

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 CLXIII

1980



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: JUAN MANUEL GUTIERREZ LACOUTURE, **Presidente.**
JUAN HERNANDEZ SAENZ, **Vicepresidente.**
Nicolás Pájaro Peñaranda, **Secretario.**

SALA CIVIL

Doctores: HECTOR GOMEZ URIBE, **Presidente.**
Nicolás Pájaro Peñaranda, **Secretario.**

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

SALA PENAL

Doctores: PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA, **Presidente.**
Alberto Mora Cogollos, **Secretario.**

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

SALA LABORAL

Doctores: FERNANDO URIBE RESTREPO, **Presidente.**
Bertha Salazar Velasco, **Secretaria.**

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

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: GONZALO VARGAS RUBIANO, **Presidente.**
Luis F. Serrano, **Secretario.**

MAGISTRADOS: Doctores: Carlos Medellín Forero.
Luis Carlos Sánchez.
Luis Sarmiento Bultrago.
Gonzalo Vargas Rubiano.
Oscar Salazar Chaves.
Mario Latorre Rueda.
Jorge Vélez García.
Humberto Mesa González.

RELATORIA

RELADORES: Doctores: Amelia Barrera de Gáfaró, Sala Civil.
Gloria Flórez de Sabogal, Sala Penal.
Manuel Antonio Vanegas Mendoza, Sala Laboral.
Miguel Roa Castelblanco, Sala Constitucional.



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA PENAL

DOCTORA GLORIA FLOREZ DE SABOGAL

RELATORA SALA CIVIL

DOCTORA AMELIA BARRERA DE GAFARO

RELATOR SALA LABORAL

DOCTOR MANUEL A. VANEGAS MENDOZA

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL

DOCTOR MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CLXIII — Bogotá = Colombia — Enero a Diciembre de 1980 — Número 2402

NULIDAD

Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., enero 23 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 5, de enero 22 de 1980.

Vistos

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en sentencia del 20 de marzo de 1978 confirmó la dictada por el Juzgado Primero Superior de Sogamoso que absolvió a José Baudilio Alarcón Chaparro del doble homicidio que se le había imputado en las personas de Arsenio de Jesús Barrera y María Alcira Acosta de Barrera.

Contra tal decisión el apoderado de la parte civil interpuso recurso de casación.

Hechos

En la tarde del 6 de mayo de 1977, se reunieron en el sitio "Laguna Negra", vereda "Sis-

vaca" del Municipio de Aquitania los esposos Arcenio de Jesús Barrera y María Alcira de Barrera con José Baudilio Alarcón Chaparro acompañado de familiares, con el fin de solucionar un problema de linderos. Acalorados los ánimos de las partes, Alarcón decidió cortar con su "machete" la cerca de alambre motivo del conflicto; ante esa acción María Alcira le lanzó un "leño", agresión que aquél respondió con disparos de revólver que causaron la muerte a los esposos Barrera.

Actuación procesal

Por tales hechos el Juzgado Primero Superior de Sogamoso llamó a juicio a José Baudilio Alarcón por los homicidios consumados en los esposos Barrera en circunstancia de riña imprevista (artículos 362 y 384 del Código Penal). En la audiencia pública el jurado negó la responsabilidad del procesado a quien le reconoció legítima defensa.

Con fundamento en tal veredicto el Juzgado absolvió al enjuiciado en providencia que más tarde confirmó el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo.

Demanda

Causal cuarta. Ataca el recurrente la sentencia con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, de la siguiente manera: "Acuso la sentencia impugnada por haberla proferido el *ad quem* en un proceso viciado de nulidad por violación del artículo 210 en su numeral 5º y el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal".

Luego del análisis de algunos testimonios, dice el recurrente para demostrar el primer cargo:

"Con el acervo probatorio recogido se demostró que José Alarcón o José Baudilio Alarcón, fue el excitador, el provocador, el autor desencadenante de los acontecimientos, en cuanto con su actitud irreflexiva de cortar la cerca meollo y concreción del problema ofendía a los esposos Barrera—Acosta, ofensa conciente y calculada cuyo objetivo era precisamente buscar la reacción de los occisos para darles muerte como ocurrió. De esta manera, es erróneo sostener la existencia de una riña súbita, casual o imprevista para Alarcón Chaparro, en los términos del artículo 384 del Código Penal, cuando él fue el ofensor, el promotor, el gestor del posible ataque con un palo por parte de María Alcira.

"Por otro aspecto la simultaneidad y rapidez como Alarcón Chaparro disparó su arma homicida como se colige de los medios probatorios eliminan la posibilidad de la existencia de la "riña", pues no hubo ese combate singular entre los muertos y el homicida; no se presentó intercambio de golpes, ni menos existieron los recíprocos ataques como para admitir la vigencia de la atenuante.

"Reconocer la atenuante glosada en abierta contradicción con el material probatorio es incurrir sencillamente en errónea denominación jurídica de la infracción y por ende en nulidad procesal, máxime cuando las ofensas verbales de la occisa María Alcira a José Baudilio estructurarían la minorante del artículo 28 *ibidem*, cuando se obra "ciegamente" por la ira, como se sostiene en la motivación del auto de proceder".

La segunda tacha a la sentencia es la de violación del artículo 537 del Código de Procedimiento Penal en cuanto se formuló un solo cuestionario en vez de dos porque se trataba de otros tantos homicidios.

He aquí su argumentación:

"La errónea denominación jurídica de la doble infracción trajo la invalidez obligada del cuestionario propuesto a los jurados, pieza esen-

cial en los trámites de este proceso. Ante dos homicidios subjetiva y objetivamente distintos era de riguroso cumplimiento el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal, elaborando y proponiendo cuestionarios separados para cada uno de los homicidios, pues así se permitía la amplitud del examen para los Jueces de conciencia, con mayor razón cuando se observa que la responsabilidad por la muerte de Arsenio de Jesús, según lo demostrado, estaba desprovista de toda atenuante, en tanto que para el caso de María Alcira bien pudo ésta haber ofendido a José Baudilio colocándolo en estado de "ira", situaciones distintas que no podían ser resueltas bajo una misma pregunta sin confundir la naturaleza de las cosas".

Concepto de Procuraduría

Dice el Procurador Tercero Delegado que:

"El reparo hecho a la sentencia se sustenta en que debió descartarse la circunstancia amonorrante de la riña imprevista porque las pruebas aducidas al proceso no admiten su reconocimiento, o porque se trataría de homicidio culposo; es decir, que la errónea calificación del hecho se predica no del género del delito: homicidio, sino de una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la especie de delito, yerro que no genera la nulidad incoada.

"Los hechos por los cuales fue juzgado y absuelto el procesado Alarcón Chaparro aparecen descritos y reprimidos con el nombre genérico de homicidio por el Capítulo I, Título XV, Libro Segundo del Código Penal y como quiera que así fue calificada la delincuencia, el motivo de nulidad alegado no se da".

En relación con el segundo cargo advierte la fiscalía que a pesar de que el cuestionario fue irregularmente elaborado porque el Juzgado ha debido someter al jurado en forma separada cuestionarios referentes a cada uno de los dos homicidios que se imputaban al procesado, tal omisión no es motivo de nulidad legal ni constitucional porque no se halla prevista como tal en el código y porque ella no conculcó el derecho de defensa ni desconoció formas esenciales del debido proceso.

Solicita, en consecuencia, *no casar* la sentencia.

Considerandos

1. La nulidad alegada por el recurrente consiste en "haberse incurrido en el auto de proce-

der en error relativo a la denominación jurídica de la infracción". Conforme al numeral 4º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, la parte resolutive del auto de proceder deberá señalar, como conclusión de las consideraciones hechas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito pertinente, "el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste se divida en capítulos... sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca...".

El Capítulo I del Título XV del Código Penal bajo el rubro de "homicidio" describe un tipo básico con tal denominación, varios tipos especiales como los de homicidio eutonástico, preterintencional o concausal.

El Capítulo III del mismo Título describe, en disposiciones comunes al homicidio y a las lesiones personales, las figuras del homicidio o lesiones por acceso carnal ilegítimo —mal llamado uxoricidio— (artículo 382) el homicidio o lesiones en riña imprevista (artículo 384) y el homicidio o lesiones en complicidad correlativa (artículo 385).

El tipo de homicidio o lesiones en riña imprevista es subordinado o accesorio punitivamente privilegiado en cuanto solamente señala circunstancia modal necesariamente referida a la figura del homicidio o a la de las lesiones personales, por manera que no tiene autonomía, ni puede, por lo mismo, aplicarse con independencia del tipo de homicidio o de lesiones al cual se adecue en concreto la conducta del agente.

Ahora bien, al procesado se le llamó a juicio "por el homicidio que consumó en las personas de Arsenio de Jesús Barrera y María Alcira Acosta de Barrera"; y en la parte motiva se expresó con claridad que tales homicidios fueron cometidos "dentro de la atenuante de responsabilidad" conocida como riña imprevista.

No desconoce el recurrente que las muertes producidas por el enjuiciado configuran homicidios; pretende simplemente refutar la modalidad de la riña imprevista que, como ya se vió, no constituye género delictivo sino mera circunstancia atenuada del homicidio.

Bien hizo, pues el a quo al llamar a juicio al procesado por delitos de homicidio; de esa manera se ciñó estrictamente a las prescripciones legales pertinentes.

El cargo habrá de ser desestimado.

2. De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal

"cuando sean varios los delitos por los cuales se hubiere llamado a juicio a un mismo procesado, se formularán separadamente los cuestionarios sobre cada uno de aquellos, como si se tratara de acusados distintos".

Erró, pues, el juzgado al formular un solo cuestionario habiéndose imputado dos homicidios al procesado. Pero, en este caso concreto, como bien lo anota el Ministerio Público, tal irregularidad, ciertamente reprochable, no adquiere categoría jurídica de nulidad legal porque no está taxativamente prevista como tal en la codificación procedimental ni alcanza al supremo nivel de la constitucional porque no configura pretermisión de alguna forma esencial al proceso susceptible de conculcar los derechos de las partes

En alguna ocasión dijo la Corte: "Si a pesar de la presencia de errores en la elaboración del cuestionario, de las faltas de técnica que puedan afectarlo, el jurado puede emitir su veredicto sobre bases ciertas, es decir, teniendo en cuenta todos los elementos que tipifican la infracción por la cual se está procediendo, en la forma como se produjo el auto de proceder, resulta claro e indiscutible que el juzgamiento es correcto y no existen motivos para invalidarlo" (casación del 17 de octubre de 1975).

En el presente caso, del único cuestionario formulado resulta evidente que se le preguntó al jurado si encontraba responsable al procesado de dos delitos de homicidio cometidos en riña imprevista, y que ante tal pregunta no tuvo dificultad en responder unánimemente en la forma en que lo hizo que, por lo demás, guarda concordancia con el pliego de cargos.

Tampoco prospera esta segunda tacha.

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 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,

CONSULTA

Qué decisiones tienen consulta

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 8 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 14, de febrero 7/80.

Vistos

El Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Buga interpuso el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 23 de mayo del año pasado por medio de la cual confirmó, en todas sus partes, la del Juzgado Cuarto Superior de Cartago en que se impuso a Mario Borrero Córdoba, la sanción de internamiento en una colonia agrícola especial por un tiempo mínimo de un año como responsable, en calidad de autor, de la muerte ocasionada a su hermano Agustín, hecho ocurrido en el corregimiento de Morroñato, jurisdicción del Municipio de Versalles, el 11 de noviembre de 1976.

Hechos y actuación procesal

En la vereda denominada "Piamonte" del susodicho corregimiento y en la propiedad de Alfredo Ocampo vivían, a la época que se acaba de mencionar, Bernabé Borrero, su mujer María Fanny Agudelo y sus hermanos entre los cuales se contaban Mario y Agustín, este último a quien los demás consideraban como "bobo" debido a lo peculiar de su comportamiento ya que muchas veces permanecía largo tiempo silencioso. En la noche del 11 de noviembre del año mencionado, Bernabé escuchó voces y golpes en la pieza en que dormían Agustín y Mario, el primero de los cuales se quejaba de que el otro lo había herido en una pierna, pero al tratar Bernabé de entrar en la habitación fue atacado por Mario, razón por la cual tanto él como los demás miembros de la fami-

lia se retiraron precipitadamente para regresar poco después, pero cuando volvieron se encontraron con que Mario había dado muerte, con un hacha, a su hermano Agustín.

Iniciada la investigación, se dispuso, entre otras pruebas, hacer examinar al sindicado para establecer su estado mental habiéndose conceputado por los expertos del Instituto de Medicina Legal que Mario Córdoba, padecía, en el momento de los hechos, de esquizofrenia simple, esto es, que se hallaba en estado de enajenación mental y que debía recibir tratamiento psiquiátrico (fls. 67 y 68).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado Cuarto Superior de Cartago al que le correspondió el conocimiento de los hechos, profirió, con fecha 30 de marzo de 1978, auto por medio del cual llamó a juicio a Mario Borrero Córdoba, por el delito de homicidio, señalándose que el trámite a seguir era aquél en que no intervenía el jurado.

En tal forma se celebró, el 7 de febrero del año pasado, la audiencia pública y se dictó, el 28 del mismo mes, sentencia en que se le condenaba, como ya se expresó, a la medida de seguridad consistente en la reclusión, por un período mínimo de un año, en una colonia agrícola especial. En auto separado, del 13 de marzo del mismo año, se dispuso consultar con el Tribunal Superior de Buga, la sentencia.

Enviado a dicha Corporación el proceso y llegado el momento oportuno, el Fiscal Segundo de la Corporación se pronunció en el sentido de que como no se cumplían en el caso de autos los requisitos para ordenar la consulta de lo resuelto, se abstenía de conceputar sobre la sentencia consultada.

De este mismo criterio fue el honorable Magistrado doctor Ulpiano Libreros Padilla quien salvó el voto, apartándose del pensamiento de la mayoría de la Sala.

Al pronunciarse sobre el tema expresado, los otros componentes de la Sala, manifestaron:

“De este criterio (el expuesto por el Ministerio Público) se aparta la Sala pues el caso ha sido detenidamente estudiado anteriormente por el Tribunal y solucionado, y los razonamientos tenidos en cuenta fundan la razón para la discrepancia actual con el señor Fiscal. A este respecto se consideró: ‘Al efecto el numeral 1º del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 17 de 1975, al señalar los proveídos que merecen consulta, expresa que esta es viable ‘cuando el delito porque se procede tuviere señalada sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo exceda de cinco años’. De tal manera que el precepto citado se refiere al delito cometido e investigado, que es precisamente, por el que ‘se procede’ y no a la sanción impuesta al condenado en el fallo. Proceder, según el diccionario, ejecutar una cosa, formar procesado, hacer causa contra alguien; Si así es la acepción del verbo, se tiene que se forma causa o proceso contra una persona por una concreta infracción penal. Es decir, para ajustar el asunto al campo jurídico, al calificar el sumario con el auto enjuiciatorio se está señalando la manera de proceder. En consecuencia, es en este acto cuando se fija el delito por el que se procede. Para el caso de examen, en el proveído correspondiente se calificó el hecho como homicidio, y esta calificación es la pertinente para fijar el criterio sobre la consulta del fallo. Si el homicidio, delito por el que se procedió, tiene pena privativa de la libertad mayor a cinco años, la sentencia que puso fin al proceso es consultable’.

Niega el *a quo* que, para efectos de la consulta, deba tenerse en cuenta las condiciones psíquicas del procesado e insiste en que lo que importa es la denominación del delito por el que se llama a juicio y si tiene señalada una sanción superior a los cinco años.

Cita apartes de la sentencia proferida por esta Sala con fecha 22 de septiembre de 1944 en la que dice que “cuando el código se refiere a la consulta de sentencias de primera instancia que no hayan sido apeladas, habla de la ‘infracción’ lo que está indicando que la referencia debe estimarse acerca de la ley misma que impone las sanciones y no al hecho concreto y específico que sea materia del proceso”.

Y termina diciendo: “En el caso propuesto se tiene en cuenta el delito concretamente consumado, calificado en el auto de proceder, sin observar ninguna otra circunstancia a fin de comprender la procedencia de la consulta. Es decir,

se reafirma la tesis que para saber cuándo es viable el grado jurisdiccional citado solo debe apreciarse el delito investigado y calificado y no las circunstancias que rodean el hecho ni la calidad de la sanción impuesta, esto es, pena o medida de seguridad”.

Por su parte, el Magistrado que salvó el voto dice en lo pertinente:

“Resultando indefinido el máximo de medida de seguridad imponible a un condenado cuando actuó en las condiciones señaladas en el artículo 29 del Código Penal, la sentencia por medio de la cual se le sanciona, no es consultable porque solo tienen este grado de jurisdicción, según lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 17 de 1975, las providencias de esta naturaleza que hacen relación a procesos en los cuales se pueda imponer un máximo de sanción privativa de la libertad personal que exceda de cinco años; sin que en casos como éste se pueda hacer tal afirmación, por lo indefinido, según la misma ley, que resulta el máximo de la medida de seguridad que se aplica en la providencia”.

Con anterioridad había mencionado que, según uno de los autores de la reforma procesal de 1975, el sentido de ésta es el de reducir considerablemente el número de providencias que se someten a consulta sin que ello implique recortar los derechos de los procesados pues éstos tienen el de interponer apelación cuando no se conformaren con las decisiones, lo que significa, concluye, que no se debe mantener dicho grado de jurisdicción para providencias que carecen de él, como la proferida contra Mario Borrero Córdoba.

Demanda de casación

Un solo cargo hace el recurrente, contra la sentencia y lo enmarca en el ámbito de la causal cuarta de casación por considerar que aquella fue proferida en un juicio viciado de nulidad.

Para sostenerlo, manifiesta en uno de los apartes de la demanda: “... como lo señaló el señor Magistrado disidente las medidas de seguridad previstas en la ley penal como sanción sui generis o mejor, como medio recuperativo de la salud mental de los anormales que realizan un hecho sancionado en el Código Penal como delito, no pueden reputarse como sanciones privativas de la libertad cuyo máximo superior a cinco años determina que las sentencias que contiene algunas de tales medidas legales sean susceptibles del grado jurisdiccional de la consulta a que se refiere el ya mencionado artículo 199 del Código

de Procedimiento Penal, toda vez que la duración de la reclusión en la colonia agrícola especial, que es la sanción impuesta en este proceso, como cualesquiera (sic) otra de la índole respectiva que se aplique a los anormales, depende únicamente de la recuperación mental que señalen los expertos psiquiatras, pero que no se puede determinar sino después de un año de internamiento, como lo dispone el artículo 64 del Código Penal”.

Agrega que “como el grado de consulta depende de los factores relacionados con la calidad y cantidad de la pena señalada en la ley, para el delito por que se procede, cuando éste no tiene aparejada sanción privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de cinco años, la sentencia de primera instancia, queda entonces ejecutoriada, si no se interpone contra ella el recurso de apelación, según lo dispuesto sobre el particular por el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal”.

Insiste, más adelante, en la diferencia existente entre las penas y las medidas de seguridad afirmando que estas no pueden tener el carácter de sanciones privativas de la libertad, y concluye expresando que si se dispone consultar las sentencias en que se imponen, la actuación queda viciada de nulidad como, en su concepto, ha ocurrido en el presente caso por lo cual pide que se case la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte

Sabido es que la consulta no es un medio de impugnación de las decisiones judiciales sino, como lo denomina la ley (artículo 198 Código de Procedimiento Penal) un “grado de jurisdicción”.

Significa que, sin el impulso de las partes y sólo obedeciendo los principios fundamentales del proceso, entre ellos, en primer término, el de jerarquía, que impone, como norma general, la revisión de las providencias por una autoridad superior en orden a garantizar un mayor acierto en la administración de justicia, lo determinado por un Juez, pasa, en ciertas oportunidades, automáticamente, al conocimiento del superior para que éste lo examine y diga si está ajustado a derecho.

Solo por motivos de economía procesal, esa situación, que debiera ser común a toda clase de procesos, ya que el principio enunciado rige para todos ellos, se reduce al examen de los más importantes, es decir, aquellos en que se ventilan hechos de mayor gravedad. Esta importancia del proceso se determina, generalmente, por la na-

turalidad y cuantía de la pena ya que se supone el legislador comina con sanción más grave a los hechos que considera más lesivos de los intereses sociales e individuales.

Entonces la ley establece un cierto límite tanto en la naturaleza como en la cuantía de la pena, a partir del cual son consultables las decisiones, límites que entre nosotros son establecidos por el artículo 199 del ordenamiento ya mencionado y las que con posterioridad han reformado esa norma.

Pero no debe perderse de vista que es la gravedad del delito lo que hace que unas providencias sean consultables. De ahí por qué la norma atrás citada dice que “son consultables, cuando contra ellas no se hubiera interpuesto el recurso de apelación, las siguientes providencias. 1. La sentencia y el sobreseimiento definitivo, cuando la infracción porque se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año (hoy cinco años según la Ley 17 de 1975)”.

Ciertamente esa norma hace referencia a la sanción que la ley señala para determinado género de delitos. Pero aún cuando debe tenerse en cuenta esto para efectos de la consulta y aun de la casación, no puede particularizarse tanto que sea necesario determinar la exacta sanción que corresponde al hecho que se juzga. Basta saber si el mínimo que para él señala la ley excede de cinco años y, en caso afirmativo, es obligatoria la consulta cuando no se interponga el recurso de apelación.

Ese examen debe hacerse también en cuanto la sanción aplicable al caso concreto no sea una pena privativa de la libertad personal sino una medida de seguridad siempre que la forma básica del ilícito por el que se procede esté conminada con una sanción de esta naturaleza.

Tal es el caso que se presenta en el juzgamiento de persona que se encuentra en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal en que la sanción imponible en el caso concreto no es una pena privativa de la libertad sino una medida de seguridad. Porque esto no disminuye la gravedad del ilícito ni impide la aplicación del principio de jerarquía atrás mencionado.

Un homicidio cometido por una persona que padezca en el momento de ejecutarlo, grave anomalía psíquica no es menos lesivo de los bienes e intereses sociales y privados que el que lleva a cabo una individuo normal.

El hecho de que la reclusión en una colonia agrícola especial tenga un límite mínimo y no

uno máximo y que aquél sea de un (1) año, esto es, inferior a los cinco años que menciona el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal no implica que no sea susceptible de consulta o, en su oportunidad, de casación.

Muchas veces esta Sala ha conocido de este último recurso en casos de sentencias condenatorias donde se ha impuesto reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, teniendo para ello en cuenta no la sanción concreta sino el hecho de que para el delito, por lo general el de homicidio, la pena imponible es de cinco años de presidio o excede esa cifra.

Igual razonamiento debe hacerse para el caso de la consulta pues no hay por qué prescindir de este importante grado de jurisdicción cuando en el caso concreto y dadas las modalidades del mismo, se ha impuesto no una pena sino una medida de seguridad y siempre que para la infracción respectiva el legislador haya señalado una pena privativa de la libertad personal superior a los cinco años.

No debe tenerse tampoco en cuenta para esos casos las diferencias que puedan existir, en abstracto, entre penas y medidas de seguridad pues lo que importa, se repite, es la naturaleza y gravedad del hecho juzgado, fuera de que, en estricta doctrina, existen rasgos comunes entre una y otra categoría de sanciones y no es posible negar que en muchos casos, como los de reclusión en establecimientos especiales, se trata también de una privación de la libertad que puede ciertamente terminar al cabo de un año (o de dos) pero que también es posible se prolongue por toda la vida del sancionado.

De lo anterior se concluye que, en el caso "sub examine" era legalmente viable la consulta de la sentencia condenatoria y que al conocer el Tribunal en este grado de jurisdicción de ella no estaba incurriendo en nulidad de ninguna especie.

De ahí que sea necesario rechazar el cargo formulado contra la decisión recurrida.

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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

No comparto la decisión contenida en la sentencia anterior porque estimo, muy respetuosamente, que bajo la vigencia del artículo 1º de la Ley 17 de 1975 no son ya consultables las sentencias proferidas en procesos adelantados contra las personas a que se refiere el artículo 29 del Código Penal.

La consulta era procedente, en efecto, bajo la norma anterior del artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, porque entonces ese grado de jurisdicción operaba cuando se procedía por delitos que tuvieran señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo excediera de un (1) año y puesto que la duración de todas las medidas de seguridad se extendía a un mínimo de dos (2) años en los manicomios criminales y a un mínimo de un (1) año en las colonias agrícolas especiales, (artículo 64 ibídem), todas ellas daban lugar a la consulta de las sentencias correspondientes.

La comisión redactora del Código de Procedimiento Penal fue muy clara a este respecto:

"... Se pone en discusión el artículo siguiente, que dice:

"... Artículo. Si pasare el tiempo señalado en el artículo anterior, sin que se apele de la sentencia, ésta se consultará con el respectivo superior, si la infracción por que se procede tuviere señalada una sanción restrictiva de la libertad personal. Si la infracción por que se procede tuviere señalada otra sanción y la sentencia no fuere apelada, se declarará ejecutoriada y se mandará ejecutar..."

"... Doctor Rueda Concha. No debe extenderse el artículo a todas las sentencias, porque sería recargar inútilmente de trabajo a los Jueces o Magistrados. Una sentencia que impone, por ejemplo, una pena de tres días de arresto, no vale la pena de consultarse..."

"... Doctor Rey. Creo, por otra parte, que el artículo debe hablar de sanción 'privativa' de la libertad personal, no simplemente restrictiva..."

“...Doctor Escallón. Poner una sanción privativa de la libertad que exceda de un año; no hay necesidad de agregar ‘o aquellas que sean de tiempo indefinido’, para incluir las medidas de seguridad, porque ellas en todo caso tienen un mínimo de un año. (El subrayado es mío)...”.

“...Doctor Rey. Me parece que debería cambiarse la palabra ‘infracciones’ por la palabra ‘sanción’...”.

“...Doctor Escallón. No, porque el artículo tiene que referirse también a las sentencias absolutorias...”.

“...Doctor Rueda Concha. Claro está. Precisamente es esta una de las objeciones procedentes de Ferri contra la escuela clásica: que la casación no se admitía sino para las sentencias condenatorias, lo cual a todas luces es absurdo. Deben también ser motivo de ese recurso las absolutorias...”.

“...La comisión, como consecuencia, adopta el mínimo de un año en cuanto a la sanción privativa de la libertad. El artículo es aprobado por unanimidad, en la siguiente forma:...”.

“...Artículo. Si pasare el tiempo señalado en el artículo anterior, sin que se apele la sentencia, ésta se consultará con el respectivo superior

siempre que la infracción por que se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año. Si la infracción por que se procediere tuviere señalada otra sanción y la sentencia no fuere apelada, se declarará ejecutoriada y se mandará ejecutar...”.

(Acta número 198 de la sesión del 17 de junio de 1937).

Luego, si ya la sanción mínima conocida correspondiente a las medidas de seguridad no permite la consulta por ser ésta procedente solo cuando el máximo de aquellas “exceda de cinco años”, resulta incuestionable que mientras la ley no aumente su duración a un mínimo de cinco (5) años o entre tanto no se sepa cuánto tiempo ha demandado la recuperación del procesado enfermo, la consulta de las sentencias correspondientes carece de todo fundamento legal y no puede surtirse sin que el superior usurpe jurisdicción.

Por las anteriores breves consideraciones, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras

Bogotá, 13 de febrero de 1980.

VEREDICTO

El error en la lectura del veredicto emitido por el Jurado, no constituye nulidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 11 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 14, de febrero 7 de 1980.

Vistos

Se procede a definir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Sebastián Pabón (a. chano), contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (mayo 10 de 1979), en la cual se le impuso, por el delito de homicidio en Jorge Botello Tolosa ocho años de presidio, así como las accesorias pertinentes.

En auto de dos de agosto del año próximo pasado se admitió la impugnación y en proveído de catorce de noviembre siguiente, se declaró ajustada a las formalidades de la ley la demanda presentada por el recurrente.

Hechos

El ocho de mayo de 1977, horas de la tarde, Sebastián Pabón se presentó a la cantina de Orlando Botello, en Sardinata, bastante embriagado. Allí, en asocio de tres amigos, continuó sus libaciones. Luego hizo su aparición Jorge Botello, con su padre Tulio y su hermano Alirio, y solicitaron un servicio de cerveza. Meses atrás Orlando Botello y Sebastián Pabón habían intercambiado golpes, pero sin insistir en las vías de hecho, pese al distanciamiento que desde entonces se produjo. Pues bien, de un momento a otro, Pabón quitó el sombrero a Botello y éste le requirió, pacíficamente, su devolución, lo cual obtuvo. Creyéndose que todo había culminado, ocurrió

que Botello se sintió herido, al mismo tiempo que Pabón exhibía, ensangrentada, una cuchilla. Poco después fallecía Botello y Pabón era capturado.

Actuación procesal

Así la reseña el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

“Iniciada la investigación el 9 de mayo de 1977, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sardinata, una vez quedó perfeccionada, mediante providencia de noviembre 8 de 1978, el Juzgado del conocimiento comprometió en juicio criminal, con la intervención del jurado, al sindicado Sebastián Pabón por el delito de homicidio simple. Recurrída en apelación por la parte afectada, el Tribunal Superior ratificó dicha calificación íntegramente, como ocurrió en la primera instancia, obrando de acuerdo con la opinión manifestada por el señor Fiscal de la Corporación.

