo a la ley sustancial...".

Y en otro aparte: "El reconocimiento de mi cliente en fila de soldados es un acto muy diciente, esto teniendo en cuenta las nulidades reconocidas por nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, llamadas constitucionales, extralegales o supralegales, que resultan de ciertas actuaciones procesales, no previstas como causales en ley en las que de manera ostensible y grave se viola el derecho de defensa o las normas superiores que gobiernan el proceso".

Concepto del Ministerio Público y consideraciones de la Corte

Acorde con el criterio de su colaborador fiscal la Sala comienza por estudiar la causal cuarta invocada por el recurrente, puesto que de prosperar la censura sería inútil estudiar el resto de la acusación.

Por las transcripciones que se hicieron líneas atrás está claro que el actor fundamenta la invocación de la causal cuarta de casación, afirmando

que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad, con razones de orden teórico exclusivamente, sin referencia concreta á los derechos o garantías fundamentales que —según él— fueron negados a su patrocinado. No dice en qué forma fue lesionado el derecho de defensa. Enumera sí que el reconocimiento del sindicado en rueda de soldados fue un acto arbitrario. Pero olvida precisar su aserto. Advierte que el denunciante es persona con amplios antecedentes penales y policivos, pero no niega que su cliente sí cometió el delito por el cual fue condenado. De todo lo cual resulta la proposición de un cargo de nulidad supralegal en los procedimientos seguidos por la justicia castrense, sin demostración valedera. Mejor aun, sin demostración ninguna.

Tampoco el cargo segundo que se ofrece a la consideración de la Corte como violación directa de los artículos 37, 38 y 39 del Código Penal, aplicados indebidamente, encuentra asidero en las demostraciones del recurrente.

La censura consiste en la aseveración de que el Tribunal de instancia carecía de competencia para deducir circunstancias de mayor peligrosidad contra el sindicado, competencia que, según el actor, es privativa de los vocales de los consejos de guerra o de los juicios penales ordinarios.

Ocurre justamente lo contrario. Es verdad que los jurados y los vocales deciden sobre la responsabilidad del procesado y que su veredicción debe ser acogida por los jueces de derecho, a menos que la declaren contraevidente. Pero es igualmente verdadero que la aplicación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad incumbe privativamente a los jueces de derecho, todo de conformidad con las disposiciones citadas por el recurrente.

Por último: Si tanto el fallador de primera instancia como el Tribunal Superior Militar al absolver la consulta de la sentencia tuvieron en cuenta "la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal", el que hubiese el procesado consumado el delito que se le atribuye y por el cual fue encontrado responsable por el jurado, en complicidad con otro, previamente concertada, como lo apunta el Ministerio Público, esa circunstancia de mayor peligrosidad, expresamente contemplada en la ley antes citada, obliga al juzgador a deducir las correspondientes agravantes de la pena. Estas mismas razones sirven para descartar las violaciones de los artículos 38 y 39 del Código Penal, pues no es cierto que al condenado corresponda la pena mínima señalada para el delito de extorsión por darse en su caso solamente cali-

ficaciones de menor peligrosidad. Y porque del mínimo prescrito en el artículo 429 se procedió por el sentenciador a incrementar la pena con el tanto que le correspondía, en atención al numeral 9º del artículo 37 *ibídem*, resulta infundado también el cargo que se hace a la sentencia, pues habiéndolo hecho así, como efectivamente lo hizo, no infringió el artículo 38.

La acusación no prospera.

Visto lo anterior la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando jus-

ticia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, Alfonso Reyes Echandía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL

Embriaguez, intoxicación aguda, anomalía psíquica y enajenación mental Procedimiento para juzgar cada una de ellas

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 6 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porras.*

Aprobado: Acta número 094.

Vistos

El Tribunal Superior Militar, mediante sentencia del 22 de junio de 1978, confirmó la de primer grado proferida por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra por medio de la cual condenó al procesado Pedro de Jesús Murcia Buitrago como autor penalmente responsable de la comisión del delito de homicidio materia del proceso y le impuso la pena privativa de la libertad de nueve (9) años de presidio, las accesorias correspondientes y, en abstracto, la obligación de pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron el recurso de casación el procesado y su defensor, que fue oportuna y debidamente concedido y en ejercicio del cual éste presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen correctamente resumidos en la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

“... (los hechos) ocurrieron en la ciudad de Bogotá, en el establecimiento o cantina denominado ‘El Rincón del Paisa’, ubicado en la Dia-

gonal 50 Sur número 29-29, ya al promediar la media noche del 14 de abril de 1977...”.

“... Allí llegó unas horas antes el Sargento Murcia Buitrago, en compañía del mecánico de la Brigada Eliécer Balaguera Amado; tomó con él unos dos aguardientes dobles y momentáneamente se retiró para regresar minutos después en compañía de otro joven. En la cantina se encontraban ingiriendo licor los particulares Carlos Enrique Bautista Osorio, Juan Manuel Achury y Jaime López...”.

“... El Sargento Murcia Buitrago pidió al dueño del establecimiento, José Alfonso Jaramillo Arbeláez que le sirviera más cerveza, obteniendo como respuesta del dueño que antes debía cancelarle la cuenta anterior, al parecer esto no fue del agrado del Suboficial quien lo desafió a pelear, a que saliera a la calle para el mismo fin, pero Jaramillo Arbeláez prefirió continuar atendiendo su negocio. El sargento entró nuevamente al establecimiento, abrió la puerta del bar y sin que al parecer Jaramillo le discutiera, le disparó con una pistola de su dotación haciendo blanco en él. La herida fue grave e instantes después falleció el infortunado Jaramillo en el sitio que se encontraba...”.

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de la cual se hacen los siguientes cargos:

“... a) *De acuerdo con el régimen castrense, la grave anormalidad psíquica, es circunstancia de hecho, la cual debe ser apreciada y calificada por el fallador de hecho (jurado o vocales).* Esta fue la constante y reiterada interpretación jurisprudencial al ordenamiento de la Ley 4ª de 1943, el cual, en su inciso 2º mandaba agregar al cuestionario principal, el interrogante sobre el estado de sanidad mental, intoxicación crónica o grave anomalía psíquica del agente...”.

“...El jurado es el encargado de definir los hechos y la normalidad o anormalidad del procesado, según los artículos 480 del Código de Procedimiento Penal y 28 de la Ley 4ª de 1943, para poder aplicar las sanciones correspondientes que son penas para los normales y medidas de seguridad para los anormales. (Sent. 11 de Oct. de 1949)...”.

“...En sentencia de abril 7 de 1954, refiriéndose a las circunstancias excluyentes o modificadoras de la responsabilidad, decía la Corte: “*Es misión del Juez de derecho concretar en los cuestionarios que se proponen al jurado los puntos fundamentales relativos al tema de la responsabilidad o a las circunstancias excluyentes o modificadoras de la misma.* Pero cuando ni en la investigación, ni en el curso del juicio, se presenta una modalidad de esta naturaleza, los cuestionarios no pueden contener más preguntas, porque no serían el resultado de la realidad procesal. A contrario sensu, si dentro de la investigación ‘se presenta una modalidad de esta naturaleza, los cuestionarios deben contener esas preguntas, para que los mismos sean el resultado de la realidad procesal...’”.

“...Criticiando la procedencia de la norma, pero reafirmando el criterio de que es el jurado quien conceptúa sobre la normalidad o anormalidad del agente, decía la jurisprudencia de la Corte: “No obstante lo dispuesto por el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal es en último término un jurado compuesto de personas inexpertas en la ciencia médica y desconocedoras, por regla general, de la técnica médico legal a quien ha deferido nuestra ley para que defina el estado de normalidad o anormalidad de las personas, irregularidad a la cual debe poner dique el legislador colombiano. (Cas. 31 de julio de 1946, LXI 157)...”.

“...En efecto, el legislador colombiano puso dique a esa anormalidad, en cuanto hace al régimen de la justicia ordinaria, mediante el artículo 6º del Decreto extraordinario 3347 de 1950, que suprimió la intervención del jurado en el juzgamiento de las personas de que trata el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal...”.

“...No sucedió lo mismo dentro del proceso militar, donde el legislador dejó vigente el párrafo del artículo 560, que ordena que cuando apareciere o se acreditare que ‘el sindicado obró en estado de grave anomalía psíquica... se preguntará separadamente sobre estas circunstancias’, por lo cual, dicha disposición continúa teniendo el sentido jurisprudencial a que hemos hecho alusión...”.

“...Se concluye pues, que *normalidad o anormalidad, dentro del régimen castrense, debe ser calificada por los vocales, en cuanto ellos actúan como jueces de hecho y para emitir fallo en conciencia...*”.

“...b) *Cómo debe aplicarse dicha norma en los procesos verbales de guerra, donde no existe el auto de proceder a que se refiere el artículo 560, Parágrafo del Código de Justicia Penal Militar...*”.

“...Hemos de empezar por afirmar, que dicha norma debe aplicarse dentro de ese procedimiento de excepción, no solamente porque así lo ordena el artículo 576 inciso 2º, sino porque es norma favorable al reo que goza de privilegio en su aplicación, pues las medidas de seguridad se dan, antes que todo, en guarda de la salud y recuperación del agente, antes que como medidas represivas...”.

“...Así las cosas, nos corresponde analizar la oportunidad y el modo de aplicación de la citada norma, en razón de la inexistencia del auto vocatorio a juicio, dentro del proceso militar...”.

“...En cuanto a la oportunidad, es indiscutible que la ley lo prevé, para el momento de la formulación de los cuestionarios, lo cual se desprende claramente de la lectura del artículo 576, en concordancia con los artículos 559 y 560 del Código de Justicia Penal Militar y porque precisamente, se repite, es cuestión de hecho que debe ser conocida, analizada y reconocida por el jurado. En este caso por los vocales, en cuanto tienen de jueces de conciencia...”.

“...A más de los argumentos anteriormente anotados, cabe mencionar algunas providencias que así lo ratifican...”.

“...‘La condición a que está subordinada la aplicación de medidas de seguridad, tales como el internamiento en manicomio criminal o anexo psiquiátrico, es que a tiempo de cometer el delito el trasgresor padezca de anomalía psíquica, que esta sea grave, y que el jurado así lo haya declarado’ (Cas. junio 13 de 1945 LIX, 240)...”.

“...En oportunidad posterior dijo la Corte: ‘Si el jurado reconoce el estado de anomalía psíquica, esa declaración debe acomodarla dentro del artículo 29, que reconoce esa situación, porque la respuesta del jurado es la norma de interpretación para acomodar esas declaraciones al contenido de la ley’ (Cas. Sept. 9 de 1947 LXIII, 794)...”.

“...Todo esto, se repite, dentro del régimen a...”.

“... En cuanto hace referencia al modo como debe aplicarse la norma en mención, es cuestión que debemos examinar en varios apartes:...”

“... I. Ya hemos visto que para este caso, no existe el auto de proceder y que, en gracia de discusión, únicamente podríamos considerar como tal, los cuestionarios a que alude la norma tantas veces comentada...”

“... El modo, depende mucho de la interpretación que se dé a los términos *apareciere* o *acreditare* que utiliza la disposición del parágrafo. Si se le toma en el sentido de ‘probado plenamente’, es innegable que para el caso de autos, no tendría aplicación, por cuanto la pericia médico-legal no tiene tal entidad, según las voces del artículo 489 del Código de Justicia Penal Militar...”

“... II. Pero tampoco tendría razón de ser la disposición, pues sería absurdo que el legislador sometiera a la consideración de los vocales, para que estos digan si está acreditada, o no, la grave anomalía psíquica, cuando de antemano se está admitiendo, a través de los términos ‘aparecer’ o ‘acreditar’, que es una circunstancia plenamente demostrada...”

“... No se ve la razón para que la ley y la jurisprudencia expresen el deseo de que algo plenamente probado, deba ser *comprobado*, una vez más, por los jueces de hecho. Si se da por sentada la existencia de la anormalidad psíquica, con la sola experticia médico-legal, no hay razón para insistir ante el jurado (vocales), para que éste diga si existe o no tal anormalidad...”

“... Consideramos que los caminos por los cuales discurre el raciocinio, son iguales para el fallo en conciencia que para el fallo en derecho, que la única diferencia es que, en el último caso, ese discurrir está prefigurado por un esquema interpretativo de valoración, al cual no está sometido el fallador de hecho que, si bien, utiliza los mismos cauces del raciocinio, no está obligado a dar cuenta y razón de los medios por los cuales llegó al convencimiento...”

“... III. En estas condiciones, es fuerza concluir que los términos *apareciere* o *acreditare*, se están utilizando acá en el sentido natural y obvio, esto es, cuando en forma que permita creer seriamente que el sindicado obró en los estados a que alude la norma, por cuanto hay elementos de juicio que permitan pensarlo así, el Juez de derecho (‘Presidente con colaboración del asesor jurídico’), debe presentarlo a la consideración de los jueces de hecho, porque de lo contrario, las preguntas del cuestionario ‘no serían el

resultado de la realidad procesal’ (Sent. abril 7 de 1954)...”

“... IV. De esta manera, es equívoco el planteamiento del Tribunal para justificar el que se hubiera pretermitido la elaboración de un segundo cuestionario, con la peregrina tesis de que esta circunstancia ya estaba plenamente demostrada, pues como lo hemos visto, dentro del régimen penal castrense, es en últimas, el Juez de hecho, el que va a decidir sobre la existencia, o no de la circunstancia modificadora de la responsabilidad...”

III. El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con base en las siguientes consideraciones:

“... el Instructor en cumplimiento de lo ordenado en la ley, dispuso que al procesado se le practicase un examen minucioso por parte de la Oficina de Medicina Legal (psiquiatra forense) para estudio y dictamen. Fue así, como el primero de dichos dictámenes reveló algunas circunstancias que aclararon el tema. Pudo verificarse que el acusado sí recordaba lo sucedido la noche de autos y que presentaba ‘una fuerte tendencia a dramatizar y exagerar los síntomas de su pretendida enfermedad mental’. Por otra parte, el electroencefalograma, reveló un trazado dentro de los límites normales. La conclusión fue que Murcia Buitrago ‘no presenta ni ha presentado perturbaciones mentales compatibles con una grave anomalía psíquica o enajenación mental’...”

“... Habiéndose solicitado aclaración al dictamen psiquiátrico, se expresó por parte de Medicina Legal que Murcia Buitrago presentaba en el momento de los hechos ‘un estado de intoxicación etílica aguda normal como consecuencia de ingesta voluntaria de alcohol’. Sin embargo la perturbación de la conciencia por tal motivo, no representaba en ningún momento signos ni síntomas de enfermedad mental...”

“... Con base al acervo probatorio recaudado, se consideró que la investigación se hallaba perfeccionada y había mérito suficiente para convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal, procedimiento por el cual se juzgó a Murcia Buitrago, por el delito de homicidio intencional en la persona del particular José Alfonso Jaramillo Arbeláez. Una vez analizados los cargos, y en su oportunidad procesal, los Vocales por unanimidad afirmaron la responsabilidad del encartado, y la Presidencia del Consejo de Guerra acogió el veredicto profiriendo sentencia condenatoria,

imponiendo al Suboficial la pena principal de nueve (9) años de presidio...”.

“.....”

“...La conclusión de Medicina Legal está debidamente motivada, y es el producto, como se anotó, de un paciente estudio de los hechos y de la personalidad de Murcia Buitrago. Por otra parte, no existe evidencia alguna, anterior o posterior a los hechos, que desvirtúe el dictamen en comento...”.

“...Caso muy distinguido, si se hubiese probado antecedentes psicopáticos en el inculcado que hubieran influido en su comportamiento al momento de los hechos. En este evento, habría sido indispensable que los Vocales así lo consignaran, sin embargo dada la claridad de los elementos de juicio, derivados de la prueba científica era el caso proferir veredicto de ‘Si es responsable’, sin considerar que el hecho se cometió bajo circunstancias diversas a las consignadas dentro del cuestionario...”.

“...Es sabido que el Juez de Derecho debe concretar en los cuestionarios propuestos al Jurado, los puntos relativos a la responsabilidad del procesado o a las circunstancias excluyentes o modificadoras de la misma. Sin embargo, cuando no aparezca en el decurso de la investigación, tales modalidades, los cuestionarios no pueden contener más preguntas ya que se iría contra la realidad procesal...”.

“...Es de advertir que lo importante dentro de la técnica del recurso, es que la impugnación sea congruente y que los cargos que se formulen contra la sentencia no sean contradictorios. Siendo el recurso esencialmente técnico, y que lo que a la postre se trata de probar en la demanda es que la sentencia viola la ley, este Despacho debe considerar que los planteamientos formulados por la defensa sobre la nulidad una vez examinadas las pruebas allegadas, no debe prosperar...”.

“...No existe duda alguna acerca de la autoría de la muerte de Jaramillo Arbeláez, y en cuanto al aspecto, de la plena prueba de la responsabilidad imputada a Murcia Buitrago, tampoco. Los testigos presenciales de los hechos así lo han declarado y las circunstancias en que se produjeron los mismos, lo demuestra...”.

“...Significa esto que la actitud asumida por Murcia, contrario a lo que se ha pretendido demostrar, fue consciente, que se encontraba en estado normal de sus facultades, si bien un tanto

disminuidas, como es natural, en razón a la ingestión de bebidas alcohólicas. La pretendida ‘grave anomalía psíquica’ solo es el resultante de la argumentación de la defensa para justificar la conducta de su patrocinado...”.

“...Se ha acreditado suficientemente la responsabilidad del enjuiciado Murcia Buitrago y por ello el veredicto de los Jueces de Conciencia fue acogido por los Jueces de Derecho, quienes juiciosamente se atuvieron a la verdad procesal...”.

“...Por lo expuesto se concluye que no se dan las causales señaladas por el demandante para que se case la sentencia impugnada, y en consecuencia debe desecharse el recurso extraordinario interpuesto por el doctor Miguel Cano Morales, en representación de Pedro de Jesús Murcia Buitrago...”.

Considerando:

1. *De conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, “desde el momento mismo de la captura y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentra en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, ordenará su examen por los peritos médicos”, lo que quiere decir que, en principio, la ordenación del tal examen se deja al prudente criterio del funcionario, según observe en el procesado aquellas manifestaciones objetivas que le permitan ordenar, fundadamente, su reconocimiento psiquiátrico.*

La sola manifestación del procesado, o de su apoderado, pretendiendo colocarlo al margen de las penas, so pretexto de que cometió el hecho en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encontraba en estado de embriaguez, intoxicación aguda o fingiendo, por ejemplo, “que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga” (sentencias de 4 de julio de 1950, LXVII, 583 y de 5 de julio 1966, CXVII, 339), no es, de suyo, motivo legal suficiente para ordenar su reconocimiento psiquiátrico, si ni de la observación personal del funcionario de policía judicial o del instructor, ni de su propia clara, circunstanciada, bien orientada y razonada declaración de indagatoria, ni de su comportamiento antes y después de haber ejecutado el hecho, es posible suponer la veracidad y atendibilidad de sus manifestaciones.

Esto no obstante, en el proceso aparece acreditado que el señor Juez 8º de Instrucción Penal Militar, oficiosamente y en consideración a que el procesado afirmaba en su indagatoria que no recordaba absolutamente nada de los hechos materia de la sindicación de que era objeto, a tiempo que ordenó su detención, dispuso su examen por el Instituto de Medicina Legal (fls. 105 a 106 cuaderno principal), examen como resultado del cual el Instituto, luego de un minucioso y debidamente fundamentado reconocimiento psiquiátrico (fls. 160 a 162), concluyó que “el acusado Pedro de Jesús Murcia Buitrago no presenta ni ha presentado perturbaciones mentales compatibles con una grave Anomalía Psíquica o Enajenación mental” (fl. 162), examen cuyo resultado no podía ser, como se ve, más categórico.

No conforme con la pericia, el entonces apoderado del procesado solicitó su ampliación (f. 206) que fue dispuesta (fl. 207) y como resultado de la cual el perito reiteró que la anomalía a que se refería el artículo 29 del Código Penal era cosa “muy diferente a la normalidad psíquica del individuo que (como el procesado), voluntariamente quiere intoxicarse con bebidas embriagantes” (fl. 229), conclusión nuevamente reiterada y precisada en posterior ampliación, conforme a la cual:

“...el substracto anómalo de que hablamos (en el anterior dictamen pericial) se refiere a la grave anomalía psíquica y no al inculminado que como se afirmó no presentaba al momento de los hechos signos ni síntomas de enfermedad mental...”.

Esta ampliación del dictamen fue puesta a disposición del entonces apoderado del procesado mediante auto de 11 de octubre de 1977, quien estuvo conforme con él (fl. 250).

Frente a tan claras, firmes e inequívocas conclusiones sobre la sanidad mental del procesado, no ve la Corte cómo pueda considerarse que viola la ley el hecho de que en la convocatoria del

Consejo Verbal de Guerra, como resultado de tal evidencia procesal, se ordenara el juzgamiento del procesado “por el delito de homicidio simple o voluntario” genéricamente tratado en el Código Penal Común en su Capítulo I, Título XV del Libro 2º, conforme a las circunstancias descritas en el proceso (fl. 258), ni cómo pueda estimarse que la quebrante un cuestionario que se ciñó estrictamente a tales pruebas y a la resolución de convocatoria (fl. 263), ni cómo anularse la sentencia recurrida, que se fundó en el veredicto unánime de responsabilidad rendido por los Vocales.

Los Vocales pueden afirmar o negar la circunstancia de que el hecho se haya cometido en cualquiera de los casos del artículo 29 del Código Penal, haya sido o no propuesta en los cuestionarios; pero si no se propone en ellos y el veredicto nada dice al respecto, la decisión de éstos es inobjetable.

No prospera, pues, el cargo.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley, visto el concepto del señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y de acuerdo con él, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha y origen indicados en la parte motiva.

Notifíquese y envíese el expediente a la oficina de origen.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CASACION — CAUSAL 1ª — PARTE 2ª

Error de hecho, manifiesto de la prueba

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 7 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 95.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 4 de octubre de 1978, confirmó la del Juzgado 3º Penal del Circuito de esta ciudad, en virtud de la cual se condenó a Tránsito Jiménez y a Efraín Mayorga Uribe a la pena principal de doce meses de presidio como responsables del delito de falso testimonio a que se refiere el artículo 191 del Código Penal.

Los apoderados de los condenados interpusieron oportunamente el recurso de casación que, luego de las formalidades de ley, habrá de resolverse en esta oportunidad.

Hechos

Dentro de una investigación adelantada por el Juzgado Séptimo Superior de Bogotá, por supuestos delitos de falsedad y estafa contra Humberto Quintero, rindieron declaración Tránsito Jiménez y Efraín Mayorga; allí afirmaron bajo la gravedad del juramento haber visto un contrato suscrito por Quintero y Marcos Arámbula, revisor fiscal y representante legal —respectivamente— de la Asociación “Pro Vivienda de Trabajadores” en el que aquél se comprometía a reconstruir la contabilidad de la entidad durante cierto lapso. Revocado el auto de detención que inicialmente se dictó contra Quintero, el juzgado dispuso abrir investigación contra Tránsito Ji-

ménez y Efraín Mayorga por el delito de falso testimonio.

Actuación procesal

La investigación se inició en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta ciudad y culminó allí mismo con sentencia condenatoria; apelada ante el Tribunal Superior, fue confirmada en su totalidad; contra ella interpusieron los defensores el recurso de casación que ahora se resuelve.

Demanda

Como quiera que los demandantes coinciden en sus pedimentos, se hará una síntesis conjunta de ambas demandas.

Causal 1ª

Se impugna la sentencia por infracción indirecta de los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal y 191 del Código Penal, como resultado de errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Primer cargo. La sentencia es violatoria de la ley sustancial (artículo 191 Código Penal) por apreciación errónea de los testimonios del general (r) Marcos Arámbula, y Luis Alberto González y del acta número 576 de 25 de septiembre de 1973, emanada del Consejo Directivo de la Asociación Provienda de los Trabajadores.

Para probar este cargo argumentan que tanto el General Marcos Arámbula como el señor González —miembros de la institución— reconocieron la existencia de dos documentos, el primero en el que la entidad contrataba los servicios de Humberto Quintero por la cantidad de cincuenta mil pesos y el segundo, en razón del cual se adicionaba aquel contrato para aumentar en diez mil pesos los emolumentos inicialmente pactados.

La existencia de estos dos documentos resultaría fortalecida por el hecho de que en el acta 576 del Consejo Directivo se autoriza para *reajustar* el contrato con Quintero, que por acta anterior —la 571 del 28 de agosto— ya había sido conve-

nido. Dicen los demandantes que la sentencia condenatoria del Tribunal parte del supuesto equivocado de que solamente existió un contrato —aquel cuya fotocopia obra al folio 12 del cuaderno principal— y al que se refiere el acta 576, y de que, como ese contrato no aparece suscrito por Quintero, la afirmación que en sentido contrario hicieron los sindicados al sostener que vieron tal documento con las firmas de ambos contratantes, es constitutiva del delito de falso testimonio.

El manifiesto error en que incurrió el Tribunal, alegan los casacionistas consistió en desconocer que tanto de los testimonios citados como del acta a que ya se hizo alusión, despréndese inequívocamente la existencia de los dos contratos, el primero de los cuales fue suscrito por el representante de la entidad y por Quintero, y que fue ese documento el que vieron sus defendidos, quienes, por lo mismo, no faltaron a la verdad al rendir sus testimonios.

Segundo cargo. La sentencia es violatoria del artículo 191 del Código Penal por desconocimiento de las siguientes pruebas que demuestran la inocencia de los condenados: testimonios de Wilson Ariza, Efraín Rodríguez y Jorge Enrique Guevara; acta número 571 del 28 de agosto de 1973 emanada de la Junta Directiva de la entidad y recibo de pago por veinte mil pesos al señor Quintero como parte de los honorarios pactados.

Para probar el cargo, los demandantes transcriben los apartes sustanciales de aquellos testimonios en los que esencialmente se afirma que conforme a normas estatutarias en esa corporación no se autoriza el pago de ninguna prestación de servicios mientras el interesado no acompañe copia del respectivo contrato. Ahora bien, argumentan, como quiera que el acta del 28 de agosto autorizó el contrato con Quintero y este aparece recibiendo veinte mil pesos en razón de dicho contrato el 7 de septiembre, es decir, antes de que la Junta Directiva resolviera reajustarlo (lo que ocurrió el 15 de octubre de 1973), dedúcese la existencia de un primer contrato debidamente suscrito por las partes y cuya exhibición por parte de Quintero hizo posible el pago parcial del estipendio pactado.

Como tales pruebas fueron ignoradas por el Tribunal y como tal omisión determinó la sentencia condenatoria impugnada, esta es violatoria de norma sustancial (artículo 191 Código Penal) y por tanto debe casarse.

Tercer cargo. No existe prueba plena del aspecto subjetivo del delito de falso testimonio.

Con base en los mismos argumentos presentados para los dos cargos anteriores, uno de los impugnantes concluye que no aparece demostrado en los autos la conciencia de afirmar una mentira y que, por consiguiente “al aseverar el juzgador de segunda instancia que está probada la culpabilidad, sin estarlo, incurre en manifiesto error de hecho que determinó la indebida aplicación del precepto sustantivo penal que sanciona el delito de falso testimonio”.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita casar la sentencia recurrida.

Luego de un ponderado análisis de los hechos y de las pruebas testimoniales y documentales, llega a la conclusión de que, en efecto el Tribunal interpretó equivocadamente los testimonios del General Marcos Arámbula y del señor Luis Alberto González, porque de ellos se deduce, ciertamente, la existencia de un contrato anterior al 15 de octubre de 1973, suscrito por las partes, y al cual seguramente se refirieron los condenados en sus testimonios.

En conclusión, dice a este respecto el colaborador fiscal, “existe prueba que permite creer con serios fundamentos que hubo dos contratos y que uno de ellos —el primero— fue firmado por Humberto Quintero, revisor fiscal de la Asociación Provienda de Trabajadores. Tal instrumento fue el que tuvieron a la vista los comprometidos en este proceso Tránsito de Torres y Efraín Mayorga”.

En relación con el segundo cargo llega a conclusión semejante, particularmente en cuanto reconoce que el Tribunal dejó de examinar la prueba documental de la que se desprende la existencia de los dos contratos.

Y respecto del último cargo asevera: “De la simple lectura de esa pieza procesal claramente se advierte que se omitió todo comentario respecto de la culpabilidad como elemento esencial de la infracción penal. Es más: ese factor parece sugerirse del puramente material como si se tratara de un caso de responsabilidad objetiva

en que es suficiente la conducta externa independiente de la actitud síquica del agente”.

Considerandos

Parece necesario, ante todo, destacar la pobreza conceptual de la sentencia recurrida, en cuyos considerandos —luego de una esquemática alusión al testimonio de los procesados— se dice que Tránsito Jiménez y Humberto Quintero, cometieron falso testimonio porque dijeron “una cosa positivamente distinta a la verdad” sin precisar en qué consistió su mentira. Baste consignar que el párrafo sustancial de la sentencia, referido a la demostración plena “del cuerpo del delito y de la responsabilidad” de los inculcados, dice: “ambos aspectos se encuentran cabalmente demostrados, porque es evidente que con la presencia de los varios documentos allegados al encuadernamiento (sic), se puede concluir que los implicados rindieron testimonio contrario a la verdad, causando de paso grave perjuicio a una persona, quien sufrió una detención preventiva con base en esas declaraciones”.

Las demandas, como ya se indicó, apuntan hacia la causal primera (segunda parte) y se orientan, en tres cargos, a demostrar error de hecho manifiesto respecto de la prueba.

Primer cargo.

El Tribunal apreció erróneamente pruebas fundamentales del proceso.

Es evidente que en su testimonio el General Marcos Arámbula —representante legal de la Asociación Provienda de Trabajadores— (fl. 190), “expresamente reconoce que con el señor Quintero se celebró un primer contrato por cincuenta mil pesos”, suscrito por ambos y que luego fue autorizado un reajuste que dio lugar a nuevo contrato por un monto total de sesenta mil pesos; en un aparte de su declaración dice, en efecto: “Quiero manifestarle al señor Juez que este primer documento una vez firmado por Quintero Gómez y por mí, lo recibió Quintero para que lo hiciera firmar de dos testigos y que a su vez lo registrara”. Y más adelante agrega: “En cuanto al segundo documento por sesenta mil pesos, una vez aprobada también por el Consejo Directivo, Quintero me lo presentó en papel sellado con copias y lo firmé, manifestando que hiciera lo mismo él, lo hiciera firmar de dos testigos y lo registrara devolviéndome el original y copia para el archivo. Esto jamás ocurrió y a pesar de los requerimientos que se le hicieron

verbalmente por parte mía y por parte de la secretaria de la Asociación, señora Tránsito Jiménez de Torres, no fue posible la devolución de este segundo documento...”.

Por su parte, el señor Luis Alberto González, miembro del Consejo Directivo de la mentada Asociación, en declaración visible al folio 131 del cuaderno original, asevera que alguna vez Quintero le hizo leer el contrato de prestación de servicios autorizado por la entidad y le rogó el favor de que lo firmara como testigo, a lo cual se negó por ser miembro de la corporación que lo había autorizado; luego agrega: “Quiero aclarar que no recuerdo si ese era el primero o el segundo contrato, pero lo que sí puedo afirmar es que este se encontraba firmado por las partes, es decir, por el señor general Arámbula Durán como Director de Provienda, como por el citado señor Quintero...”.

En cuanto respecta al acta número 576 del 25 de septiembre de 1973, obsérvase en su parte pertinente, que allí se dispone un reajuste al contrato (fl. 200 vto.) autorizado inicialmente por la entidad en su sesión del 28 de agosto del mismo año, según acta número 571 (fl. 202).