“Tramitada la etapa de la causa sin variar en nada la situación jurídica del reo, durante la audiencia pública se le presentó al Tribunal Popular el cuestionario y que en sus fragmentos básicos dice:

“... *El acusado Sebastián Pabón, es responsable Sí o No, conforme al auto de proceder, de haberle causado la muerte: a Jorge Botello Tolosa... Y en la ejecución de tal acto, el encartado prenombrado procedió con el propósito o intención de matar?*

“Mayoritariamente el *juri* respondió:

“*Sí es responsable.*

“El Juez disidente, expresó:

“*No es responsable.*

“El Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta en la sentencia de primer grado, lo mismo que el Tribunal Superior al confirmar en la suya que

soporta el recurso de casación, ambos actuando conforme el pensamiento de los respectivos agentes ordinarios del Ministerio Público, en perfecta consonancia con el veredicto pronunciado por la mayoría de los Jurados, le asignaron a la persona una pena principal de ocho (8) años de presidio...".

La demanda

El censor invoca un único cargo, que apoya en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el cual fundamenta así:

"...a) Estimo que se ha menguado el derecho de defensa, dada la circunstancia de que la audiencia pública es por excelencia dentro de la causa penal pública. Con salvedad de la deliberación jurada, que de suyo reviste plenas características de privacidad, de comienzo a fin debe darse oportunidad al procesado y a su defensor de intervenir en dicho acto público. Aquí ocurrió que el señor Juez Cuarto Superior leyó el veredicto de la siguiente forma:

"No es responsable.

"Con posterioridad se hizo remitir al procesado y a mí se me llamó como su defensor, habiendo terminado ya la audiencia, para indicarnos que el veredicto emitido por el jurado era:

"Sí es responsable.

"Considero que si había duda sobre el veredicto, ha debido el señor Juez requerir a los jurados para que lo aclararan o reafirmaran pero una vez terminada la audiencia y habiéndose leído en presencia de los jurados intervinientes un veredicto, no hubo oportunidad de aclararlo o de ratificarlo reitero;

"b) Prevé el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia entre otras garantías de defensa, la de la observancia de las formas propias de cada juicio y en este caso, estimo al recurrir que hubo inobservancia de tales formas procesales, pues se rompió la publicidad del juicio.

"En efecto el veredicto acogido por el sentenciador y la confirmación que de la misma hace el *ad quem*, es inexistente dado que no se pronunció dentro del juicio y una vez terminada la audiencia, ha debido decidirse respecto de si se acogía o declaraba contraevidente el pronunciado sobre la no responsabilidad...".

La petición se expresa en el sentido de casar la sentencia y en su lugar declarar nulo el proceso a partir del auto que dispuso el sorteo de jurados.

Consideraciones de la Sala y del Ministerio Público

Esta misma circunstancia, desarrollada dialécticamente en los mismos términos, fue alegada por el recurrente ante el Tribunal. Este analizó el punto y desechó el mérito que el memorialista quería atribuirle. Las razones de esta réplica se precisaron del siguiente modo: "no existe en el caso presente ninguna nulidad suprallegal, por violación de procedimiento, pues el hecho de haberse equivocado el Juez en la lectura de la veredicción emitida por la mayoría del jurí, no le estaba restando en ningún momento el derecho de defensa, que bien lo había tenido, no siendo además la lectura del veredicto obligatoria, tal como lo establece el Código de Procedimiento Penal.

"El que exista la costumbre de leer las veredicciones, no es por mandato procesal sino tal vez para que las partes en la misma audiencia, conozcan las decisiones, y puedan tener sus satisfacciones o sus fracasos.

"En el caso presente es cierto, que tal error le debió causar impacto psicológico al procesado como a su defensor, pero en nada se menoscabó el derecho de defensa".

Coincidente con esta apreciación la Delegada anota que, "efectivamente, ese simple lapsus que padeció el Presidente de la audiencia no entraña ni remotamente nulidad legal ni constitucional no solo por carecer de trascendencia en relación con el veredicto auténtico que permanece incólume, sino porque el derecho de defensa tampoco ha recibido el más leve menoscabo. Afírmalo, como lo hace el demandante, que dicha veredicción "es inexistente dado que no se pronunció dentro del juicio" es confundir la lectura equivocada del mismo con su propia existencia que no puede ponerse en duda siendo que obra el documento en donde expresamente está contenido. De otra parte, menos se requería que el Juez hiciera uso de la facultad discrecional que tiene de pedir la aclaración de un veredicto, toda vez que el producido está escrito en forma tan clara y precisa que ninguna dificultad se le presenta al intérprete para descubrir su concreto significado, que no es otro diferente al que se le dio.

"El yerro del Juez, desde luego lamentablemente por los estados de ánimo, ya creó en los interesados, tampoco atenta contra los principios de publicidad, oralidad y contradicción, pues se incurrió en él una vez terminados los debates y éstos se desarrollaron justamente den-

tro de esos postulados básicos que rigen el juicio”.

Poco es lo que tiene que agregar la Sala, como comentario propio, a los argumentos que se dejan expuestos y que rebaten satisfactoriamente la tesis del censor. Conviene sí destacar estos puntos: que el debate cumplido en la audiencia pública se verificó de manera completa, con la plena observancia de las normas que lo regulan, no siendo admisible crítica alguna a la forma como se desarrolló esa diligencia, la misma que nadie objetó, lo cual demuestra la bondad de tal actuación; que realmente, en la forma como aparecen copiados en la respectiva acta y en la inserción de los escritos correspondientes, se emitió la veredicción, la cual, por mayoría, reconoció la responsabilidad del procesado; que no se encuentra asomo de duda sobre la oportunidad y términos de esa veredicción, así como el conocimiento que de las mismas tuviera la defensa y el enjuiciado, así fuera un enteramiento tardío y dirigido a subsanar el yerro en que incurriera el Juez, quien trastrocó la lectura de la respuesta del jurado; y que, finalmente, toda esta situación quedó consignada en el acta, la que en su parte pertinente dice: “. . . reanudadas las vistas el señor Juez procedió acto continuo a leer en voz alta para conocimiento de los concurrentes el veredicto del jure, en cuanto a la respuesta consignada en la línea tercera, redactada así: ‘No es responsable’. Concluida la lectura del veredicto en la forma anotada el señor Juez procedió a dar por clausurado el debate. El suscrito Secretario, deja la siguiente constancia: Que cinco minutos después de haber concluido el debate, ya en el Despacho del Juzgado, el señor Juez vino a percatarse de que la lectura cumplida del veredicto del jure, lo había sido en forma parcial, en razón a que, el mismo se encontraba realmente redactado individualmente por cada uno de los jurados, en los siguientes términos: ‘No es responsable’ ‘Sí es responsable’ y ‘Sí es responsable’, o sea que el veredicto por mayoría de dos a uno era afirmativo de responsabilidad del procesado Sebastián Pabón, de lo cual de inmediato enteró el señor Juez al Secretario, quien así mismo lo constató. Dispuso el señor Juez de inmediato, con el fin de aclarar del real y exacto contenido del veredicto, enterar dentro del menor término posible a todas y cada una de las partes, y fue así como aproximadamente 10 minutos después de concluida la Audiencia se obtuvo la presencia del doctor Ernesto Collazos Serrano a quien se le notificó e incluso se le facilitó el veredicto a fin de que personalmente constatará el real contenido del mismo, procedi-

miento que en horas de la tarde en forma ídem se cumplió con el señor Fiscal Cuarto Superior y el procesado Sebastián Pabón. De conformidad con manifestaciones del señor Juez el motivo que originó la lectura parcial del veredicto, en los momentos culminantes del debate radicó en que, de las tres líneas trazadas para que los integrantes del jurado consignaran su veredicto correspondiente, aun en el evento de que fuera individual fue tan solo ocupada una, concretamente la última de ellas por un jurado, en la que se consignó ‘No es responsable’ a la cual se dio lectura, en la creencia de que unánime había sido el veredicto, sin percatarse obviamente en ese preciso instante, que debajo de las firmas de dos de los jurados, casi confundiendo con ellas se consignaba tal y como puede apreciarse, de manera individual: ‘Sí es responsable’. Para constancia de lo consignado en la presente acta, se extiende y firma por quienes en ella intervinieron, luego de leída y aprobada”. Además aparecen las firmas del Juez, del procesado, del Fiscal, del defensor y del Secretario.

Quiere decir lo anterior que la observación cuidadosa del veredicto emitido, conduce a reconocer, indubitadamente, que la veredicción fue de responsabilidad, acordada por mayoría. La equivocación del Juez, que no se trata de justificar plenamente puesto que debió mirar con cuidado la manera como insertaron sus firmas y respuestas los jurados y solicitar de éstos si vacilaba en algo, la adecuada información, si tiene factores que la explican. En efecto, la primera de las respuestas, como bien puede leerse a fl. 224, fue “no es responsable”, viniendo luego las firmas de los jurados, dos de los cuales escribieron con su propio puño, debajo de cada una de sus rúbricas “sí es responsable”. La mirada superficial y ligera posibilita entender que se produjo una absolución, pero la observación esmerada, la que se produjo luego de su lectura pública, esclarece la realidad del veredicto. Era factible, pues la confusión, no tanto por los términos de la respuesta como sí por la forma material como se escribiera y la premura de su comunicación a los intervinientes en la audiencia. Pero esa inicial confusión padecida por el Juez, al descubrirse, tenía que salvarse y la forma como se hizo fue la adecuada y propia para esclarecerla. No hubo actuación a espaldas de la defensa, del procesado, ni del fiscal y se insertó en el acta, haciéndose mención completa de lo ocurrido. Se recogió allí una relación veraz, acorde con los hechos y se dio término a esa actuación de modo correcto y legal. Así las cosas, no es factible advertir ningún sorprendimiento para las partes

ni un menoscabo o riesgo para el procesado y sus intereses y menos para el papel de su defensor. La irregularidad no trasciende esta naturaleza y es ajena a conformar un motivo de nulidad.

La censura no prospera.

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 condenatoria proferida en contra de Sebastián Pabón, ya mencionada en su fecha y origen.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad, puede prolongarse, sin dejar de serlo, por un lapso tan extenso que no tiene término

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 15 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 018.

Vistos

Agotado el trámite procesal, corresponde a la Corte proferir sentencia en el proceso adelantado contra el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su condición de Contralor General de la República, respecto de los cargos que le fueron imputados en los varios autos de proceder proferidos en su contra por los delitos de peculado, falsedad, cohecho y abuso de autoridad, contenidos en los procesos radicados bajo los números 21586, 21625, 21992, 21937 22042 y 22549, más tarde acumulados.

No se advierte causal alguna de nulidad que invalide la actuación, luego de declarada y saneada la que existía en alguna de las actuaciones cumplidas dentro de la etapa probatoria de dos (2) de los procesos acumulados (los radicados bajo los números 21586 y 21625) en los que la etapa del juicio había sido parcialmente adelantada por funcionarios diferentes a la propia Corte, con franco quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales materia del proceso son los siguientes, debidamente expuestos en los autos de proceder correspondientes, que se indican a continuación, respetando el orden cronológico de las providencias respectivas:

a) Auto de proceder de dos (2) de octubre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferido en el proceso radicado bajo el número 21586:

“...Gonzalo Villalba Wilches, menor, hijo de la señora Ligia Wilches de Villalba, empleada de la Contraloría General de la República como Revisora VI de Documentos en la Auditoría ante el Incora, sufrió el 10 de agosto de 1972 un gravísimo accidente. Al ingerir impensadamente ácido sulfúrico, padeció quemaduras y destrozos del tubo digestivo desde la boca hasta el píloro. El joven fue tratado de urgencia en clínicas de Bogotá y logró sobrevivir a la tragedia, aunque en condiciones penosas...”

“...Como la salud de Gonzalo fuera todavía desesperada, la señora de Villalba habló personalmente con el Contralor, doctor Escallón Ordóñez a principios del año de 1973, y el 22 de febrero del mismo año, le dirigió la siguiente comunicación:...”

“...Ratificándole mi solicitud verbal sobre la necesidad que tengo de acompañar a mi hijo Gonzalo Villalba Wilches a los Estados Unidos, para las intervenciones quirúrgicas y tratamiento a que se refieren los documentos que le he presentado en la fecha, comedidamente me permito solicitarle la legalización de mi situación, como empleada de la Contraloría en el cargo de Revisor VI ante el Incora, para poder efectuar el viaje y permanecer en el exterior por un tiempo aproximado de tres meses (fl. 341, cuaderno principal)...”

“...Producto de la situación así planteada fue una reunión del Contralor con sus inmediatos colaboradores, entre los cuales se hallaban Pedro José Díaz Garavito, Asistente, Héctor Name Terán, Secretario General de la Contraloría y Josué Gómez, Jefe de Personal, con el fin de estudiar el asunto y procurar una solución. Parece que ya algo se había resuelto sobre el par-

tiular, y que la reunión solo tuvo por objeto concretar el asunto, porque inmediatamente la señora de Villalba fue autorizada por 'las Directivas de la Contraloría' para que 'yo pudiese seguir devengando mi sueldo como empleada, estando simultáneamente ocupada en cuidar de mi hijo gravemente enfermo en los Estados Unidos de Norteamérica', según dice la señora tantas veces mencionada en documento fechado el 21 de febrero de 1973, por medio del cual autoriza a la señora Gloria Villamizar de Mariño para que 'firme y retire los cheques girados a mi nombre' como empleada de la Contraloría, 'a partir de la segunda quincena del presente año, y de ahí en adelante en forma indefinida, hasta que las circunstancias especiales que me rodean se hayan modificado y me permitan hacerlo personalmente' (fl. 54 cuaderno principal)...

"...Así, aunque posteriormente se pretendió inútilmente modificar la realidad histórica de los hechos, el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, de acuerdo con los colaboradores cuyos nombres se mencionaron atrás, y posiblemente con otros más, autorizó a la señora Ligia Wilches de Villalba para trasladarse desde ese momento a los Estados Unidos y permanecer allí indefinidamente atendiendo a la salud de su hijo Gonzalo, sin desvincularse de su cargo de Revisor VI de Documentos en la Auditoría ante el Incora, y para continuar devengando el sueldo que a esa posición correspondía, y por consiguiente, para seguir apareciendo irrealmente en las nóminas, como si estuviera prestando sus servicios regularmente en el cargo para el cual fue nombrada y del cual había tomado posesión en legal forma..."

"...En ejercicio de esa autorización, la señora de Villalba se ausentó del país el 25 de febrero de 1973, y regresó el 15 de noviembre de 1974. Durante ese tiempo, por concepto de sueldos y primas como Revisor VI de Documentos de la Auditoría ante el Incora, le fue pagada la suma de ochenta y un mil trescientos veintisiete pesos con cincuenta centavos (\$ 81.327.50), en episodios independientes y reiterados que se sucedieron cada quince días..."

"...De igual manera, en numerosas nóminas se hizo figurar a la señora de Villalba como desempeñando sus funciones en el cargo atrás mencionado; los auditores certificaron que 'el personal relacionado en la presente nómina, prestó el servicio en ella indicado', el Jefe de la División Administrativa ordenó pagar el importe consignado en aquellos documentos, y numerosos funcionarios más testificaron la normalidad y lega-

lidad de las nóminas en lo relativo a la presencia de la señora de Villalba en su cargo prestando los servicios que le estaban asignados reglamentariamente, cuando la verdad era que se hallaba en los Estados Unidos, como ya se anotó. Igualmente, otras personas, en la mayoría de los casos la señora Gloria de Mariño, firmaron unas en nombre de la empleada ausente, y las demás su plantaron su firma en esos documentos..."

b) Auto de proceder de dos (2) de diciembre de mil novecientos setenta y cinco (1975), proferido en el proceso radicado bajo el número 21625:

"...En oficio de fecha 21 de febrero de 1975, el funcionario mencionado en primer término, (el Procurador Delegado para el Ministerio Público), se dirigió a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, manifestándoles lo que a continuación se transcribe, en lo pertinente..."

"...El señor Carlos Alberto Campuzano Cruz, fue designado Auditor de la Cámara de Representantes el 1º de mayo de 1972 y ejerció el cargo hasta el 30 de mayo de 1973 (legajo 1 fl. 32). Durante los tres meses de este desempeño, obtuvo reconocimiento y pago de viáticos en forma permanente (legajo 1 fls. 1 a 28 y 29—30) sin que, en ningún momento, hubiese ejecutado las actividades propias que lo hicieran merecedor legal de tales asignaciones; antes bien, obra en los infolios prueba de que no se trasladó nunca en misión oficial a varias de las ciudades en donde presuntamente debió cumplir comisiones (legajo 2 fls. 1 a 98)..."

"...De acuerdo con certificación expedida por la División de Auditorías de la Contraloría General de la República (legajo 1 fl. 34), no existen constancias de cumplimiento de las comisiones otorgadas al Auditor de la Cámara de Representantes Carlos Alberto Campuzano Cruz, quien, por lo demás, en declaración jurada manifiesta que las suyas eran comisiones especiales del Despacho del Contralor General y que por tanto a éste en forma verbal, rindió siempre sus informes (legajo 1 fl. 206)..."

"... Sin embargo, el doctor Antonio Ortega Vargas, ex Jefe de la División de Auditorías Fiscales, para la época que nos ocupa, manifestó bajo la gravedad del juramento que apenas constató lo que estaba sucediendo con el Auditor Campuzano, a quien se le pagaban viáticos sin que cumpliera con las comisiones, puso en conocimiento del doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez su opinión de que a más de irregular, la conducta así configurada era delictuosa (legajo 1 fl. 38)..."

“... Carlos Alberto Campuzano Cruz, asegura haber cumplido con las comisiones correspondientes a los pagos percibidos; y para explicar la tramitación de la correspondencia de la Auditoría de la Cámara de Representantes de manera regular, afirma que de donde estuviese se trasladaba a Bogotá todos los viernes por la noche (legajo 1 fl. 204)...”.

“... Con todo, practicadas las averiguaciones en Cartagena, Cali, Bucaramanga, San Andrés (Isla), se comprobó que, a pesar de las aseveraciones hechas, Carlos Alberto Campuzano Cruz, no estuvo en esas ciudades en desarrollo de visita oficial alguna durante el lapso comprendido entre el 1º de mayo de 1972 y el 30 de mayo de 1973, en que fue Auditor ante la Cámara de Representantes (legajo 2 fls. 1 a 98)...”.

“... Por otra parte, se adjuntan fotocopios los libros de Bancos relativos al periodo tratado para demostrar que es materialmente imposible firmar tal número de cheques, como los que allí constan, únicamente en una noche de viernes (legajo 3 todo). A lo anterior se agregan las copias que se pudieron conseguir de la correspondencia tramitada, estableciéndose que entre firmas de cheques y elaboración de oficios, a partir de las fechas de los unos y los otros, el Auditor Carlos Alberto Campuzano Cruz, estuvo ocupado en su despacho de la Cámara de Representantes casi todos los días de cada mes durante los trece meses de su permanencia allí (legajo 1 fls. 45 a 87 y 95 a 180 — legajo 4 fls. 1 a 105 y fls. 1 a 38). Se elaboraron dos cuadros (legajo 1 fls. 209 y 210) para objetivizar esta situación. En el primero se observan las fechas de los meses en que el Auditor tramitó oficios, contratos, actas de baja; y en el segundo las fechas en que se firmaron cheques...”.

“... Todo lo anterior permite inferir que el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, Contralor General de la República reconoció y ordenó pagar a favor de Carlos Alberto Campuzano Cruz, viáticos permanentes del 1º de mayo de 1972 al 30 de mayo de 1973 a sabiendas de que el beneficiario de sus determinaciones no cumplía con los deberes respectivos señalados por la ley...”;

e) Auto de proceder de veinticuatro (24) de junio de mil novecientos setenta y seis (1976), proferido en el proceso radicado bajo el número 21992:

“... 1. El doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su calidad de Contralor General de la República, dictó varias resoluciones mediante las cuales impartió comisión a la señorita Am-

paro Moreno Osorio, sub Auditora ante el Ministerio de Obras Públicas, así:...”

“... Resolución número 01340 del 26 de marzo de 1974, para que durante el término de treinta (30) días, comprendidos entre el 1º y el 30 de abril, se trasladara a la ciudad de Medellín y analizara en forma detallada el funcionamiento Contable y Almacenes en el Distrito de Obras Públicas número 1, con sede en dicha ciudad, devengando viáticos a razón de \$ 250.00 diarios...”.

“... Resolución número 02142 del 30 de abril de 1974, aclarada por la Resolución número 2149 del 6 de mayo, para que durante el término de treinta y uno (31) días, comprendidos entre el 1º y el 31 de mayo, se trasladara a la (sic) ciudad de Cali y analizara en forma detallada el funcionamiento Contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas número 18, con sede en dicha ciudad, devengando viáticos diarios de \$ 250.00...”.

“... Resolución número 02536 del 31 de mayo de 1974, para que durante el término de treinta (30) días, comprendidos entre el 1º y el 30 de junio, se trasladara a la ciudad de Cartagena y analizara en forma detallada el funcionamiento Contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas número 3, con sede en dicha ciudad, devengando viáticos diarios de \$ 250.00”.

“... En dichas providencias se ordenó pagar, y efectivamente se cancelaron viáticos a razón de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00) diarios, con infracción de lo dispuesto en el literal c), ordinal 1, inciso último del artículo 17 de la Resolución Orgánica número 2261 del 26 de marzo de 1972, de la Contraloría, en concordancia con el literal a) de la misma disposición y el artículo 18 ibídem...”.

“... En efecto, la señorita Amparo Moreno Osorio, fue comisionada por el señor Contralor General de la República doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, para efectuar visitas en los Distritos de Obras Públicas de las ciudades de Medellín, Cali y Cartagena, sin solución de continuidad por el término de noventa y un días (91) comprendidos entre el 1º de abril y el 30 de junio de 1974, a razón de \$ 250.00 diarios, cuyas sumas correspondientes ordenó pagar en las Resoluciones números 01340 del 26 de febrero, 02142 del 30 de abril, y 02536 del 31 de mayo de 1974, no obstante que de conformidad con el literal c), numeral 1º inciso final del artículo 17 de la Resolución Orgánica número 2261 de 1972 emanada de su Despacho, debía autorizar tales pagos únicamente por la suma de \$ 200.00 dia-

rios, escamoteando al Tesoro Nacional en provecho de un tercero la suma de cuatro mil quinientos cincuenta pesos (\$ 4.550.00)...”.

“...De otra parte, el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su condición de Contralor General de la República al proferir la Resolución número 02142 del 30 de abril de 1974, aclarada mediante Resolución número 02149 del 6 de mayo, por la cual se comisionó a la misma funcionaria tantas veces citada, para que en el término de treinta y un (31) días, comprendidos entre el 1º y el 31 de mayo, se trasladara a la ciudad de Cali y practicara diligencias en el Distrito de Obras Públicas con sede en la misma ciudad, benefició en desmedro del patrimonio estatal, a la señorita Moreno Osorio, en la suma de siete mil setecientos cincuenta pesos (\$ 7.750.00), por cuanto que, según certificación expedida por el Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, en Cali no existe sede de Distrito de Obras Públicas ni Seccional del mismo. Además se estableció, mediante las declaraciones del Almacenista, Auditor y Pagador del Distrito de Obras Públicas de Palmira y por medio de las fotocopias de los boletines diarios del almacén de la farmacia del Ministerio de Obras Públicas en Bogotá, que la citada sub Auditora no cumplió comisión alguna en dicha ciudad y por el contrario, durante el término de la comisión permaneció en el lugar de su sede, ejerciendo las funciones propias de Auditora ante el citado Ministerio (cuaderno número 1, fl. 56 sgt.)...”;

d) Auto de proceder de diecinueve (19) de agosto de mil novecientos setenta y seis (1976), proferido en el proceso radicado bajo el número 21937:

“...Para el mes de agosto de 1974, José Alfonso Cárdenas Castro se desempeñaba como empleado en la Contraloría General de la República (Auditor en Telecom y mantenía amistad con los hermanos Escrucería, especialmente con Samuel Alberto, quienes exhibían y demostraban singular confianza y entendimiento con el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez. Estos factores permitieron la insinuación, por parte de Samuel Alberto, para que aceptara un traslado a la Auditoría de Ecominas, posición que facilitaba la obtención de lucros económicos, con lo cual se podía ayudar a Escallón Ordóñez, quien estaba pecuniariamente quebrantado por razón de gastos ocasionados en enfermedades de su familia, particularmente de su hija Yolanda, abandonada por su esposo. Cárdenas Castro rehusó la designación por inconvenientes personales pero selec-

cionó a Guillermo León Sánchez Molano, con quien conservaba buena amistad y estaba igualmente vinculado a la Contraloría en la División de Auditorías Fiscales, facilitándose por ésto su designación...”.

“...Al entrevistarse los tres, Samuel Alberto Escrucería indicó a Sánchez Molano ‘...que él sabía que las minas estaban produciendo, puesto que a él lo tenían informado sobre las remesas de esmeraldas que estaban trayendo los funcionarios de la Contraloría destacados en Muzo y Coscuez, y que por ello esperaba que...se manejara bien para poderlo sostener en el cargo...’. Posteriormente, creado este estímulo, Escrucería comunicó a Cárdenas Castro que el valor fijado para dispensar el nombramiento, ascendía a la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00). Aceptó Sánchez y de la Caja de Ahorros del Banco de Colombia, hizo el primer retiro por la cantidad señalada. Al llevarle este dinero Cárdenas a Escrucería, éste le manifestó que ‘...por ahora no se podía que guardara el dinero y que él me avisaría cuándo se hacía el nombramiento para que le entregara el dinero...’. A principios del mes de septiembre de 1974, se formalizó el ilícito arreglo, pero el contacto principal, Escrucería, informó que el nombramiento tenía un costo de cien mil pesos (\$ 100.000.0), Sánchez Molano procedió a retirar cincuenta y dos mil pesos (\$ 52.000.00) y completó la suma exigida. La suma total, cien mil pesos (\$ 100.000.00), la entregó Cárdenas a Escrucería, en el Hotel San Francisco. Se concertó, para el 18 de octubre, una cita entre Escrucería y Cárdenas para ir a casa de Escallón Ordóñez y comprobar directamente que el dinero había llegado a su final destinatario como también que el nombramiento se haría antes de viajar Escallón Ordóñez al exterior, ese mismo mes. Allí éste le hizo saber a Cárdenas Castro que pasaría, en reemplazo de Miguel Aldana, a la Subauditoría de la Aduana Interior y se le ratificó que antes de partir Escallón Ordóñez para Nueva York, quedaría en firme la designación de Sánchez Molano. Ya el 18 de noviembre, Samuel Alberto Escrucería le advirtió que Escallón Ordóñez solicitaba, para cumplir lo pactado, un término de dos días más. Efectivamente, el 20 Escrucería le comunicó el número de la Resolución que ordenaba el traslado de Sánchez Molano a la Auditoría de Ecominas, pero también la exigencia de reajustar en cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00), el valor total acordado. Cuando Sánchez Molano apareció en la residencia de Cárdenas Castro con el original y copia de la carta en donde daban cuenta de su traslado (fecha el 21), Cárdenas le hizo saber el

sobrepeso. De inmediato iniciaron gestiones para atenderlo y fue así como Sánchez Molano buscó un préstamo de Julio Silva, para este fin, y Cárdenas, ante la protesta de Sánchez Molano por la tardanza en enviarlo a la zona de Muzo y la perspectiva de dificultarse la recuperación del dinero, intentó su consecución con el doctor Juan Lara Aguancha, Jefe del Departamento Médico del Ministerio de Obras Públicas y ex Senador de la República, quien le ofreció ayudarle si lograba la venta de un ganado. Para afianzar a Samuel Alberto Escrucería, Cárdenas obtuvo de Lara Aguancha que hablara telefónicamente con él y le hiciera saber de su gestión y promesa. Después vino la marcha atrás de Escallón Ordóñez, ya porque estaba temeroso de ser descubierto en este nuevo ilícito, por obra de las investigaciones que se estaban impulsando, ya porque no se le satisfacía totalmente su requerimiento, y devolvió a Escrucería, setenta mil pesos (\$ 70.000), en cheque y treinta mil (\$ 30.000) pesos en efectivo. Sánchez Molano le confirmó la recuperación de los treinta mil pesos, de manos de Samuel Alberto Escrucería, y supo a ciencia cierta que este inescrupuloso y sombrío intermediario se negaba a devolver todo el dinero porque no iba a perder su trabajo ya que él había hecho esa gestión para ganar algún dinero toda vez que no estaba actuando en la Cámara. Fue inútil todo esfuerzo para lograr lo que realmente se buscaba con el nombramiento, el envío a la zona esmeraldífera Muzo, Cosquez o para recuperar el dinero. Cárdenas Castro, apremiado en este doble sentido, tuvo que soportar el peso de las protestas y frustraciones de Sánchez Molano. Entonces apareció la denuncia por 'estafa', en su contra, formulada por Guillermo León Sánchez Molano el seis de febrero de 1975, en cuantía de setenta y dos mil pesos (\$ 72.000.00), ampliada luego ante el Juez 67 de Instrucción Criminal, con base en que Cárdenas Castro, le había inducido en error con el engaño de establecer un restaurante en la zona norte de la ciudad de Bogotá, convenciéndole de la realidad y ventajas de este negocio al punto que entregó, en dinero contante y sonante, esa suma. Cárdenas Castro, el 6 de marzo, fl. 25 y ss. cuaderno número 2 — y el 28 de abril de 1975 — fl. 58 y ss. cuaderno número 1—, resolvió narrar la verdad de lo acontecido, en la forma que se deja visto, aunque en los hechos resultaba seriamente involucrado...";

e) Auto de proceder de veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos setenta y seis, proferido en el proceso radicado bajo el número 22042:

"...El doctor Julio Enrique Escallón Ordó-

ñez, en su condición de Contralor General de la República, dictó varias resoluciones mediante las cuales impartió comisión de servicio al señor Orlando Ibarra Madrid, las tres primeras en su condición de Auditor V ante la Administración de Aduana Nacional de Tumaco, con sueldo mensual de \$ 4.450.00 y las cuatro últimas en su condición de Inspector III de Auditorías Fiscales de la División de Auditorías del Sector de Finanzas Públicas, con una asignación mensual de \$ 7.200.00...".