Del conjunto examen de estas pruebas desprendense, sin mucho esfuerzo lógico, las siguientes conclusiones:

a) Que a Humberto Quintero se le autorizó contrato de prestación de servicios por cincuenta mil pesos el 28 de agosto de 1973;

b) Que dicho contrato fue suscrito por el propio Quintero y por el General Arámbula como representante legal de la Asociación Provienda Familiar;

c) Que posteriormente y con fecha 25 de septiembre de 1973 la Junta Directiva de la entidad dispuso reajustar aquel contrato en diez mil pesos;

d) Que el documento a que tal reajuste se refiere aparece firmado solamente por el general Arámbula (fl. 12);

e) Que el primer documento no fue devuelto por Quintero al general Arámbula, ni aparece en el proceso.

Ahora bien, los condenados afirmaron en declaración jurada haber visto un contrato suscrito por Quintero y por el general Arámbula, y como quiera que el documento —contrato que reposa en los autos solamente está firmado por éste y resulta de las pruebas anteriores que existió otro documento suscrito por las partes— el que se refiere al primer contrato autorizado por la en-

tividad el 28 de agosto de 1973, infiérese que los procesados hicieron alusión al primero y no al segundo documento y que, por consiguiente, no mintieron al hacer tal aseveración.

La sentencia acusada se limita a mencionar los testimonios del general Arámbula y del señor González, lo mismo que el documento cuya fotocopia aparece al folio 12, solamente suscrito por el representante de la entidad, pero no hace de ellos el más leve comentario.

Es incuestionable que la potestad del juzgador de instancia para valorar críticamente la prueba que obra en un proceso y para deducir de ella las conclusiones jurídicas que según su criterio demuestren plenamente la responsabilidad del sindicado, no puede controvertirse en casación, a menos que de su examen surja con nítida evidencia manifiesto error en su apreciación.

En el presente caso tal error existe en cuanto el juzgador tácitamente acoge la versión de Humberto Quintero y desecha sin el más mínimo análisis crítico prueba testimonial e indiciaria que, de haberse tenido en consideración, habría variado sustancialmente la situación jurídica de los condenados.

El cargo prospera.

Segundo cargo.

El Tribunal dejó de apreciar las siguientes pruebas: los testimonios de Wilson Ariza, Jorge Enrique Guevara y Efraín Rodríguez, el acta número 571 del 28 de agosto de 1973 y el recibo de pago visible al folio 229.

Si se examina la sentencia acusada se hallará, en efecto, que por parte alguna se mencionan estas pruebas y menos aún se hace de ellas referencia siquiera tangencial para acogerlas o desvirtuarlas.

He aquí la esencia de su contenido:

Wilson Ariza, auxiliar de contabilidad y luego tesorero de Provivienda (fl. 95), Jorge Enrique Guevara, tesorero de la misma entidad (fl. 125) y Efraín Rodríguez, revisor fiscal (fl. 146) aseveran de manera uniforme que por disposiciones reglamentarias allí no se paga ninguna prestación contractual si el interesado no exhibe copia del respectivo contrato suscrito por las partes, por testigos y registrado.

Ariza manifiesta, además, haber visto un documento o contrato en el que se le hacía a Quin-

tero un abono por veinte mil pesos por la reconstrucción contable que venía adelantando (fl. 96).

En el acta número 576 del 28 de agosto de 1973, se autoriza el contrato de prestación de servicios por la suma de cincuenta mil pesos (fl. 220) y en el recibo de pago número 12607 del 7 de septiembre del mismo año se consigna la entrega de veinte mil pesos a Humberto Quintero "a buena cuenta del contrato de reconstrucción de contabilidad de la asociación provivienda" (fl. 229).

Del análisis de la prueba testimonial resumida en precedencia, es posible concluir que ordinariamente no se autorizaba en la Asociación Provivienda el pago de prestaciones contractuales sin la presentación del contrato respectivo debidamente suscrito por las partes y registrado; y de los documentos mencionados puede deducirse en sana lógica que el pago de los veinte mil pesos a que se refiere el recibo número 12607 se refiere al contrato autorizado por la entidad con fecha 28 de agosto de 1973. Ahora bien, como la Asociación Provivienda solamente decidió reajustar el contrato inicial en reunión del 25 de septiembre y como el mentado recibo de pago tiene fecha de 7 de septiembre del mismo año, palmar resulta que el contrato al cual se refería para imputarle los veinte mil pesos, no podía ser el de reajuste, aún no autorizado, sino el que se dispuso realizar en la Junta Directiva del 28 de agosto.

Por esta vía argumentativa resulta lógico inferir la existencia de ese primer contrato al cual seguramente se refirieron los condenados en los testimonios que generaron la investigación por delito de falso testimonio.

El Tribunal ignoró por completo estas pruebas, cuyo objetivo examen habría permitido conclusiones opuestas a las que llegó en la sentencia recurrida.

No puede negarse que el juzgado de primera instancia sí examinó estas pruebas y que si el Tribunal hubiese hecho por lo menos referencia a este análisis para indicar su conformidad con él, podría sostenerse la unidad jurídica conceptual entre una y otra providencias; sin embargo, ello no ocurrió; la sentencia acusada no hace alusión alguna a la de primer grado en este importante aspecto; solamente la menciona para manifestar, en su parte resolutive, que la confirma, por manera que para no casar la sentencia, la Corte tendría que analizar la de primer grado y no la del Tribunal con lo que se desvirtuaría la esencia del recurso extraordinario

de casación que solamente examina la legalidad de las sentencias de segunda instancia.

Fluye de los anteriores razonamientos que el cargo prospera.

Tercer cargo.

Como quiera que versa sobre falta de prueba plena de la culpabilidad de los condenados, derivada de los mismos argumentos que permitieron aceptar los dos cargos precedentes, se impone sin razonamientos adicionales, su aceptación.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador

Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y, en su lugar resuelve ABSOLVER a Tránsito Jiménez de Torres y Efraín Mayorga Uribe de condiciones civiles precisadas en autos, del delito de falso testimonio por el cual se los llamó a juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Esta nulidad se debe demandar en el marco de la causal 4ª y no dentro de la causal 1ª del Artículo 580 del Código de Procedimiento Penal
Juez competente para conocer de los negocios contra los miembros del DAS

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 10 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 96, de diciembre 10 de 1979.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia de 27 de febrero de 1979, del Tribunal Superior Militar, por la cual se confirma la de primera instancia que condenó a Jorge Eliécer Vergara López, como autor de los delitos de homicidio y de homicidio imperfecto en los agentes de la Policía Nacional Heriberto Fierro Gutiérrez, Agustín Calderón Argüello y el particular Gustavo Arámbula Moreno, respectivamente, a la pena principal de 148 meses de presidio.

1. Los antecedentes:

Fueron resumidos así por el Tribunal Superior Militar: "Consta en autos que en la noche del 29 de diciembre de 1977 se encontraron coincidentalmente en el bar "Allende" de la ciudad de Bucaramanga los agentes de la Policía Nacional Heriberto Gutiérrez, Agustín Calderón Argüello y el particular Gustavo Arámbula Moreno con el agente del DAS Jorge Eliécer Vergara López, quien en aquel entonces pertenecía al Departamento Administrativo de Seguridad, habiendo ingerido hasta pasada la medianoche licor en el citado establecimiento, tiempo du-

rante el cual dentro de los anteriormente nombrados se llevaron a cabo algunas conversaciones que no fueron del agrado de Jorge Eliécer Vergara López, no sin que por ello finalmente pasadas las doce de la noche y por solicitud del administrador del establecimiento en razón de que se disponía a cerrar, salieron del lugar Fierro, Calderón, Arámbula y Vergara hasta alcanzar la esquina de la calle 36 con carrera 13 de dicha ciudad y allí después del cruce de algunas palabras, finalmente Jorge Eliécer Vergara López, disparó su arma de dotación contra los agentes Fierro Gutiérrez Heriberto, Calderón Argüello Agustín y el particular Gustavo Arámbula Moreno causándole la muerte casi inmediata al primero de los nombrados y heridas de suma gravedad a los dos restantes, habiendo fallecido al día siguiente el agente Calderón Argüello, causando además, al particular Arámbula Moreno unas lesiones que según dictamen del Instituto de Medicina Legal lo incapacitaron en forma definitiva por doce (12) días, sin más consecuencias".

2. La actuación procesal:

Previas diligencias preliminares la investigación se inició el 5 de enero de 1978. Luego de su indagatoria y con fecha del 12 de enero de 1978 se dictó auto de detención en contra de Jorge Eliécer Vergara López, agente del DAS. El 14 de agosto de 1978 el Auditor de Guerra emitió concepto para decir que el procesado Vergara López debía responder ante un Consejo Verbal de Guerra por los delitos de homicidio voluntario en los policiales Fierro Gutiérrez y Calderón Argüello y homicidio imperfecto en el particular Arámbula Moreno.

Por resolución número 061 de 30 de agosto de 1978 el Comandante de la Quinta Brigada

convocó un Consejo Verbal de Guerra en la Guarnición de Bucaramanga para el juzgamiento de Vergara López. Los vocales contestaron para el homicidio en Calderón Argüello con un veredicto de condena por mayoría de dos a uno, igual cosa en relación con el cuestionario por homicidio en Fierro Gutiérrez, y lo mismo sucedió para el cuestionario por homicidio imperfecto en Arámbula Moreno (septiembre 10. de 1978. folio 202). La sentencia de 12 de septiembre de 1978 (folio 210) condenó a Vergara López por los tres delitos a la pena principal de ciento cuarenta y ocho (148) meses de presidio, y en forma genérica al pago de perjuicios. También dedujo y aplicó sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal. El Tribunal Superior Militar en sentencia de 27 de febrero de 1979 confirmó dicho fallo. El condenado interpuso el recurso de casación y se le concedió, por auto de 9 de mayo de 1979.

4. La demanda:

El apoderado especial considera que la sentencia viola directamente la ley sustancial (causal 1ª, cuerpo primero, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal) y dice que se desconocieron los artículos 26 y 170 de la Constitución Nacional y "los Decretos 2260 de 1976 y 1923 de 1978" en sus artículos 2 y 9, respectivamente.

El 26 de la Constitución Nacional porque el asunto no se ventiló ante Juez competente. Los artículos 2º del Decreto 2260 de 1976 y 9º del Decreto 1923 de 1978 porque fueron declarados inexecutable en aquella parte en que dicen: "Encuéntrense o no en actos de servicio" para referirse a los miembros de las Fuerzas Armadas y civiles al servicio de las mismas y miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) contra los cuales se cometan delitos contra la vida e integridad personal, y asignar el conocimiento de los mismos a la Justicia Penal Militar mediante el procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra. El artículo 170 de la Constitución Nacional habla de militares en servicio activo y de relación con dicho servicio.

En el caso de autos los hechos se realizaron de noche, en un bar, y no hay constancia en el proceso de que sus protagonistas estuviesen en servicio activo. Además, dice, se habla de "delitos comunes de homicidio y homicidio imperfecto", y no de "homicidio militar".

Concluye así: "Como síntesis de este único capítulo, puede decirse que en el proceso que es objeto del recurso de casación, por no haberse

juzgado a Jorge Eliécer Vergara López ante tribunal competente, se violó la norma de superior jerarquía de la Constitución Nacional, lo que hace que se presente una nulidad de tipo constitucional". Al final solicita que se case la sentencia, se declare la nulidad y se diga en qué estado debe quedar el proceso.

4. El concepto del Ministerio Público:

El Procurador Delegado se opone a las pretensiones de la demanda. Afirma que el artículo 2º del Decreto-ley 2260 de 24 de octubre de 1976 asignó al conocimiento de los delitos de homicidio atribuidos a miembros del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), a la Justicia Penal Militar. Esta norma continúa vigente.

La Corte en sentencia de 30 de octubre de 1978 declaró inexecutable el artículo 9º del Decreto 1923 de 6 de septiembre de 1978 en las palabras: "Encuéntrense o no". Los delitos que se atribuyen a Vergara López, fueron cometidos dentro de la vigencia de los Decretos 2193 de 18 de octubre de 1976 y 2260 de 24 de octubre de 1976 y, "en consecuencia la sentencia de segunda instancia no podía apartarse del procedimiento señalado en las citadas disposiciones, no obstante haberse dictado dentro de la vigencia del Decreto 1923, que excluye delitos cometidos contra miembros de las Fuerzas Armadas que no se encuentren en actos de servicio".

Agrega que la Justicia Penal Militar es competente para conocer de procesos por homicidio cuando los agentes del DAS aparecen en ellos como sujetos activos de tal infracción, como se ve en el caso de autos. Y cuando son sujetos pasivos los mismos agentes, los miembros de las Fuerzas Armadas y civiles al servicio de las mismas, también son competentes los Militares si aquéllos se encuentran en servicio. La cita del artículo 170 la considera impertinente pues, según dice, se refiere a fuero de juzgamiento para los delitos que puedan cometer los Militares en servicio activo y en relación con dicho servicio, pero no se refiere ni a jurisdicción ni a competencia.

5. Las consideraciones de la Sala:

La incompetencia del Juez es causa de nulidad que encuentra su previsión en el numeral 1 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y cuando ella aparece, o se cree que exista, no se necesita para pedir su declaración invocar el artículo 26 de la Constitución Nacional para

decir que un tribunal que no era competente falló el proceso. El censor en su demanda prefirió buscar una salida suprallegal al sencillo problema que la impugnación plantea cuando le quedaba más cercano apoyarse en la ley de procedimiento vigente.

A más de esa excesiva e inútil referencia, la demanda carece de técnica porque aduce infracción directa de la ley sustancial como apoyo para formular un cargo único por nulidad fundamentada en su opinión de que este caso lo decidió un juzgador incompetente. Es decir que se introduce por la vía del cuerpo primero de la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y desemboca y concluye en una alegación que es propia de la aducción de la causal 4ª del mismo artículo que ni siquiera cita a todo lo largo y ancho de su escrito. De esta manera no se cumple con el requisito que consiste en "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo" como lo preceptúa el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal. Esta ausencia de concordancia entre el apoyo procedimental que se utiliza y el desarrollo y conclusión de la demanda impide la prosperidad del recurso.

La referencia a los Decretos 2193 de 18 de octubre de 1976 y 1923 de 6 de septiembre de 1978, no viene al caso porque aquí la competencia juzgadora no se fija en atención a las víctimas sino al victimario. El primero de los Decretos citados fue declarado exequible en sentencia de 2 de diciembre de 1976 y el segundo por sentencia de 30 de octubre de 1978, con algunas excepciones atinentes a su articulado o a fragmentos del mismo. En el segundo de los Decretos, el que contiene el llamado "Estatuto de Seguridad", se declaró exequible el artículo 9º excepto en la expresión "encuéntrense o no", por exceder el Gobierno las facultades derivadas del artículo 121 de la Constitución Nacional, "por referirse a la comisión de delitos contra la vida y la integridad personal que no tienen relación directa con la restauración del orden público". Pero, se repite, en el caso presente el hecho de que el victimario sea miembro en servicio del Departamento Administrativo de Seguridad, domina el punto relacionado con la fijación del juzgador compe-

tente, sin que importe que dos de las víctimas fueron policiales en servicio y no se encontraran, al momento de sucederse los hechos, en actos propios del mismo.

Por otra parte, la pretendida nulidad no existe en el caso de autos. El procesado es miembro del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y dio muerte a dos policiales e hirió, con intención de matar, a un particular, en la noche del día 28 de diciembre de 1977. Para esa fecha regía el artículo 2º del Decreto 2260 de 24 de octubre de 1976, que dice así: "Además de los delitos determinados en el artículo 1 la Justicia Penal Militar conocerá del homicidio, cuando fuere imputado a miembro del Departamento Administrativo de Seguridad", y regía también el artículo 3º del mismo Decreto que establece para el juzgamiento de tales asuntos el Consejo de Guerra Verbal. Este decreto fue declarado exequible por la Corte en sentencia de 9 de diciembre de 1976, y no ha sido modificado hasta el momento. De la manera indicada fue juzgado el procesado y, por tanto, no se ve la nulidad que la impugnación plantea.