"...Relacionadas con el Auditor Fiscal V de la Administración de Aduanas Nacional de Tumaco...".

"... Resolución número 06250 del 6 de diciembre de 1973, para que durante el término de siete (7) días, comprendidos entre el 25 y el 31 del mismo mes, se trasladara a la ciudad de Bucaramanga y practicara visita a la Auditoría Fiscal ante la Administración de Aduana de dicha ciudad, devengando viáticos diarios de \$ 200.00...".

"... Resolución número 06251 del 5 de diciembre de 1973, mediante la cual se le proroga por un término de dieciocho (18) días, comprendidos entre el 1º de y el 18 de enero de 1974, la comisión que viene cumpliendo en la ciudad de Bucaramanga. Durante esta prórroga, también se le asignan viáticos de \$ 200.00 diarios...".

"... Resolución número 00314 del 30 de enero de 1974, por la cual se proroga nuevamente, por un término de veinte (20) días, comprendidos entre el 19 de enero y el 7 de febrero del mismo año, la comisión asignada a la ciudad de Bucaramanga, con viáticos a razón de \$ 200.00 diarios...".

"...De tal manera que el señor Orlando Ibarra Madrid, de quien se afirma es cuñado del doctor Escallón Ordóñez, fue comisionado para la ciudad de Bucaramanga sin solución de continuidad por un término de cuarenta y cinco (45) días, comprendidos entre el 21 de diciembre de 1973 y el 7 de febrero de 1974, devengando viáticos de \$ 200.00 diarios, los que efectivamente se cancelaron, sumas que el señor Contralor ordenó pagar en las providencias enumeradas, no obstante que de conformidad con el literal c) del artículo 17 de la Resolución Orgánica número 02261 de 1972, emanada de su propio despacho, en concordancia con el artículo 18 ibídem, debía autorizar tales pagos a razón de \$ 160.00 diarios, teniendo en cuenta que el citado señor Ibarra, devengaba para esas fechas, como Auditor V ante la Administración de Aduana Nacional de Tumaco (Nariño), un sueldo mensual de \$ 4.450.00...".

“... Algunos meses después dictó, en relación con el Inspector III de la División de Auditorías del Sector Finanzas Públicas, las siguientes resoluciones:...”

“... Resolución número 002400 del 24 de mayo de 1974, por la cual se prorroga por un término de treinta (30) días, comprendidos entre el 1º y el 30 del mismo mes, la comisión que Ibarra venía cumpliendo como Auditor Fiscal —encargado— ante la Aduana Nacional de Tumaco, para la cual se ordena pagar viáticos por valor de \$ 170.00 diarios...”

“... Resolución número 02616 del 3 de junio de 1974, para que se traslade a la ciudad de Bucaramanga por un término de treinta (30) días, comprendidos entre el 31 de mayo y el 29 de junio, y practique visita de Inspección en la Auditoría Fiscal ante la Aduana Nacional de esa ciudad, devengando viáticos de \$ 250.00 diarios...”

“... Resolución número 03502 del 5 de junio de 1974, que en su artículo 2º reconoce y ordena pagarle la suma de seis mil pesos (\$ 6.000.00), como viáticos a razón de \$ 250.00 diarios, correspondientes a veinticuatro (24) días, comprendidos entre el 30 de junio y el 23 de julio, empleados en la ciudad de Pasto, donde permaneció en cumplimiento de una comisión...”

“... Resolución número 03502 del 5 de junio de 1974, mediante la cual se le encarga por un término de treinta (30) días, comprendidos entre el 24 de julio y el 22 de agosto, de la Auditoría Fiscal ante la Aduana Nacional de Tumaco, con viáticos diarios de \$ 200.00. A pesar de que en esta providencia se ordenó pagar viáticos a razón de \$ 250.00 diarios, estos no se cancelaron sino a \$ 200.00...”

“... Como se observa, a este Inspector de Auditorías se le asignaron comisiones en forma permanente durante ciento catorce (114) días, comprendidos entre el 1º de mayo y el 22 de agosto de 1974, devengando viáticos superiores a los señalados en el artículo 17 de la mencionada Resolución orgánica número 02261 de 1972, los que debieron cancelarse así: para la comisión a Bucaramanga a \$ 200.00 diarios, para la comisión a Pasto a \$ 200.00 diarios y para la comisión a Tumaco a \$ 170.00 diarios, por cuanto que el señor Ibarra como Inspector III de Auditorías Fiscales de la División de Auditorías del Sector Finanzas Públicas, devengaba un sueldo mensual de \$ 7.200.00 (fl. 34 sgt.)...”

f) Auto de proceder de veintiocho (28) de junio de mil novecientos setenta y siete (1977),

proferido en el proceso radicado bajo el número 22549:

“... Se sabe que el señor Julio Enrique Escallón Ordóñez, como Contralor General de la República, fue sancionado con multa de quinientos pesos (\$ 500.00) moneda corriente, por la Procuraduría General de la Nación mediante Resolución número 0001 del 23 de enero de 1975, confirmada por el señor Procurador el 4 de febrero del mismo año, por haber obtenido un préstamo del Banco Santander, institución con la cual mantenía relaciones oficiales en razón de su cargo...”

“... En el esfuerzo, por parte de la Procuraduría para hacer efectiva aquella multa a favor de la Caja Nacional de Previsión Social, se produjeron los siguientes hechos:...”

“... 1. El 21 de febrero de 1975 quedó en firme la resolución sancionatoria...”

“... 2. Con oficio número 781 del 27 de febrero el Secretario de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, envió al Pagador General de la Contraloría General de la República señor Oscar Luna Gómez, copias de la resolución respectiva y de la que desató desfavorablemente el recurso de apelación, con expresa solicitud para que hiciera efectiva la multa impuesta...”

“... 3. El 4 de abril, el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa envió al Pagador el oficio 2259 en el que le expresa que como hasta el momento no ha llegado constancia del descuento de la multa, le señala cinco días más de término so pena de iniciar en su contra un proceso disciplinario...”

“... 4. El 11 de abril el Pagador General de la Contraloría contestó el oficio anterior manifestando que ha considerado prudente ponerlo hoy mismo en conocimiento de mi superior jerárquico, doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez...”

“... 5. El 30 de julio el Contralor se dirige al Pagador General, señor Oscar Luna Gómez, mediante el oficio número 97262 advirtiéndole que la resolución de la Procuraduría que le impuso la multa no está en firme, porque interpuso recurso de súplica ante el Consejo de Estado y que sobre el mismo no hay pronunciamiento hasta el momento...”

“... 6. El 31 de julio el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa libra el oficio número 4406 solicitando nuevamente al Pagador el descuento de la multa...”

"...7. El 1º de agosto el Pagador informa a la Procuraduría que el día anterior recibió oficio del Contralor en el que le comunica que contra la providencia que le impuso multa acudió en súplica ante el Consejo de Estado, por lo que no está en firme. Por esta razón el propio Pagador pide allí mismo que se aplaze la efectividad del descuento hasta tanto se resuelva ese recurso..."

"...8. El 18 de agosto el Procurador Delegado con oficio 4538, vuelve a insistir ante el Pagador para que descuente la multa so pena de promover en su contra un proceso penal por posible Abuso de Autoridad e iniciar otro proceso disciplinario..."

"...9. El 25 de agosto con oficio 975785, el Contralor comunica al Pagador General que está dispuesto a pagar 'directamente' la multa en la Caja Nacional de Previsión Social, agregando que contra la Resolución respectiva se están tramitando los recursos de ley. Y concluye, para los fines legales a que haya lugar no autorizo para que se me descuente aquella multa en la forma como lo pretende la Procuraduría General de la Nación..."

"...10. El 26 de agosto el Pagador General de la Contraloría, señor Oscar Luna Gómez, envía nota al Procurador General de la Nación informándole que para dar cumplimiento a lo solicitado por su Delegado para la Vigilancia administrativa, ordenó que en la nómina de la segunda quincena de ese mes se descontara la multa al señor Contralor, pero que cuando se encontraba elaborada recibió de éste el oficio a que se refiere el punto anterior. Termina diciendo: Como el señor Contralor General es el máximo ordenador de la Institución, y la nómina del Despacho debe llevar su visto bueno, ha sido necesario rehacer la nómina excluyendo la deducción de la multa de \$ 500.00..."

"...Además, se aportaron copias auténticas de los autos del 6 de marzo y del 11 de abril del Consejo de Estado por medio de los cuales se rechazó la demanda de nulidad de la Resolución sancionatoria proferida por la Procuraduría, se desechó el recurso de súplica y confirmó el anterior. Igualmente se allegaron las determinaciones de la Corte del 1º de marzo que declaró exequibles los artículos 13, 14, 26 y 25 de la ley 25 de 1974 y la del 5 de junio que dispuso que la Sala de Casación Penal carecía de competencia para conocer de las faltas disciplinarias cometidas por el Contralor..."

II. Durante el término probatorio fueron practicadas las siguientes pruebas y diligencias:

a) *En el proceso número 21586, (caso del niño Villalba Wilches) a virtud de auto de 24 de febrero del año pasado:*

1. Declaración de Luis Enrique Plata Sánchez, secretario privado que fue del procesado cuando éste ejerció el cargo de Contralor de la República, quien dijo que en los fólderes que contenían las hojas de vida de los empleados de esa dependencia, los oficios, comunicaciones, resoluciones y demás documentos no eran numerados ni foliados, salvo que así lo exigiera el empleado correspondiente o que se considerara oportuno y necesario por los jefes y directivos de la Contraloría y quien reconoció como suyo el siguiente escrito:

"...Bogotá, 17 de octubre de 1975, señor doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez —La ciudad — Distinguido doctor:— Deseo hacerle saber, lo antes posible, que llegó a mi conocimiento noticia no confirmada por mí, de que en el negocio de la señora Ligia Wilches de Villalba ventilado en la honorable Corte se hace alguna referencia a mi persona como secretario privado que fui de usted..."

"...Yo recuerdo haber tramitado múltiples solicitudes de la Procuraduría General de la Nación, cuando fui Secretario General encargado de la Contraloría General, y aun por secretaria privada, sobre copias o certificaciones de documentos que reposaran en las hojas de vida de los empleados de la Contraloría..."

"...Es bastante posible de que la referencia anotada se trate de notas remisorias de mi secretaria de entonces en donde se afirme no aparecer en las hojas de vida legajadas copias de resoluciones u oficios comisorios tanto dentro del país como en el exterior, lo cual no se hace dentro de las hojas de vida sino se recogen en voluminosos libros empastados..."

"...Este procedimiento viene de tiempo atrás a su mandato como Contralor General, y así seguirá mientras no se ordene lo contrario..."

"...Desde luego ofrezco al doctor Escallón colaborar con la justicia en la aclaración de estos pormenores y acudir, cuantas veces me fuere solicitado a los estrados de la honorable Corte para corroborar personalmente lo que aquí le estoy confirmando, testimonio que puedo rendir de conformidad con lo estipulado en el artículo 406 del Código de Procedimiento Penal, pues tales circunstancias se pueden constatar en mi hoja de vida especialmente..."

"...Sin otro particular me suscribo del doctor Escallón Ordóñez — Muy atentamente, — (fdo.) — Luis Enrique Plata Sánchez..."

2. Declaración de Ciro A. Villamizar Trigos, quien reconoció como suyas todas y cada una de las partes de la comunicación de 5 de febrero de 1973, dirigida al doctor Marcos Dannon, del Hospital General de Boston que dice:

“... Febrero 15 de 1973 — Señor doctor Marcos Dannon M. T. Children Service Massachusetts General — Hospital Boston M. A. S. 02 114 — Estimado colega: — Después de mi atento saludo y desearte muchos éxitos, te ruego el favor de colaborar de manera muy especial en todo lo que esté a tu alcance con la familia Villalba Wilches, quienes viajan a esa con el niño Gonzalo, a someterlo a un tratamiento médico quirúrgico...”

“... Este niño fue atendido aquí por nuestro apreciado colega Mizrahinn Méndez, caso del cual ha estado bastante interesado, pero por carecer el país de un Centro Hospitalario con el equipo indispensable, se vio en la necesidad de remitirlo al doctor Hendren quien tiene ya la historia del niño...”

“... Me atrevo a pedirte tu máxima ayuda, ya que se trata de un caso al cual todos los amigos de esta familia nos hemos solidarizado — Cordialmente, — (fdo.) Ciro A. Villamizar Trigos...”

3. Declaración de José Cepero Samper, Cónsul que fue de Colombia en la ciudad de Nueva York, quien hizo un detallado relato sobre su conocimiento de la llegada del niño Claudio Gonzalo Villalba Wilches, a la ciudad de Boston, sobre las gestiones que hizo tendientes a recolectar fondos para ayudar al pago de los gastos que demandara su tratamiento médico y hospitalario y sobre su visita al Massachusetts General Hospital, acompañado de su señora, donde conoció a la madre del menor, de quien dice que “venía atendiendo con obvia y explicable dedicación a su pequeño hijo” y en quien apreció “su valor y su infatigable y permanente asistencia al lado de Claudio”.

4. Declaración de Enrique Villarreal Sarasty, quien desempeñó el cargo de Asistente del Contralor Escallón Ordóñez, quien se refiere a las circunstancias que antecedieron al viaje de la señora Ligia Wilches de Villalba a los Estados Unidos “para que trabajara en la Auditoría de las Naciones Unidas y con el objeto además de que mediante esta comisión atendiera en los Estados Unidos los servicios médicos de (su) hijo quien se había envenenado y (quien) según concepto de los facultativos que lo habían examinado en el país únicamente podían salvarle la vida los médicos de Estados Unidos”.

5. Fotocopias autenticadas de varias de las Resoluciones de comisiones y autorización de los respectivos viáticos que, en numerosas ocasiones, había suscrito el Contralor Escallón Ordóñez, durante los años de 1971 a 1975.

6. Dictamen de los grafólogos forenses Angel Vélez Angel y Lady Bertha Ariza de García, conforme con la comunicación dirigida por el Contralor Escallón al Auditor Delegado de Colombia ante la ONU de fecha 23 de febrero de 1973 y la nota de este último enviada al doctor Escallón el 19 de noviembre de 1974, en relación con los servicios de la señora Ligia de Villalba, fueron ambas escritas en una misma máquina.

7. Traducción de los intérpretes oficiales Willy Heller y María Dora Duque Trujillo de las anotaciones referentes a los servicios prestados y a los medicamentos suministrados al niño Claudio Villalba en el Massachusetts General Hospital de Boston, con especificación del valor parcial y de su valor total.

8. Dictamen rendido por los peritos evaluadores Ricardo Salazar Santamaría y Jaime Lombana Ordóñez, conforme al cual éstos no encontraron mérito suficiente para considerar como perjuicios ocasionados a la Nación los pagos hechos a la señora Ligia Wilches de Villalba, entre el 26 de febrero de 1973 y el 15 de noviembre de 1974, por concepto de sueldos “ya que en todos y cada uno de ellos se agotaron los Procedimientos y Controles Administrativos y Fiscales que para tal efecto (tenía) implantados la Contraloría General de la República”.

9. Declaración rendida ante el Cónsul de Colombia en la ciudad de Boston por Rafael Villalba, padre de Claudio Gonzalo, en la que relata los hechos que siguieron al accidente sufrido por el menor, particularmente su tratamiento en la Clínica de Toxicología Uribe-Cualla y en el Hospital de la Misericordia de Bogotá, que se prolongó cuatro meses aproximadamente, al término de los cuales se estimó que el paciente debía ser tratado en los Estados Unidos para salvarle la vida; la cooperación y el apoyo médico y económico que el niño recibió de científicos, funcionarios estatales, residentes colombianos y nacionales estadounidenses; las numerosas intervenciones a que fue sometido y, en fin, la prolongación de su permanencia en el hospital que llevó al padre a tener que radicarse “en Boston con toda (su) familia”;

b) *En el proceso número 21625, (caso de Campuzano Cruz) a virtud del mismo auto de 24 de febrero del año pasado:*

1. Certificaciones juradas de los honorables Representantes de la Cámara Alfonso Hoyos Giraldo, Heraclio Fernández Sandoval, Hernando Turbay Turbay, Luz Castilla de Melo, Gilberto Salazar Ramírez, Simón Bossa López, Eduardo Fonseca Galán, Samuel Alberto Eserucería, Edmundo Guevara Herrera, Enrique Barco Guerrero, conforme a todas las cuales, los declarantes o bien nunca tuvieron entrevistas con Carlos Alberto Campuzano Cruz, o nunca las tuvieron para los fines señalados por este en el proceso o siquiera le conocieron ni, tampoco, ninguno de ello recibió jamás atenciones de este empleado de la Contraloría.

2. Certificaciones juradas de los honorables Senadores Guillermo Plazas Alcíd, Arcesio Sánchez Ojeda, José Vicente Sánchez, Rogelio Bolaños, Alvaro Hernán Ibarra, Carlos Hernández Vargas, Ricardo Mendieta Rubiano, Cornelio Reyes, miembros de la honorable Cámara de Representantes para la fecha de los hechos del proceso, en análogo sentido.

3. Certificaciones juradas de Rodrigo Marín Bernal, Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de Aníbal Martínez Zuleta, Contralor General de la República y de Enrique Vargas Ramírez, Ministro de Obras Públicas, también Representantes a la Cámara para la fecha de los hechos, en análogo sentido, esto es, en el de que no conocieron a Campuzano Cruz, o lo conocieron de vista o no recuerdan haberlo conocido y, desde luego, en el de que ninguno trató con éste nada referente a la elección del procesado Escallón Ordóñez, como Contralor General de la República.

4. Dictamen rendido por los peritos evaluadores Ricardo Salazar Santamaría y Jaime Lombana Ordóñez conforme al cual éstos no encontraron que se hubiese causado perjuicio a la Nación en relación con los viáticos pagados a Carlos Alberto Campuzano del 24 de febrero de 1972 al 7 de julio de 1973 y.

5. Copias autenticadas de las Resoluciones números 00643 y 00845 de 12 y 26 de febrero de 1975 por medio de las cuales se ordenó a Campuzano Cruz reintegrar algunos viáticos;

c) *En el proceso número 22042, (caso de Ibarra Madrid), a virtud de auto de 29 de marzo de 1978:*

1. Declaración de Jaime Ortiz, amigo común del procesado Escallón Ordóñez y de Orlando Ibarra, quien afirma que no obstante los lazos de afinidad que unían a aquellos, "siempre trató el señor Ibarra de mantener a cierta distancia sus

relaciones, de molestar en lo más mínimo al doctor Escallón Ordóñez" y que, además, cuando aquél venía a Bogotá no se hospedaba en casa de su cuñado sino en la del declarante.

2. Declaración de Beatriz Quiñones de Ortiz, quien confirma y amplía el testimonio anterior.

3. Certificaciones e informes según los cuales Orlando Ibarra Madrid "no tiene pendiente de legalizar avances de viáticos por comisión cumplida", ni éste ni el procesado Escallón "aparecen con glosas de forma ni de fondo, por comisiones cumplidas como empleados de la entidad, por cuanto no ejercieron funciones de manejo etc."; y constancia, además, sobre el tiempo de servicios prestados por Ibarra Madrid a la Contraloría, ininterrumpidamente, desde su ingreso el 21 de abril de 1965.

4. Certificaciones de los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá conforme a las cuales en ninguno de ellos había cursado o cursaba proceso contra Ibarra Madrid por el delito de peculado.

5. Declaración rendida por Adolfo Morecillo ante el Cónsul de Colombia en Quito, conforme a la cual "no ha habido una relación de intimidad entre el señor Ibarra y el doctor Escallón" y, además, "es cierto que cuando fue nombrado el doctor Escallón de Contralor General y antes cuando fue nombrado Contralor General Auxiliar ya el señor Ibarra estaba trabajando en las dependencias de la Contraloría" y

6. Dictamen rendido por los peritos Alfonso Garzón Chacón y Félix H. Betancur, conforme al cual avaluaron "los daños y perjuicios ocasionados al Erario en el presente proceso en la suma de setenta y siete mil quinientos cincuenta pesos (\$ 77.550.00), por razón de viáticos no justificados y asignados al señor Orlando Ibarra Madrid";

d) *En el proceso número 22549, (caso de la multa al procesado) mediante auto de 27 de marzo del año próximo pasado:*

1. Declaraciones de Juan Felipe Arratibel Barandiarán y de Octavio Saavedra del Castillo, ésta rendida ante el Cónsul de Colombia en Nueva York, sobre la conducta, la personalidad y los merecimientos del procesado Escallón, particularmente por sus actuaciones como Presidente de la Junta de Auditores y del Panel de Auditores Externos que desempeñó simultáneamente en la ONU.

2. Declaración de Bolívar Alberto Acosta, Secretario de la Contraloría para la fecha de los hechos del proceso, quien afirma que el Contralor Escallón comunicó al Pagador que no debía

descontar el valor de la multa que le había sido impuesta por la Procuraduría hasta tanto el Consejo de Estado no decidiera un recurso que sobre el asunto había interpuesto por medio de su apoderado y que, posteriormente, como el Juzgado de Ejecuciones Fiscales había dispuesto la citación del Contralor Escallón para el mismo asunto de la multa, concurrió a esa oficina y canceló el valor correspondiente, donde le informaron que, en consecuencia, “el expediente sería archivado definitivamente”.

3. Copia autenticada de la actuación cumplida en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en relación con la multa impuesta al Contralor Escallón, que culminó con el pago de su valor y el archivo del expediente.

4. Copia autenticada de la actuación adelantada por el apoderado del procesado Escallón, dentro del proceso de nulidad de la Resolución de la Procuraduría General de la Nación que le impuso la multa por quinientos pesos (\$ 500.00) moneda corriente y

5. Copia autenticada de la actuación cumplida en el Consejo de Estado sobre la demanda de nulidad presentada a nombre del Contralor Escallón, que no fue admitida y contra cuya determinación se interpuso el recurso de súplica, que fue negado, con salvedades de voto.

III. Durante las prolongadas sesiones de la Audiencia Pública, los intervinientes hicieron los siguientes planteamientos:

1. El señor Procurador Delegado:

a) “... (en el caso del niño Villalba Wilches) Escallón y sus pretores no pensaron en prestar su ayuda personal con su generoso y altivo ademán humano de socorrer al necesitado, aunque fuera con una mínima y personal ayuda, sino que aparentando un gesto de generosidad, decidieron entrar por los senderos de lo ilícito, pretendiendo aparecer como hombres magníficos y samaritanos acusiosos, convencidos de que su actuación sería vista, en lo externo con el aplauso y admiración de las gentes. Dijo que los dineros del Estado pasaron a un tercero, a manos de la señora Ligia Wilches, haciendo mentir Escallón a varios funcionarios, quienes certificaron la asistencia de ella ante el Incora, día a día, semana a semana. Que Escallón, lejos de legalizar la situación de su subalterna, quien no tenía que temer nada ante la ley, dirigió una misiva al auditor ante las Naciones Unidas, diciéndole en carta hecha en su propia máquina que doña Ligia se encargaría de los trabajos en español y que sus sueldos seguirían siendo cubiertos desde

Bogotá, cuando lo cierto es que ella no podía dedicarse sino al cuidado de su hijo y que esporádicamente pudo ella realizar trabajos en español. Asegura que ese peculado y esa falsedad de hacer figurar a doña Ligia en Bogotá, desempeñando sus funciones ante el Incora, no lo puede perdonar, ni como hombre, ni como Ministerio Público. Concluyó el caso leyendo las normas relativas a los delitos imputados e hizo referencia a las obras de los doctores Luis Carlos Pérez y Jesús Bernal Pinzón para llegar a la conclusión de que el doctor Escallón era responsable de los delitos citados, en forma continuada y en concurso material. Aclaró que él no le hacía el cargo al ex Contralor de haberse enriquecido, sino de haber hecho uso indebido de los caudales públicos, en favor de terceros...”;

b) “... (en el caso de Campuzano Cruz) Escallón Ordóñez, quien viera en Campuzano Cruz, sus múltiples cualidades, lo acogió para la realización de actividades encaminadas a la obtención de su ratificación en el cargo de Contralor y fue así como produjo el nombramiento de Campuzano como Auditor ante la Cámara de Representantes. Sabía Escallón —agregó— que nadie más adecuado e indicado para una tarea lenta pero efectiva que fuera creando una atmósfera de seguridad y representara su embajada ante los honorables Representantes, negociando su permanencia en la Contraloría de la República. Se refirió al careo realizado entre el señor Campuzano y el procesado Escallón, diligencia realizada el 5 de agosto de 1975, leyéndola textualmente en su integridad. En el desarrollo de la lectura iba realizando comentarios e hizo énfasis en el hecho de haberse designado a Campuzano, en el fondo, como Jefe de Relaciones Públicas de Escallón ante las Cámaras Legislativas. Luego hizo referencia al Concepto del Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al momento de calificación de las sumarias, en el cual solicitaba auto enjuiciatorio por los delitos de Peculado y Falsedad. Leyó dicho concepto en forma íntegra, pieza que consta de 126 folios. Concluyó su intervención del día refiriéndose al comercio que implantó el señor Escallón con los parlamentarios por intermedio de Campuzano Cruz y a un editorial valeroso —en su concepto— y claro, que puso a descubierto la ‘podredumbre’ de la Contraloría bajo la dirección voraz de Escallón...”;

c) “... (en el caso de la señorita Amparo Moreno Osorio, el Procurador Delegado) se refirió al oficio que dirigiera el doctor Pablo Angulo Manrique, Procurador Primero Regional, a la

señorita Amparo Moreno Osorio, en el cual le solicitó descargos en lo que primero fuera un proceso disciplinario. Dijo que Amparo Moreno sub Auditora ante el Ministerio de Obras Públicas, fue objeto de sanción disciplinaria por haberse comprobado el incumplimiento de sus deberes en las comisiones impartidas a ella por Escallón Ordóñez. De estas diligencias se originó el debido proceso penal, que al ser calificado por el Juez competente, ordenó copias para que la Corte resolviera sobre la conducta de Escallón por los delitos tantas veces citados. Sintetizó los hechos que se increpan al alto funcionario y dio lectura a las conclusiones del auto de proceder de la Corte. Agregó que el incumplimiento de las comisiones por parte de Amparo Moreno Osorio se constató mediante las muchas diligencias de Inspección judicial practicadas en las distintas ciudades a que hacían referencia las resoluciones del doctor Escallón y que se constató que Amparo Moreno no desplazó ni su persona ni sus funciones al cumplimiento de sus deberes y que cobró los privilegios viáticos decretados por el ex Contralor. Se refirió luego a la diligencia de indagatoria rendida por el doctor Escallón en este proceso (fl. 491 del cuaderno principal) considerándola como un malabarismo intelectual y hazaña de ese magnífico, extraordinario zapador de la ley y que por lo larga se abstiene de darle lectura, ya que por otra parte los honorables Magistrados ya tuvieron oportunidad de hacerlo. Se refirió nuevamente al concepto fiscal al momento de calificar la Corte el mérito de las sumarias, haciendo énfasis en el hecho de haber sido acogido por la Sala, nuevamente sin salvamentos de voto. Se refirió luego a la resolución del doctor Escallón por medio de la cual comisionó a Amparo Moreno para visitar una entidad fantasma en la ciudad de Cali, para luego en otra resolución rectificar su primera. Criticó la forma como el doctor Escallón quiso justificar su delito diciendo que la determinación o fijación de cabecera de Distritos de Obras Públicas corresponde al Ministerio del ramo...";

d) "... (en el caso de Sánchez Molano, el Procurador Delegado) se refirió al concepto fiscal emitido por el doctor Eduardo Torres E., acogido por la Sala, procediendo a dar lectura íntegra de él. Exaltó la afortunada, vehemente y veraz manifestación de hechos en la declaración de Alfonso Cárdenas Castro rendida ante la justicia ordinaria el 15 de septiembre de 1972, leyéndola en lo pertinente. Informó de unas averiguaciones hechas por él ante el Juzgado 12 Penal del Circuito llevadas a efectos por el abo-

gado visitador Enrique Vélez Pimenta y leyó el informe rendido por éste mediante oficio fechado el 3 de abril último. Concluida la lectura de las piezas citadas, el señor Procurador elogió el auto de proceder, el cual recogió en su integridad los puntos de vista del Ministerio Público y lo calificó como una 'providencia de una valentía indiscutible, firmada sin salvedad de voto. Ese auto es un enrostramiento leal, claro, pertinaz y patriótico, a la mala conducta delictiva del Contralor Escallón Ordóñez...';

e) "... (en el caso de Ibarra Madrid, el Procurador Delegado) dijo que el nuevo proceso en estudio es como los anteriores por los delitos de Falsedad y Peculado, especialización delictiva del señor ex Contralor. Se trata de las comisiones impartidas al señor Orlando Ibarra Madrid, viejo empleado de la Contraloría desde abril de 1965. Dijo que luego de los obvios ascensos fue comisionado por su cuñado el señor Escallón, porque Ibarra es casado con una hermana del ex Contralor. Agregó que Escallón decidió protegerlo como solía hacerlo, con el uso de los bienes que el Estado le había entregado a su cuidado. Fueron muchas las resoluciones —dice— que Escallón dictó para proporcionar mayores entradas por viáticos a Ibarra, los cuales le permitieron vivir cómodamente. Se refirió luego al concepto emitido por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en este caso, y dijo hacer suyos los argumentos del ilustre colaborador fiscal, procediendo a dar lectura al referido concepto. Concluida la lectura, hizo énfasis en los procedimientos acostumbrados por Escallón para la expedición de las resoluciones, la violación de las normas sobre viáticos, inexistentes e inocuas, en el caso de su cuñado el señor Ibarra con miras a consumir el reiterado delito de peculado 'nepotístico' según le llama el señor Procurador. Comentó seguidamente la declaración del señor Ibarra, quien dice que sus relaciones con el señor Escallón eran esporádicas...";

f) "... (en el caso de la multa al Contralor, el Procurador Delegado) dijo que con base en los informes rendidos por la comisión designada por el señor Procurador General de la Nación, se le impuso a Escallón una multa de \$ 500.00, a favor de la Caja Nacional de Previsión en el respectivo proceso disciplinario. En él se demostró que el señor Escallón obtuvo préstamos del Banco Santander en cuantía de \$ 360.000.00. Narró el trámite del proceso disciplinario hasta su culminación y aseguró que el señor Contralor había interpuesto todos los recursos, apelación, revocatoria y nulidad ante el Consejo de Estado, todos los cuales le fueron negados con arreglo a

las normas vigentes. Rechazó todos los móviles o motivos que tuvo el señor Contralor para obtener préstamos del Banco de Santander y juzga esa actitud como repudiable, sensurable y anti-ética. Rechazó igualmente la forma soberbia e ilegal como el Contralor determinó que la multa impuesta no se hiciera efectiva, ordenando al Pagador no hacer el descuento respectivo y desconociendo por este modo el oficio de la Procuraduría que así lo ordenaba. Dijo que la Sala Penal de la Corte aceptó las razones expuestas por la Procuraduría plasmada en su concepto de calificación y considera necesario repetir las en esta oportunidad y procedió a dar lectura de lo pertinente del mismo...”.