Estos razonamientos, unidos a los anteriores, constituyen razón suficiente para que se deseche el recurso.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Pórras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

En los juicios en que interviene el jurado de conciencia no procede la violación indirecta de la Ley Penal como causal de casación

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 10 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 96.

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín en sentencia del diecisiete de enero de mil novecientos setenta y ocho confirmó la dictada por el Juzgado Décimo Superior de ese Distrito que había condenado a los hermanos Eliécer de Jesús y Luis Alberto Montoya Cuartas a la pena principal de 17 y 19 años de presidio, respectivamente, como responsables de homicidio agravado en la persona de Luis Enrique Montoya Castaño, pero le aumentó dicha pena a 19 y 20 años para aquél y éste. Contra tal decisión ha sido interpuesto en legal forma recurso de casación.

Hechos

En la madrugada del 9 de mayo de 1977 y en sector rural del Municipio de Armenia los hermanos Eliécer y Luis Alberto dieron muerte con arma de fuego a Luis Enrique Montoya.

Actuación Procesal

Perfeccionada la investigación, los procesados fueron sobreseídos temporalmente, determinación ésta que, revocada por el Tribunal, dio lugar a su llamamiento a juicio por homicidio con las agravantes 2ª y 5ª del artículo 363 del Código Penal; por tales hechos fueron condenados en

primera instancia mediante sentencia que fue confirmada por el Superior con la adición punitiva ya indicada.

Demanda

Se impugna la sentencia dentro del marco de la causal primera, segunda parte, mediante la formulación de dos cargos.

Primero. “Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida y errónea interpretación de las pruebas, lo cual nos lleva a constatar una violación directa e indirecta de la ley”.

La demostración de este cargo es hecha por el actor mediante amplio análisis crítico de la prueba que en su oportunidad hicieron juzgado de instancia, jurado y Tribunal, para llegar a la conclusión de que la muerte de Luis Enrique Montoya se realizó en legítima defensa y de que, por lo mismo, los juzgadores apreciaron erradamente el acervo probatorio de los autos.

Agrega, además, que fueron desestimados algunos indicios y caprichosamente tomados, en lo perjudicial para los procesados, varios testimonios.

Segundo. Expresado con mucha vaguedad, de él se desprende que acusa la sentencia por errónea aplicación de los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal en razón de que el Tribunal dio por demostrados los hechos que configuran estas causales de agravación del homicidio cuando, realmente, ellas no se dan puesto que el homicidio se cometió justificadamente.

La sustentación del cargo es formalmente idéntica a la del anterior, aunque obviamente referida a las mencionadas causales del artículo 363 del Código Penal.

Concepto de Procuraduría

“El ataque a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín adolece de protuberantes e insubsanables fallas de técnica en su presentación y fundamentación que impiden la prosperidad de los cargos formulados.

“En efecto.

“El hecho de aducir simultáneamente quebranto de la ley sustancial por violación directa e indirecta contraría elementales principios de técnica que disciplinan el recurso extraordinario de casación, toda vez que el recurrente que invoca la primera forma de violación acepta los hechos tal como aparecen plasmados en el fallo impugnado, controvirtiendo únicamente la selección de la norma aplicada en la sentencia o el alcance que le atribuyó el fallador, mientras que en la violación indirecta el censor rechaza los hechos consignados en el fallo debiendo demostrar que por error de hecho o de derecho —manifiestos— en la apreciación de las pruebas se infringió una norma de derecho sustancial.

“Olvida el demandante que en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, como en el presente caso, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto a los hechos debatidos en la audiencia pública y que en ellos, compete de modo privativo a los jueces populares determinar la responsabilidad del acusado gozando de plena autonomía para apreciar o dejar de apreciar los elementos de juicio que ofrece el proceso, con la única limitación de no desconocer o contrariar la evidencia de los hechos.

“De ahí, por qué, resulta improcedente alegar en estos juicios violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas pues, tal planteamiento conduciría necesariamente a establecer la contraevidencia del veredicto, atribución reservada a los jueces en las instancias, no prevista en la ley como motivo de casación.

“Es más, como quiera que el jurado juzga en conciencia, sin sujeción a tarifa legal, resulta imposible determinar la prueba o pruebas que sirvieron de fundamento a su veredicto”.

Considerandos

1. “Según reiteradas enseñanzas de la Corte conforme a la primera de las causales de ca-

sación establecidas en el artículo 580 del Código de procedimiento Penal invocada por el actor, el quebranto de la ley sustancial puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia impugnada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (la influencia directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o contravierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma hecho por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

“La violación indirecta de la ley sustancial se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente en el sentido de demostrar que el Tribunal ha incurrido en error de derecho o de hecho que aparezca ostensible y notorio en los autos. Trátase, por consiguiente, de una técnica precisa establecida por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

“A la violación directa de la ley sustancial se refiere el apartado primero del ordinal primero del citado artículo 580. Quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo objeto de la censura, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando sólo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

“A la violación indirecta de la ley alude el apartado segundo del referido ordinal. En esta infracción, el autor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho, o de hecho que aparezca de modo manifiesto, en la estimación del causal probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error”. (Casación de 11 de diciembre de 1975, ps. 196-7. Mag. P. Mario Alario Di Filippo. Extractos, Minjusticia/77).

Resulta, así, evidente la incongruencia técnica del alegar simultáneamente dentro del marco

de la causal primera y frente a la misma situación violación directa e indirecta de la ley.

El cargo no prospera.

2. En su más constante y uniforme jurisprudencia la Corte ha sostenido que "en los juicios en que interviene el jurado no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustancial, es decir, la que se origina en manifiesto error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada o determinadas pruebas.

a) El jurado examina tanto los cargos como la defensa del acusado sin atender voz distinta de la personal conciencia, y emite su veredicto según "la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga", de acuerdo con lo previsto en el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, que reprodujo el 27 de la Ley 4^ª de 1943. No rige, pues, para los jurados la denominada tarifa legal de prueba, ni se les impone la obligación de explicar su veredicto, ni de señalar con base en qué elementos de convicción se basaron, ni cuales medios probatorios no les merecieron credibilidad. El jurado hace una valoración conjunta del contenido del proceso, de los motivos de la acusación y de los planteamientos de la defensa, y forma su criterio en conciencia. De ahí que resulte arbitrario afirmar, en un caso dado, que el jurado apoyó su respuesta al cuestionario en tal o cual prueba, o que no tuvo en cuenta esta o aquella prueba, o que incurrió en error de una u otra naturaleza al apreciar determinado elemento de persuasión;

b) En los juicios con intervención del jurado, "la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate", por imperativo mandato del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, por consiguiente, el veredicto constituye la base del fallo, es su fuente inmediata, al extremo de que si el juzgador lo desatiende y, apartándose de él, pronuncia la sentencia con apoyo directo en las pruebas, atribuyéndoles consecuencias legales distintas de las expresadas en el veredicto, respecto de los hechos delictivos y de la responsabilidad del procesado, el fallo así proferido sería susceptible de casación a voces de la causal 2^ª del artículo 580 del referido estatuto;

c) La injusticia notoria del veredicto no está consagrada como motivo de casación en la ley procesal vigente, ni lo estaba tampoco en la anterior, y sabido es que las causales del recurso

extraordinario son taxativas y limitan el campo de acción de la Corte, ya que la casación, como tantas veces se ha dicho, no genera una nueva instancia que permita el examen libre del thema decidendum del proceso. Cuando de autos resulte "que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos", así deben declararlo los juzgadores de las instancias, disponiendo al tiempo la convocación de un nuevo jurado, cuyo veredicto "es definitivo" (artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal). Mas esa facultad es privativa del Juez del conocimiento y del Tribunal Superior, y si no la ejercitan en un determinado proceso, la Corte carece de poder para esa clase de pronunciamientos, ya que la competencia que ejercita a través del recurso de casación está sometida a los precisos motivos indicados en la ley (artículo 580) para la procedencia de la impugnación, entre los cuales no está incluido, como antes se dijo, el haberse dictado la sentencia con base en un veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia de los hechos; y

d) Si, por vía de hipótesis, se admitiera que aún en los procesos en que ha actuado el jurado se puede alegar en casación que la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior es violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, esto es, por quebranto indirecto de la norma sustantiva, en materias sobre las cuales decidió el jurado y a cuyo veredicto se conformó la sentencia al prosperar la causal, la Corte tedría que casar el fallo impugnado y dictar "el que deba reemplazarlo", dando aplicación al artículo 583, ordinal 1, del Código de Procedimiento Penal y por ese procedimiento se llegaría la sentencia, no "de acuerdo con el veredicto", como lo ordena el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, sino con la certeza generada en el análisis de las pruebas, y, paradójicamente, resultaría protuberante la causal de casación prevista en el ordinal 2 del artículo 580 *ibidem*, por desacuerdo del fallo con el veredicto del jurado". (Casación de febrero 15/73, Mag. P. Luis E. Mesa V.).

Conclúyese, pues, que este cargo no está tampoco llamado a prosperar.

Decisión

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —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 y cúmplase.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna

Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSOS DE APELACION Y CONSULTA

Sus características y finalidades

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 10 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 96.

Vistos

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, fechada a 24 de abril del año en curso, por medio de la cual condenó a Lucas Osorio Quintero, a la pena principal de un año de prisión por considerarlo responsable del delito de falsas imputaciones, interpusieron, tanto el procesado como su defensor el recurso extraordinario de casación que les fue concedido y al que esta Sala declaró admisible.

Hechos y actuación procesal

El 12 de noviembre de 1975, Lucas Osorio Quintero, denunció ante el Presidente del Tribunal que se deja mencionado a la doctora Nohora Bibiana Velasco de Perdomo, por aquel entonces Juez Segundo Penal Municipal de Neiva, por los delitos de falsedad, abuso de autoridad y prevaricato, el primero de los cuales hizo consistir en que la mencionada profesional en las providencias por medio de las cuales sancionó al denunciante y que fueron la número 006 de 16 de noviembre de 1974, en la que lo amonestó por su conducta, la número 001 de 4 de enero de 1975, en la cual se le sancionaba por no asistir al despacho a causa de estar embriagado, la número 002 de enero de ese mismo año en la que se revocaba la anterior y otra, con ese mismo nú-

mero, fechada el 31 de enero en la que se le concedían vacaciones al denunciante.

Afirma éste no ser ciertos los hechos invocados en tales resoluciones para sancionarlo y refiriéndose al cargo de embriaguez niega que tal cosa hubiera ocurrido y dice que no asistió a la oficina un sábado, no porque estuviera embriagado sino a causa de que tuvo que buscar asistencia médica para un brazo enfermo. Agrega que la denunciada falseó también la numeración de esas resoluciones pues profirió dos, las últimas, con el mismo número.

En los mismos hechos se basa para atribuir a la Juez el delito de abuso de autoridad agregando que se le sancionó dos veces por ellos y que no se le oyó en descargos pues inmediatamente de proferir esas resoluciones, la denunciada las pasó a la Pagaduría para que se hicieran efectivas.

Expresa que todos esos abusos culminaron en la Resolución número 001 de 20 de febrero de 1975, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento pero como apareciera dictada por el Juzgado Cuarto Penal Municipal, hubo de ser revocada por la 002 de 21 de febrero de ese mismo año. Sin embargo, agrega, este mismo día se profirió el Decreto 001 por el cual se declaró esa insubsistencia.

En lo que hace al delito de prevaricato, sostiene el denunciante que la Juez doctora Velasco de Perdomo tomó todas esas medidas por "animadversión y ojeriza" contra él y en el solo ánimo de perjudicarlo.

La comentada denuncia no fue, empero, aceptada por el Tribunal que, luego de una investigación preliminar, se abstuvo de iniciar proceso penal contra la funcionaria denunciada.

Fue consultada esa decisión con la Sala Penal de la Corte que la confirmó en todas sus partes disponiendo, además, que se abriera investiga-

ción contra el denunciante por el posible delito de falsas imputaciones ante las autoridades.

Obedeciendo esta determinación, el Tribunal ordenó abrir la investigación correspondiente que culminó en un llamamiento a juicio para Osorio Quintero por el delito de falsas imputaciones ante las autoridades por haber denunciado a la doctora Velasco de Perdomo por falsedad en documentos ya que el Tribunal encontró verdaderas las razones invocadas por la funcionaria para sancionar a su subalterno, el actual procesado, providencia dictada por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Neiva.

En el curso de la etapa sumarial se recibieron las declaraciones de los empleados del Juzgado, Fernando Morales (citador), Alvaro Díaz y Gilberto Polanco (escribientes) y Heraclio Medina (oficial mayor) el primero de los cuales dijo (fl. 22) que Osorio Quintero no concurrió a una de las visitas de cárcel y que, por lo general, no asistía los sábados al despacho siendo razón de sus ausencias la de que se dedicaba a ingerir licor tales días lo cual le ocasionó varias llamadas de atención por parte de la funcionaria acusada que resolvió, por último, dirigirse a él por escrito luego de lo cual le impuso una multa lo que dio ocasión a que Osorio Quintero se expresara en términos groseros que empleó también para dirigirse a ella en un memorial. Alvaro Díaz declara que si bien no vio a Osorio embriagado dentro de la oficina se dio cuenta de que por tal causa lo sancionó la Juez ya que aquél se presentó en ese estado a una visita de cárcel. Heraclio Medina también habla de las frecuentes inasistencias a la oficina por parte de Osorio y de cómo al día siguiente se presentaba con síntomas de haber ingerido alcohol.

Sobre la presencia de Osorio Quintero, en estado de embriaguez a una de las visitas de cárcel, deponen la doctora Soledad Uribe de Trujillo, Juez 4º Penal Municipal de Neiva y el doctor Hernando García Perdomo, Juez 5º Penal Municipal de la misma ciudad (fls. 140 y 145).

Se llevaron a los autos sendas copias de las resoluciones que se dejan mencionadas, así: la 006 de 16 de noviembre de 1974 por la cual se amonestó al procesado por desacato a las frecuentes llamadas de atención y por no haberse presentado a una visita de cárcel. La 0042 de 25 de noviembre del mismo año por la cual la Sala de Gobierno del Tribunal concedió vacaciones a la doctora Velasco de Perdomo, la 001 de 4 de enero de 1975, en la que se impone a Osorio sanción de multa por no asistir en forma debida al despacho, la 002 de 8 de enero del mismo año

por la que se revoca la anterior y se pide adelantar una investigación disciplinaria y finalmente el Decreto 001 de 21 de febrero de 1975, por el que se declara insubsistente el nombramiento de Lucas Osorio Quintero:

Con base en las pruebas mencionadas el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Neiva, al que como ya se expresó, correspondió el conocimiento del proceso contra Osorio Quintero, profirió, con fecha cuatro (4) de marzo de 1977 auto de proceder contra Osorio Quintero, por el delito de falsas imputaciones ante las autoridades, providencia de la que apeló el enjuiciado y que fue confirmada por el Tribunal en la suya de 16 de septiembre del mismo año.

Adelantado el juicio, se convocó a audiencia pública que tuvo lugar el 27 de enero de 1978 y se profirió luego la ya mencionada sentencia de 17 de noviembre de ese año por la cual se condenó al procesado a la pena principal de un año de prisión, así como a las accesorias del caso y se le concedió el beneficio de suspensión condicional de la pena.

Apelada esta decisión, el Tribunal la confirmó por la que ahora es materia del presente recurso extraordinario. En ella luego de transcribir las partes pertinentes de la anterior providencia del Tribunal o sea la que confirmó el auto de vocación a juicio, dice el *a quo*.

“La transcripción precedente señala con claridad que es falsa la imputación lanzada por Osorio Quintero, contra la funcionaria cuando afirmó que no existieron pronunciamientos de carácter administrativos o disciplinario, que no antecederían amonestaciones, llamados de atención y requerimientos para que ordenara su conducta y que no incurrió en faltas al ordenado cumplimiento de horarios de la oficina porque como quedó demostrado testimonial y documentalmente, los pronunciamientos disciplinarios dictados por la funcionaria que los sancionó no fueron fruto de la invención, la imaginación o la falsedad sino nacidos de la realidad del incumplimiento de los horarios, deberes y obligaciones fijados para él como Secretario por el Decreto 250 de 1970, comportamientos que al quedar probados, obligaron a la funcionaria a pronunciarse sancionándolo”.

Agrega el Tribunal que el hecho de haber afirmado Osorio Quintero, que no habían existido esos pronunciamientos configura la conducta descrita por el artículo 188 del Código Penal ya que el procesado denunció a la funcionaria de haber incurrido en una falsedad que ella no había cometido.

*Demanda de Casación y respuesta
de la Procuraduría*

Tres cargos formula el actor contra la sentencia en el marco de la causal primera (segundo aparte) y uno en el de la causal cuarta de casación. Se resumen en seguida y con cada uno de ellos la correspondiente respuesta del Ministerio Público.

Causal primera. Primer cargo. Alega el censor que hubo violación indirecta de la Ley Penal, por falta de apreciación del certificado expedido por la Juez Segundo Penal Municipal de Neiva, con fecha 25 de octubre de 1976 (fl. 156) por medio del cual esa funcionaria hace constar que no existe oficio en que se haya amonestado a Lucas Osorio Quintero, lo que demuestra, según el demandante que no hubo por parte de la Juez Velasco de Perdomo llamamiento de atención para su secretario por concepto de inasistencias a la oficina, lo que, a su vez, pone de presente que sí faltó ella a la verdad al hacer la narración de los hechos en las resoluciones que se dejan citadas.

Replica la Procuraduría, representada por el Procurador Primero Delegado Penal, que en las susodichas resoluciones no se sabía de oficios en que se llame la atención de actual procesado sino de "notas" y que, además, los testigos están de acuerdo en que sí se produjo la falta de asistencia de Osorio Quintero al trabajo por lo cual la Juez le llamó, verbalmente, la atención. Agrega que, una vez producida la resolución, se le notificó a Osorio sin que éste hiciera ningún reclamo lo que lleva a la conclusión de que el Tribunal no incurrió en ningún error al apreciar los elementos de juicio de que se sirvió para fundamentar su sentencia.

Segundo cargo. También dentro del segundo aparte de la causal primera, la demanda tacha la sentencia de error de hecho porque dice que hubo equivocada apreciación de las resoluciones 001 de 4 de enero de 1975, 002 de 8 de enero del mismo año y 001 de 20 de febrero también de 1975 porque, dice, tales resoluciones alteraron el orden cronológico en que fueron dictadas y, según su aseveración, fueron igualmente invalidadas y corregidas en sus protuberantes errores de redacción, encabezamiento y hasta origen pudiéndose concluir, termina diciendo, que lo que demuestran tales actos administrativos es precisamente la alteración del orden cronológico y las respectivas faltas a la verdad en la narración de hechos en sus considerandos, que, según el actor, se contradicen entre sí, lo que llevó al

Tribunal, en la apreciación de esas pruebas, a error de hecho evidente y manifiesto en los autos.

Responde el Procurador aceptando que es cierto, incurrió la Juez en varias equivocaciones en la redacción de la resolución 001 de 20 de febrero de 1975 tales como haber escrito "Juzgado Cuarto Penal Municipal" cuando en realidad se trataba del Segundo Penal Municipal y haber citado la resolución expedida el 8 de febrero de 1975 cuando debió citar la del 4 de los mismos mes y año, "pero esto, dice, no constituye una alteración en el orden cronológico de las decisiones tomadas por ella y no puede servir de fundamento a un cargo de falsedad siendo por lo tanto tal argumento intrascendente a los fines de la casación.

Tercer cargo. Alega el actor que el Tribunal no tuvo en cuenta el documento que obra a fl. 153 del expediente, suscrito por el procesado y que lleva fecha 7 de enero de 1975 en el cual interpone recurso de reposición y, en subsidio, de apelación, contra la Resolución número 001 de 4 de enero de 1975 en que se le impone multa equivalente a cinco días de salario, escrito que la Juez calificó de irrespetuoso, cosa que no acepta el censor quien, por lo tanto, niega que constituya falta de insubordinación por parte del procesado por lo cual la motivación del acto administrativo que lo tomó como base para sancionar a Osorio Quintero no corresponde a la verdad del contenido de dicho documento.

Contesta el Ministerio Público diciendo que el demandante se limitó a expresar su particular punto de vista sobre el referido documento pero que no puede afirmar, como lo hace, que el Tribunal no lo tuvo en cuenta y que, de haberlo tenido, su decisión habría sido diferente. El considerar como irrespetuoso un escrito, dice la Procuraduría, es una cuestión puramente subjetiva sin que por ello pueda decirse que la apreciación hecha por la Juez del susodicho documento careciera de base ya que a la benignidad con que había sido tratado la califica de falta a los deberes del superior.

Cuarto cargo. Expresa el censor que el Tribunal apreció mal la denuncia presentada por el procesado ante aquella entidad por cuanto consideró que en ella acusaba a la Juez de falsedad cuando, al contrario, la denuncia dice que tales actos administrativos se cumplieron pero que en su motivación la funcionaria faltó a la verdad. O sea que la sentencia quiere hacer decir a la denuncia todo lo contrario de lo que ella dice, lo que el actor considera como error de hecho del *ad quem*.

Tampoco acepta la Procuraduría como fundadas estas apreciaciones y, transcribiendo los párrafos pertinentes de la denuncia, concluye que el Tribunal Superior de Neiva tenía razón en sus calificaciones y estas encontraban evidente apoyo en las palabras del procesado. Osea que no se cometió el error que le atribuye el demandante.

Quinto cargo. Finalmente censura el actor a la sentencia no haber tenido en cuenta que los declarantes, a excepción de Heraclio Medina, eran dependientes de la Juez y estaban bajo el influjo de ésta en cuyo favor rindieron testimonio.

Responde el Procurador que esa dependencia no es suficiente para cuestionar la credibilidad de los testigos ni para desechar sus declaraciones como elementos de convicción ya que, por el contrario, eran ellos los más calificados para darse cuenta de lo que pasaba en el Juzgado y que los dichos de tales personas encuentran respaldo en otras pruebas del expediente. O sea que no solo con base en aquellas declaraciones se estableció el mal comportamiento de Osorio Quintero.

Termina diciendo el Procurador que los errores de hecho a que hace referencia la demanda no resultan manifiestos tal como lo exige el inciso segundo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y que por ello los cargos deben desecharse.

Causal cuarta. Cargo único. Acusa el demandante la sentencia recurrida por haber sido, en su concepto, dictada en una causa viciada de nulidad de rango constitucional por el quebrantamiento de las formas propias del juicio ya que se pronunció cuando aún estaba sin resolver la apelación interpuesta por el defensor del procesado contra la misma providencia. O sea que el Tribunal se pronunció sobre la consulta sin atender a que la providencia del inferior había sido objeto del recurso de alzada sobre el cual nada dijo ya que todas las expresiones de la parte resolutive se refieren al grado de jurisdicción mencionado y siendo así que la providencia no era consultable por la clase de infracción que se estaba juzgando y atendidas las voces del artículo 1º de la Ley 17 de 1975.

Este cargo lo examina y responde el Procurador antes que los que se dejan atrás mencionados ya que, por razones técnicas de la casación, debió ser formulado en primer término.

Contesta la Procuraduría diciendo que la censura carece de fundamento y debe rechazarse ya que se observa que a la sentencia se le dio en el

Tribunal el trámite correspondiente a la apelación y que, además, debe tenerse en cuenta que el objeto tanto de este recurso como de la consulta es la revisión de la providencia dictada por el inferior y que si el *ad quem* dijo "consulta" donde debió decir "apelación" en nada se altera el procedimiento ni se conculca ningún derecho.

Consideraciones de la Corte

Por las mismas razones expresadas por la Procuraduría, esto es, porque en técnica de casación debe examinarse primero el cargo correspondiente a la nulidad, o sea el formulado con base en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ya que si se declara probado resulta superfluo el análisis de los restantes, pasará en seguida la Sala a estudiar el que presenta el censor al final de su alegato.

Causal cuarta. Cargo único. Ciertamente la sentencia del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Neiva en que se condenó al recurrente fue apelada por éste y por su defensor y el Juzgado concedió el recurso que el Tribunal tramitó correctamente.

Y es también cierto que el Tribunal en la que ahora es materia del presente recurso no se refirió a la alzada sino a la consulta.

Pero eso no significa que se haya desconocido la garantía consagrada por el artículo 26 de la Carta ya que ella se refiere al hecho de que se cercenen formas o partes del proceso que el legislador ha establecido como característicos de cada especie de juicio y que han sido creados para salvaguardar los derechos de las partes.

Si el grado de jurisdicción denominado consulta fuera diverso del de alzada en forma que en este último se protegieran en mejor forma esos derechos, pudiera reclamarse sobre la tramitación del primero en lugar del segundo. Pero el examen que se hace del proceso es igual en ambos casos y las facultades del superior idénticas, de manera que no existe menoscabo de los intereses de las partes en ninguna de esas formas de revisión del proceso.

Carece, por lo tanto, de fundamento el cargo que sobre la base anotada hace el censor a la sentencia recurrida y debe, en consecuencia, ser rechazado.

Causal primera. Los cargos que en el marco del segundo aparte de la causal mencionada hace el demandante, tienen todos la misma base, a saber, la presunta errónea interpretación de algunas pruebas.

Sobre este aspecto de la demanda, la Sala debe hacer dos advertencias: la primera, que hace suyos los razonamientos de la Procuraduría por encontrarlos puestos en razón, esto es, ceñidos tanto a los hechos del proceso como a las normas de derecho aplicables al caso.

La segunda es que, como tantas veces lo ha advertido la Sala, no basta que se señale error en la interpretación de las pruebas sino que él debe ser demostrado objetivamente y sin lugar a dudas sin que pueda limitarse el censor a presentar su propia versión de los hechos sin el correspondiente análisis comparativo de pruebas. Y, ante todo, el error debe ser manifiesto y grave, o sea, poder ser apreciado sin grandes esfuerzos dialécticos y de tal naturaleza que, de no haberse cometido, la decisión del Juez hubiera sido completamente distinta de la que tomó.

Primer cargo. El certificado de la Juez Segunda Penal Municipal de Neiva sobre la inexistencia de notas en que se llamara la atención al actual procesado no deja sin base probatoria ese hecho ya que él puede haber sido demostrado, como en efecto lo fue, por otros medios de convicción ya que tanto el hecho constitutivo de la falta, o sea la inasistencia de Osorio Quintero a la oficina como la sanción originada en él, fueron establecidos en los autos lo que también se presume rectamente por el hecho de no haber reclamado éste de la posterior sanción en que se hacía mención de haber sido reconvenido con anterioridad lo que significa que ese hecho sí existió y era perfectamente conocido del procesado.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Segundo cargo. Los errores cronológicos y de numeración cometidos en las tantas veces mencionadas resoluciones sancionatorias, muchos de los cuales fueron debidamente corregidos, no dan pie para afirmar que la funcionaria cometió el delito de falsedad documental pues nadie ha desconocido que no se trataba de alteraciones dolosas de la verdad sino de simples equivocaciones y hace aparecer palmariamente del contexto de ellas y de la conducta de la Juez. Solo el procesado pretendió atribuir a intención dañada de la misma esos yerros y la apreciación de los mismos fue correctamente hecha tanto por el Juez como por el Tribunal.

Ningún nuevo razonamiento que desvirtúe los hechos por esos funcionarios aporta el censor para permitir creer siquiera remotamente que la Juez tergiversó deliberadamente la verdad con el ánimo de perjudicar a Osorio Quintero.

No se acepta, en consecuencia, esta censura.

Tercer cargo. El hecho de que tanto el procesado como ahora el demandante consideren que no era irrespetuoso el memorial dirigido por el primero a la Juez para interponer el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación contra la Resolución número 001 de 4 de enero de 1975, por la cual se impuso a Osorio Quintero multa equivalente a cinco días de salario, no significa que la Juez no pudiera considerarlo como tal, y, en consecuencia, desestimarla ya que la ley (aparte tercero del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil) concede esa facultad a los juzgadores y al rechazo de un memorial por la causa anotada implica que no se considere la petición que en él se haya formulado.

Así, pues, obró la Juez dentro de sus facultades al proceder a ese rechazo y no puede, en consecuencia afirmarse ahora, que ilegalmente dejó de tomar en cuenta los recursos interpuestos en el memorial rechazado.

No prospera este cargo.

Cuarto cargo. No es admisible la censura formulada en este punto por el actor al pretender que el Tribunal apreció mal la denuncia del actual procesado, implicando con ello que éste no acusó a la Juez de falsedad. En el mismo cargo se acepta que Osorio Quintero, acusó a la Juez de haber faltado a la verdad en la motivación de las resoluciones por medio de las cuales se sancionó disciplinariamente al actual procesado.

Esas afirmaciones de Osorio Quintero, en su denuncia no querían decir cosa distinta a la de que la Juez había cometido falsedad documental y si así lo interpretaron los funcionarios y entidades, entre ellas esta Sala, que intervinieron en dichas diligencias, procedieron correctamente pues no otra podía ser la interpretación que las palabras del denunciante podía darse. Ella fluía directamente y sin esfuerzo de las expresiones usadas por el denunciante.

De otro lado, este cargo se sale completamente del marco de la causal invocada ya que la denuncia no es una prueba en sí sino la noticia que de la posible comisión de un delito se da a las autoridades.

Quinto cargo. El hecho de que algunos de los declarantes fueran dependientes de la Juez Velasco de Perdomo no es motivo suficiente para rechazarlos. La ley ha establecido que la prueba testimonial debe apreciarse a la luz de la crítica del testimonio que lleva a examinar si la situa-

ción afectiva del testigo lo ha llevado a alterar la verdad o si por el contrario, pese a las vinculaciones entre el declarante y otras personas no han alterado la veracidad de su dicho.

Tal examen ni siquiera ha sido intentado por el actor. Mucho menos ha fundamentado el cargo que, por ello, debe ser rechazado.

No habiéndose demostrado ninguno de los presuntos errores de hecho en la interpretación de las pruebas que planteó el demandante, es de rigor rechazar la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, —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 y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CASACION — TECNICA

La Corte en forma reiterada ha dicho que la violación directa e indirecta de la Ley Sustancial son inconciliables

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 10 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

Aprobado: Acta número 96.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Odilio Morales Moreno contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a la pena principal de cinco años de presidio y a las accesorias de rigor como responsable del delito de robo.

Hechos y actuación procesal

Los sintetiza el Procurador Primero Delegado en lo Penal en la forma que se dice a continuación:

Da cuenta el informativo que el día 30 de septiembre de 1977, siendo las nueve y treinta de la mañana tocaron en la puerta de entrada de la fábrica "Inversiones Suramericana", ubicada en la carrera 34 número 10-55 de esta ciudad, salió a recibir la empleada de nombre Luz Marina Callejas, quien fue encañonada junto con las demás personas que se encontraban dentro de la fábrica. Aproximadamente fueron unos diez individuos los que irrumpieron con esta acción violenta despojando al señor Mardoqueo Plazas, Inspector de Rentas, de las llaves de las bodegas. De igual forma despojaron al señor Mosquera de las llaves del garaje que conduce a las bodegas y de esta forma entraron un camión

el cual lo llenaron de Wisky, Vódka, Ginebra y Champaña; minutos después de haber llenado el camión emprendieron la huida. Es de anotar que los antisociales intimidaron a las personas que se encontraban en la mencionada fábrica, con armas de fuego.

La demanda de casación

Al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente formula un solo cargo a la sentencia aplicada "por aplicación indebida e interpretación errónea de la ley sustancial", como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, "con expresa y nítida violación del artículo 215 de la obra citada...".