2. El procesado, por su parte, se refirió a cada uno de los cargos que le han sido formulados y dijo en síntesis:

“...En cuanto al primer caso, el del menor Claudio Villalba Wilches, hizo una breve narración de la tragedia del menor, en su necesidad de ser sometido a tratamiento especializado y la forma como se resolvió, junto con sus colaboradores, el caso de doña Ligia. Dijo no haber dictado resolución en cuanto al traslado de la funcionaria, dado que ello requería viáticos y transporte. A doña Ligia simplemente se le dio un oficio para el Auditor de la Contraloría ante las Naciones Unidas. En él se decía las condiciones en que viajaba y también que ella debería desempeñar labores en español. Además, explicó que cuando el Contralor de Colombia o el de cualquier otro país cuando es miembro de las Naciones Unidas, si acepta se compromete a que si el presupuesto fijado para el auditaje no es suficiente, se remiten funcionarios por cuenta de la Contraloría respectiva, mientras se termina el auditaje. Agregó que por esta razón y en consideración a los hechos ocurridos a doña Ligia, se resolvió remitirla a ella, eso sí, sin pagársele su sueldo en dólares, ni viáticos. Se refirió al ‘Año Internacional del Niño’ y dio gracias a Dios por haber procedido, en la forma como lo hizo, en el caso del niño Claudio. Leyó un mensaje de Monseñor Naranjo Villegas pronunciado a los colombianos en el Sermón de las siete palabras, el viernes santo, último y publicado en el diario ‘El Tiempo’ del 15 de abril del corriente año. Dijo que no solamente ‘Maldito es el que mata a un niño sino el que pudiendo salvarlo no lo hizo’. Leyó parte del Editorial del diario ‘El Espectador’ del lunes 16 de abril titulado ‘Año del niño que sea en serio’ relacionado con el caso de una niña llamada ‘Marisol’. Posteriormente leyó lo pertinente del auto

de proceder en el que dice: ‘No corresponde a la Sala en esta oportunidad el análisis jurídico acerca de quiénes fueron los autores de la falsedad ideológica anotada, ni la determinación de su responsabilidad penal’. Lo que importa es el conocimiento de que tales documentos fueron falsificados ideológicamente, y que la alteración de la verdad realizada con conciencia de la antijuridicidad del comportamiento, era apta para lesionar intereses patrimoniales del Estado, aparte del quebrantamiento de la fe pública inherente a ese tipo de infracciones. ‘Resulta evidente que el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su carácter de Contralor General de la República, no fue el autor de la falsedad antes descrita, en cuanto no realizó la figura típica ‘descrita en la ley. Tampoco es coautor porque no concurrió con otros a la ejecución del modelo legal. Pero en cuanto era el director de la Contraloría, y en tal virtud, por mandato de la Constitución y de la ley era el responsable de su organización administrativa, tenía obligación de velar por el correcto funcionamiento de la Entidad’. Sacó como conclusión de lo leído que en el auto de proceder se dice que él no fue autor ni coautor del delito de falsedad, pero que responde por ser el máximo director de la entidad, en síntesis, que el auto de proceder le imputa una falsedad por ‘culpa’, lo cual no es posible a la luz del Código Penal...”.

“.....”

“...En cuanto al segundo caso, el del señor Campuzano Cruz, narró su destitución por parte del doctor Sourdis y su posterior reintegro. Cuando el señor Contralor tuvo conocimiento del comportamiento de Campuzano Cruz, le inició investigación administrativa cuyo resultado fueron las sanciones de reintegro de viáticos y su insubsistencia. Dijo que como represalia, llegó a la Procuraduría, receptora de todas las quejas contra el Contralor, y quiso justificar su conducta, obviamente mintiendo en la forma que será demostrada. Que de toda la lista de parlamentarios citados por él como testigos de sus actividades, ninguno dice haber hablado con Campuzano Cruz sobre la reelección del Contralor. Leyó la declaración del doctor Guillermo Plazas Alcíd; y la del doctor Aníbal Martínez Zuleta, actual Contralor General de la República, y la del doctor Rodrigo Marín Bernal, Ministro de Trabajo y Seguridad Social, y concluyó que Campuzano Cruz faltó a la verdad y que la Procuraduría dio entero crédito a sus afirmaciones. Para concluir este caso, hizo referencia a la Resolución número 3699 de diciembre 21 de 1972, se dice en

el auto de proceder que en ella se reconocen viáticos a Campuzano. Aclaró que esa Resolución no es de esa fecha sino de agosto 4 del mismo año y que en ella dice, en su artículo único, 'Nómbrese al señor Pedro J. Avila, Visitador I de la División de Visitadores de Investigadores, lo que constituye un error de hecho...'

"....."

"...En cuanto al tercer caso, Amparo Moreno, anota que el auto de proceder dice que el Contralor sabía que la sede del Distrito de Obras Públicas no quedaba en Cali sino en Palmira, lo cual es equivocado. En su concepto, la resolución no prueba la existencia del Distrito número 18 ni su cabecera, lo que no puede constituir la falsedad imputada, puesto que ella es simplemente fiscal. Que corresponde fijar los Distritos y su cabecera, al Ministerio del Ramo y al Presidente de la República. Hizo énfasis en el hecho de que el secretario señor Bolívar Acosta, quien firmaba las resoluciones de comisión y los cumplidos, fue sobreseído y que Amparo Moreno fue sancionada por falsedad, pero no en cuanto a las resoluciones. Lo anterior hace pensar al señor ex Contralor que se halla frente a un delito de Falsedad inexistente. Consideró que por tratarse de un caso similar a los anteriores, no es necesario ahondar más en él, pero dijo nuevamente que por considerarse que los Auditores, Sub Auditores y Visitadores son desplazados a provincia puesto que ellos son considerados como personas capaces para dar instrucción en provincia, donde no existen funcionarios capacitados como los de Bogotá. Que si al firmar el Contralor una resolución, se equivoca, lo hace de buena fe y que además, como lo demostró anteriormente no estaba obligado a seguir el paso de la resolución, puesto que, una vez firmada por el Contralor, allí termina su función. Que el trámite posterior, es revisado y controlado por otros funcionarios a los cuales se les ha delegado esa función..."

"....."

"...Se refirió al caso de Orlando Ibarra Madrid, por Falsedad y Peculado. En forma rápida leyó una certificación expedida en mayo 19 de 1979, por la Jefatura de la Contraloría General y relacionada con la trayectoria del señor Ibarra Madrid en esa Entidad. Resaltó la antigüedad, capacidad, responsabilidad y honorabilidad en sus cargos, razón por la cual de su estabilidad en la Contraloría y que él como Contralor no lo

nombró sino que desde años atrás ya se hallaba vinculado a la Contraloría. Hizo hincapié en el hecho de que la Procuraduría lo investigó y después de oír sus descargos, le fueron aceptados y ordenado su archivo. Que en este caso, ni siquiera se compulsaron copias para que se investigara su conducta a la luz del Código Penal. Se refirió a la resolución por medio de la cual lo comisionó para la ciudad de Pasto, comisión que no se cumplió allí sino en la ciudad de Tumaco. Recordó que las resoluciones no las hace el Contralor; ellas son proyectadas por el Jefe de División y elaborada por una de sus secretarías. Está probado que en esa resolución hubo un error. Se refirió a las declaraciones de Amparo Fajardo de Vargas y Eduardo Cantín y que éste reconoce haber confeccionado la resolución y haberse equivocado en la citación de la ciudad de comisión. Explicó igualmente lo relacionado con los viáticos asignados al señor Ibarra e hizo relación al Decreto número 927 de 1976, reglamentario de la Ley 20 de 1975. Leyó su artículo 18 sobre tarifas sobre viáticos para las comisiones fuera de su sede. Consideró que los dos testimonios citados y la comprobación de la comisión en la ciudad de Tumaco, hace que el delito de falsedad imputado deba ser desechado por no haber existido y el de peculado, ello se debió a un error, esto es, con ausencia del dolo, lo que de suyo excluye la responsabilidad..."

"....."

"...Pasó al caso de cohecho o sea al de Cárdenas Castro. Leyó el artículo 160 del Código Penal y dejó constancia sobre la parcialidad de la Procuraduría en este caso. Que no obstante la actuación correcta del Juez 12 del Circuito Penal y de su declaración franca y clara ante él, la Delegada de la Procuraduría resolvió denunciarle. Dijo que el cuento de hadas creado por Cárdenas Castro no le avergüenza, dado que posteriormente se dará a conocer la personalidad de su único acusador que sí es un verdadero delincuente. Manifestó su extrañeza de la forma como la Procuraduría creyó en el sujeto que se hallaba sindicado y que tuvo que destituir no solo por su malísimo comportamiento, sino por solicitud judicial que se lo requirió. Hizo una comparación de las hojas de vida del señor Sánchez Molano y Cárdenas Castro, víctima el primero de este último con quien hizo un contrato para la creación de un restaurante. Hizo relación a la declaración de la esposa legítima de Cárdenas Castro, ya que éste es bígamo, estafador y jugador. Destacó la forma como mintió Cárdenas, ya que rindió in-

dagatoria el 27 de febrero de 1975 y en ella no dijo absolutamente nada y posteriormente en otra indagatoria en diferente proceso, a finales del mes de abril, puso en conocimiento el supuesto delito de cohecho. Concluyó el señor ex Contralor que Cárdenas Castro mintió, ya que en su primera indagatoria no dijo nada al respecto o sea que calló los hechos y en su segunda dijo la existencia de ellos, lo que demuestra que mintió ya sea en su primera declaración en la segunda ya que son diametralmente opuestas. Dijo que de conformidad con los antecedentes personales de Cárdenas Castro y Sánchez Molano, los honorables Magistrados podrán deducir sobre la veracidad de cada uno de ellos. Hizo algunas consideraciones sobre la forma como tuvo que recurrir a solicitar varios préstamos a las entidades bancarias y por que no decirlo, a sus amigos. Al ser un hombre pobre y no tener más entradas que su salario de funcionario, tenía que apelar a ello y a la Cooperativa de la Contraloría. Preguntó dónde existen normas que prohiban que un funcionario o empleado público pueda hacer uso de préstamos a bancos o personas particulares, y si ello fuera así, se estaría frente a una condena de angustias para poder superar imprevistos que frecuentemente ocurren...”

“.....”

“...Pasó al último caso, el de abuso de autoridad por no haber permitido se le descontara el valor de una multa impuesta arbitrariamente por la Procuraduría. Explicó que la Contraloría tiene sus cuentas en todos los bancos comerciales; que si ella los tuviera en un solo banco, ello sería objeto de una investigación administrativa. Sacó como conclusión que los funcionarios, Contralor, Auditores etc., se verían condenados a no poder obtener préstamos. Que el préstamo obtenido por él, fue con el lleno de los requisitos legales. Narró la forma como fue procesado por la Procuraduría y la forma parcializada con que procedió. Exaltó las cualidades del señor Oscar Luna Gómez Pagador de la Contraloría y la honestidad del mismo. Narró la forma como impidió el descuento de la multa, dado que se indignó por la injusticia de la Procuraduría. Explicó el por qué no hubo perjuicio al ordenar rehacer la nómina de su despacho ya que ella se reprodujo en 10 o 15 minutos y que en ella no figuraba más de 20 empleados. Para concluir, resaltó los argumentos de los dos honorables Magistrados que salvaron su voto en el auto calificadorio y dijo acogerse a ellos por ser del más alto criterio jurídico...”

3. El defensor del procesado, finalmente, se refirió a los delitos imputados al ex Contralor Escallón, haciendo respecto de cada uno de ellos las siguientes consideraciones, consignadas en el resumen escrito de sus alegaciones en la Audiencia:

“... Los delitos de peculado: La ‘razón de las funciones’...”

“...En relación con estos casos debe tenerse en cuenta lo que significa la tenencia jurídica y material de los bienes, la apropiación y su momento consumativo, el provecho y como contrapartida, el perjuicio, y si verdaderamente se presentó este daño acompañado del espíritu de producirlo...”

“...Se ha sostenido por la jurisprudencia de la Corte que no es necesaria la disponibilidad inmediata de los bienes que administra o custodia el funcionario público sino que basta la disponibilidad jurídica, es decir que es suficiente poder disponer de los bienes aunque éstos no estén a la vista del administrador. La doctrina de la disponibilidad jurídica o de la tenencia jurídica es muy peligrosa frente a textos como el del numeral 11 del artículo 120 de la Constitución que obliga al Presidente a ‘cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes’. Norma suprema ampliada en el numeral 1º del artículo 38 del Código de Régimen Político y Municipal. También es indispensable revisar la doctrina por los excesos que ocasionaría el artículo 181 de la Carta, en el cual se dice que los gobernadores son agentes del gobierno y Jefes de la administración seccional...”

“...Si la posesión jurídica se aplica, no sería raro que el Presidente tuviera que responder por rentas y bienes que hacen parte de la Hacienda Nacional, bienes y rentas defraudadas por quienes sí tenían la capacidad de disponer materialmente de ellos. Lo mismo ocurriría con los gobernadores...”

“...De ahí que, para evitar estos extremos, sea preciso ubicar bien la exigencia ‘por razón de sus funciones’ según el texto del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. La ley incrimina no el fraude por razón de una función pública general, sino por razón de los deberes propios del empleado. El adjetivo posesivo ‘sus’ es apócope de *suyos*, *suyas*, e indica que solo se refiere a las funciones pertenecientes o exclusivas del empleo, o por mejor decir de ese empleado...”

“...Ahora bien, esas funciones provienen de las disposiciones constitucionales y legales así

como de los reglamentos en todos los órdenes del poder nacional, departamental, municipal e institutos y establecimientos públicos. También provienen de los actos administrativos y de los actos jurisdiccionales y contractuales. El reglamento es una facultad que en términos generales otorgan las leyes a ciertos funcionarios para disciplinar las funciones que le corresponden, dividir el trabajo y organizar eficazmente la administración que se les confía...”.

“...A los reglamentos dictados por el Contralor General de la República se refiere el artículo 95 del Decreto 294 de 1973, estatuto orgánico del presupuesto nacional. Esta norma fue citada en el primer auto de proceder caso de Ligia Wilches, pero solo para referirla a la capacidad para autorizar giros de los ministros y jefes de departamento administrativo, pero en manera alguna para reconocerles la potestad reglamentaria. Potestad que el Contralor derivó de la ley del artículo 45 de la Ley 22 de 1923, mediante la cual se fundó la Contraloría y que proviene también del artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, y, por extensión analógica, de la Ley 153 de 1887...”.

“...El Contralor, desde que expidió la Resolución 651 de 1945 (folio 624), delegó en el jefe de la Sección Administrativa la facultad de pagar toda clase de cuentas y nóminas, desprendiéndose así el jefe de una de sus atribuciones. Así se ratificó en posteriores resoluciones, como la número 2 de primero de julio de 1949 y la que se encontraba vigente al producirse los cargos hechos por la Procuraduría, es decir, la número 2261 de 24 de marzo de 1972...”.

“...En uso de la capacidad reglamentaria, el Contralor General de la República adscribió algunas de sus funciones a la División Administrativa, y así quedó ésta encargada de autorizar toda suerte de gastos y de observar el curso de las cuentas giradas para atenderlos...”.

“...No es cierto, pues, que el Contralor tenga la disponibilidad jurídica en toda su amplitud, pues la tenencia se había encomendado a quien podía responder mejor por la función pública correspondiente. Y lo hizo por las leyes que se acaban de citar...”.

“...*Los delitos de Peculado: Apropiación y provecho...*”.

“...Exige el tipo penal para culpar por peculado que el funcionario ‘se apropie en provecho suyo o de un tercero’ las cosas que se le han confiado para su administración o custodia. Por más que trate de escindir las acciones de apro-

piación y provecho estas difieren, pues primero ha de consumarse la apropiación como acto personal del funcionario. En otras palabras antes ha de hacer suya la cosa para poder entregarla a otra persona. Mejor, una es la conducta de apropiarse y otra la de dar el goce de la cosa al tercero...”.

“...No puede entenderse un traslado directo a ese tercero. Forzosamente ha de darse una toma de los bienes para sí y luego ha de venir el provecho ajeno. De otra manera, una es la apropiación y otra la disposición...”.

“...Ahora: si, como acusan los autos, la apropiación se verificó al expedir las resoluciones de viáticos, debe examinarse si verdaderamente esas providencias eran ya la apropiación misma. En virtud de ellas, el Contralor tomó para sí, sacándolas del patrimonio público, los valores monetarios tasados en ellas?...”.

“...Una vez expedida cada Resolución desaparecía una parte de los dineros del Estado y esos dineros engrosaban o enriquecían los particulares del Contralor?...”.

“...En manera alguna: esas resoluciones no tenían carácter definitivo, pues podían modificarse, derogarse, suspenderse hasta obtener aclaraciones necesarias, lo cual ocurrió muchas veces. Y en las que se refieren, no al reconocimiento de los gastos, sino a la comisión por cumplir, podía conseguirse anticipos que el Contralor no tasaba, sino la sección correspondiente; anticipos que el comisionado estaba en el deber de justificar, y de no hacerlo, se le deducían las sumas recibidas de más...”.

“...En las resoluciones de reconocimiento de viáticos y autorización para pagarlos, tampoco se da algo definitivo, inatajable como la emisión de un título valor, el cheque por ejemplo. Estas resoluciones debían seguir un cauce trazado en los reglamentos, pasar por diferentes visados, hasta expedir el cheque y el cheque mismo debía ser autorizado por más de un empleado, al menos por el pagador y el auditor interno...”.

“...Prueba de que las Resoluciones de reconocimiento de viáticos no eran órdenes absolutas o incondicionadas de pagar, es el caso del Jefe de Auditorías fiscales, Antonio Ortega Vargas, quien se negó a tramitar reconocimientos del Contralor en favor de Campuzano Cruz, en gesto que tanto encarece el auto de proceder que se nutre con las acusaciones del propio Campuzano...”.

“...Estas providencias no son ya la apropiación en el peculado, porque, se repite, su texto

apenas reconocía prestaciones a los comisionados, pero no constituían medios para la indispensable apropiación del Contralor, según la exigencia normativa. Expedidas las resoluciones, y mucho tiempo después, la administración del Estado conservaba las sumas de dinero en sus arcas, pues nadie se las había sustraído o apropiado. A no ser que este delito, que es de resultado ('se apropie'), se convierta en una infracción de mero peligro, y que como tal se consuma cuando el riesgo se ha convertido en hecho, como sucede en las de peligro común, el incendio, la inundación, los contagios de pestes o plagas...".

"...El peculado se consuma, pues, cuando los caudales o bienes pasan a mano ajena, cuando el erario público no cuenta ya con esos bienes, cuando han salido de la hacienda oficial, cuando no puede disponer de ellos, ya que otra persona se anticipó y los convirtió en propio de ella...".

"...Las Resoluciones crean un derecho para el empleado en cuyo favor se dictaron. Pero este derecho, es una expectativa porque puede revocarse o modificarse. Tales providencias no son negociables, ni transferibles por endoso. Con el reconocimiento de esa expectativa (llámese *derecho*, si se quiere pisar terreno más sólido), no se ha consumado la exacción. Puede ser una tentativa de peculado, no más. Pero no hay peculado porque todavía no se ha producido la apropiación...".

"...Qué hay hasta ese momento, esto es, el de firmar las resoluciones? Un acto administrativo, claro está. Y si no se le lleva hasta su consecuencia, que es el pago, puede ser demandado por cualquiera, incluyendo el beneficiario engañado por el monto del reconocimiento, o por las tardanzas en su pago, o por haber equivocado la fecha o el nombre. Pero ese acto administrativo, no es ya la expropiación de los bienes del Estado, sino un simple precedente para la expropiación...".

"...Este acto administrativo, de ser delictuoso, a qué figura penal se adecúa o acomoda? El abuso de autoridad: acto arbitrario contra una persona, el Estado, o contra una propiedad: la del Estado...".

"...Si se afirma que el peculado, mejor, que la apropiación se cometió al emitir los cheques, órdenes incondicionales de pago, se está en lo rigurosamente jurídico. Pero si se reconoce, como lo han hecho los cuatro autos de proceder, que la apropiación se cumplió al dictar los reconocimientos de los viáticos, se plantean mal los hechos, se incurre en confusión o anfibología, error insuperable en los vocatorios a juicio, como

no sea mediante la nulidad supralegal del artículo 26 de la Carta Política. Se han omitido disposiciones del estatuto procesal, particularmente los numerales 2 y 3 del artículo 483, y con éstas varias de las garantías de la defensa y pretermisión de dos formas específicas del juicio...".

"...No es igual decir que el homicidio se cometió la víspera o que el robo fue del automotor o de las alhajas. No es lo mismo el acto preparatorio que los de ejecución. No son equiparables el peligro y el resultado. Si se confunden, el auto de proceder cae por su base, carece de todo efecto incriminatorio. Tal ha ocurrido en los que abrieron estos procesos en su marcha hacia la sentencia...".

"... Dos ejemplos acaban de aclarar este punto de vista:..."

"...a) Supóngase una Resolución expedida por el Ministro del ramo, en la cual reconozca viáticos para que una persona sin derecho ninguno viaje al exterior. Se ha consumado la apropiación por el Ministro para traspasar esos dineros al viajero? No. Falta aún algo especial y demorado como es la conversión de los pesos en dólares, operación que corresponde al Banco de la República y que en ocasiones dura largos días y aún semanas. La expropiación de los fondos, concordantes con la apropiación ilícita sólo se consuma con la entrega de aquellas divisas norteamericanas. El trayecto entre la expedición del título y la disposición de los fondos puede encontrarse lleno de dificultades, de requisitos, que cuestan trabajo cumplir, y que a tal o cual favorecido le invitan al desistimiento...";

"...b) Supóngase igualmente la constitución de un título escriturario mediante el cual el Instituto de Reforma Agraria, o el Ica, verbigracia, por conducto de su Gerente, o el Gerente por sí solo, traspasa el dominio posesión de un inmueble del Estado, en forma fraudulenta. El funcionario firma el instrumento, el Notario da fe de sus cláusulas y entrega las copias. Se ha cometido el peculado de apropiación, existiendo como existe una escritura pública, que crea obligaciones e instituye derechos para el beneficio con la cesión y para otras personas? Tampoco, porque el dominio solo se transfiere con la inscripción en el registro, acto equivalente al de entrega de un bien mueble...".

"...La investigación clausurada con el vocatorio a juicio, no precisó el tiempo transcurrido entre el reconocimiento y el pago, o sea, entre las resoluciones del Contralor y el pago de las cuentas de cobro, momento este consumativo de la apropiación, sea que de esta se culpe exclusi-

vamente al doctor Escallón o que señale también a las personas aprovechadas. Si hubiera cumplido tan decisivo aspecto de las conductas incriminadas, fácilmente se habría podido precisar cuándo se verificó la apropiación, que jamás fue la oportunidad indicada en los autos de proceder. Error gravísimo, hoy insuperable, que arroja sombras e indecisiones sobre el llamamiento a juicio...".

"...Error equivalente al de reconocer consumado el hurto cuando el sujeto apenas ha penetrado en la habitación sin haber removido ninguna cosa del sitio donde la mantiene el dueño, o al de dar por ejecutado un homicidio con el solo disparo. Nadie está casado o matrimoniado con los simples esponsales, ni dormido en cuanto se pone la pijama, ni bebido con la mera compra de la botella, ni comido a la simple vista de los manjares. De igual modo, en el peculado, nadie se apropia una cosa con la determinación, pero sin la oportunidad de hacerlo...".

"...La tenencia es jurídica, no solo material, está convenido. Pero la apropiación no puede ser jurídica. Un delito de resultado se aparta de esta tesis extensiva y se reconoce en la falta física de los bienes, en una modificación externa, en una disminución de los caudales, en un faltante de la caja fuerte o de la cuenta corriente. No hay que confundir, pues, la *disponibilidad* de los haberes con la *disposición* de los mismos, como en otras ciencias (al estilo de las criminológicas), no hay que confundir la causalidad con la causalación...".

"...La disponibilidad se refiere a lo que está disponible (academia), es decir, es la capacidad en que se encuentra una persona (funcionario público en el peculado) para poder determinar algo respecto de una cosa o de una cantidad; es también la existencia de esa cosa o de esa cantidad para que puedan ser usadas o utilizadas, y disposición (apropiación) es la acción de disponer, o sea, de resolver sobre esas cantidades o cosas, de decidir sobre ellas, ordenarlas y comprometerlas. La disponibilidad es actitud para servir. La disposición es lo que se haga o lo que se ponga a hacer. La disponibilidad es condición previa. La disposición es hecho posterior, pues no se pone una cosa en servicio si antes no se encuentra disponible...".

"...*Los delitos de peculado: El daño patrimonial...*".

"...Después de algunas vacilaciones que produjeron efectos inconvenientes, la doctrina jurídica acoge como elemento del delito de peculado el daño que el funcionario ha ocasionado en el patrimonio ajeno, sea este patrimonio del Es-

tado o de los particulares. Sin evidenciarse tal resultado la infracción se desintegra, configurándose un peculado inocuo, como puede decirse trasladando un término muy usual en el falso documentario. Este elemento ha sido estudiado muy cuidadosamente por Jesús Bernal Pinzón, en su obra sobre los delitos contra la administración pública...".

"...En ninguno de los peculados aparentes que dieron base al auto de proceder se descubre daño alguno para la administración del Estado, concretamente para la Contraloría General o para cualquiera de las dependencias oficiales que ésta fiscaliza. El daño no es un concepto, ni es una idea abstracta sino una consecuencia real, que modifica el mundo exterior al reducir las disponibilidades presupuestales...".

"...Tomando cada uno de los cargos no se descubre ninguna prueba ni principio de prueba, que haga ver la existencia de ese resultado. Por lo tanto, no es posible apoyar una sentencia de condena en algo que manifiestamente no existe...".

"...Y esto es así, como lo evidencia además el concepto de los peritos Ricardo Salazar Santamaría y Jaime Lombana Ordóñez, designados por el señor magistrado ponente para que hiciera la estimación de los perjuicios en los procesos en que figuran Ligia Wilches de Villalba y Carlos Alberto Campuzano Cruz. Los peritos en su informe del 4 de mayo de 1979, después de examinar la cuestión, concluyeron que no pueden practicar avalúo material por daños causados, pues no es posible establecerlos ni hay fundamento para deducirlo. Este concepto fue puesto en conocimiento de las partes y no fue objetado...".

"...*Los delitos de peculado: Conciencia de la lesividad...*".

"...El Peculado exige no solo la materialización de los daños sino un factor subjetivo también inherente a la figura, elemento propio también de la falsedad: es la conciencia de dañar y es así como solo puede atribuirse la infracción al funcionario que se propone expresamente causar el daño. Pero se ve que en ninguno de los cuatro casos concurre ese convencimiento ofensivo, lo cual significa que el dolo se desintegra si en algún momento pudo aparentarse su conformación...".

"...El ánimo dañoso no está incluido en la conciencia de la antijuridicidad sino que debe estar plenamente probado por aparte. Véase como se explica este punto de vista...".

“...A pesar de que aún no se consolidan suficientemente las doctrinas sobre el dolo y de que todavía se discute sobre tan importante elemento, cualquiera que fuere su especie (directo, eventual, de ímpetu, de liberado, de lesión, de peligro), indefectiblemente ha de constituirse con estos tres ingredientes:...”