Y agrega: "Tal así las cosas, se ha demostrado plenamente, de como en el proceso que investigó inicialmente el señor Juez 63 de Instrucción Criminal y que produjo la sentencia condenatoria de parte del señor Juez 28 Penal del Circuito y confirmada en segunda instancia por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, no se da ciertamente lo normado por el artículo 215 de nuestro Código de Procedimiento Penal y de cómo en la valoración de la prueba se partió de un error de hecho y de derecho al afianzarse el criterio de la responsabilidad penal subjetiva en un reconocimiento, que nunca tuvo el respaldo jurídico legal".

Se considera:

La demanda es confusa. Plantea al tiempo, sobre un mismo fenómeno procesal —la declaración de Armando Mosquera Sánchez— errores de hecho y de derecho, lo cual no es de recibo en el recurso extraordinario de casación por entra-

ñar conceptos excluyentes de la violación de la ley sustancial, que, de otra parte, no menciona ninguna el recurrente distinta del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, lo que de suyo basta para negar prosperidad al cargo propuesto.

Por ello observa con acierto el Procurador:

“En formã reiterada la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de justicia ha dicho que la violación directa e indirecta de la ley sustancial son inconciliables, pues mientras que en la primera se acepta la prueba, tal como fue tomada en la instancia, en la segunda justamente se cuestiona la base probatoria del fallo que se impugna”.

De lo anterior resulta ostensible el contenido contradictorio de las pretensiones de la demanda, alojada en sus premisas inconciliables.

El cargo no prospera.

Con base en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado y acorde con él, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Fabio Calderón Botero, Gustavo Gómez Velásquez, Dante L. Fiorillo Porras, Alfonso Reyes Echandía, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Error de hecho. Error de derecho

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 12 de 1979.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 97, de diciembre 11 de 1979.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad que condenó al doctor Julio Enrique Sanabria Pineda y a otros como responsables del delito de secuestro a la pena de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes y absolvió a Flor Emilce Sánchez Buitrago. Contra tal sentencia fue interpuesto recurso de casación en nombre del condenado Sanabria Pineda.

Hechos

En las horas de la mañana del 28 de junio de 1973, fue secuestrada en zona rural del Municipio de Chiquinquirá la señora Magdalena Ortegón viuda de Cely por varios sujetos que interceptaron el vehículo en que viajaba; por su rescate exigían tres millones de pesos.

Actuación procesal

Iniciada la investigación en el Juzgado Décimo de Instrucción Penal Militar y luego de algunas incidencias procesales, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá llamó a juicio a los inculcados por delito de secuestro, providencia confirmada por el Tribunal. Surtido el plenario

en forma legal, el Juzgado dictó sentencia condenatoria contra Sanabria Pineda y otros, y absolutoria en favor de Flor Emilce Sánchez; tal proveído fue confirmado por el Tribunal, en decisión mayoritaria de la Sala.

Demanda

El recurrente impugna la sentencia con fundamento en la causal primera, segunda parte, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, así: "La sentencia de cinco de febrero del corriente año, (5 de febrero de 1979), del Tribunal Superior de Bogotá (folio 322, 5º cuaderno) que condenó a Julio Enrique Sanabria Pineda a seis años de presidio y a las demás accesorias y absolvió a Flor Emilce Sánchez Buitrago de los cargos formulados inicialmente por el mismo Tribunal como copartícipe necesaria del delito de secuestro (folio 648 y ss. del 4º cuaderno), es violatoria del artículo 293 del Código Penal, al no haberle dado aplicación en el caso de Julio Enrique Sanabria Pineda, por haberle otorgado mérito superior al que la ley le atribuye, a las pruebas que obran en su contra, por error evidente de derecho manifiesto en los autos".

Considera el demandante que la sentencia apreció en forma exagerada dos indicios que, junto con un tercero, tuvo en cuenta el fallador para condenar a su patrocinado:

1º La visita que el doctor Sanabria realizó a la familia de la secuestrada, sin conocerla, y en la que hizo referencias al delito cometido y al pago del rescate, y

2º Una grabación atribuida al condenado en la que se solicita el pago del rescate.

Respecto del primero, advierte que en el análisis de los testimonios que dan cuenta de tal visita, se da prelación a los que perjudican a su patrocinado y poca credibilidad a la propia versión del doctor Sanabria. En relación con el se-

gundo, sostiene que la prueba técnica sobre tales grabaciones no se realizó, que el dictamen de policía judicial que consideró positivo dicho cotejo carece de sustentación y que los testimonios que identifican la voz de su cliente, no son confiables.

De todo lo anterior se concluye, dice el memorialista, que "no se encuentran demostrados plenamente, en la forma exigida por el legislador, la existencia de los indicios de responsabilidad, para que, 'la prueba inicial incompleta en forma aislada ya aunada y en convergencia con las otras se transforme en prueba completa y plena para poder condenar al reunir las exigencias del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal'". (Sentencia impugnada).

"La única prueba incompleta, desde luego de imputación valedera aportada y no infirmada existente, en la grafológica. Las que en esta demanda atacamos, no pasan de ser simples hipótesis del fallador sin valor suficiente para convertirse en plena prueba capaz de producir sentencia condenatoria al tenor del mandato contenido en el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal".

Concepto de Procuraduría

"El ataque a la sentencia confluye a demostrar que los elementos de juicio aducidos en contra del procesado fueron equivocadamente apreciados por el sentenciador al asignarles un valor probatorio superior al señalado por la ley, incurriéndose de tal manera en error de derecho que resulta manifiesto, en opinión del censor.

"Entre los medios de convicción erróneamente valorados se mencionan los testimonios de Olga Cely de Rubio, la doctora Rosa Helena Montañez, Héctor González; las explicaciones dadas por el sindicato Sanabria Pineda, en su indagatoria y el informe "técnico" que da cuenta de la identificación de su voz; pruebas sobre las cuales el Tribunal Superior fundamentó varios indicios incriminatorios que aunados y en convergencia con el resultante del cotejo grafotécnico le dieron plena certeza sobre la culpabilidad del acusado, según las exigencias del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

"Pero lamentablemente no señaló el impugnador las normas legales que fijan valor probatorio a los distintos medios de convicción equivocadamente apreciados por el juzgador, omisión inexcusable en casación cuando se aduce esta forma de violación de la ley sustancial y que hace imposible la demostración del yerro invo-

cado en la hipótesis planteada de haberse excedido la eficacia demostrativa del caudal probatorio".

Critica luego el Ministerio Público la pretensión del demandante de atacar por error de derecho las pruebas testimoniales y periciales sobre las cuales se edifican los indicios, sin que respecto de aquellas exista una tarifa probatoria a la cual el juzgador deba acomodarse, y sin que en relación con estos se haya siquiera pretendido señalar la norma probatoria supuestamente infringida.

Agrega que la sentencia impugnada "se fundamenta en varios indicios que analizados en su conjunto, precisión, gravedad y conexidad, señalan inequívocamente al procesado como partícipe de la infracción y constituyen plena prueba de su responsabilidad a las voces del artículo 218 del Estatuto Procesal Penal".

Solicita, finalmente, que no se case la sentencia.

Considerandos

1. *En reiterada jurisprudencia la Corte ha sostenido que cuando se ataca una sentencia por violación indirecta de la ley en virtud de error de hecho o de derecho, es indispensable que el actor señale la norma o normas de carácter probatorio que se alegan infringidas y exponga las razones que lo llevan a sostener que el Tribunal incurrió en una u otra clase de error; comprobada esa tacha, tendrá que demostrar enseguida de qué manera ella produjo el quebrantamiento de la ley sustancial, vale decir, del tipo legal que describe la conducta cuya delictuosidad ha encontrado probada el juzgador en cabeza del agente o partícipe condenados.*

Si el recurrente no ajusta su demanda a esta técnica, la acusación resulta improcedente; pretender por esta vía del error de derecho —por que el sentenciador le reconoció a la prueba un valor que la ley no le asigna o desconoció el que éste le otorga— atacar una sentencia con la sola mención de la norma sustantiva supuestamente vulnerada, como hace el recurrente en este caso, es desconocer que la violación indirecta de la ley supone necesariamente un inicial quebranto instrumental de la norma probatoria mediante el cual se llega a la vulneración sustantiva y final de la norma incriminadora.

2. *Pero es que, además, si se examina la sentencia impugnada se hallará que la responsabilidad del doctor Sanabria Pineda se edifica sobre tres hechos indiciales a saber:*

a) Unas cartas manuscritas en las que se exige el pago del rescate, respecto de algunas de las cuales los peritos grafólogos concluyeron que habían sido hechas de "puño y letra" del procesado;

b) Grabación de una llamada telefónica hecha a la casa de la familia de la secuestrada por una voz masculina en la que se impartían instrucciones para el rescate y que cotejada con otra grabación tomada judicialmente al doctor Sanabria, permitió que varias personas encontraran, identidad (Héctor González) o, por lo menos, semejanza (la Juez Montañez y el propio sindicado), y

c) La visita que el condenado hizo a la casa de la familia de la secuestrada sin que con ella existiera vínculo alguno de amistad; para lograrlo, pidió la intermediación de la Juez Montañez, conocida de la familia, y una vez allí orientó la conversación hacia el delito de secuestro perpetrado y hacia la conveniencia de pagar el rescate, según lo manifestado por las parientes de la víctima.

Tales indicios fueron examinados con detenimiento en la sentencia impugnada, lo mismo que los testimonios y la peritación que les sirven de sustento; de tal estudio concluyó el Tribunal que estaba plenamente demostrada la responsabilidad del doctor Sanabria.

3. Como quiera que tanto las pruebas testimonial y pericial como la indicial que de aquellas pueda resultar no están sometidas en nuestro sistema probatorio a una regulada tarifa que limite la potestad apreciadora del juzgador, no basta para que prospere el cargo de error de derecho, oponer al criterio del fallador el propio del recurrente, sino que es indispensable que logre demostrar por modo fehaciente que en la sentencia se incurrió en yerro evidente al atribuir-

le a la prueba un valor que la ley no le asigna o al desconocerle el que aquella le concede. Y en esta empresa es ostensible que el demandante no logra su propósito, —además de que en alguna parte de su escrito plantea simultáneamente error de hecho y de derecho sobre prueba indicial, lo que hace más protuberante su impropiedad técnica.

La crítica a la prueba indicial resulta mucho más exigente porque respecto de ella goza el fallador de más amplio arbitrio en cuanto su apreciación depende sustancialmente —probado plenamente el hecho indicador— de una operación mental que el juez realiza para inferir de hechos ciertos la existencia lógica de otro y para concatenar unos y otros —cuando se trata de varios indicios— en una cadena causal que desemboca en la convicción de responsabilidad.

4. Los errores de técnica inicialmente anotados y, además la deficiente fuerza argumentativa en el examen de la prueba, conducen fatalmente a la desestimación del cargo propuesto.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Pedro Elías Serrano Abadía, José María Velasco Guerrero.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INDICE

	<i>Pág.</i>		<i>Pág.</i>
TESTIMONIO DE LA OFENDIDA. <i>En la apreciación de esta prueba, el juzgador goza de una prudente y de un arbitrio casi necesarios.</i> La Corte por sentencia de 18 de enero de 1979, <i>No Casa</i> la del 15 de marzo de 1978 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que condenó a la pena principal de 27 meses de prisión a Luis Antonio Rincón Vergara por el delito de <i>violencia carnal</i> en la persona de la menor Luz Amparo Lasso Lizarazo.		sados Juan Munévar Saiz y Héctor Alfonso Bohórquez Rodríguez a la pena principal de 60 meses de presidio como responsables y cómplices de los delitos de <i>robo</i> .	
Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	5	Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	15
ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. <i>Orden Técnica en su presentación.</i> La Corte por sentencia de 25 de enero de 1979 <i>No Casa</i> la sentencia condenatoria de fecha 22 de mayo de 1978 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José Gilberto León Vargas o Vergara a la pena principal de 6 años de presidio como responsable del delito de <i>robo</i> .		REVISION. <i>Causales. Lesión antecedente.</i> La Corte por sentencia de 15 de febrero de 1979, <i>Desecha</i> el Recurso de Revisión intentado en favor del señor José Gustavo Castiblanco Rodríguez y sentenciado por el delito de <i>lesiones personales</i> a la pena de 2 años de presidio por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Tunja, sentencia que se dictó el 23 de mayo de 1977.	
Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	8	Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	19
DEBIDA FORMA EN LA REDACCION DEL FALLO. <i>Su nulidad.</i> La Corte por sentencia de 19 de febrero de 1979 <i>No Casa</i> la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó que condenó a Gabriel Valencia Lloreda por el delito de <i>abuso de confianza</i> y giro irregular de cheques con fecha 10 de marzo de 1978.		REVISION. <i>Causal 3ª. Medios probatorios.</i> La Corte por sentencia de 23 de febrero de 1979, <i>Niega</i> el Recurso extraordinario de Revisión propuesto dentro del proceso que por <i>lesiones personales</i> se siguió contra Juan Fernando Góngora Arciniegas en el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá y que lo condenó a 18 meses de presidio como pena principal y multa de \$ 200.00.	
Magistrado ponente. doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	11	Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i>	23
CASACION. <i>El Recurso de Casación tiene por objeto velar por la recta y auténtica aplicación de la ley, sin que se confunda con una nueva instancia.</i> La Corte por sentencia de 15 de febrero de 1979, <i>Desecha</i> el Recurso de Casación interpuesto contra la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y que condenó a los proce-		PECULADO. <i>Quiénes pueden ser sujetos activos del delito.</i> La Corte por sentencia de 22 de febrero de 1979, <i>Desecha</i> el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Quibdó que condenó a Francisco Pino Córdoba a la pena principal de 4 años de presidio y a la prohibición para ejercer el comercio durante 5 años, como responsable de los delitos de <i>falsedad</i> en documentos negociables y <i>peculado</i> .	
		Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	28

- | | Pág. | | Pág. |
|---|------|--|------|
| JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA, CUANDO EL PAIS SE ENCUENTRA EN ESTADO DE SITIO. <i>Competencia de la Justicia Penal Militar.</i> La Corte por sentencia del 22 de febrero de 1979, <i>Casa parcialmente</i> la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Alberto Bedoya Bolaños a la pena principal de 6 meses de presidio como responsable del delito de <i>homicidio</i> y en su lugar decreta la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde el auto que declaró cerrada la investigación inclusive, y ordena enviar el negocio al Juez competente que es el Comandante de la Policía Nacional de Antioquia a fin de que se rehaga el procedimiento según lo dicho en la parte motiva de la providencia. | | sidio, por el delito de <i>homicidio</i> y en su lugar dispone devolver el proceso al Tribunal de origen para que éste a su vez lo remita al Juzgado competente para que convoque un nuevo jurado. | |
| Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i> | | Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i> | 54 |
| DOCUMENTOS. <i>Documentos Públicos y Documentos Privados. Valor Probatorio. Documentos auténticos y documentos veraces.</i> La Corte por sentencia de 26 de febrero de 1979, <i>No Casa</i> la del 23 de febrero del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Augusto Rodríguez Perilla a la pena principal de 27 meses de prisión como responsable del delito de <i>hurto</i> . | | NULIDAD. <i>Incompetencia de Jurisdicción. Reconocimiento fotográfico.</i> La Corte por sentencia de 15 de marzo de 1979, <i>Casa</i> la sentencia de 16 de enero de 1978 originaria del Tribunal Superior de Cali, que condenó a Walter Marín Castro y Carlos Julio Rodríguez a la pena principal de 7 años de presidio por el delito de <i>secuestro</i> , en su lugar decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que cerró la investigación y dispone pasarlo al Juzgado del Circuito de Palmira, para lo de su competencia. | |
| Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i> | 33 | Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i> | 59 |
| DICTAMEN PERICIAL. <i>Objeciones. Pruebas. Oportunidad para objetarlo. Pruebas. Procedencia.</i> La Corte por sentencia de 8 de marzo de 1979, <i>Casa</i> la sentencia originaria del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Darío Valencia, Fabio Valencia Hoyos y Arturo de Jesús Valencia Arango a la pena principal de 36 meses de presidio como responsables de la <i>infracción al Decreto 1188 de 1974</i> y, en su lugar declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que negó la práctica de pruebas inclusive a que se hizo mérito en la parte motiva de la providencia. Con salvamento de voto del doctor Dante L. Fiorillo Porras. | | REVISION. <i>Cómo se demuestra el Recurso. Sus causales.</i> La Corte por sentencia de 15 de marzo de 1979, <i>Niega</i> el Recurso de Revisión solicitado por el procesado Fabio Rojas Perdomo contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, que lo condenó a la pena principal de 6 años de prisión como responsable del delito de <i>robo</i> . | |
| Magistrado ponente: doctor <i>José María Velasco Guerrero</i> | | Magistrado ponente: doctor <i>José María Velasco Guerrero</i> | 65 |
| VEREDICTO DEL JURADO. <i>Veredicto contradictorio. Cuando sus términos se destruyen.</i> La Corte por sentencia de 9 de marzo de 1979, resuelve <i>Casar</i> la sentencia de 29 de noviembre de 1977, que condenó a Avelino Lemus Obregón a la pena principal de 66 meses y 15 días de pre- | | DERECHO DE DEFENSA— ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. <i>Defensa Material. Defensa Técnica. Artículo 120 del Código de Procedimiento Penal. Cuando opera y cuando no.</i> La Corte por auto de 15 de marzo de 1979, <i>No Repone</i> el auto de 15 de febrero del mismo año, por medio del cual la Corte declaró ajustada a las exigencias legales la demanda presentada por el apoderado del procesado Roosevelt Salazar Herrera. | |
| | | Magistrado ponente: doctor <i>Jesús Bernal Pinzón</i> | 66 |
| | | EXAMEN PSIQUIATRICO. <i>No es obligatorio. Es facultativo del Juez instructor o del de conocimiento.</i> La Corte por sentencia del 15 de marzo de 1979, resuelve <i>No Casar</i> la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de 15 de mayo de 1978, que condenó a Noel Emilio Pava Fuentes a la pena principal de 24 años de presidio como responsable | |

Pág.