“...a) *Conocimiento del hecho* lo que implica una representación mental de las características de ese hecho, factor cognoscitivo que permite al agente delimitar o identificar la figura delictiva con el fin de adecuarse en su naturaleza y alcances. Se da cuenta perfecta de la ilicitud, es decir, de que su conducta contraría el derecho, viola un deber, o, en otros términos, que es antijurídico...”;

“...b) *Voluntad ejecutiva* para realizarse en el maleficio, o sea, querer la consecuencia o al menos, en las infracciones de mera conducta, impulsarse a fin de cumplir el comportamiento proyectado; y...”

“...c) *Conciencia* (el grado más alto del conocimiento) de que al realizar lo que se propone, lesiona, ofende o pone en peligro bienes o intereses jurídicos ajenos, del Estado, de los entes colectivos o de los particulares...”.

“...No siempre se consagran en forma expresa los tres componentes, en especial el último, quizá por la conjetura de que la conciencia de la ilicitud comprende el ánimo de dañar, supuesto erróneo porque las más veces el sujeto sabe que va a violar la ley pero no quiere ocasionar perjuicios. De allí que sea forzoso diferenciar los dos aspectos mentales y apartarse de semejante presunción, reñida con los procesos psicológicos y su condicionamiento real...”.

“...No escapó la jurisprudencia al defecto de incluir en la conciencia de la ilicitud el ánimo dañoso. La Corte describe la culpabilidad en el peculado solo con ‘referencia al conocimiento que tenga el sujeto activo de la antijuridicidad de la acción’, posición que se repite en los cuatro autos de proceder cuyo examen se realiza ahora, dejando al margen la voluntad ejecutante y el ánimo de ocasionar una lesión al patrimonio público...”.

“...Con todo, en fallo del 16 de octubre de 1970, condenatorio del gobernador del departamento del Meta por detención arbitraria, nuestro Tribunal Supremo, con ponencia del mismo Magistrado Alario Di Filippo, englobó los factores enunciados afirmando que ‘la conciencia de que el acto es ilícito y dañoso para los demás es condición esencial de la existencia del delito, salvo

que se compruebe que ha ocurrido un caso de justificación o excusa’ (*Gaceta Judicial*, Tomo CXXXVI, página 238), con lo que dio cabida tanto al conocimiento de la violación de un derecho, (antijuricidad) como al deseo de perjudicar (nocividad)...”.

“...Desde tiempo muy anterior la jurisprudencia había comenzado a orientarse por los mismos principios, aunque dentro del criterio positivista de la antisociabilidad, así: ‘La intención puede ser relativa a la producción de los efectos del hecho voluntario o a la conciencia que el autor tenga del carácter punible o por lo menos antijurídico o antisocial de su acción’ (Auto del 23 de octubre de 1962, *Gaceta Judicial*, Tomo LX, página 77)...”.

“...Mucho más concreta es la Corte en el auto del 23 de marzo de 1950, en el cual, si bien refrenda la equivocada concepción positivista del dolo, constituido sobre la voluntad, la intención y el fin, observa que la ‘voluntad existe en el sentido de que el acto es aceptado por el agente del delito; la intención en relación con la ejecución del mismo con el propósito de lesionar un bien protegido por el Estado dentro de las normas positivas, y el fin en cuanto con él se causa un quebrantamiento del orden jurídico social existente’. (*Gaceta Judicial*, Tomo LXVII, página 439)...”.

“...Aunque lo expuesto marca un derrotero para la comprensión del dolo como la forma más pronunciada de la culpabilidad, fundándolo en el conocimiento del hecho, en la voluntad de producirlo y en la conciencia de dañar, es en la providencia del 24 de noviembre de 1977, elaborada por el Magistrado doctor Jesús Bernal Pinzón, donde mejor se examina y puntualiza la tercera de dichas exigencias. Al concluir, mediante sobreseimiento definitivo, el proceso de peculado contra una Juez que había dispuesto de fondos depositados en su despacho como garantía de distintos compromisos, la Corte sostiene: ‘Problema trascendental en la teoría del dolo, como factor esencial del ilícito penal, es el de determinar si tal elemento se agota simplemente cuando el agente ha querido la conducta y se ha representado los elementos del delito que lo consuman, es decir, si para la subsistencia del dolo, basta esa simple relación de naturaleza eminentemente psicológica, o si por el contrario es necesario una participación más íntima del sujeto en relación con el hecho criminoso que debe ser cobijado por la totalidad del dolo cuando la imputación se formula con base en esta forma de culpabilidad’...”.

“Luego pregunta: ‘¿Todas las veces que el hecho se haya realizado objetivamente podrá predicarse la existencia de la ofensa, o habrá que demostrar que el comportamiento debió realizarse, además, con determinadas características ofensivas?’...”

“...En seguida avanza este concepto decisivo: ‘El carácter ofensivo del hecho deberá reputarse como formando parte del tipo penal, con la consecuencia lógica de que para que se presente la adecuación típica del hecho con la norma que describe el delito, deberá establecerse que el agente obró con la conciencia de ofender con su conducta aquél interés jurídico para cuya tutela se ha predisposto la norma acriminante’...”

“...Para la Corte es incuestionable que la conciencia del carácter antijurídico del acto no puede confundirse con la conciencia de lesionar el interés jurídico tutelado en la norma represora, aunque ordinariamente coexisten estos dos aspectos de la subjetividad. En todo caso, ‘una es la representación de la ofensa como elemento esencial para la configuración del actuar doloso, y otra la representación del actuar antijurídico penal’. Reafirmando: ‘la conducta del agente que actúa dolosamente debe estar inspirada, debe contener la conciencia de la lesividad del hecho criminoso’...”

“...Finalmente: ‘En definitiva, para la subsistencia del dolo, no es necesario que el agente haya obrado con la conciencia de ejecutar un acto contrario a la ley o sea, con la conciencia de la antijuridicidad, salvo, tal vez, los llamados casos de *ilicitud especial*, como el indebidamente (artículo 160 del Código Penal), *el sin causa justificada* (artículo 178), *el que abusando de su cargo o de sus funciones* (artículo 156, pero en cambio sí, con la conciencia del carácter antisocial del hecho, o lo que es lo mismo, de su lesividad’...”

“...Adviértense, así, los elementos subjetivos en las dos infracciones:...”

“...1. La conciencia de la antijuridicidad en el falso escriturario consiste en que el agente altera la verdad en un documento destinado a probar relaciones, obligaciones o estados de las personas, sabiendo que esas situaciones no existen, o se de otra manera, o siguen un desarrollo distinto. El sujeto está íntimamente convencido de que suplanta la realidad por una ficción, el acontecer cierto por una mentira, y que esa actividad subversiva contrasta con una disposición encuadrada precisamente en el estatuto represor. Sabe además que el hecho normativamente descrito está conminado con una pena, y a pesar de ello

desafía la prohibición y rompe su eficacia garantizadora...”

“...2. La conciencia de la antijuridicidad en el peculado por apropiación consiste en que el funcionario toma para sí o para otros, bienes pertenecientes al Estado en cualquiera de sus dependencias, sabiendo que se trata de algo ajeno entregado a él para menesteres establecidos en las normas ordenadoras de su administración. El empleado se comporta como dueño de esos bienes, enterado de que no son suyos ni del tercero a quien traslada maliciosamente el fruto de la usurpación. Sabe que el obrar así vulnera no solo los principios de honradez y lealtad determinantes del encargo público, sino del artículo del código donde se dibuja su conducta y se señalan las peculiaridades de la punición. Es un ladrón de cosas que se le confían, aunque no tenga sobre ellas disponibilidad inmediata, más culpable por eso que el audaz asaltante de un banco o el sinuoso operario de una extorsión...”

“...Claro que esta conciencia del quebrantamiento antijurídico, no es la del legislador ni la del filósofo, la del doctrinante o la del profesional en derecho, capaz de penetraciones universales, experto en el examen de la diferencias y concordancias normativas, así como el discernimiento de los intereses tutelados. Es el saber que asiste a los hombres con un grado más o menos común de inteligencia e ilustración, pues si se exigieran especiales condiciones mentales, agudeza extraordinaria, buenas dotaciones de espíritu, la culpabilidad quedaría recluida en estrechos círculos de ‘los elegidos’...”

“...3. La conciencia del actuar nocivo (nocividad) que guía al agente en sus empeños falsarios, no reside simplemente en el deseo de defraudar la seriedad y confianza con que el Estado protege ciertos papeles, sino en el entero convencimiento de que con el escrito creado por él, o mal utilizado, o deformado, compromete a personas inocentes, estableciéndose o modificándose relaciones lesivas de su patrimonio económico o de su dignidad, o más ampliamente, torciendo derechos de ciudadanía, de familia y aun de nacionalidad. El sujeto se propone así trastornar el mundo exterior, sabiendo que sus producciones son engaños en menoscabo de intereses ajenos y que debido a estas maniobras hay quien o quienes deben pagar lo no debido, o tener un nombre distinto, o una identidad que no es la suya, o desprenderse de una posición, un bien o una garantía...”

“...Este elemento psicológico de la falsedad se verá mejor un poco más adelante...”

“...4. La conciencia del actuar nocivo (nocividad) en el peculado por apropiación consiste en reducir el patrimonio público ‘sabiendo que así afecta la prestación de un servicio o la satisfacción de una necesidad y como efecto del faltante de las cosas o de sus valores la administración pierde orden y eficacia. El empleado cercena los haberes del Estado, hace suyo los caudales, originando esta contrapartida inexorable: la cosa apropiada ya no es del Estado o del establecimiento en que esta organización política tiene parte considerable de acciones. El propósito de quitar la cosa se corresponde con la falta de esa cosa. He allí la inspiración nociva...”

“...El tercer ingrediente del dolo, la voluntad de cumplir el designio antijurídico y perjudicial no presenta en la doctrina colombiana los vacíos de los otros dos aspectos que acaban de examinarse, aunque algunos textos sí lo insinúan y aún lo tratan pero sin intensidad ni extensión. Vacíos colmados ahora con la jurisprudencia encargada de poner término a no pocas arbitrariedades en la concepción de aquella forma de culpabilidad. Máxime cuando la Corte Suprema enclava el carácter ofensivo del hecho en el tipo penal, del que hace parte indispensable. Si no ocurre la representación intelectual del perjuicio que va a ocasionar la conducta, el delito se desintegra, pierde su unidad típica, o, en otros términos, no aparece el primordial requisito subjetivo de toda infracción dolosa...”

“...El ánimo de disminuir el patrimonio público en el peculado y el de defraudar las relaciones jurídicas en la falsedad, no puede instalarse graciosamente, ni estimarse fundido en el devaneo antijurídico, ni mucho menos presumirse. Si esa conciencia dañina contribuye esencialmente a conformar el tipo, debe desecharse el falso escriturario cuando no esté comprobado que directa e inconfundiblemente se quiso crear o deformar una relación jurídica, ni se da el peculado cuando no hay constancia de que el agente se propuso llevar a su cuenta bienes del Estado precisamente para que este deje de cumplir o cumpla mal servicios obligatorios. El nuevo aporte que ha de hacerse para suplir la falta de la cosa implica la consumación del perjuicio, tanto más grande cuanto mayor sea el precio de esa cosa. Pero sin la idea plenamente concebida de que este resultado va a producirse, el sujeto no es susceptible de la atribución penal correspondiente...”

“...La conciencia definida de dañar, como condición básica del tipo, no es para la defensa un compuesto residual de la jurisprudencia, o

un acomodo en busca de fines especiales. Esa exigencia aparece concreta, sin ambigüedades que puedan inducir a otras interpretaciones. No basta que el resultado sea dañoso. Es preciso que el agente lo quiera dañoso. En el caso ya relacionado, la Corte emplea términos de inconfundible significación: ‘Aquí aparece que debe demandarse no simplemente si la señorita Juez obró exclusivamente porque interpretó mal los textos legales y pensó equivocadamente que su conducta estaba respaldada por esa errada concepción de los límites de sus facultades frente a la administración de esos dineros, sino también, y fundamentalmente, si su actuación estuvo determinada e inspirada en la plena conciencia de querer lesionar, de querer perjudicar a alguien’...”

“...La Corte excluye la posibilidad del error de derecho, forma de inculpabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 23 del Código de las penas, por que va a la raíz del proceso ideológico y explica que esa fuente no está maleada por pensamientos nocivos. También excluye el error de hecho, por la misma causa. Y la ausencia de un querer dañado y dañino obliga a desechar el dolo, así como la concurrencia de ese ánimo resulta necesaria en la estructura de la conducta culpable...”

“...Más todavía: la conciencia de la nocividad ha de ser plena, es decir, total, completa, sólida, absoluta. Cualquier duda en relación con esa plenitud en el querer dañoso, no autoriza un avance hacia el reconocimiento del dolo, sino, por el contrario, impide declarar su existencia...”

“...De no exigirse el propósito de hacer daño, con plena representación de este efecto, sería difícil distinguir el dolo de la culpa, en la cual puede concurrir la representación antijurídica y el quebranto de la ley, pero jamás el deseo de perjudicar. Si el resultado dañoso se presenta es porque han fallado los mecanismos intelectivos que ordenan la previsión y el cuidado, la diligencia y el sentido del deber, mas no porque el agente lo proyectara en su interior y mucho menos quisiera convertirlos en hechos...”

“...Del examen que antecede a estas consideraciones provocadas por la jurisprudencia de la Corte, según la cual la materialización de la conducta no es más que un aspecto del delito, debiéndose probar tanto el conocimiento del carácter antijurídico del acto como la conciencia de su nocividad, de ello se desprende llanamente que el ex Contralor Escallón no se propuso ningún quebranto de la ley ni mucho menos producir un perjuicio. No hay en el proceso

dato alguno que permita reconocer en el ejercicio de sus funciones ninguna de esas dos condiciones integrantes del dolo...".

"...Si, como lo indica la Corte, la conciencia nociva hace parte de la figura penal, es claro que ese factor debe estar probado con plenitud, como lo exige el artículo 481 del Código de Procedimiento, relacionado con el 483 de la misma obra. Sobre todo es importante el numeral 2º de la disposición últimamente citada, que impone el análisis de las pruebas sobre el cuerpo del delito y de las incriminaciones contra el procesado. Si no existen las pruebas de los dos elementos subjetivos (conciencia de la antijuridicidad y conciencia de la nocividad), falla la incriminación, o, lo que es igual, no hay como hacer la atribución punible. Y si se hizo en el vocatorio a juicio, no procede en este momento decisivo de la causa, cuando va a producirse la sentencia, que requiere 'prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella' (artículo 215 Código de Procedimiento Penal)...".

"...*Los cuatro casos de falsedad...*".

"...El señalamiento se ha hecho basándose en el numeral 4º del artículo 231 del estatuto represor, es decir porque el sindicato faltó a la verdad en la narración de los hechos...".

"...Ocurre, sin embargo, que el ex Contralor se limitó a hacer unas resoluciones de reconocimiento de gastos y de autorización para el pago, lo cual no constituye *narración* ni se refieren a varios hechos (en plural). Narrar no es simplemente decir una fecha, o citar un dato o mencionar un nombre, o dar una autorización o hacer un reconocimiento. La narración, conforme el significado latino y hoy corriente, es hacer una relación con estudio o con arte, es decir, a presentar sucesos en forma circunstanciada. Nadie narra una batalla limitándose a dar los nombres de los generales que dirigieron las tropas. Narración es fórmula de hablar o escribir detalladamente. En otros términos, la narración es un proceso y no un simple acto. Fuera de ello, los hechos deben ser plurales...".

"...Si alguien faltó a la verdad en la narración de los hechos no fue precisamente el ex Contralor Escallón, sino las personas que le informaron haber cumplido las comisiones, desplazándose desde Bogotá a los lugares previamente indicados. La falsedad del artículo 231 en su numeral 4º, es característica de ciertos funcionarios, como los jueces en las inspecciones, pero se excluye el concepto cuando se hace una atestación aislada...".

"...De otra parte, el elemento síquico del delito de falsedad en escrito debe estar asistido, como queda explicado ya, por la conciencia de causar un perjuicio y no sólo por la conciencia de afectar la fe pública. Así lo ha expresado Romero Soto en las páginas 110, 118 y 155 de su tratado sobre el delito de falsedad, edición de 1977, y así lo ha calificado la jurisprudencia en forma permanente. El mismo Romero transcribe extractos de los fallos...".

"...En las cuatro infracciones continuadas y concurrentes no se ve ni el ánimo de perjudicar la fe pública ni el de violar derechos patrimoniales, ni de cualquier otra clase. Al tratar sobre el peculado quedó expuesto cómo este elemento característico del tipo no aparece por ninguna parte...".

"...*El delito de cohecho...*"

"...Como se ve en el auto de proceder del 19 de agosto de 1976, se incrimina al ex Contralor por haber adecuado su conducta al tipo del artículo 160 del Código Penal. Consistiría el cohecho en haber efectuado una venta de la autoridad por la suma de cien mil pesos entregados por Guillermo León Sánchez Molano a José Alfonso Cárdenas Castro, para que éste los entregara a su vez a Alberto Escrucería, quien, en definitiva debía llevarse los al doctor Escallón Ordóñez. Todo para que fuera nombrado Sánchez Molano Auditor de Economías...".

"...El auto de proceder se funda exclusivamente en la atestación de Cárdenas Castro, quien se convierte así en testigo único. Pero resulta que este testigo único tiene condiciones amorales e inmorales que lo demeritan por completo, fuera de que la naturaleza de su declaración impide aceptarla de acuerdo con las reglas críticas del testimonio...".

"...En efecto, es tal el número de detalles que cita después de seis meses de haber sido exigido penalmente por la justicia, que la declaración se pierde en los mismos hechos mínimos que va refiriendo. Nadie, después de ese tiempo es capaz de citar todo lo que el testigo expresa, como no sea mediante una preparación que más tiene de vindicativo que de colaboracionista. Además, en la parte final, de declarante se convierte en denunciante, y lo que es peor, en perseguidor del ex Contralor, pues pide se investigue el supuesto enriquecimiento de este, para él inexplicable, como lo sería para cualquiera...".

"...Independientemente de lo anterior, en el mismo auto de proceder se le hacen críticas que, si bien permiten el enjuiciamiento, no alcanzan

a constituir la plena prueba para la condenación. Dice el auto que se trata de una declaración confesión espontánea, lo cual no es cierto porque fue precisada por la detención que se le dictó como sindicado por otro delito, como fue el de estafa...”

“...El auto afirma que se trata de un bigamo (página 15), que es tahúr (página 28), que ha sido procesado penalmente (misma página 28), que no dice siempre la verdad (ibídem), y que es coautor del cohecho denunciado por él. Esto, por sí solo imposibilita aceptar judicialmente el testimonio, si se ha de acoger lo dispuesto por el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal...”

“...Independientemente de lo anterior, se trata de una persona moralmente inhábil para que se le crea porque, según documentos que se acompañan a este escrito y que fueron leídos en la audiencia pública, Cárdenas Castro está detenido en Lima (Perú) bajo la sindicación de traficar con estupefacientes. Porta una cédula de ciudadanía falsa y entró a ese país con un pasaporte igualmente falso como lo acreditan los documentos públicos correspondientes...”

“...En estas condiciones el testigo único carece de credibilidad, fuera de que hay otras circunstancias menores que confirman sus intrigas, sus sentimientos hostiles al ex Contralor Escallón y su afán de enredarlo en la sindicación que le formulara...”

“...*El delito de abuso de autoridad...*”

“...Finalmente, el delito de abuso de autoridad tampoco existe por la siguiente razón:...”

“...El Procurador General de la Nación se apoyó para confirmar la multa de quinientos pesos impuesta al doctor Escallón Ordóñez en el artículo 5º del Decreto 2898 de 1953, que facultaba al Procurador para imponer esa clase de sanciones. Pero resulta que esa norma fue expresamente derogada por el artículo 30 de la Ley 25 de 1974, orgánica de la Procuraduría. El Procurador cita también esta ley para reafirmar su competencia, pero pasó por alto el artículo 30 que le quitaba la facultad sancionatoria en el caso de funcionarios como el Contralor. También se apoya la resolución de multa en el artículo 9º del Decreto 2400 de 1968, pero esta disposición no contiene ninguna facultad para sancionar, pues se limita a decir que las multas deben tener una destinación específica...”

“...Además, el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa se dirigió al Tesorero de la Contraloría para obligarlo a descontar de

la nómina los quinientos pesos de multa impuestos al doctor Escallón Ordóñez. Estos oficios son arbitrarios, implican por lo menos un abuso de autoridad de acuerdo con el artículo 170 del código, pues se fundan en el ordinal b) del artículo 94 del Decreto 1898 de 1969 para ordenar el descuento. Pero esta disposición, que hace parte de un cuerpo de normas reglamentarias del Decreto 3135 de 1968, no contiene facultad alguna para ordenar esa deducción. En efecto, dice el ordinal en que se fundan los oficios del delegado: “Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente:

“...d) A satisfacer el valor de sanciones pecuniarias impuestas al empleado oficial, con sujeción a los procedimientos que regulen esta especie de sanción disciplinaria...”

“...El ordinal citado contiene apenas una *autorización* para los pagadores y tesoreros, lo cual significa que son ellos los depositarios de esa facultad y que nadie puede obligarlos a cumplir cosas como las que quiso el delegado de la Procuraduría...”

“...En otros términos, la resolución de sanción era un acto delictivo por sí mismo y no podía exigirse su cumplimiento de ninguna manera. Consideración que basta para eliminar toda atribución punible. Por lo tanto sobran indagaciones sobre la procedencia de las órdenes, sobre el numeral 1º del artículo 25 del código, sobre el numeral 1º del artículo 23, que se refieren a la determinación delictiva, por las razones que quedan expresadas...”

“.....”

Además de esos argumentos, generales unos, especiales otros, el señor Defensor solicitó igualmente la absolución del procesado respecto de los delitos de falsedad y de peculado en el proceso por los sueldos pagados a la señora Ligia Wilches de Villalba, fundado en la consideración de que ni en el auto de proceder ni en ninguna otra etapa procesal fueron individualizadas las personas a quienes el ex Contralor Escallón determinó para que cometieran la falsedad y porque, además, los hechos fueron cometidos por éste en estado de necesidad, esto es, para salvar la vida amenazada del menor Claudio Gonzalo Villalba Wilches.

Considerando:

I. Proceso número 21586 (caso del niño Villalba), por los delitos de peculado y de falsedad en documentos públicos:

1. El cuerpo del delito de peculado.

En el auto de proceder proferido contra el ex Contralor Escallón Ordóñez, se estimó plenamente demostrada esta infracción, sustancialmente, con fundamento en la siguiente motivación:

"...I. La calidad de Contralor General de la República de que se halla investido el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, está plenamente demostrada con la copia del Decreto 028 de 18 de enero de 1971 (fl. 207, cuaderno principal), por medio del cual fue designado para el cargo en forma interina, y por el acta visible al folio 78 (cuaderno principal), en la cual consta que tomó posesión el 22 de enero del mismo año. Es verdad, como lo anota el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que no existe anotación alguna sobre ejercicio de las funciones, pero ello se deduce con inequívoca certeza no solo de las propias afirmaciones del inculpado en su indagatoria (fl. 281, cuaderno principal), sino también de las de numerosos funcionarios de la Contraloría, lo mismo que de varios documentos suscritos por el doctor Escallón Ordóñez, como Contralor o dirigidos a él..."

"...De igual modo se ha demostrado que Ligia de Villalba desempeñaba el cargo de Revisor VI de Documentos ante el Incora con la Resolución de nombramiento número 00745 de abril 9 de 1970, con el acta de posesión del empleo (fls. 62 y 63, cuaderno principal), y con la Resolución número 01248 de marzo 23 de 1972, en virtud de la cual se le otorgó el último ascenso..."

"...II. Existe en el proceso prueba plena de que la señora de Villalba abandonó el país con destino a la ciudad de Boston desde el 25 de febrero de 1973 y permaneció allí hasta el 15 de noviembre de 1974, atendiendo a los requerimientos que la precaria salud que su hijo Gonzalo demandaba. Para el efecto, véanse las declaraciones de la mencionada señora (fls. 139, cuaderno número 3, 146 y 273, cuaderno principal), de Gloria Celina Villamizar de Mariño (fl. 50, cuaderno principal), Octavio Saavedra del Castillo (fl. 440, cuaderno principal), Auditor Delegado de Colombia en las Naciones Unidas, y del propio Contralor, entre otras. Iguales elementos de convicción demuestran que durante el período de su ausencia le fueron pagados por concepto de sueldos y primas devengados como Revisor VI de Documentos, la suma de \$ 81.327.50. Así se concluye, sin duda alguna, de las nóminas en que aparece su nombre (fls. 18 a 63, cuaderno número 4), las fotocopias de

los cheques girados por la Contraloría General de la República contra la cuenta del Banco de Santander, a favor de Ligia de Villalba (fls. 48 a 68, cuaderno número 3), todo ello verificado en las inspecciones judiciales realizadas en Contranal (fls. 16 y 25, cuaderno principal) y en las oficinas del Banco de Santander (fl. 67, cuaderno principal), lo mismo que de la declaración de la propia señora y de otras más que no es del caso enunciar..."

"...III. Hay plena prueba en el proceso de que reiteradamente se hizo aparecer en las nóminas de la Contraloría, durante el largo período de su ausencia, a la señora de Villalba, como si estuviera prestando sus servicios en forma reglamentaria en la Auditoría ante el Incora, de que se certificó, por varios funcionarios, esa circunstancia que no correspondía a la verdad, y de que terceras personas firmaron las nóminas en lugar suyo, o suplantaron su firma, como se concluye de la simple revisión de las fotocopias de las nóminas visibles a folios 1 a 47 del cuaderno número 3, y 18 a 63, cuaderno número 4..."

"...IV. Finalmente, se debe advertir que por parte alguna aparece prueba documental indubitada, expedida con las formalidades legales, tendiente a demostrar que a la señora de Villalba se le otorgó comisión para prestar sus servicios en la Auditoría Externa de Colombia ante la ONU..."

En la misma providencia se dio valor de plena prueba al escrito de 21 de febrero de 1973, suscrito por la señora Wilches de Villalba, enfatizándose la circunstancia de que nada se dice en él acerca de la supuesta comisión de ésta al exterior, "ni se menciona siquiera la posibilidad de prestar ocasionales servicios en la Auditoría ante la ONU".

Tal documento, que es preciso transcribir de nuevo, por el valor que le ha sido concedido, dice lo siguiente:

"...A quien interese..."

"...Por medio de la presente, me permito autorizar a la señora Gloria Villamizar de Mariño, con cédula de ciudadanía número 20047198 de Bogotá, para que firme y retire los cheques girados a mi nombre, los cuales corresponden a mis sueldos como Revisora de Documentos VI de la Contraloría ante Incora, a partir de la 2ª quincena del presente año, y de ahí en adelante, en forma indefinida, hasta que las circunstancias especiales que me rodean actualmente se hayan modificado y me permitan hacerlo personalmente. *Estas circunstancias son del todo conocidas*

por las Directivas de la Contraloría, las cuales, con base en este conocimiento sobre tan dolorosos hechos que me rodean, acordaron en reunión de solidaridad y apoyo, para con mi pequeño hijo incapacitado, que yo pudiese seguir devengando mi sueldo como empleada, estando simultáneamente ocupada en cuidar de mi hijo gravemente enfermo en los Estados Unidos de Norteamérica. Las personas que asistieron a la citada reunión fueron las siguientes: Doctor Julio Enrique Escallón, Contralor General de la República; doctor Pedro José Díaz Garavito, Asistente del Contralor; doctor Héctor Name Terán, Secretario General; doctor Josué Gómez, Jefe de Personal; doctor Tomás Vásquez Vélez, Auditor de la Contraloría y la interesada. (Subraya la Sala)...”.

En la misma providencia se concluyó, por el contrario, que la versión suministrada por el procesado en indagatoria, relacionada con la comisión a la señora de Villalba, “no reviste los caracteres de verosimilitud y espontaneidad que exige el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal para que pueda tomarse como indestructible expresión procesal de la verdad”.

Para rechazar las explicaciones del procesado, dijo, en esa oportunidad, la Corte:

“...ni el oficio del doctor Escallón, ni las constancias del Auditor ante la ONU indican en su contenido claramente que la empleada hubiera sido comisionada para trabajar en Nueva York, sino que en brumosas expresiones refieren que ella viaja a esa ciudad para atender a su niño enfermo, y subsidiariamente para prestar colaboración a la Auditoría, la una; y las otras, que sirvió temporalmente allí, sin que se exprese si cumplió las funciones de empleada, si tenía el régimen legal o reglamentario establecido para el cargo, etc...”.

“.....”

“...no se encontró ningún oficio que enviara el señor Contralor de la República al señor Auditor de las Naciones Unidas en Nueva York, doctor Carlos Saavedra del Castillo. Se revisó minuciosamente los legajadores hasta el 5 de marzo y no se halló ningún oficio que fuera enviado por el señor Contralor al señor Auditor de las Naciones Unidas en Nueva York. En el legajador en donde aparece la correspondencia despachada no aparece tampoco ninguna remisión para el Auditor ante las Naciones Unidas en Nueva York. (Las subrayas no son del texto)...”.

“.....”

“...en la carpeta que contiene la hoja de vida de Ligia de Villalba, los oficios relacionados con su hipotética, comisión para trabajar en los Estados Unidos solo aparecen incorporados con posterioridad al 31 de enero de este año, (1975), cuando ya se había expedido certificación sobre inexistencia de comisión alguna...”.

“.....”

“...ninguna respuesta obtuvo la solicitud de Gloria de Mariño dirigida al Jefe de Personal el 13 de junio de 1973, para que se le enviara al Auditor ante Incora ‘copia de la resolución o certificación’ en virtud de la cual se otorgó permiso o comisión a la señora de Villalba...”.

“.....”

“...Cuando el Procurador Agrario formuló cargos al señor Contralor relativos al asunto del viaje al exterior de la señora de Villalba, éste, por medio de oficio de febrero 15 de 1975 (fl. 210, cuaderno principal), para justificar su conducta expuso diversas razones, pero no mencionó siquiera que en ejercicio de sus facultades había otorgado una comisión a la dama mencionada para trabajar en la Auditoría ante la ONU...”.

“...Según puede verse en documentos y declaraciones que ya se registraron en esta providencia, la decisión de autorizar el viaje a la señora de Villalba a los Estados Unidos se funda casi exclusivamente en el propósito de ayudarle a superar las dificultades originadas en la enfermedad de su hijo, y sólo marginal y tangencialmente se habló de aprovechar ese viaje para que prestara sus servicios en trabajos mecanográficos en español en la Auditoría Externa ante la ONU...”.

Como síntesis de éstas y de las demás consideraciones expuestas en la providencia, manifestó la Corte, en conclusión:

“...Del análisis que se ha vertido en relación con las pruebas, se deduce que la señora Ligia Wilches de Villalba, viajó a los Estados Unidos y permaneció allí con el exclusivo fin de velar por la salud de su hijo, mediante una generosa concesión del señor Contralor, que le permitió no sólo continuar figurando en las nóminas de la Contraloría durante todo el tiempo de su ausencia, sino también percibir el sueldo y las primas correspondientes, como si hubiera prestado sus servicios reglamentariamente. No hubo,

ni siquiera irregularmente conferida por el aspecto formal, comisión alguna para que la señora mencionada prestara sus servicios en la Auditoría Externa ante la ONU...”.

“...La señora de Villalba no prestó servicios en la Auditoría Externa ante la ONU. Contra todo lo que se ha dicho en este proceso, es evidente que la señora de Villalba durante su permanencia en los Estados Unidos, no sólo por no haber sido comisionada para desempeñar alguna función oficial, sino porque su estado anímico no se lo permitía, y porque, además, carecía de tiempo para hacerlo, no estuvo trabajando en la Auditoría ante la ONU. Ya se vio en el curso de esta providencia cómo es la misma dama quien en su solicitud al Contralor se refiere solamente a la necesidad de salvar la vida de su hijo. Y en su primera declaración relata simplemente sus gestiones para el mismo fin. En la segunda, afirma que durante los primeros meses de la enfermedad de su hijo en los Estados Unidos no pudo hacer nada. Y en la última, aunque dice que sí trabajó, relata circunstancias modales que ponen en duda esa labor. Si vivía en Boston, ciudad muy distante de Nueva York, y si además, su pequeño debía permanecer en la primera de las ciudades mencionadas sometido a intensivos cuidados, resulta prácticamente imposible que pudiera desplazarse hasta Nueva York tres días a la semana, abandonar a su hijo, y pagar, en muchos casos, diez dólares por el transporte en tren en cada viaje, cuando devengaba un poco más de tres mil pesos, y no contaba con primas, viáticos, gastos de representación ni ingresos adicionales alguno. Con toda razón Israel Bolívar Zapata (fl. 37, cuaderno principal), Alvaro Elías Reyes Pardo (fl. 46 cuaderno principal) y Tomás Vásquez (fl. 43, cuaderno principal), altos empleados de la Contraloría, sólo se enteraron de que la señora Villalba había trabajado en la Auditoría ante la ONU y había sido comisionada para ello por el Contralor en el mes de marzo de este año, cuando ya se había iniciado la investigación penal. Y con anterioridad a este año, ninguno de los funcionarios de esa entidad, según puede deducirse de la simple lectura de todas las declaraciones aducidas al proceso tenía conocimiento de ese hecho...”.

2. El cuerpo del delito de falsedad en documentos,

También se declaró plenamente demostrado el cuerpo del delito de falsedad en documentos, precisándose que fue cometido por orden expresa del Contralor y no como resultado de una ge-

nérica autorización concedida por éste a sus subalternos.

“...Dijo la Corte:

“...no se trató simplemente de una autorización según lo advierte el Contralor, sino de una orden, pues así lo relatan los Auditores que visaron esas nóminas, aunque tal orden no exime de responsabilidad a quienes la cumplieron. Israel Bolívar Zapata (fl. 37, cuaderno principal) sostiene que *‘todo se hizo mediante la orden que dio el Contralor mediante una manera verbal’*, Alvaro Elías Reyes (fl. 46, cuaderno principal), afirma que *‘...debo manifestar que según me informaron el caso concreto de la señora Villalba era orden del señor Contralor General impartida al Auditor de ese entonces señor Noel Olano...’*. En sus descargos (fl. 158, cuaderno principal) sostiene también que *‘había autorización verbal para que se certificaran las nóminas’*, otorgada por el Contralor, y que *‘los auditores no hicieron cosa distinta a cumplir con el deber de obedecer al superior’*. Igualmente, Rafael Iregui Borda (fl. 186, cuaderno principal), en el oficio de descargos ante el Procurador Agrario, explica que *‘había orden de certificar las nóminas y que ‘las órdenes de los superiores no se controvierten en cualquiera de los niveles’, y que ‘por tal motivo firmé y certifiqué en tales documentos haciendo figurar a la señora Ligia Wilches de Villalba, como laborando en esta Auditoría, cuando en realidad se encontraba fuera del país...’*. Noel Olano Rojas (fl. 10 cuaderno número 4) expresó sobre este mismo particular que *‘...realmente no existe la disposición que permita remunerar a un funcionario que no está prestando sus servicios a excepción de las vacaciones o de enfermedad; sin embargo en este caso en que el Auditor cumple las órdenes emanadas de las Directivas...’* (Las subrayas no son del texto)...”.

“...Significa lo expuesto que el señor Contralor General de la República no sólo tenía conocimiento de lo que sucedía con las nóminas de la señora de Villalba y del sueldo que se le pagaba sin prestar sus servicios, sino que dispuso u ordenó a sus subalternos que procedieran en esa forma, vale decir, que certificaran inexactamente que la empleada ausente sí había prestado sus servicios a la Contraloría, para que se ordenara el pago del sueldo, etc...”.

3. Las pruebas practicadas durante la etapa probatoria del juicio:

De las pruebas practicadas en relación con este proceso, se tiene que las declaraciones de

Luis Enrique Plata Sánchez y de Ciro A. Villamizar Trigos, se limitaron a reconocer como suyos los escritos de fechas 17 de octubre de 1975 y de 15 de febrero de 1973, respectivamente, que ya figuraban en el sumario y las de José Cepero Samper, de Enrique Villarreal Sarasty y del padre del menor, a reafirmar los hechos conforme a los cuales aparece demostrado que la señora Ligia Wilches de Villalba viajó a la ciudad de Boston y permaneció allí largo tiempo atendiendo a su menor hijo, mientras, simultáneamente, como consta de otras pruebas, se la hacía figurar trabajando como Revisora VI de Documentos en la Auditoría ante el Incora, en Colombia; que mediante numerosas resoluciones, algunas de las cuales fueron traídas al proceso, el ex Contralor Escallón dispuso comisiones a funcionarios de la Contraloría, todas ellas, sin embargo, ordenadas para ser cumplidas dentro del territorio de la República, que la comunicación dirigida por el Contralor General de la República doctor Escallón al Auditor Delegado de Colombia ante las Naciones Unidas doctor Octavio Saavedra del Castillo (fl. 455, cuaderno primero del expediente), de fecha 23 de febrero de 1973 y la nota de éste último enviada al doctor Escallón firmada en Nueva York, el 19 de noviembre de 1974 (fl. 346, cuaderno primero) en relación con los servicios de la señora Ligia de Villalba, fueron “escritas en una misma máquina”; que fueron extraordinariamente altos los gastos de la familia Villalba Wilches en los Estados Unidos, pues una sola de las cuentas de cobro del Massachusetts General Hospital de Boston, por gastos de hospitalización del menor Gonzalo Villalba Wilches, ascendió a la suma de US\$ 12.682.65; y que “los pagos hechos a la señora Ligia Wilches de Villalba... por concepto de sueldos” (\$ 80.546,19) no pueden considerarse como “perjuicios ocasionados a la Nación por el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez”.

No se produjo durante la etapa probatoria del juicio, en consecuencia, prueba o diligencia alguna a virtud de cuya práctica pudieran ser considerados debilitados o infirmados los cargos hechos al procesado en el auto de proceder.

4. Las tesis expuestas por la Defensa durante el desarrollo de los debates orales de la Audiencia Pública:

a) No puede atribuirse al procesado la condición de “determinador” de la comisión del delito de falsedad en las nóminas para el pago de los sueldos a la señora Wilches de Villalba, porque no se ha establecido procesalmente quién o quié-

nes fueron las personas a quienes hizo cometer la infracción:

“...El auto de proceder califica la conducta del ex Contralor Escallón, por haberse adecuado al inciso 2º del artículo 19 del Código Penal, es decir, por haber *determinado* a otras personas a cometer los delitos continuados de falsedad, consistentes en haber elaborado las nóminas para el pago del sueldo de la señora Wilches en el Incora, sin que hubiera trabajado durante un tiempo largo, pues se encontraba atendiendo a la salud de su hijo en los Estados Unidos de Norteamérica. La calidad de determinador aparece en el vocatorio no solo por la cita de la disposición legal sino por el empleo preciso del término que esta disposición contiene, es decir, haber determinado la falsedad de otros...”.

“...Pero ocurre que esas otras personas no son conocidas en el proceso, ni se mencionan en el auto de proceder, debiendo hacerlo porque la determinación delictiva necesariamente implica la concurrencia de dos clases de sujetos: la del determinante y la del determinado. En este caso existe solo la nominación del primero y en manera alguna la de aquéllos sobre los cuales recayó el impulso criminoso, o a quienes se sojuzgó en su voluntad para que se convirtieran en autores...”.

“...La idea de que determinador y determinado deben ser tomadas en cuenta con el fin de saber cual fue la forma de la instigación (mandato, orden, sociedad, o cualquiera otra) y con el fin de establecer las precisiones exigidas por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal ha sido explicada por la doctrina universal. Todos los expositores que se consulten coinciden en estas apreciaciones...”.

“...La ley colombiana, al instituir los distintos grados de la codelincuencia, habla de autores (coautores), partícipes necesarios y partícipes contingentes, aislando nítidamente la calidad del determinador en el inciso 2º del artículo 19. Esta norma copiada textualmente del artículo 63 del Código Italiano de Zanardelli, (inciso 2º, artículo 63: ‘A la misma pena incurrirá el que ha determinado a otro a cometer el delito’), disposición acogida también y en tiempo anterior por el artículo 45 del estatuto argentino, distingue al determinador del que toma parte en la ejecución del hecho (verdadero autor) y también del que presta a este un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse (complicidad necesaria). El artículo 20 se refiere a la colaboración no necesaria. Figuras que pueden refundirse con la del determinador, quizá la

más exigente de todas. La separación de agentes se mantiene así en el artículo 25 del proyecto de ley número 12 de 1978, presentado por el gobierno el 3 de agosto de 1978:...

"... 'El que realice el hecho punible o *determine* a otro a realizarlo, incurrirá en la pena establecida para la infracción', norma que viene del artículo 28 del Proyecto de 1974..."

"... Quien determina a otro para que cometa un delito no es *autor*, aunque se le agregue el adjetivo de 'intelectual'. De la misma manera no es coautor, a pesar de concurrir otro u otros sujetos en la actividad criminosa. Tampoco es cómplice necesario ni contingente. Es simplemente eso: *determinador*, título que en otras legislaciones se conoce como '*inducción necesaria*'. Sin embargo, los estudiosos del derecho penal en Colombia, tanto como la jurisprudencia, no han fijado las distancias ni valorado las diferencias entre estas clases de agentes culpables. Hemos cultivado la idea de que el inciso 2º del artículo 19 habla de *autor intelectual*, lo que es ostensiblemente inexacto..."

"....."

"... En primer lugar, debe repetirse que el artículo 19 no habla de autores intelectuales sino de una categoría incluida en el concepto de coparticipación, como es la de los determinadores. En segundo lugar, si *bien es correcto decir que el determinado puede estar en un grupo, o hacer parte de él, no lo es aceptar la ninguna importancia de que exista o no esa persona concreta*. Esa proposición es errónea. Tanto el determinante como el determinado deben existir y actuar, deben ser personas concretas, aunque hagan parte de un número plural, o aunque no se les haya descubierto, o, aunque descubiertos, se les beneficie excluyéndolos del juicio o de la condena..."

"... En otra forma se arruinaría la coparticipación que impone una indispensable dependencia del autor respecto de quien lo determina..."

"... En conclusión, solo es autor el que realiza la figura punible. Ni el instigador o incitador, según el artículo 209 del Código colombiano, ni el determinador son autores. Son coparticipes. Confundirlos es un agravio al texto claro de la ley. Ahora bien, la acción de determinar, del latín '*determinare*', indica el señalamiento de los términos a que se acoge una persona para mover la voluntad ajena, revestida de superioridad

suficiente o de poder para realizar una cosa, partiendo de la nada o de algo que ya existe..."

"... La atribución hecha en el auto de proceder contraría formalmente el numeral 3º del artículo 483 del estatuto procesal, que obliga a la calificación genérica del hecho 'con las circunstancias conocidas que lo especifiquen'. En el caso de autos, estas circunstancias especificadoras de la coparticipación no aparecen claras porque falta el segundo término de la relación jurídica, es decir, el reconocimiento de los sujetos determinados. Se conoce la persona determinadora pero, debiendo haberse esclarecido las otras, no se hizo. El cargo es incompleto y en esas condiciones no puede sustentar una sentencia condenatoria..."

b) El procesado, de otra parte, cometió los hechos que le imputan en "estado de necesidad", para salvar la vida al menor Villalba Wilches:

"... el ex Contralor actuó obligado para salvar al niño Gonzalo Villalba de un peligro grave e inminente, que no podía ser evitado de otra manera, que no había causado por obra propia ni lo debía afrontar por obligación profesional..."

"... Se reúnen todas las exigencias de la justificante y de manera especial la inevitabilidad del peligro, que la Corte reconoció en el caso de Luz Dary Duarte Lozano, en fallo de casación fechado el 20 de noviembre de 1972. La procesada había cometido varias falsedades al emitir cheques que ella misma cobraba para atender a la salud de su madre, quien se encontraba en inminente peligro de muerte, defraudando además el patrimonio de la Caja de Crédito Agrario en Cali, entidad de derecho público en la cual prestaba sus servicios. La Corte trazó un derrotero muy amplio al reconocer el estado de necesidad, es decir, al juzgar la conducta de la procesada como acorde con el derecho. En otros términos, por no encontrar en esa conducta ninguna forma de antijuridicidad. Igualmente sentó el principio de que la inevitabilidad del peligro debe considerarse relativamente, pues depende 'tanto de las circunstancias de hecho, como de la opinión no culpable de agente. El Juez no puede exigir que quien obra ante la existencia de un peligro grave e inminente observe aquella prudencia, realice aquellos cálculos y siga aquella lógica que se pueden pretender de quien obra en condiciones normales'. En consecuencia, absolvió a la procesada de los cargos de falsedad y estafa que se le habían formulado en el auto de proceder y por los cuales había sido condenada por

el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali...”.

“...Confirma la gravedad del estado en que se encontraba el niño Gonzalo Villalba y la urgencia de prolongar la permanencia de su madre en los Estados Unidos, el Decreto número 913 de 1976, 11 de mayo, mediante el cual el presidente López Michelsen y los Ministros de Relaciones Exteriores y Hacienda crearon un cargo para la señora Ligia Wilches en el Consulado de Colombia en Boston y lo proveyeron con asignación de 605 dólares mensuales, cargo que aún ocupa la favorecida con el nombramiento...”.

“...La jurisprudencia de la Corte también ha definido un caso semejante al que ahora se juzga, en auto del 11 de diciembre de 1972, proferido con las firmas de los ocho magistrados integrantes de la Sala Penal. En esa providencia se aplicó el artículo 163 del Código de Procedimiento en favor de Pedro Olarte Restrepo y Alvaro Forero, quienes habían dispuesto de casi ocho mil dólares para atender los gastos del tratamiento a que hubo de someterse en Estados Unidos el doctor Alfonso López Michelsen, a la sazón, Canciller de Colombia y representante del gobierno en una reunión ordinaria de las Naciones Unidas. Acorde con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la Corte declaró que los funcionarios acusados habían salvado el honor del país y por eso dispuso que cesara el procedimiento contra ellos, pues habían actuado en ejercicio de la justificante por estado de necesidad...”.

“...También es ilustrativo el sistema establecido legalmente en las Fuerzas Militares, que frecuentemente otorgan comisiones para que sus integrantes se trasladen al exterior y así puedan atender a la salud de sus hijos y otros allegados. Una de las últimas comisiones, consta en el Decreto 818 del 16 de abril de 1979, en el cual se prorroga la comisión de un sargento ‘con el fin de que continúe atendiendo el tratamiento médico de su hija Martha en el Children Hospital de dicha ciudad’ (*Diario Oficial*, del martes ocho de mayo de 1979, número 35257)...”.

5 Posición de la Corte frente a las tesis de la Defensa:

a) El determinador.

La tesis tradicional de la Corte, en materia de la responsabilidad penal de los coautores y de los copartícipes, cualquiera que sea la intervención de éstos, ha sido la de analizar cada comportamiento individualmente considerado para establecer el grado y el modo de la relación causal entre el hecho y cada uno de los coautores y

de los copartícipes sin sujetar el señalamiento, la imputación, el juzgamiento y la absolución o condena de alguno o algunos de ellos, a la condición de que aparezcan igualmente individualizados e identificados los demás.

En tratándose de instigadores o incitadores, como el propio defensor lo advirtió durante el desarrollo de los debates orales de la Audiencia, la doctrina y la jurisprudencia han venido sosteniendo, hace treinta (30) o más años, que ni el conocimiento ni la identidad de los ejecutores materiales del delito es condición necesaria para fijar la responsabilidad de los autores intelectuales, incitadores o instigadores, si no cabe duda, de otra parte, de que el hecho se cometió por la actividad intelectual de éstos:

“...En cuanto a que no fueron identificados los autores materiales del incendio y del daño en cosa mueble, no es elemento necesario para la responsabilidad de los autores intelectuales o instigadores del hecho punible, pues, habiéndose ejecutado tal hecho precisamente por esa actividad intelectual, no importa que el instigado o incitado a cometerlo deba ser persona concreta y determinada...”.

“...Sobre el particular ha dicho la Corte...”

“...No es necesario que el instigado o incitado a cometer el delito deba ser persona concreta y determinada pues para definir estos puntos es menester no olvidar los principios sobre el dolo y acción criminosa, que son los únicos que ofrecen las soluciones convenientes. Y ellos hacen deducir que la persona del autor material puede figurar entre una de muchas que seguramente están atendiendo el consejo criminal...”.

“...La persona del autor material dice Soler, bastaría que estuviese comprendida dentro del dolo eventual del instigador, no siendo preciso, en este sentido, que la instigación esté dirigida directamente a una persona determinada; lo importante es que esté dirigida directamente al hecho y que hacia él quiera determinarse a alguien que a lo menos colectivamente esté en la representación (Derecho Penal Argentino, Sebastián Soler, tomo V, página 294)...” (*Gaceta Judicial*, tomo LXVIII, números 2087 y 2088, página 797).

El defensor del procesado, de otra parte, ha estimado correctamente resuelto por tales doctrina y jurisprudencia el problema procesal de la existencia de pluralidad de copartícipes cuando sólo son conocidos uno o varios y se ignora la identidad de los otros y cuando habiendo sido todos conocidos e identificados, uno o varios son condenados y los demás absueltos:

“...en lo referente a la coautoría por coparticipación intelectual, es preciso repetir que se presentan dos formas: la instigación específica per se, de que trata el artículo 209, y la genérica a que se refiere el inciso 2º del artículo 19. En la primera ‘no es necesario que la acción material se realice, pues puede consistir en una instigación sin éxito; en el segundo es necesario que la acción material se realice siquiera con el principio de ejecución material, para que el hecho sea punible (artículos 15 a 17), y que la acción intelectual del uno sea determinante de la acción material del ejecutor, esto es (artículo 19), que sin la influencia del instigador no se hubiera realizado su ilícito’...”

“...Ahora bien, procesalmente el concurso puede dar origen a dos situaciones que conviene esclarecer, para determinar la responsabilidad de cada uno, ya que si uno de ellos es absuelto, el otro o los otros no se favorecen con aquella medida:...”

“...a) Que el proceso haya señalado como partícipes, por conocidos, a una o más personas, y que a los restantes no se les haya juzgado por ignorarse su identidad...”;

“...b) Que habiendo juzgado a todos los partícipes, uno o varios de estos hayan sido absueltos y otros no...”.

“...La jurisprudencia ha resuelto correctamente ambos casos. Sobre el primero, dijo la Procuraduría: En el evento de que otras personas hubieran participado en el delito, sin haber logrado descubrirlas, eso sólo querría decir, que hubo impunidad para ellas; pero en manera alguna, que al procesado se le condenó arbitrariamente, máxime cuando la responsabilidad en el campo de la justicia represiva es individual y divisible, y cada copartícipe responde independientemente de su propia obra criminosa, sin ser comunicable a los demás. La coparticipación en el delito es real y no personal; accede al hecho punible y no a la culpa del autor o autores. Por eso, la ignorancia acerca de uno o varios de los responsables, jamás puede paralizar el ejercicio de la acción penal respecto del sindicado descubierto en el curso de la investigación...”.

“...Sobre el segundo, la Corte dijo que el hecho de condenar a uno de los procesados y absolver a otros es una contradicción solo aparente, pero no esencial, del veredicto ‘porque la responsabilidad penal es, en principio, individual e intrasmisible o incommunicable, vale decir, que cada cual responde de lo que hace y no de lo que los demás ejecutan, y porque la complicidad o concurso es una circunstancia accesoría y no

principal para que el delito se configure’...”.

“...La reunión de voluntades —concluyó la Corte— no es de la esencia del delito, ‘salvo que se trate de un hecho ilícito en que la pluralidad de delinquentes sea necesaria para que se configure, como ocurre en la asociación para delinquir...’ (Derecho Penal, tomo II, páginas 42 a 43, Edit. Temis, 1967).

La anterior jurisprudencia, que la Corte reitera, resulta ajustada a la situación contemplada en este proceso, pues la Sala precisó en el auto de proceder que la determinación e identidad de los simples ejecutores materiales no era indispensable para la imputación del delito al ex-Contralor y declaró explícitamente que aparecía demostrado que habían sido empleados subalternos, cumpliendo órdenes del personal directivo de la Contraloría y del Contralor Escallón, quienes habían procedido a la ejecución del hecho:

“...No corresponde a la Sala en esta oportunidad el análisis jurídico acerca de quienes fueron los autores de la falsedad ideológica anotada, ni la determinación de su responsabilidad penal. Lo que importa es el conocimiento de que tales documentos fueron falsificados ideológicamente, y que la alteración de la verdad realizada con conciencia de la antijuridicidad del comportamiento, era apta para lesionar intereses patrimoniales del Estado, aparte del quebrantamiento de la fe pública inherente a ese tipo de infracciones...”.

“.....”

“...Tal como ya se demostró, el sindicado, en reunión celebrada con sus inmediatos colaboradores a mediados del mes de febrero de 1973, resolvió ayudar a la señora Ligia de Villalba en el sentido de autorizar su viaje a los Estados Unidos para que allí permaneciera indefinidamente dedicada a velar por la salud de su hijo Gonzalo, y para que continuara figurando en las nóminas del personal que prestaba sus servicios en la Auditoría ante el Incora en Bogotá, y por consiguiente, devengando sueldos y primas a los cuales no tenía derecho. En esta forma se decidió falsificar ideológicamente esos documentos (las nóminas) tal como se deduce con toda claridad de las afirmaciones del Contralor en su declaración indagatoria; y por tratarse del personal directivo de la Contraloría, y concretamente del Contralor, que constitucional y legalmente tiene el poder de dirección de la Entidad y el de nombrar y remover libremente sus empleados, se determinó a algunos de éstos a cometer la infracción que tipifica el artículo 231 del Código Penal, ordinal 4º. En tal virtud, la responsabi-

lidad del doctor Escallón Ordóñez se deduce de las normas legales mencionadas, y de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 19 del Estatuto Penal...".

Y más concretamente:

"... Ya se dijo cómo en las nóminas que figuran del folio 1 al 47 del cuaderno número 3, varios Auditores y otros funcionarios certificaron que la señora de Villalba, aunque por esa época se hallaba en los Estados Unidos, prestó sus servicios en Bogotá, en la Auditoría General ante el Incora, como Revisor de Documentos VI, y ordenaron el pago de sus sueldos y las primas correspondientes. Con relación a este hecho, el doctor Escallón Ordóñez sostiene en su indagatoria que 'el Contralor produce el acto administrativo de la comisión y de allí en adelante todos los trámites de elaboración de nóminas, de certificaciones sobre el cumplimiento de los empleados en su trabajo y de más aspectos relacionados con pagos, no tiene ninguna intervención, por cuanto el Contralor no es funcionario ordenador'. Pero más adelante es explícito, y para contestar a una pregunta afirma rotundamente: *'En primer lugar debo adicionar que la comisión conferida por oficio a la señora de Villalba era transitoria y no implicaba cambio de nómina'*, (fl. 281, cuaderno principal), lo que indica con toda claridad que el doctor Escallón Ordóñez, desde el momento en que autorizó a la mencionada señora para viajar al exterior, sabía y había autorizado también que figurara en la nómina ordinaria, y para que se le continuara pagando su sueldo normal...".

"... Pero no se trató simplemente de una autorización según lo advierte el Contralor, sino de una orden, pues así lo relatan los Auditores que visaron esas nóminas, aunque tal orden no exime de responsabilidad a quienes la cumplieron. Israel Bolívar Zapata (fl. 37, cuaderno principal) sostiene que *'todo se hizo mediante la orden que dio el Contralor mediante una manera verbal'*. Alvaro Elías Reyes (fl. 46, cuaderno principal), afirma que *'debo manifestar que según me informaron el caso concreto de la señora Villalba, era orden del señor Contralor General impartida al Auditor de ese entonces señor Noel Olano'*. En sus descargos (fl. 158, cuaderno principal) sostiene también que *'había autorización verbal para que se certificaran las nóminas'*, otorgada por el Contralor, y que los Auditores no hicieron cosa distinta a cumplir con el deber de obedecer al superior. Igualmente, Rafael Iregui Borda (fl. 186, cuaderno principal), en el oficio de descargos ante el Procurador Agrario,

explica que había orden de certificar las nóminas y que *'las órdenes de los superiores no se controvierten en cualquiera de los niveles'*, y que *'por tal motivo firmé y certifiqué en tales documentos haciendo figurar a la señora Ligia Wilches de Villalba, como laborando en esta Auditoría, cuando en realidad se encontraba fuera del país'*. Noel Olano Rojas (fl. 10, cuaderno número 4) expresó sobre este mismo particular que *'realmente no existe la disposición que permita remunerar a un funcionario que no está prestando sus servicios a excepción de las vacaciones o de enfermedad'*; sin embargo en este caso en que el Auditor cumple las órdenes emanadas de las Directivas...".

En conclusión, no comparte la Corte la tesis de la Defensa conforme a la cual la falta de identificación de las autores materiales del delito hace "incompleto" el cargo formulado al procesado Escallón Ordóñez, en el auto de proceder, ni su consecuencia, según la cual, la acusación "en esas condiciones, no puede sustentar una sentencia condenatoria";

b) El Estado de necesidad: puede prolongarse, sin dejar de serlo, por un lapso tan extenso que no tiene término.

Ha venido analizando la Corte las razones que le asistieron para llamar a responder en juicio criminal al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su condición de Contralor General de la República, como presunto responsable de los delitos de peculado y falsedad, y ya se ha visto como los requisitos de ley para proceder como lo hizo se encuentran satisfechos con amplitud suficiente en las comprobaciones sumarias.

Corresponde ahora, cumplida la etapa del juicio y después de haber oído con la debida atención las voces del Ministerio Público y de la defensa del acusado, examinar si su conducta aparece justificada en la forma que sólo en el momento de la calificación del sumario lo insinúa la defensa y lo propone luego en la vista pública. Esto es, que el procesado ejecutó el hecho en estado de necesidad, movido a ello, de manera irresistible, para salvar la vida del menor Villalba Wilches, para entonces gravemente amenazada, por modo que de no haber sido por el acto estimado delictuoso, el niño habría muerto o padecido quebrantos de salud de carácter irreparable.

Ya se hizo la historia del trágico episodio del que ha sido víctima el niño Gonzalo Villalba Wilches, que obligó su traslado a los Estados Unidos de Norteamérica, para someterlo a tratamien-

to médico quirúrgico después que los facultativos colombianos hicieron de conocimiento de la familia Villalba Wilches la incapacidad en que se encontraban de asistirlo con éxito, es decir, sin peligro para su vida, atendidos los precarios recursos de que disponían y las avanzadas técnicas científicas necesarias para conjurar la emergencia. Sobre el particular es elocuente la prueba documental que ofrece a la consideración del juzgador el expediente.

Sino que también el caso suscitó la conmovida solidaridad de los compañeros de trabajo de la señora Ligia de Villalba, y el 14 de febrero de 1973, acuden solícitos a la convocación que les formulan los miembros del consejo de Administración de la Cooperativa de empleados de la Contraloría y sufragán los gastos de viaje y, hasta donde les es posible, "de hospitalización en Boston, Estados Unidos, donde los médicos ofrecen gratuitamente sus servicios", y en esta forma impiden que se pierda la oportunidad de salvar la vida del pequeño enfermo. Este sentimiento, compartido, desde luego, por el personal directivo de la Contraloría y por los amigos de la familia de la víctima, conmovió a la sociedad colombiana y al pueblo de los Estados Unidos en cuyos hospitales se atendía encarecidamente la salud del niño.