Pág.

de múltiples homicidios agravados y robo, según hechos realizados en el municipio de Tasco (Boyacá), en el año de 1964.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

72

JURADO DE CONCIENCIA. *Notificación. Nulidad.* La Corte por sentencia de 29 de abril de 1979 *No casa* la de 19 de julio de 1978 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y que condenó a Marcos Moreno Suárez, a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de *homicidio* en la persona de Jorge Adelmo Suárez Porras.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

88

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA. *En los juicios en los que interviene el jurado no se puede discutir la prueba.* La Corte por sentencia de 15 de marzo de 1979, *No Casa* la sentencia de 6 de junio de 1978 del Tribunal Superior Militar, que condenó a Manuel Antonio Sierra a la pena principal de 24 años de presidio como responsable de los delitos de *homicidio* y *secuestro* en la persona del menor Javier Rodríguez Jiménez.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

74

MEDIDAS DE SEGURIDAD. La Corte por sentencia de 3 de mayo de 1979 *Casa* la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 6 de marzo de 1978, que condenó a José Miguel Álvarez Márquez, a la reclusión en el manicomio criminal por el término mínimo de 2 años y en su lugar dispone la reclusión del procesado en una colonia agrícola especial por un término no menor de un año.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

92

ROBO. *Robo agravado. ¿Qué se entiende por robo y qué por robo agravado? La ley prohíbe que se tomen como de mayor peligrosidad factores a los que la misma ley ha dado un tratamiento jurídico diverso, como modificadores o como elementos constitutivos del delito.* La Corte Suprema de Justicia por sentencia de 2 de abril de 1979 *Casa parcialmente* la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 16 de diciembre de 1977 por medio de la cual condenó a los procesados José Adenauer Gutiérrez, Víctor Cruz y Roberto Gutiérrez, a la pena de presidio de 7 años como responsables del delito de *robo* y en su lugar los condena a la pena de 5 años y 6 meses de presidio como responsables del delito de *robo agravado*.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

76

NULIDAD. (Artículo 26 de la Constitución Nacional). *Redacción de los cuestionarios que debe absolver el Jurado de Conciencia.* La Corte por sentencia de 18 de mayo de 1979 *No casa* la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Ricardo Bolaños Rodríguez, a la pena principal de 9 años de presidio como responsable de los delitos de *homicidio* y *lesiones personales* en las personas de Jairo Arnulfo y Henry Contreras.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

99

NULIDAD. *La falta de la firma del Juez en el acta de audiencia, no constituye nulidad si por otros medios aparece demostrada la autenticidad del acta. La Corte cambia la jurisprudencia al respecto.* La Corte por sentencia de 20 de abril de 1979, resuelve *No casar* la de 4 de julio de 1978, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Marta condenó a Juan Rodríguez Molineros, a la pena principal de 5 años y 4 meses de presidio como responsable del delito de *homicidio imperfecto* en la persona de José Galazán Calderón.

Magistrado ponente: doctor *Jesús Bernal Pinzón*.

80

ACUMULACION DENTRO DE LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. *-Según el artículo 407 del Código de Justicia Penal Militar, en los Consejos de Guerra Verbales la acumulación se podrá decretar en "Asuntos" que deben decidirse por ese procedimiento hasta el momento de formular los cuestionarios.* La Corte por sentencia de 22 de mayo de 1979 *No casa* la sentencia de 19 de julio de 1978 proferida por el Tribunal Superior Militar que condenó al Capitán del Ejército José Antonio Jaramillo Castro, por los delitos de *homicidio* y *violación de domicilio* a la pena principal de 12 años de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

103

- CONEXIDAD.** *Es un fenómeno de concurso de delitos, distinto de la responsabilidad, que hace obligatorio investigar hechos punibles independientes entre sí en un solo proceso.* La Corte por sentencia de 23 de mayo de 1979 *No casa* la sentencia de 3 de junio de 1978 del Tribunal Superior de Cali que condenó a Oscar Lasprilla Rodríguez y a Clara Inés García, como coautores de los delitos de *falsedad y estafa* agotados en forma continuada.
- Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*. 106
- CONCUSION.** *Quiénes pueden cometer el delito de concusión. Sus elementos.* La Corte por sentencia de 7 de junio de 1979 *No casa* la sentencia de 17 de agosto de 1978 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá y que condenó a Leopoldo Duarte González, a la pena principal de 12 meses de prisión por el delito de *concusión*.
- Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*. 109
- CAUSAL 1ª DE CASACION.** *Violación directa. Violación indirecta. No pueden presentarse las dos al mismo tiempo.* La Corte por sentencia de 7 de junio de 1979 *Desecha* el Recurso de Casación interpuesto contra la del 18 de septiembre de 1978 del Tribunal Superior de Buga que condenó a Fernando González Rojas, a la pena principal de 24 meses de presidio como responsable del delito de *falsedad* dentro de la figura jurídica de uso de documentos públicos y privados.
- Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 112
- CUESTIONARIOS A LOS JURADOS DE CONCIENCIA.** *Cómo se redactan. No hay nulidad cuando se pregunta: "Haber dado muerte en forma intencional".* La Corte por sentencia de 13 de junio de 1979 *No casa* la de 3 de agosto de 1978 dictada por el Tribunal Superior de Ibagué y que condenó a Alfonso Cañón Moreno, por el delito de *homicidio* en la persona de Luis Reyes Pulido.
- Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*. 115
- ERROR EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS.** *Cómo se demuestra.* La Corte por sentencia de 13 de junio de 1979 *Desecha* el Recurso de Casación interpuesto por el procesado Néstor Sarmiento López, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta que lo condenó a la pena de 6 años de presidio.
- Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*. 118
- CASACION.** *Técnica en la presentación de la demanda.* La Corte por sentencia de el 13 de junio de 1979 resuelve *No casar* la sentencia de 21 de julio de 1978 originaria del Tribunal Superior de Bogotá y dictada en el proceso que por *homicidio* se siguió contra Julio Orlando Vásquez Ruiz y José Vicente Fernández Cañón.
- Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*. 123
- ERROR DE HECHO MANIFIESTO.** *Debe ostentar los caracteres de evidente, es decir, de lo que se impone a primera vista.* La Corte por sentencia de 19 de junio de 1979 *No casa* la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta que condenó a Wabig Palis García, por los delitos de *estafa e infracción al Decreto 1135 de 1970* y absolvió a Diógenes Mendoza, por los mismos hechos.
- Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*. 126
- CUESTIONARIOS EN LOS PROCESOS CASTRENSES.** *Se ha dicho ya en reiterada jurisprudencia que la formulación de los cuestionarios equivale a la elaboración del Auto de Proceder en el proceso ordinario.* La Corte por sentencia de 21 de junio de 1979 *Desecha* el Recurso de Casación interpuesto contra la del 3 de octubre de 1978 del Tribunal Superior Militar, mediante la cual condenó a Darío Galeano Campos, como responsable del delito de *homicidio* en la persona de Rogelio Castro Muñoz.
- Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*. 129
- REVISION.** *Sus requisitos para que prospere. (Artículo 584 numeral 5º).* *Cómo se demuestra el incumplimiento del pago de alimentos.* La Corte por sentencia de 21 de junio de 1979, *Niega* el Recurso de Revisión propuesto contra la sentencia de 27 de noviembre de 1976 originaria del Juzgado Quinto Penal Municipal de

	Pág.	Pág.	
Neiva, que condenó a Rodolfo Romero Nimeo, a la pena principal de 6 meses de arresto y multa de \$ 1.000.00. Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	132		
DICTAMEN PERICIAL PSIQUIATRICO. <i>La ordenación de tal examen se deja al prudente criterio del funcionario. (Artículo 411 del Código de Procedimiento Penal).</i> La Corte por sentencia de 21 de junio de 1979 <i>Desecha</i> el Recurso de Casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Cúcuta, que condenó a Adriano Ramírez Gómez, a la pena de 15 años de presidio como responsable del delito de <i>homicidio</i> . Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	135		
CUESTIONARIOS PARA EL JURADO. <i>El juzgador goza de amplitud para redactar los cuestionarios, siempre que —éstos no varíen en la naturaleza del agravante, ni afecten su claridad—.</i> La Corte por sentencia de 28 de junio de 1979 <i>Desecha</i> el Recurso de Casación interpuesto contra la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de 5 de octubre de 1978 y que condenó a Euelides Medellín López, a la pena principal de 15 años de presidio. Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	139		
SECUESTRO EXTORSIVO. <i>Cómo se debe alegar en casación del artículo 406 del Código Penal.</i> La Corte por sentencia de 6 de julio de 1979 <i>resuelve Casar parcialmente</i> la sentencia de 8 de septiembre de 1978 del Tribunal Superior Militar, mediante la cual condenó a Olinto Estévez Castilla y Juan Francisco Archila a las penas principales de 10 años de presidio como autores necesarios de los delitos de <i>secuestro y extorsión</i> en concurso, y en su lugar dispone absolver a Olinto Estévez Castillo y Juan Francisco Archila del cargo de extorsión que se le hizo sin modificar la pena impuesta por las razones consideradas en la parte motiva de la providencia. Con salvamento de voto de los doctores Dante L. Fiorillo Porras, Pedro Elías Serrano Abadía y Luis Enrique Romero Soto. Magistrado ponente: doctor <i>Jesús Bernal Pinzón</i>	142		
VEREDICTO. <i>Su interpretación. La riña imprevista no se contrapone con el estado emocional</i>			
		<i>del artículo 28 del Código Penal.</i> La Corte por sentencia de 8 de agosto de 1979, <i>No Casa</i> la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de 14 de julio de 1978, y que condenó a Domingo Dávila Aguilar a la pena principal de 32 meses de presidio por el delito de <i>homicidio</i> en la persona de Rafael Zambrano Torres. Con salvamento de voto de los doctores Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto y José María Velasco Guerrero, y, con aclaración de voto del doctor Alfonso Reyes Echandía. Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Bothero</i>	151
		REINCIDENCIA. <i>Cómo se demuestra para que pueda ser tenida en cuenta en una posterior sentencia.</i> La Corte por sentencia de 9 de agosto de 1979, <i>resuelve, No casar</i> la del Tribunal Superior de Cúcuta de 20 de octubre del año de 1978 y en la que se condenó a la pena principal de 4 años de presidio y \$ 5.000.00 pesos de multa a Luis Antonio León Torres por <i>infracción al Decreto 1188 de 1974.</i> Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	157
		PRUEBA DEL ESTADO CIVIL. <i>Como se demuestra el estado civil de las personas dentro de un proceso penal con intervención del Jurado de Conciencia.</i> La Corte por sentencia de 23 de agosto de 1979 <i>No casa</i> la del 23 de octubre de 1978 emanada del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y que condenó a José Julio Cachay Niño a la pena principal de 7 años y 6 meses de presidio y a Juan Bautista Maldonado a 6 años y 3 meses de presidio, así como las accesorias de rigor por el delito de " <i>homicidio-asesinato</i> " en riña imprevista. Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	160
		NULIDAD. <i>Indebida notificación del auto de proceder. Cuándo se opera.</i> La Corte por sentencia de 28 de agosto de 1979, <i>resuelve: No casar</i> la sentencia de fecha 19 de diciembre del año 1978 dictada por el Tribunal Superior de Armenia por medio de la cual se condenó a Bernardo Antonio Restrepo Córdoba a la pena principal de 8 años de presidio más las accesorias del caso como autor del delito de <i>homicidio</i> cometido en la persona de Gustavo Bermúdez R. Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	166

Pág.

Pág.

NULIDAD. *Artículo 26 de la Constitución Nacional. La falta de vocero no constituye nulidad.* La Corte por sentencia de 30 de agosto de 1979 *Desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 6 de febrero de 1978 que condenó a Over Madrid Rodríguez (a. El Negro Madrid), a la pena principal de 36 años; a Jorge Enrique Castellanos Bayona (a. Pájaro Loco), conocido también como Jorge Iván Castellanos Median, a 34 años; a Luis Eduardo Mora Cardona o Carvajal (a. El Negrito o El Chino), a 32 años y a Rubén Darío Corredor Herrera a 30 años, todas de presidio, como autores penalmente responsables de los delitos de *homicidio* y *tentativa de homicidio agravado*, *robo* también *agravado*, *lesiones personales* y por un delito de los que envuelven un peligro común como que les fueron imputados en el auto de proceder.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*. 169

CASACION TECNICA. *Violación indirecta. Su demostración.* La Corte por sentencia de 30 de agosto de 1979 *No casa* la sentencia de 23 de octubre de 1978, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José Manuel Castañeda y a otros, por el delito de *robo* en los bienes de María Leonor Wills, a la pena de 72 meses de presidio y a Abad Santa Quintero a la pena de 36 meses de presidio como cómplice no necesario y a las accesorias de rigor.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*. 175

SECUESTRO CON PROPOSITO DE LUCRO. *Tentativa de extorsión. Cómo se debe proponer el cargo.* La Corte por sentencia de 30 de agosto de 1979, *Casa parcialmente* la sentencia de 7 de octubre de 1976 dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Hernando Cristancho Guevara a la pena principal de 12 años de prsidio como responsable del delito de *secuestro* y a las accesorias correspondientes y en su lugar condena al procesado recurrente a la pena principal de 11 años y 10 meses de presidio.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*. 178

CHEQUES. FALSEDAD Y ESTAFA. *La creación total e ilegítima de un Título Valor (Cheque) se ubica para los efectos jurídicos en el*

ámbito de la falsedad (artículos 231 y 233) del Código Penal). La Corte por sentencia de 4 de septiembre de 1979, resuelve *No casar* la del 13 de diciembre de 1978 que condenó a Víctor Mesa Alvarez a la pena principal de 64 meses de presidio por los delitos de *falsedad* y *estafa*, sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*. 181

HOMICIDIO CULPOSO Y DECRETO 1188 DE 1974, ARTICULO 40. *Delito mayor para la graduación de las penas. Circunstancias de mayor y menor peligrosidad. Cómo se demuestran y cómo operan.* La Corte por sentencia de 4 de septiembre de 1979, resuelve *Casar parcialmente* la sentencia de 5 de diciembre de 1978, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Armando Cohen Bravo por los delitos de *homicidio culposo* en Alberto Alfonso Benítez Quevedo e *infracción al artículo 40 del Decreto 1188 de 1974* y en su lugar lo condena a la pena principal de 3 años de presidio.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*. 184