En estas circunstancias acude al Contralor Julio Enrique Escallón Ordóñez la señora Ligia Wilches de Villalba y le narra el viacrucis que han padecido, en conjunto, su familia y su hijo, sometido a repetidas y muy delicadas operaciones quirúrgicas, y le informa cómo, de acuerdo con el concepto de facultativos especializados, serían necesarias sucesivas intervenciones de la misma naturaleza para salvar al menor, gravemente afectado con problemas de esófago, estómago, epiglotis y tráquea, todo como consecuencia de haber ingerido seis meses atrás, equivocadamente, ácido sulfúrico.

El Contralor no se muestra impasible al problema que angustia a la familia Villalba Wilches, pero advierte a doña Ligia que él sólo no puede conjurar la crítica situación, y congrega en su despacho al personal más calificado de su dependencia y estudia con él la posibilidad de acudir en auxilio de la apremiante necesidad que tiene doña Ligia de asistir personalmente a su hijo, y luego de escoger la única posible entre varias soluciones, autoriza su traslado a los Estados Unidos, en comisión transitoria, "que no requería cambio de nómina" dice el Contralor en su indagatoria y que le permitiría seguir cobrando el sueldo asignado a sus funciones como si estu-

viera desempeñándolas en Bogotá, así estuviere aparentemente cumpliéndolas en Boston, ante la Auditoría de las Naciones Unidas cuya sede es Nueva York, puesto que no se trataba ciertamente de que doña Ligia realizara en la ciudad de su destino transitorio los deberes de su encargo, sino que pudiera atender los imperativos, no discutibles, de su condición de madre, indispensables para conseguir la estabilidad emocional del pequeño enfermo, ya de suyo comprometida en grado extremo.

Por ello el consulado de Colombia en Nueva York y el auditor colombiano de las dependencias de la Contraloría ante las Naciones Unidas y otros funcionarios colombianos, igualmente dependientes del alto Organismo; todos se confabularon para ayudar a la madre atribulada, y contra lo que era posible esperar de la eficacia del trabajo de doña Ligia en las difíciles y aún no superadas circunstancias por las que atravesaba, declaran ante el funcionario comisionado por el Magistrado Sustanciador para realizar inspección judicial en estas averiguaciones, haber encontrado copioso legajo mecanográfico en español de labores ejecutadas por aquélla, y bajo la gravedad del juramento declaran unánimes que doña Ligia, a pesar de la crisis que padecía, siempre fue cumplida en los trabajos que se le encomendaron —pocos de veras— pero no tan escasos que no alcanzaran a justificar el sueldo en pesos que recibía en Colombia, equivalente a cien dólares americanos, estipendio no conocido en los Estados Unidos ni en proporción tan exigua devengado por ningún empleado colombiano al servicio de funciones diplomáticas o consulares en ese país.

Mientras tanto el niño Gonzalo Villalba Wilches era sometido a numerosas operaciones y la comisión de doña Ligia excedía las dimensiones cronológicas de lo transitorio. Durante veinte meses permaneció en el exterior, cerca de su hijo, y todavía se encuentra allá, sin que a nadie se le hubiera ocurrido en la Contraloría darle apariencia legal a una realidad ficticia que, mirada en su totalidad, ostenta, no cabe duda, todos los caracteres del estado necesario. Y no precisamente porque el insignificante sueldo asignado y cobrado en pesos colombianos por doña Ligia sirviera para enjugar en mínima parte siquiera los gastos que exigía y sigue exigiendo la salud del menor, sino porque restarlos de la penuria económica de la atribulada familia hubiera sido incalificable mezquindad. Por eso el señor presidente López Michelesen —lo dice con acierto la defensa— "confirma la gravedad en que se encontraba el niño Gonzalo Villalba y la urgen-

cia de prolongar la permanencia de su madre en los Estados Unidos, cuando expide el Decreto número 913 de 11 de mayo de 1973" por medio del cual, con la cooperación de los Ministros de Relaciones Exteriores y de Hacienda, legaliza la irregular situación y crea para la señora Wilches de Villalba un cargo en el consulado de Colombia en Boston, ciudad donde se encuentra hospitalizado su hijo, con asignación mensual de seiscientos cinco dólares, que aún ocupa la favorecida con el nombramiento.

Si el cargo se creó en Boston, se creó allí especialmente para que la acongojada madre pudiera atender a la salud de su hijo, es decir, para los mismos fines para los cuales el procesado impartió la comisión irregular a doña Ligia Villalba, y la apariencia legal que a la situación irregular dio el señor presidente López Michelsen no deviene legalmente perfecto lo que de suyo no lo es. Pero tampoco antijurídico lo que ciertamente no es antijurídico.

La conducta protagonizada por el Contralor y por sus más calificados asesores, estuvo, es cierto, desprovista de apariencias de legalidad, pero tampoco la actitud aparentemente legal asumida por el señor presidente López Michelsen y sus Ministros de Relaciones Exteriores y de Hacienda, las dos tendientes a conjurar la misma infortunada coyuntura, más apremiante para el Contralor Escallón Ordóñez, merecen reproche por la Corte. Ninguna contradice las normas de cultura en que se sustenta el estado necesario, cuyos peligros ciertos ayudaron a conjurar. Sin que valga decir que el "estado de necesidad" no puede prolongarse, sin dejar de serlo, por un lapso tan extenso como éste que ha pasado sobre la salud del niño Gonzalo Villalba.

Es verdad que lo inminente, tomado el vocablo en su acepción literal, significa como lo explican plurales tratadistas, entre otros el defensor de Julio Enrique Escallón Ordóñez, lo que necesariamente va a ocurrir en corto tiempo, si alguien no acude a impedirlo. Pero no cabe dejar inadvertido que la realidad vital, en no pocas ocasiones rebasa la inercia de las categorías. Y que el "estado necesario" en el caso concreto que se examina, ha sido más que un mero episodio, una memoria, un inventario, una serie de ocurrencias fatídicas, que vistos en su totalidad y en su resumen, no admiten denominación distinta de la prevista por nuestro legislador en el artículo 25 del Código Penal. Estado de necesidad en el cual se vieron involuntariamente colocados la familia Villalba Wilches y el procesado y los funcionarios que le proporcionaron oportuno

socorro, no importa si para hacerlo tuvieron que sacrificar, como lo hicieron, entre dos bienes protegidos por la ley, el de menor jerarquía: los deberes de fidelidad a las funciones nobilísimas que les habían sido confiadas, en obsequio al supremo valor de la vida, sustento de todos los demás, en cuya observancia no caben excusa ni exclusión.

Pudiera afirmarse que el hecho que ocupa la atención de la Corte es de aquéllos que la doctrina no encuentra claramente ajustados a las permisiones de ley ni a su reconocimiento por el Estado. Mas si la antijuridicidad requiere, como ninguna otra categoría jurídica, de un juicio de valor, ya que en sí misma no entraña condiciones positivas que permitan definirla sin equívocos, pues más bien es solamente lo contrario de lo jurídico, y si como dice Binding, lo que vulnera el delincuente es algo que precede en el tiempo a la ley penal, o sea la norma de cultura que debe ser observada y respetada, entonces la norma crea la acción antijurídica, y la ley penal crea el acto delictivo. De donde se deduce que la conducta presuntamente delictuosa, o sea contraria a la ley penal, que no ofende la norma de cultura que la informa, no es antijurídica, ni merece juicio de reproche.

La anterior es la tendencia de la doctrina contemporánea, vieja ya de más de cincuenta años. Sus principales defensores han sido entre otros Carlos Stoos, Adolfo Merkel, Max Ernesto Mayer, Carlos Binding y Emilio González López, para citar unos pocos entre quienes trascienden con más calificada nombradía. Con palabras del primero, la no antijuridicidad se daría siempre que la realidad ofrezca a la mirada del juzgador "la función protectora de un bien jurídico que presenta una conducta que de no serlo sería punible". A la cita anterior, agrega Jiménez de Asúa que cuando no pueda verificarse la existencia del fin reconocido por el Estado, ni aun la existencia de intereses desiguales, pero sí se pruebe la no ofensa de la norma de cultura, procede la absolucón, puesto que "si no existe 'antinormalidad', el hecho es justo".

En el caso presente la conducta del procesado se adecuaba a los caracteres del tipo penal permisivo que describe el artículo 25 del Código Penal en su numeral 3º, pero, además, en él se conjugaron, por lo visto y comentado por la Sala, las más exquisitas exigencias que sobre la ausencia de antijuridicidad del hecho delictuoso contiene la doctrina de los más renombrados penalistas. Ninguna finalidad distinta de la de "solucionar el grave problema familiar de empleada de su de-

pendencia, que se presentaba angustioso y sin otra forma de atenderlo por aquélla”, originó la conducta delictuosa atribuida al Contralor Julio Enrique Escallón Ordóñez, —para decirlo con palabras del Ministerio Público— y “no se perseguía ni se obtuvo provecho económico de ninguna naturaleza, lo que no hace desaparecer el carácter ilícito del hecho, dada la irregular disposición de fondos en la forma indicada”. Esto y el modo igualmente irregular como fueron cubiertos los sueldos de la empleada Ligia de Villalba, haciéndola figurar en nóminas como trabajando en Bogotá, cuando, en el mejor de los casos, las estaba cumpliendo en Nueva York, al favor de la comisión transitoria concedida verbalmente, es lo que se imputa al Contralor como conducta delictuosa. Pero en las condiciones de justificación de que hacen mérito las consideraciones de esta providencia, habiendo escogido el procesado en el conflicto de intereses entrañados en su elección, para ponerse a su servicio, el interés predominante hace que la suya configure función protectora de un bien jurídico superior, presente en su conducta, en tal forma desprovista de agravio a las normas de cultura, que las violaciones de ley que se le atribuyen y que ciertamente realizó resultan irrelevantes por carencia de antijuridicidad y por que en su momento constituyeron el único medio adecuado y útil a su alcance para lograr el nobilísimo fin que se había propuesto y que no pugnaba con los imperativos del bien comunitario.

Lo que guarda paridad con la conclusión inexcusable de que el acusado Julio Enrique Escallón Ordóñez, obró como lo hizo en “estado de necesidad”, es decir, de justificación de los hechos que en este proceso se le atribuyen y por los cuales deberá ser absuelto.

II. Proceso número 21625 (caso de Carlos Alberto Campuzano Cruz), por los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado:

1. El cuerpo del delito de falsedad documental:

En el auto de proceder proferido contra el ex Contralor por razón de los hechos a que se refiere este proceso, la demostración plena o completa de la falsedad se hizo consistir, sustancialmente en la siguiente motivación:

“.....”

“...No cabe duda de que Carlos Alberto Campuzano no llevó a cabo visitas de inspección ni fiscales en las Auditorías de San Andrés, Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Cúcuta,

Bucaramanga, Medellín y Cali, a que se refieren las resoluciones de pago que se dejaron mencionadas en la primera parte de esta providencia...”

“...Así lo demuestran las inspecciones judiciales practicadas en las dependencias de la Contraloría en esas ciudades y las declaraciones de los funcionarios que prestaban en ellas sus servicios, al igual que las verificadas a la Secretaría General de la Contraloría y al Archivo de la misma dependencia, de todas las cuales resulta que ni en las Auditorías ni en las Contralorías hay constancia alguna de esas visitas y que el personal de aquéllas no conocen al señor Campuzano Cruz...”

“...La afirmación que éste hace de que se trataba de examinar problemas delicados, a veces de carácter político, que requerían la mayor discreción, cae por su base si se considera que aun en ese caso se necesitaría la presencia física del comisionado en la oficina visitada, lo cual está demostrado, no tuvo lugar...”

“...Agréguese a ello la ambigüedad en el señalamiento de las comisiones cuyo objeto no se especifica en ninguna de las resoluciones ya que prácticamente en ellas, el doctor Escallón Ordóñez se limitó a decir que se ordenaba dicho pago ‘en cumplimiento de la comisión que le confirió el Despacho del Contralor a la ciudad de...’, sin mencionar siquiera la oficina o las oficinas que debía visitar ni la clase de visita que debía llevar a cabo...”

“...Todo esto contribuye a demostrar que las resoluciones de pago ameritadas contienen la afirmación de un hecho falso de importancia jurídica, en cuanto sirvió para que a Campuzano Cruz se le pagaran cada vez \$ 7.500.00...”

“...No cabe duda de que las resoluciones en cita son documentos públicos ya que fueron elaboradas por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y con el lleno de las formalidades legales...”

“...De otro lado, esos documentos están dotados de evidente eficacia jurídica: no solo son un medio de prueba del hecho en cada uno de ellos afirmado sino que también sirvieron de instrumento para obtener el pago de la suma en cada uno de ellos consignada. Es decir, afirman un hecho que dio nacimiento a un derecho...”

“...La clase de falsedad que los afecta es la llamada por la doctrina ‘ideológica’ o intelectual que consiste en hacer aseveraciones contrarias a la verdad y productoras de efectos jurídicos, en un documento público o privado, violando la obligación de consignar en él lo verdadero...”

"... Eso fue lo que ocurrió en el caso de autos al decirse en las resoluciones de pago que se ordenaba éste por cumplimiento de la respectiva comisión, lo que no es verdad..."

"... Autor de las manifestaciones contenidas en cada uno de esos documentos fue, sin duda, el entonces Contralor General de la República doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, que era quien estaba ordenando el pago..."

2. El cuerpo del delito de peculado:

También se declaró plenamente demostrado el cuerpo del delito de peculado materia de la investigación, con las siguientes consideraciones:

"... También se halla establecido en el proceso el cuerpo de los delitos de peculado, cometidos al apropiarse un funcionario público encargado de administrar bienes del Estado, dineros que pertenecían a éste, lo cual se hizo en provecho un tercero..."

"... Esa apropiación indebida se presenta por doble aspecto: en primer lugar a Campuzano no le hubieran correspondido, en caso de haber salido en forma legítima, a cumplir comisiones, sino doscientos pesos (\$ 200.00) diarios ya que según la Resolución orgánica de la Contraloría citada atrás, se consideran prorrogadas las comisiones entre las cuales median menos de ocho (8) días, que era lo que ocurría con las conferidas a Campuzano, caso en el cual los viáticos no podían pasar de la suma mencionada, en lugar de la cual se le fijaron doscientos cincuenta (\$ 250.00) pesos diarios. En segundo lugar cualquiera suma que se le hubiera fijado, representaba una apropiación indebida ya que esas comisiones no se cumplieron..."

Además, como fundamento de la imputación penal de los delitos al procesado Escallón, dijo la Corte:

"... el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, tenía conocimiento de que Campuzano Cruz, no había desempeñado las comisiones que le estaba reconociendo por medio de los actos administrativos en que se ordenaba pagarle los viáticos a ellas correspondientes..."

"... Y lo sabía porque desde un comienzo lo había puesto el doctor Antonio José Ortega Vargas al tanto de ello cuando Campuzano fue a que le visara una resolución en que se le comisionaba, según expresa aquél, para Bogotá..."

"... El resultado de esa información no fue el de que cesaran las comisiones, sino, como lo anota la Procuraduría, que el doctor Escallón que, según dicen él mismo y su apoderado no po-

día atender personalmente lo relacionado con los miles de empleados de la Contraloría, impartir verbalmente las comisiones a Campuzano, marginando desde ese momento al doctor Ortega Vargas, y se encargará él mismo de firmar las resoluciones en que se ordenaba los pagos correspondientes, tarea que ciertamente habría podido delegar, en vista de sus muchas ocupaciones, en otro funcionario. Y no se limitó a eso sino que oía los informes verbales que le rendía Campuzano a quien no se los pidió nunca por escrito, pues ninguno aparece en el archivo de la Contraloría ni en los de las Auditorías visitadas, relevándose así, en forma inexplicable, de la obligación que el propio inculcado había impuesto a sus subordinados en la ameritada Resolución orgánica de la Contraloría, todo lo cual contribuye a demostrar el ánimo doloso con que obraba..."

"... Y no resta culpabilidad a tales actos que Campuzano hubiera salido a desempeñar comisiones de carácter político, perfectamente ajenas al rodaje de la Contraloría o que hubiera permanecido en Bogotá, limitándose a presentarse periódicamente a las oficinas de la misma para que le expidieran la orden de pago. En ambos casos aparecen claramente la conciencia y la intención de afirmar un hecho falso, constituido, en el primero, por la aseveración de que había estado visitando Auditorías, lo que no era cierto, y en el segundo por la de que había salido de la ciudad, lo que tampoco lo era..."

"....."

"... No podía ignorar el inculcado que el firmar las resoluciones que disponían el pago de viáticos no justificados, estaba procediendo contra derecho, esto es, con violación del orden jurídico general y del específico que reglamenta los deberes de los funcionarios públicos, entre ellos al Contralor General de la República y disponiendo en provecho ajeno de dineros que estaba encargado de administrar..."

"... También existe la plenitud del elemento psicológico propio de este delito en la conducta consistente en fijar viáticos superiores a los que correspondían dado el hecho atrás anotado de que por ser menor de ocho días el lapso que separaba unas comisiones de otras, no se podían fijar doscientos cincuenta (\$ 250.00) pesos de viáticos sino solo doscientos pesos (200.00), disposición ésta dictada por el propio Contralor y que fundadamente se puede suponer era de su pleno conocimiento..."

3. Las pruebas practicadas durante la etapa probatoria del juicio:

En relación con este proceso, la Corte recibió certificaciones juradas de gran número de congresistas, y de altos funcionarios que para la época de los hechos se encontraban en la Cámara de Representantes, ninguno de los cuales dijo haber tenido conversación alguna con Campuzano Cruz respecto de la reelección del Contralor Escallón o de su mantenimiento en el cargo por obstrucción de la elección de otra persona.

A las declaraciones de los congresistas ya obtenidas durante el sumario, en análogo sentido se agregaron durante la causa las de los honorables Representantes Hoyos Giraldo, Fernández Sandoval, Turbay Turbay, Castilla de Melo, Salazar Ramírez, Bossa López, Fonseca Galán, Guevara Herrera y Barco Guerrero; las de los honorables Senadores Plazas Alcíd, Sánchez Bolaños, Ibarra, Hernández Vargas, Mendieta Rubio y Reyes y las de los señores Rodrigo Marín Bernal, Ministro de Trabajo y de Seguridad Social, Aníbal Martínez Zuleta, Contralor General de la República y Enrique Vargas Ramírez, Ministro de Obras Públicas, entre otros, todos los cuales fueron enfáticos en afirmar, unos, que nunca tuvieron entrevistas con Alberto Campuzano Cruz o que las tuvieron para fines diferentes de los señalados por éste; otros, que ni siquiera alcanzaron a conocer a Campuzano o que apenas si le conocieron de vista y todos, en consecuencia, que no era cierto que Campuzano hubiese actuado ante ellos como agente del Contralor Escallón, para obtener que respaldaran su nombre para su reelección o para obstaculizar la elección de otro candidato.

Se obtuvo, igualmente, copia autenticada de las Resoluciones números 00643 y 00845 de 12 y de 26 de febrero de 1975, por medio de las cuales el Contralor Escallón ordenó que Campuzano Cruz, reintegrara los viáticos que éste había recibido sin tener derecho a ellos y copia, también autenticada, de la Resolución número 00644 del día 12 del mismo mes por medio de la cual el Contralor declaró insubsistente el nombramiento hecho a Campuzano.

Finalmente, se produjo el dictamen rendido por los peritos Ricardo Salazar Santamaría y Jaime Lombana Ordóñez, conforme al cual:

“...en nuestro concepto no hemos encontrado mérito suficiente para considerar como ‘perjuicios ocasionados a la Nación por el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez’, al haberse efectuado los pagos hechos... al señor Carlos Alberto Campuzano Cruz, por concepto de... Viáticos... ya que en todos y cada uno de ellos se agotaron los Procedimientos y Controles Administrativos

y Fiscales que para tal efecto tiene implantados la Contraloría General de la República...”.

4. Las tesis expuestas por la defensa durante el desarrollo de los debates orales de la Audiencia:

Además de las consideraciones generales, que más adelante precisó respecto de las características propias de los delitos de falsedad y peculado, dijo también el defensor en este caso particular:

“...La particularidad de este proceso consiste en que el Auditor de la Contraloría en la Cámara de Representantes, Carlos Alberto Campuzano, recibió órdenes para practicar visitas fuera de Bogotá, pero no fueron cumplidas éstas y sí cobrados los viáticos que el Contralor ordenó en varias resoluciones...”.

“...Campuzano dice que las comisiones impartidas tenían por objeto conversar con parlamentarios y asegurar votos en favor de la elección del doctor Escallón Ordóñez, o de que no se realizara la elección si ésta iba dirigida a favorecer otra persona. Presenta una lista de 120 parlamentarios con quienes sostiene haber hablado. Sin embargo se recaudaron los testimonios de 25 de estos miembros de la representación nacional, quienes rechazaron enfáticamente el compromiso en que los había situado el testigo. Campuzano se quedó solo con sus afirmaciones pues toda la prueba aportada durante el término de instrucción como durante el plenario, niega categóricamente el oficio que así mismo se había permitido el testigo...”.

“...En auto del 6 de noviembre de 1970, la Corte, contrariando testimonios muy respetables que acreditaban la intervención en política del doctor Lucio Pabón Núñez, embajador de Colombia ante el gobierno de la República Argentina, dio valor pleno a cuanto había afirmado el ex presidente Mariano Ospina Pérez, quien negó la presencia del doctor Pabón Núñez en la reunión política. Lo mismo hizo la senadora Bertha Hernández de Ospina. Afirmó la corporación que éstos y otros testimonios excluían toda participación pues había con considerarlos especialmente valiosos dadas las posiciones que habían ocupado los declarantes...”.

“...Otro tanto ocurre con el caso de autos. Es indispensable valorar la fuerza probatoria que tienen los parlamentarios aludidos y excluir por completo la versión de Campuzano, con lo cual se establece que éste no salió a cumplir las comisiones por otros motivos y que en ningún caso hubo acuerdos de mensajería en favor del Contralor Escallón. Demeritado básicamente este testimonio el cargo desaparece por completo...”.

5. Consideraciones de la Corte sobre las tesis anteriores de la defensa:

a) El testimonio de las personas ilustres:

Conforme a la ley de procedimiento penal, uno de los elementos que han de ser considerados por el Juez para señalar el valor que debe darse al testimonio en los asuntos criminales es, ciertamente, éste a que se refiere la defensa, conforme al cual la credibilidad del testimonio ha de valorarse teniendo en cuenta "las condiciones personales y sociales del testigo", de modo que, según lo que comunmente sucede, no ofrece el mismo crédito la declaración de un depravado moral que la que rinde un jerarca de la Iglesia.

A las condiciones personales y sociales del testigo que son, apenas dos de los varios derroteros que la crítica del testimonio señala para orientar al Juez en la valoración de su contenido, debe agregarse las que dicen relación con "las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinde", y otras igualmente pertinentes, como la falta de otras pruebas de extrínseca claridad que nieguen atendibilidad al testimonio —inspecciones judiciales, dictámenes periciales, documentos públicos etc—, o como el desinterés e imparcialidad del declarante en relación con los hechos a que se contrae la investigación, o como la oportunidad en que se cumple la diligencia, para citar sólo unas pocas.

La destacada posición personal y social de los ilustres declarantes que desmienten a Campuzano Cruz, la falta en ellos, actualmente, de un interés particular en favorecer al procesado, que pudieron tener cuando aquél ejercía su alto cargo pero que ahora debe suponerse altamente disminuído o totalmente desaparecido; el objeto a que se refieren los testigos, un asunto que en su oportunidad era de extraordinaria importancia para los Representantes a la Cámara; la ausencia de pruebas mas serias y atendibles que desvirtúen o infirmen las aseveraciones de los declarantes y el hecho de que algunos de ellos rindan su testimonio no como miembros de la Cámara de Representantes, sino del Senado de la República o como Ministros del Despacho o, en el caso del señor Martínez Zuleta, como Contralor General de la República, son condiciones de indiscutible importancia, que la Corte no puede desestimar y con fundamento en ellas no puede menos de reconocer a sus testimonios el más alto grado de credibilidad, para declarar que no es cierto que el procesado incurriera en los delitos por interés en su reelección.

La Sala reitera en esta ocasión la doctrina citada por la defensa, conforme a la cual, el testimonio plural de personas de reconocida respetabilidad, sobre determinados hechos, debe reputarse plenamente atendibles:

"...Teniendo en cuenta la regla de la sana crítica del testimonio, como lo ordena el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, los testigos que exculpan (al procesado) de la imputación que dio origen a este proceso merecen plena credibilidad, pues no es siquiera concebible que personas de tanta respetabilidad... se hubiesen confabulado, a la sombra del perjuicio, para hacer fraude a la justicia..." (auto de 6 de noviembre de 1970, Magistrado ponente: doctor *Luis Eduardo Mesa Velásquez*).

b) Tampoco puede desconocer la Corte el hecho de que el Contralor Escallón, mediante las Resoluciones 00643 y 00845 de 12 y 26 de febrero de 1975, hubiese dispuesto que Campuzano Cruz reintegrara a la Contraloría los viáticos que éste había cobrado sin tener derecho a ellos, ni el de que le hubiese destituido fulminantemente, aun sin esperar la ejecutoria de la resolución correspondiente, cuya reposición negó, además, en la número 00845 proferida cuatro días después de haber decretado la insubsistencia del empleado.

De otra parte si bien es cierto que la investigación administrativa dispuesta por el Contralor contra Campuzano Cruz no se produjo con anterioridad a la disciplinaria ordenada al respecto, no lo es menos tampoco que la penal contra Escallón fue abierta por la Corte el 4 de marzo de 1975, esto es, con posterioridad a las resoluciones de reintegro y de insubsistencia, que fueron proferidas como se deja dicho, el 12 de febrero del mismo año; ni menos cierto que la declaración inicial de Campuzano Cruz, ante el Procurador Delegado para el Ministerio Público, rendida el 3 de febrero de 1975, esto es antes de su destitución, no contiene cargo alguno, de ninguna naturaleza contra el Contralor.

Luego, sí puede decirse que el procesado Escallón, no actuó contra Campuzano, con la prontitud que habría sido deseable, también debe reconocerse que éste solo hace cargos a aquél en el proceso iniciado por la Procuraduría cuando ya ha sido destituido por cobro ilícito de viáticos y solo con el propósito de explicar de algún modo las razones por las cuales no existía prueba o diligencia alguna que demostrara el cumplimiento de las comisiones que le habían sido conferidas, esto es, para justificar la falta de informes sobre sus labores pretextando que estaba haciendo una campaña secreta o confidencial en el país

para obtener respaldo a la reelección de su jefe como Contralor, por encargo de éste, posición que Campuzano solo viene a adoptar en la continuación de la diligencia inicial, que se realiza luego de su destitución y en desarrollo de la cual entrega al funcionario de la Procuraduría copias de la resolución que le ordena el reintegro, de su escrito de reposición y de su renuncia, sin hacer en ninguna de éstos, tampoco, cargo alguno contra el funcionario que lo ha destituido.

El hecho indiciario deducido de la tardanza del Contralor en proferir la resolución de reintegro de los viáticos y la de destitución pierden, en consecuencia, la gravedad que inicialmente se había otorgado a su fuerza incriminatoria;

c) El testimonio de Ortega Vargas:

Uno de los fundamentos de la imputación a Escallón Ordóñez en este asunto se ha derivado de la atendibilidad que la Corte ha otorgado al testimonio rendido por Antonio José Ortega Vargas, quien para la fecha de los hechos desempeñaba el cargo de Jefe de la División de Auditorías Fiscales de la Contraloría, conforme al cual el testigo dice que se opuso a que las resoluciones de comisión a Campuzano fueran elaboradas por él mismo y que se confirieran para Bogotá, donde el comisionado tenía su sede, de lo que enteró oportunamente al Contralor, quien no obstante manifestarle estar de acuerdo con él, continuó confirmando las comisiones sin la intervención suya, con el propósito de que Campuzano continuara la campaña reeleccionista.

Se ha dejado visto, sin embargo, que como resultado de las pruebas practicadas en la etapa probatoria no es ya posible admitir que Campuzano hubiese estado encargado de obtener apoyo parlamentario para la reelección del Contralor, por lo que carece de respaldo las razones consideradas para afirmar que Escallón profirió las comisiones a Campuzano con ese propósito fundamental o único y sin respaldo, por tanto, que lo hizo a espaldas del Jefe de la División de Auditorías para que éste no le dificultara la ejecución de sus criminales propósitos.

De otra parte, tanto Campuzano, como Escallón, aquél inicialmente y éste a lo largo de los procesos administrativo y penal, han manifestado que Ortega Vargas estaba enemistado con el primero de ellos y que fue por esta razón, y no por otra, que el Jefe de la División de Auditorías fue marginado del trámite de las comisiones correspondientes, afirmaciones de uno y otro que no fueron entonces consideradas atendibles por el escaso o ningún valor probatorio que a la sazón se les atribuía, demostrado, como se estimaba,

que se trataba de comisiones secretas para obtener apoyo a la reelección del Contralor Escallón.