VEREDICTO. SU INTERPRETACION. (“Sí es responsable de homicidio pasional”). *Para la interpretación de un veredicto se debe recurrir a dos criterios: a la expresión literal de la veredicción y a sus antecedentes inmediatos.* La Corte por sentencia de 4 de septiembre de 1979 *Casa parcialmente* la sentencia de 7 de septiembre de 1978 dictada por el Tribunal Superior de Villavicencio y que condenó a Héctor Fabio Ballesteros a la pena principal de 32 meses de presidio y en su lugar lo condena a la pena de 8 años como responsable del delito de *homicidio* en la persona de Ricardo Emilio Arenas.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*. 190

RECUSACION POR MORA. *La justificación de la mora.* La Corte por auto de 5 de septiembre de 1979, declara infundada la recusación por mora propuesta contra el magistrado doctor *Efraím Córdoba Castillo*, por el apoderado de la parte civil doctor *Orlando Gutiérrez Céspedes*, en el proceso contra Alix Cecilia Daza de Díaz y Rodrigo Arrieta Guerra, Ex-jueces primeros del Circuito Penal de Valledupar.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*. 193

	Pág.		Pág.
HOMICIDIO Y ROBO. <i>Concurso material. Delito complejo en el homicidio agravado.</i> La Corte por sentencia de 6 de septiembre de 1979, <i>No casa</i> la de 11 de septiembre de 1978 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se condenó a los recurrentes Marco Tulio y Eduardo Cruz Valbuena por los delitos de <i>homicidio y robo</i> a la pena principal de 23 años de presidio y a las accesorias de rigor. Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	195	bunal Superior de Bogotá de 15 de junio de 1978, y en su lugar condena a los procesados Jorge Martínez Patiño y Gloria Esperanza Rivera a las penas principales de 6 años de presidio como responsables del delito de <i>secuestro</i> . Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	207
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. <i>Error de hecho. Error de derecho.</i> La Corte por sentencia de 8 de septiembre de 1979 <i>No casa</i> la sentencia de 27 de agosto de 1978 del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a los procesados Alcibíades Rodríguez Peña y Miguel Abraham Rodríguez Lesmes a la pena principal de 7 años de presidio como responsables de los delitos de <i>robo y lesiones personales</i> . Magistrado ponente: doctor <i>José María Velasco Guerrero</i>	199	NULIDAD. <i>Consonancia del auto de proceder con la sentencia.</i> La Corte por sentencia de 18 de septiembre de 1979 <i>Casa parcialmente</i> la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá del día 15 de junio de 1978 y que condenó a los procesados Jorge Martínez Patiño, Dionisio Antonio Granados Sanabria y Gloria Esperanza Rivera, por el delito de <i>secuestro</i> a la pena de 9 años de presidio y en su lugar los condena a la de 6 años de presidio para cada uno. Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	210
VEREDICTO. <i>Veredicto Contradictorio. Veredicto Contraevidente. Sus diferencias.</i> La Corte por sentencia de 8 de septiembre de 1979, <i>No casa</i> la sentencia de 24 de octubre de 1978, proferida por el Tribunal Superior de Medellín que impuso la pena principal de 18 años de presidio a Heriberto Quiróz Sánchez, como responsable de los delitos de <i>homicidio y robo agravado</i> . Magistrado ponente: doctor <i>José María Velasco Guerrero</i>	201	ROBO. <i>Sus elementos. Elementos - Violencia. Robo agravado. Hurto agravado.</i> La Corte por sentencia de 21 de septiembre de 1979 <i>Casa parcialmente</i> la sentencia de 9 de octubre de 1978 dictada por el Tribunal Superior Militar por medio de la cual se le impuso la condena de 42 meses de prisión a José de Jesús Daza Suta por hallarlo responsable de los delitos de <i>abuso de confianza y robo</i> y en su lugar decreta la nulidad de todo lo actuado en el proceso a partir de la formulación de los cuestionarios sometidos a la consideración de los Vocales del Consejo Verbal de Guerra. Magistrado ponente: doctor <i>Jesús Bernal Pinzón</i>	213
PARTE CIVIL. <i>Interés para recurrir en Casación o Legitimatío ad causam.</i> La Corte por sentencia de 17 de septiembre de 1979 <i>Desecha</i> el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmando la del Juzgado Segundo Superior de Sogamoso y que condenó a Joaquín Segundo Vargas Holguín a la pena principal de 32 meses de presidio por el delito de <i>homicidio atenuado</i> . Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i> . Aclaración de voto del doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	203	EL JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA EN SERVICIO ACTIVO, Y CUALQUIERA QUE SEA EL DELITO, CORRESPONDE A LA JUSTICIA PENAL MILITAR, CUANDO EL PAIS ESTA EN ESTADO DE SITIO. La Corte por sentencia de 25 de septiembre de 1979, resuelve <i>Casar</i> la sentencia de 21 de agosto de 1978 del Tribunal Superior de Bogotá, que impuso a Antonio Piñeros la pena de 9 años de presidio por hallarlo responsable del delito de <i>homicidio</i> en la persona de Régulo Efraím Bernal y en su lugar decreta la nulidad de todo lo actuado en el proceso, a partir del auto que declaró cerrada la investigación inclusive y ordenar que el Juez competente (Comandante de la Policía Nacional - División Cundinamarca) se rehaga el procedimiento.	
CAUSAL 2ª DE CASACION. <i>La causal 2ª tiende a sostener la estructura jurídica del proceso.</i> La Corte por sentencia de 18 de septiembre de 1979 <i>Casa parcialmente</i> la proferida por el Tri-			

	Pág.		Pág.
Magistrado ponente: doctor <i>Jesús Bernal Pinzón</i>	218	<i>ducidad y sus requisitos</i> . La Corte por sentencia de 26 de septiembre de 1979 <i>No Casa</i> la del 1º de febrero del mismo año dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a José Anibal Trujillo Pacheco, a la pena de 72 meses de prisión como infractor al Decreto 1135 de 1970 y, por <i>estafa</i> .	
CAMBIO DE RADICACION. <i>Por motivos de enfermedad que exija cambio de clima o residencia</i> . La Corte por auto de fecha 25 de septiembre de 1979, <i>emite concepto favorable</i> al cambio de radicación del proceso seguido contra Jaime o Jairo Sterling y Manuel Santiago Díaz Vargas, por un delito <i>contra la salud pública</i> y el cual cursa actualmente en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva.		Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	235
Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i> .	221	COMPETENCIA. <i>Artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. Competencia de los Jueces Superiores para conocer del delito de estafa cuando desaparece el delito de falsedad</i> . La Corte por sentencia del 10 de octubre de 1979, dispone <i>Casar</i> la proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 12 de diciembre de 1978 que condenó a Angela Arango V. de Jaramillo y a Federico Sierra Arango a las penas principales de 20 meses de prisión como responsables del delito de <i>estafa</i> y en su lugar decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del cierre de la investigación, disponiendo además que el negocio vaya al Tribunal de origen para que éste lo envíe al competente de rigor. Con salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez.	
NULIDAD. <i>Error relativo al nombre y apellido del procesado. ¿Qué se entiende en Derecho por individualizar y qué por identificar?</i> La Corte por sentencia de 25 de septiembre de 1979, resuelve <i>No Casar</i> la sentencia de 11 de diciembre de 1978 del Tribunal Superior de Bogotá y que condenó al sentenciado Luis Emilio Ortiz Sánchez o Víctor Manuel González, a la pena principal de 6 años de presidio como responsable del delito de <i>robo</i> .		Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	240
Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i>	223	NULIDAD. <i>La nulidad no nace del enfrentamiento del criterio jurídico del Juez con el áctor o viceversa, sino que es necesario que la ley lo consagre de manera expresa</i> . La Corte por sentencia de 18 de octubre <i>No Casa</i> la de 6 de octubre d 1978, del Tribunal Superior de Pasto que condenó a Segundo Otoniel Pantoja B. a la pena principal de 74 meses de presidio y a las accesorias de rigor como responsable del delito de <i>homicidio</i> .	
NULIDAD. <i>Inobservancia de las formas propias del juicio (Artículo 168 del Código de Procedimiento Penal). Los delitos que guardan una íntima conexión con causal se investigarán y fallarán en un mismo proceso</i> . La Corte por auto de fecha 25 de septiembre de 1979, declara <i>Nulidad de todo lo actuado</i> en el proceso seguido contra la doctora Beatriz Eugenia Urán C., ex-Juez Municipal de San Roque, proferido por el Tribunal Superior de Medellín.		Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Bothero</i>	244
Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i> .	227	NULIDAD. <i>¿Qué es el debido proceso? El persigue como garantía constitucional la adecuada protección del procesado en sus derechos</i> . La Corte por sentencia del 19 de octubre <i>desecha</i> el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la proferida por el Tribunal Superior Militar de 20 de marzo de 1979 y que condenó a Manuel Blanco Jaimes a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de <i>homicidio</i> .	
CONEXIDAD. <i>Facilidad de la investigación y evitan fallos contradictorios</i> . La Corte por sentencia de 26 de septiembre de 1979 <i>No Casa</i> la del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Carlos Augusto Melgarejo Abreo a la pena principal de 9 años de presidio a las accesorias de rigor, como responsable del delito de <i>homicidio</i> . Con aclaración de voto del doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i> .		Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	229
Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	229	CHEQUES. <i>Cheques posdatados. Cheques firmados en blanco. Su valor. Cuándo opera la ca-</i>	
CHEQUES. <i>Cheques posdatados. Cheques firmados en blanco. Su valor. Cuándo opera la ca-</i>		Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	247

Pág.

Pág.

CONCUSION. *Elementos del delito.* La Corte por sentencia de 25 de octubre de 1979 *Desecha* el recurso de casación interpuesto contra la proferida el 23 de agosto de 1978, por el Tribunal Superior Militar que condenó a Luis Angel Gómez Gómez, a la pena principal de un año de prisión y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de *concusión*.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

251

MARIHUANA. *Dosis personal. Nulidad en cuanto al procedimiento.* La Corte por sentencia de 7 de noviembre de 1979 resuelve *Casar* la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder que declaró cerrada la investigación inclusive, y ordena que se rehaga el proceso para enmendar el vicio de que trata la parte motiva de esta providencia. La sentencia fue dictada por el Tribunal Superior de Buga que condenó a Martha Santamaría Arango por la *infracción* al Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

258

NULIDAD. *¿Qué entiende por falta de defensa constitucional?* La Corte por sentencia de 8 de noviembre de 1979, resuelve *No Casar* la del Tribunal Superior de Bogotá de 22 de marzo del mismo año que condenó a Jesús Guibue Chinen a la pena principal de 4 años, 6 meses de presidio y multa de \$ 10.000.00 a favor del Fondo Nacional de Estupefacientes como responsable, en calidad de autor, de la infracción penal de que trata el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

262

PECULADO. *Complicidad necesaria. Elementos de la demanda.* La Corte por sentencia de 8 de noviembre de 1979, *No Casa* la sentencia originaria del Tribunal Superior de Bogotá, de 29 de marzo del mismo año y que condenó a Jesús Antonio Parra Lozano a la pena principal de 4 años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de *peculado*.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

265

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. *No basta con probar el error sino que es necesario de-*

mostrar su incidencia fundamntal en el fallo. La Corte por sentencia de 8 de noviembre de 1979, *No Casa* la del 12 de marzo del mismo año originaria del Tribunal Superior de Medellín y que condenó a Diego Quevedo Gómez a la pena principal de 50 meses de presidio y a multa de \$ 7.500.00 a favor del Fondo Nacional de Estupefacientes del Ministerio de Salud Pública, como responsable del delito tipificado en el artículo 1º del Decreto 1188 de 1974.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

268

FALSEDAD. *Hechos diferentes y no delito continuado. Aunque sean similares son distintos.* La Corte por sentencia de 23 de noviembre de 1979 *No Casa* la sentencia originaria del Tribunal Superior de Bogotá y que condenó a Jorge Eliécer Vergara Acuña a la pena principal de 2 años de presidio y a las accesorias de ley como responsable del delito de *falsedad* en documentos públicos.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

271

CAUSAL CUARTA DE CASACION. *Su demostración.* La Corte por sentencia de 28 de noviembre de 1979 *No Casa* la sentencia originaria del Tribunal Superior Militar, de fecha 4 de agosto de 1978 y que condenó a Octavio Buitrago Avila a la pena principal de 36 meses de prisión, como responsable del delito de *extorsión*.

Magistrado ponente: doctor *José María Velasco Guerrero*.

274

ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL. *Embriaguez, intoxicación aguda, anomalía psíquica y enajenación mental. Procedimiento para juzgar cada una de ellas.* La Corte por sentencia de 6 de diciembre de 1979, *Desecha* el Recurso de Casación interpuesto contra la del Tribunal Superior Militar de 22 de junio de 1978 que condenó al procesado Jesús Murcia Buitrago, como autor responsable del delito de homicidio, a la pena principal de 9 años de psidio y a las accesorias correspondientes.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

277

CASACION. CAUSAL PRIMERA. PARTE 2ª *Error de hecho manifiesto de la prueba.* La

	Pág.		Pág.
Corte por sentencia de 7 de diciembre de 1979, <i>casa parcialmente</i> la sentencia de 4 de octubre de 1978, emanada del Tribunal Superior de Bogotá, en virtud de la cual se condenó a Tránsito Jiménez de Torres y a Efraín Mayorga Uribe a la pena principal de 12 meses de presidio como responsables del delito de <i>falso</i> testimonio y en su lugar resuelve absolver transitoriamente a los procesados de los cargos por los cuales se llamaron a juicio.		Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	290
	282	RECURSO DE APELACION Y CONSULTA. <i>Sus características y finalidades</i> . La Corte por sentencia de 10 de diciembre de 1979, <i>No Casa</i> la sentencia de 24 de abril del mismo año proferida por el Tribunal Superior de Neiva y por la cual condenó a Lucas Osorio Quintero a la pena principal de un año de prisión por considerarlo responsable del delito de <i>falsas</i> imputaciones.	
NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL. <i>Esta nulidad se debe demandar en el marco de la causal 4ª y no dentro de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal — Juez competente para conocer de los negocios contra los miembros del DAS.</i> — La Corte por sentencia de 10 de diciembre de 1979, <i>No Casa</i> la de 27 de febrero del mismo año, del Tribunal Superior Militar que condenó a Jorge Eliécer Vergara López a la pena principal de 148 meses de presidio por los delitos de <i>homicidio</i> imperfecto.		Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	294
	287	CASACION. TECNICA. <i>La Corte en forma reiterada ha dicho que la violación directa e indirecta de la ley sustancial son inconciliables</i> . La Corte por sentencia de 10 de diciembre de 1979 <i>No Casa</i> la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Odilio Morales Moreno, a la pena principal de 5 años de presidio y a las accesorias de rigor como responsable del delito de <i>robo</i> .	
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. <i>En los juicios en que interviene el jurado de conciencia no procede la violación indirecta de la ley penal como causal de casación</i> . La Corte por sentencia de 10 de diciembre de 1979 <i>No Casa</i> la del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Eliécer de Jesús y Luis Alberto Montoya Cuartas, a las penas principales de 17 y 19 años de presidio respectivamente, como responsables del delito de <i>homicidio</i> agravado.		Magistrado ponente: doctor <i>José María Velasco Guerrero</i>	300
		VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. <i>Error de hecho. Error de derecho</i> . La Corte por sentencia de 12 de diciembre de 1979. <i>No Casa</i> la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Julio Enrique Sanabria Pineda y a otros, como responsables del delito de <i>secuestro</i> , a la pena principal de 6 años de presidio y a las accesorias correspondientes.	
		Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	302

EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRESA NACIONAL DE COLOMBIA
SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTE
LIBRO, EN AGOSTO DE 1984