Campuzano explica sin embargo, las razones por las cuales Ortega Vargas, obstaculizaba la legalización de sus cuentas y llegó incluso a negarse a tramitarlas:

“...El doctor Antonio Ortega Vargas, Jefe de la División de Auditorías Fiscales firmaba las cuentas de la mayoría de los funcionarios dependientes de su División que cobraban viáticos, ya que correspondía la Auditoría de la Cámara a dicha División. A raíz de un incidente personal por una actuación legal del suscrito como Auditor de la Cámara, el señor Ortega Vargas, se molestó y se negó a firmar las cuentas de cobro de los viáticos que me habían sido decretados por resolución del señor Contralor desacatando el señor Ortega, las órdenes del señor Contralor expresada en la resolución de reconocimiento de viáticos y tal vez molesto porque me negué a entregarle unos documentos relacionados con la Cámara de Representantes y por la estricta fiscalización que se ejercía sobre el pagador señor José Ramón Adames Vargas, pariente consanguíneo del señor Jefe de la División, doctor Ortega Vargas, y por haberse iniciado una investigación sobre el pagador de la Cámara, el cual fue retirado de su cargo de pagador de la honorable Cámara de Representantes...”

Y Escallón, por su parte, afirma:

“...Fue el mismo Jefe de la división en ese entonces doctor Antonio Ortega, quien me dio una información simplemente verbal sobre posible incumplimiento de algunas de estas comisiones. Como no hubo información escrita y el funcionario en mención no me ofrecía toda la credibilidad por razones internas, empecé a hacer algunas averiguaciones que me llevaron a tener seria presunción de éstas fallas y fue entonces cuando en enero diez del presente año produjo un memorando para el Jefe de personal con el fin de adelantar una investigación administrativa sobre estos hechos...”

“.....”

Gravemente demeritados los fundamentos probatorios que llevaron a la Corte a considerar que el procesado comisionó a Campuzano Cruz con pleno conocimiento de que éste no iba a practicar diligencia oficial alguna, sino a obtener apoyo parlamentario para su reelección o para evitar que otra persona fuera elegida en el cargo que él ocupaba, solo queda incólume el cargo conforme al cual el Contralor señaló a Campuzano Cruz

viáticos por valor de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00) diarios, cuando de conformidad con la Resolución orgánica número 002261 de 24 de marzo de mil novecientos setenta y dos, vigente para entonces, solo tenía derecho a doscientos pesos (\$ 200.00) diarios, esto es, a viáticos por cincuenta (\$ 50.00) pesos menos de los que le fueron reconocidos.

Estimando plenamente demostrado el cargo y, por consiguiente, el delito de peculado consistente en reconocer a Campuzano cinco pesos (\$ 5.00) diarios más de los a que tenía derecho reglamentariamente, el hecho, con haber podido ser delictuoso, ya ha dejado de serlo en la actualidad.

Como en más de una ocasión lo ha sostenido la Sala, en efecto, cuando el peculado consiste en reconocer a un empleado un sueldo o viáticos que siendo superiores a los hasta entonces legalmente reconocidos resultan, no obstante, inferiores o iguales a los que con posterioridad se asignan como sueldo o viáticos a los mismos empleados, la infracción desaparece o, cuando menos, queda impune.

La Corte, en efecto, dijo en proceso seguido contra el ex Gobernador de Risaralda, Gonzalo Vallejo, lo siguiente:

“...es cierto que no ha desaparecido del elenco de delitos el peculado y por lo tanto no resulta literalmente aplicable lo dispuesto por la primera parte del artículo 45 de la Ley 153 de 1887, en cuanto estatuye que ‘la nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto o rehabilitación’...”

“...Pero si bien no ha desaparecido, en abstracto el carácter punible de la conducta consistente en que se dé por un funcionario público a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquélla a que están destinados, ocurre empero que un hecho que antes de determinada fecha constituía una disposición ilegal de bienes, sancionada penalmente, ha pasado a ser lícito por variación de los límites de la facultad dispositiva...”

“...En otras palabras, una disposición legal extrapenal ha hecho lícito lo que antes tenía carácter ilícito...”

“...De acuerdo con los principios generales del derecho se tiene que el ordenamiento jurídico es uno solo aunque dividido en diversas ramas, una de las cuales es el derecho penal...”

“...Significa lo anterior que un hecho no puede ser lícito para una de esas ramas e ilícito para otra u otras. De donde se deduce que si una

de ellas quita el carácter ilícito a un hecho, el derecho penal no puede seguir considerándolo como delito...”

“...Consideran los autores que las otras ramas del derecho tienen el carácter de fuentes indirectas del penal. Algunos han expresado este mismo concepto diciendo que no siempre las disposiciones legales que definen los delitos son autónomas, esto es, contienen en sí mismas la totalidad de los elementos integrantes del tipo sino que, en ocasiones, algunos de ellos están en normas legales de carácter extrapenal. Se produce entonces lo que alguno de ellos (Frosali) llama ‘ósmosis jurídica’ es decir, un fenómeno mediante el cual todas las disposiciones de un sistema legislativo se compenetran en un conjunto armonioso y cada una de ellas es susceptible de ser interpretada a la luz de otra u otras...”

“...Esa integración de normas permite deducir, en los casos de cambio de legislación, cuando se ha quitado a determinadas conductas concretas el carácter delictuoso o se han aminorado sus consecuencias penales...”

“...Tal es el significado que debe darse al artículo 3º del Código Penal que, al referirse a la ley ‘permissiva o favorable’ para preceptuar que debe aplicarse de preferencia a la restrictiva o desfavorable, aun cuando aquélla sea posterior a ésta, no especifica que debe tratarse de ‘ley penal favorable’ sino que se refiere, en general, a cualquier norma legal que modifique la situación anterior estableciendo un criterio más benigno en relación con las violaciones de determinado bien jurídico. Ese sería el efecto por ejemplo, de una ley que despojara del carácter de funcionario público a un servidor del Estado o que quitara el de documento a un determinado escrito. Si una persona hubiera sido llamada a juicio por falsedad en documentos públicos se produciría entonces un cambio de subsunción del hecho en las normas penales, en el primer caso, o de absolución del procesado, en el segundo, por cuanto en la primera hipótesis el agente del ilícito pasaría a tener el carácter de simple particular y en la segunda la falta de carácter documental del escrito, haría desaparecer la infracción penal...”

“...También es esa la significación que cabe dar al primer aparte del artículo 25 del ordenamiento citado que justifica el hecho cuando se comete por disposición de la ley. Esta bien puede ser posterior al hecho juzgado siempre que le quite a la conducta el carácter delictuoso. Sin que importe que tal ley no sea específicamente penal sino que pertenezca a otra de las ramas

del derecho porque, como dice Grispligni 'el derecho penal, al regular las causas de justificación sanciona una disposición de carácter general según la cual cesa de ser delito todo hecho que importe, a la luz de cualquiera otra norma jurídica, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho disposición que implica una remisión a todo el ordenamiento jurídico restante, de modo que éste viene a asumir la función de 'fuente indirecta' de derecho penal' (D. P. Italiano vol. 1º página 237)...

"...Es eso la que ha sucedido en el caso de autos pues el hecho considerado por esta Sala como ilícito consistía esencialmente en que, de acuerdo con la ley 6ª de 1958 el límite máximo de las dietas de los diputados a la Asamblea Departamental de Risaralda no podía pasar de ciento veinte (\$ 120.00) pesos diarios o sea un total de tres mil seiscientos pesos (\$ 3.600.00) mensuales..."

"...Ese límite fue aumentado por la ley 20 de 1977, que permite elevar el total de la remuneración recibida por dichos funcionarios al de la que reciben los congresistas..."

"...Es decir, que si la conducta del ex Gobernador Vallejo Restrepo, hubieran tenido lugar con posterioridad al 29 de abril de 1977, fecha en que comenzó a regir la ley mencionada en último término estaría la asignación dentro de los límites permitidos por la ley..."

"...Esa permisibilidad hace desaparecer el delito de peculado ya que, como se deja dicho, no existe ya una disposición legal que prohíba el acto..." (Auto de 4 de agosto de 1977).

Y en providencia reciente de 22 de marzo del año pasado, que reiteró la tesis anterior, se sostuvo igualmente que:

"...la circunstancia de que leyes posteriores a la fecha de los actos ejecutados por la señora Gobernadora del Departamento de Caldas hayan aumentado el valor de las asignaciones de los miembros del Congreso y, por consiguiente, las correspondientes a los Diputados de las Asambleas Departamentales, es factor cuya consecuencia jurídica, respaldada en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional y en el 45 de la ley 153 de 1887, no puede ser otra que la de quitar implícitamente el carácter de delito al hecho de que se reconociera a favor de los Diputados del Departamento de Caldas una suma, por concepto de dietas, gastos de representación, viáticos y prima de alojamiento, que excedía a la que, de acuerdo con la ley vigente para entonces, podía ser legalmente reconocida por ella si,

como consta en el proceso, la cantidad entonces reconocida ha venido a resultar inferior a la autorizada por la ley nueva..."

"...Es indudable desde luego, que esas leyes posteriores, de haber existido para la fecha en que la señora Gobernadora de Caldas expidió el Decreto 806 de 1976, habrían permitido a ésta reconocer legítimamente a favor de los Diputados una suma notoriamente superior a la que en su oportunidad les reconoció indebidamente, de modo que por obra de la ley nueva el hecho inicialmente delictuoso ha dejado de serlo (artículo 45 de la Ley 153 de 1887) e igualmente indudable que así interpretada la norma posterior al hecho, su aplicación resulta mucho más favorable para la procesada (artículo 26 de la Constitución Nacional)..."

En consecuencia, si al tenor de la Resolución número 2261 de 1972 constituía peculado el hecho de que se reconociera a Carlos Alberto Campuzano Cruz la suma de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00) diarios por concepto de viáticos, cuando éste solo tenía derecho a doscientos (\$ 200.00), según su sueldo y condiciones de la comisión, la ley hoy aplicable, es decir, la que rige al momento de calificar los hechos de la sentencia, permite que tal reconocimiento pueda elevarse hasta la cantidad de seiscientos pesos (\$ 600.00), que es muy superior a la que, de acuerdo con los hechos a que se contrae el proceso, reconoció el Contralor Escallón a Campuzano.

Dice, en efecto, el Decreto número 2928 de 28 de diciembre de 1978, que rige actualmente, en lugar de la número 2261 de 1972 con fundamento en la cual el Contralor Escallón fue procesado:

"...Artículo 8º. Los empleados de la Contraloría General de la República que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicio, tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos, de acuerdo con las cuantías que se determinan a continuación:..."

Asignación Mensual.

	Viáticos diarios pesos para comisión dentro del país	Viáticos diarios en dólares estadounidenses para comisión en el exterior
"Hasta \$ 5.000.00	\$ 500	US\$ 50
"De 5.001 a 10.000	600	50
"De 10.001 a 20.000	1.000	100
"De 20.001 a 30.000	1.500	150
"De 30.001 en adelante	1.800	180"

III y IV. *Procesos números 21992 (caso de Amparo Moreno Osorio) y 22042 (caso de Orlando Ibarra Madrid), por los delitos de peculado y falsedad en documentos públicos:*

1. El cuerpo del delito de peculado:

En el auto de proceder proferido contra el ex-Contralor como consecuencia de los hechos a que se refieren estos procesos, la demostración de la existencia del delito de peculado se hizo consistir, sustancialmente, en las siguientes motivaciones:

a) En cuanto a Amparo Moreno.

"...Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su carácter de Contralor General de la República, estaba en la obligación legal de administrar debidamente los bienes, los dineros del Estado. Ese mandato legal fue violado por dicho funcionario, pues se apropió de parte de ellos en provecho de un tercero, en este caso, del a empleada Amparo Moreno Osorio..."

"...Esta apropiación indebida, en la forma acabada de indiciar, se cumplió cuando el Contralor Escallón Ordóñez, con violación de lo dispuesto en la Resolución 02261 de 1972, Orgánica de la Contraloría General de la República, artículo 17, 18 y 19, señaló como viáticos para la sub Auditora Amparo Moreno Osorio, durante 91 días, la suma de \$ 250.00 también por día. Tal malversación de los fondos públicos se consagró al expedirse las Resoluciones números 01340 de 26 de marzo, 02142 de 30 de abril, 02149 de 6 de mayo, aclaratoria de la anterior y 02536 de 31 de mayo, todas del año de 1974..."

"...Los viáticos no podían exceder de \$ 200 diarios, habida consideración de lo dispuesto en el artículo 18 de la resolución orgánica, atrás transcrito, puesto que las comisiones a las cuales se refieren tales resoluciones, se fijaron 'con un lapso menor de ocho (8) días entre una y otra'..."

b) En cuanto a Ibarra Madrid:

"...Cuando se produjo e hizo efectiva la Resolución 314 de 30 de enero de 1974, Ibarra devengaba un sueldo mensual de \$ 5.050.00. Mas como de acuerdo con las Resoluciones 6250 y 6251, las dos de 5 de diciembre de 1973, la comisión resultaba superior a 30 días, no podían asignársele viáticos superiores a \$ 160.00 diarios. Sin embargo le fueron fijados y pagados a razón de \$ 200.00 diarios..."

"...Cuando se produjo y decretó hacer efectiva la Resolución 571 de 5 de febrero de 1974, Ibarra empezaba a devengar un sueldo mensual de \$ 6.000.00. Como la comisión era para cumplir

en la ciudad de Tumaco y su duración era superior a la de 30 días, solo podían fijársele viáticos de \$ 170.00. Sin embargo, apelando a dividirla en los primeros 30 días y, luego en 15 restantes, se le fijaron para aquéllos \$ 200.00 diarios, cuando, en realidad, sólo podían asignársele \$ 170.000 para los primeros, como sí se hizo para los 15 restantes..."

"...Por medio de la Resolución 1786 de 5 de abril de 1974, se prorrogó por 30 días la comisión conferida por la 1695 de 3 del mismo mes y año y se fijaron viáticos a razón de \$ 200.00 diarios..."

"...Por medio de la Resolución 2616 de 3 de junio de 1974, se decretó comisión a Ibarra por 30 días en la ciudad de Bucaramanga y se le fijaron viáticos diarios de \$ 250.00, cuando, según la orgánica sólo podían fijársele de \$ 200.00 por día. Estos viáticos se hicieron efectivos..."

"...Por medio de la Resolución 3502 de 5 de agosto de 1974, se decretó comisión a Ibarra por 30 días para que se encargara de la Auditoría Fiscal ante la Aduana Nacional de Tumaco y se le fijaron viáticos de \$ 250.00 diarios, los cuales hizo efectivos, cuando sólo podían fijársele de \$ 200.00 por día..."

"...Tanto la Resolución orgánica número 2261 de 24 de marzo de 1972, como todas aquéllas por medio de las cuales se decretaron comisiones y viáticos a Orlando Ibarra Madrid, llevan la firma de Julio Enrique Escallón Ordóñez, como Contralor General de la República. Las Resoluciones 314 y 571 de 30 de enero y 5 de febrero de 1974, llevan la firma de Héctor David Name Terán como Secretario General de ese Despacho. Las demás, la de Bolívar Alberto Acosta, como desempeñando este último cargo..."

"...Consta en el expediente que Orlando Ibarra Madrid por concepto de mayor valor que había recibido de viáticos decretados por las Resoluciones 2616 y 3502, reintegró la suma de \$ 2.700.00 el día 13 de junio de 1975, es decir, con posterioridad a la Visita Especial practicada por el Visitador Adscrito a la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, la cual tuvo lugar el 7 de marzo de ese mismo año (folios 30, 324). También verificó otros reintegros por la suma total de \$ 900.00 (folios 325, 326)..."

2. El cuerpo del delito de Falsedad:

a) Respetto de la señorita Moreno:

El auto de proceder particulariza uno de los cargos por falsedad que se formula al Contralor Escallón en el hecho de que éste, mediante Re-

solución número 02149 de 30 de abril de 1974, hubiese señalado a Cali como lugar donde debía cumplir la comisión la sub Auditora, cuando ha debido indicar a Palmira, que era donde realmente debía cumplirse:

"...Según ya se anotó, por la 02142 se comisionó a la empleada Moreno Osorio para trasladarse a Palmira con el fin de que 'analice en forma detallada el funcionamiento contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas número 18 con sede en la citada ciudad', fijándose en ella misma como viáticos la cantidad de \$ 250.00 por cada día. Allí mismo se dispuso como término para tal comisión el 'comprendido entre el 1º y el 31 del mes de mayo'. Pero ocurrió que habiendo sido dictada esa Resolución el 30 de abril de 1974, seis días más tarde, por Resolución 02149, se dispuso: 'Aclárase la Resolución número 02142 de abril 30 de 1974, en el sentido de que la comisión conferida a la señorita Amparo Moreno Osorio, sub Auditora VII de la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional es para la ciudad de Cali y no a Palmira como allí se dijo'..."

"...Consta en el expediente, según ya se indicó, que el Distrito de Obras Públicas número 18 tiene su sede en la ciudad de Palmira (folio 95) y que 'la ciudad de Cali, no es ni sede del Distrito número 18 ni de seccional dentro del mismo Distrito' (fl. 96)..."

"...Esta circunstancia de lugar, en cuanto a la ciudad sede del Distrito de Obras Públicas número 18, que venía desde tiempos muy anteriores, no podía ser ignorada por el doctor Escallón Ordóñez quien, desde el 22 de enero de 1971 ejercía las funciones de Contralor General de la República (folios 80 y 81), puesto que entre las del Despacho a su cargo se encontraba y encuentra la de auditar tales Distritos de Conservación. Tan cierto es lo anterior, que en la primera de las resoluciones a las cuales se viene haciendo referencia, fue la ciudad de Palmira, es decir, la que real y verdaderamente es sede de tal Distrito la fijada para el cumplimiento de la comisión conferida..."

b) Respecto de Ibarra Madrid:

El auto de proceder ejemplariza el cargo por falsedad que se formula al Contralor Escallón, en el hecho de que éste mediante Resolución número 03502 de 5 de abril de 1974, reconociera a Ibarra Madrid la suma de \$ 6.000.00 por concepto de viáticos, correspondientes a veinticuatro (24) días por comisión cumplida por el empleado en la ciudad de Pasto cuando, como consta

debidamente, éste nunca estuvo en esa ciudad cumpliendo comisión alguna:

"...Se ha demostrado hasta la saciedad, según atrás se dejó plenamente establecido, aun con el testimonio juramentado del propio Ibarra Madrid, que éste nunca estuvo en la ciudad de Pasto cumpliendo comisión alguna (folios 91, siguientes). Mas a pesar de lo inmediatamente anterior, al folio 309 aparece el respectivo comprobante de pago correspondiente a esos viáticos y la suma le fue girada telegráficamente el día 20 de agosto de 1974 (folio 310)..."

"...Entonces, en el artículo 2º transcrito de esa Resolución 03502, se incurrió en un documento público, por los autores de éste, en una falsedad de las llamadas ideológica o intelectual, 'que consiste en hacer aseveraciones contrarias a la verdad y productoras de efectos jurídicos', falsedad que se encuentra contemplada en el ordinal 4º del artículo 231 del Código Penal..."

"...Y es que la Resolución 03502 de 1974, en cuanto aseveró que Ibarra Madrid había estado durante 24 días en la ciudad de Pasto, aseveración con fundamento en la cual se le reconocieron y pagaron \$ 6.000.00, por concepto de viáticos, contiene una alteración de la verdad no inocua, sino llamada a producir efectos jurídicos, como en ella misma se reconoció, o sea el de fijar viáticos que puntualmente fueron cubiertos. De manera que esa falsedad allí contenida produjo su efecto ya que con base en ella, se repite, se decretaron e hicieron efectivos los viáticos por la suma ya indicada..."

"...Y, el Contralor Escallón Ordóñez, no podía ignorar que esa visita a la ciudad de Pasto, no había tenido origen ninguno, puesto que no había proferido resolución que confiriera tal comisión. Y, tanto menos podía ignorarlo, cuanto que está acreditado que el presunto comisionado, Ibarra Madrid era su cuñado, toda vez que estaba casado con una hermana de aquél, la señora Rosa Amalia Escallón..."

3. Las pruebas practicadas durante la etapa probatoria del juicio:

No se practicó prueba alguna en el proceso por las comisiones a Amparo Moreno Osorio.

En el proceso por comisiones a Ibarra Madrid, la Corte recibió declaraciones juradas a Jaime Ortiz Díaz y a Beatriz Quiñóñez de Ortiz, quienes manifestaron que no obstante ser cuñados el Contralor e Ibarra, éstos siempre se mantuvieron distanciados personal y familiarmente; se obtuvo constancia de la Contraloría en el sentido de que ni el procesado Escallón ni Ibarra Madrid tenían

pendientes por legalizar avances de viáticos por comisiones cumplidas, ni uno ni otro aparecía 'con glosas de formas y de fondo, por concepto de comisiones cumplidas... por cuanto no ejercieron funciones de manejo o cuentadantes a los cuales se les formula esa clase de observaciones'; se obtuvo constancia sobre fecha de ingreso, cargo, asignación mensual y otras circunstancias, como la de haber trabajado ininterrumpidamente desde su ingreso a la Contraloría, en relación con el señor Ibarra Madrid; se agregó al proceso, igualmente, constancias de los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá, conforme a las cuales en ninguno de tales despachos cursa o ha cursado proceso alguno contra Ibarra por el delito de peculado; se recibió declaración a Adolfo Morcillo ante el Consulado de Colombia en Quito, quien afirmó que por lo que a él consta, 'no ha habido una relación de intimidad entre el señor Ibarra y el doctor Escallón' y en el sentido de que 'el señor Orlando Ibarra trabajaba en la Contraloría desde el año 1965, ya que fue nombrado por el doctor Agustín Aljure siendo Contralor General de la República y... que cuando fue nombrado el doctor Escallón de Contralor General y antes cuando fue nombrado Contralor General Auxiliar ya el señor Ibarra estaba trabajando en las dependencias de la Contraloría'; por último, se practicó avalúo pericial sobre los perjuicios ocasionados a la Nación en este caso, que, según los peritos Alfonso Garzón Chacón y Félix H. Betancur, ascendieron a la suma de \$ 77.550.00 'por razón de viáticos no justificados y asignados al señor Orlando Ibarra Madrid'.

4. Las tesis expuestas por la Defensa durante el desarrollo de los debates orales de la Audiencia Pública.

Ya se han dejado transcritos atrás los argumentos expuestos por la defensa para concluir que el Contralor Escallón no puede ser responsabilizado de las falsedades que pudieron presentarse en las resoluciones de reconocimiento de viáticos (que se producen automáticamente, luego de acompañarse a las cuentas los documentos en los que el reconocimiento se funda), ni, por análogas consideraciones, responsabilizado, tampoco, del delito de peculado.

A tales transcripciones y a lo que sobre el particular dijo el propio procesado se remite la Sala en esta ocasión, para evitar la innecesaria repetición de tales argumentaciones.

5. Consideraciones de la Corte:

a) Respecto de los delitos de peculado:

El exceso pagado a la señorita Moreno y al señor Ibarra Madrid, por concepto de viáticos,

que, desde luego era delictuoso a la luz de las disposiciones de la Resolución número 2261 de 1972 quedó comprendido, sin embargo, dentro de la suma legalmente autorizada por tal concepto en el Decreto número 2928 de 28 de diciembre de 1978, actualmente vigente; luego, el valor de los viáticos reconocidos que en su oportunidad fue considerada actividad ilícita en relación con el pago que excedía la cantidad reglamentaria, no puede seguir considerándose de igual modo frente a la norma posterior, conforme a la cual la cantidad pagada, veinticinco pesos (\$ 25.00) diarios es inferior a la que puede reconocerse reglamentariamente en la actualidad como ya se dejó ampliamente analizado al estudiar en este proceso el caso relativo a los viáticos cubiertos a Campuzano Cruz y, antes, en los seguidos a los Gobernadores de Risaralda y de Caldas,

b) Respecto del delito de falsedad:

No puede declararse plenamente demostrado en el proceso que el Contralor Escallón profiriera las resoluciones de comisión con conocimiento de que éstas no iban a cumplirse, ni afirmarse, tampoco, que luego profiriera las de reconocimiento de viáticos con la certidumbre de que las comisiones respectivas no habían sido realmente cumplidas, presupuestos sobre los cuales se fundan los cargos por falsedad y por peculado.

En cuanto a las resoluciones de comisión, de una parte, resulta jurídicamente inaceptable la configuración del delito de falsedad; no hay, en efecto, delito en la indicación de hechos o circunstancias futuras, sino en la afirmación de los que se dice que han ocurrido o que ocurren actualmente, por manera que en este aspecto no puede imputarse al procesado la comisión del delito de falsedad consistente en que hubiese dispuesto comisiones a lugares diferentes de aquéllos en los que las comisiones debían cumplirse o a lugares donde debían serlo, pero sin que las comisiones hubiesen sido cumplidas; la falsedad, tanto ideológica como material, no puede cometerse sino mediante actos que contrarían a los que existen, o existían al menos, al momento de afirmarse el hecho falso, de modo que si a la orden para que se cumpla un hecho o una actividad futuras, no puede contraponerse uno que ya ha pasado o que está ocurriendo y no pueden confrontarse uno y otro hechos, tampoco es posible, en consecuencia, afirmar que aquél no corresponde a éste y que es, de consiguiente, falso.

En cuanto a las resoluciones de reconocimiento de los viáticos por cumplimiento de las comisiones, no existe, de otra parte, prueba plena o com-

pleta de que el procesado Escallón las hubiese proferido sabiendo de antemano que no habían sido cumplidas por los comisionados; abundante prueba documental y testimonial indica, por el contrario, que el Contralor suscribió tales resoluciones con fundamento y como resultado de la documentación que en cada caso le fue presentada para acreditar debidamente la comisión y con el lleno aparente de los requisitos previos establecidos para el reconocimiento del gasto.

El Contralor, en efecto, no certifica directamente que el comisionado cumplió la comisión, sino que es determinado a ello por las que sobre su cumplimiento le son presentadas, lo que, en suma, significa que es al reconocimiento de los viáticos y no al cumplimiento de la comisión, a lo que queda reducida la actividad del Contralor en ese evento.

Si hay falsedad o peculado o ambas infracciones a la vez, ellas no pueden imputarse al Contralor cuando, como en este caso, existe prueba abundante en el sentido de que se limitó a reconocer unos viáticos que correspondían exactamente a los indicados por otros funcionarios o en los documentos que le fueron previamente entregados con ese objeto, salvo que pudiera demostrarse debidamente y ya no puede hacerse, que el Contralor determinó a sus subalternos para que incurrieran en la falsedad o que concurrió con ellos a cometerla.

Tanto en el caso de Amparo Moreno Osorio, como en el de Orlando Ibarra Madrid, las resoluciones de reconocimiento de viáticos se profieren por el Contralor con apoyo en documentos que demuestran falsamente el cumplimiento de las comisiones correspondientes, o fueron proyectadas por empleados diferentes al propio Contralor o fueron suscritas por éste sobre la base de informes falsos o equivocados, es decir, sin que pueda afirmarse, más allá de toda duda razonable, que el procesado Escallón las profirió con conocimiento de su falsedad y con el propósito de favorecer a sus subalternos; la prueba indicaría que permitió imputarle los hechos en los autos de proceder correspondientes, ha sido gravemente debilitada, además, en la etapa probatoria del juicio, incluso respecto de su cuñado Orlando Ibarra Madrid como acaba de verse en el análisis hecho sobre el contenido de las pruebas respectivas:

“...El suscrito Secretario General de la Contraloría,

Hace Constar:

Que la señorita Amparo Moreno Osorio, sub Auditor VII de la Auditoría General ante el Mi-

nisterio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional, cumplió a cabalidad la comisión conferida por Resolución número 02142 del 30 de abril del presente año, 02149 de mayo 6 de 1974. (fdo.) Bolívar Alberto Acosta - Secretario General...”.

Al folio 311 se encuentra el siguiente documento:...

“...El suscrito Secretario General de la Contraloría,

Hace Constar:

Que la señorita Amparo Moreno Osorio, sub Auditor VII de la Auditoría General ante el Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial Nacional, cumplió a cabalidad la comisión conferida por Resolución número 02536 del 31 de mayo de 1974. (fdo.) Bolívar Alberto Acosta - Secretario General...”.

“De acuerdo con los documentos anteriores, el Secretario General de la Contraloría General de la República, señor Bolívar Alberto Acosta, hace constar que la señorita Moreno Osorio, ‘cumplió a cabalidad’ las comisiones que le fueron conferidas por medio de las resoluciones indicadas en ellos, o sea en las ciudades de Cali y Cartagena...”.

“...Además, el folio 112 de este proceso está constituido por una comunicación de fecha 3 de junio de 1974, por medio de la cual, Amparo Moreno Osorio, en su carácter de sub Auditor VII ante el Ministerio de Obras Públicas y Fondo Vial le informa oficialmente al señor Jefe de la División de Auditorías — Sector Transportes y Comunicaciones— de la Contraloría General de la República, ‘En cumplimiento a la comisión conferida por medio de la Resolución número 02142 del 30 de abril de 1974, me permito informar al señor Jefe de la División que me trasladé a la ciudad de Cali donde realicé las siguientes diligencias:...' y, a continuación da cuenta de cuáles fueron ellas (Cfr. fl. 276)...”.

“...Y, el folio 111 lo constituye un ‘informe comisión en Cartagena’, fechado el 3 de julio de 1974, por medio del cual la misma señorita Moreno Osorio, en su carácter ya indicado, se dirige al Jefe de la División de Transportes y Comunicaciones encabezando dicha comunicación así: ‘Cumplido con el deber de informar a esa División, sobre los resultados de la comisión que me fuera conferida por Resolución número 2536 de fecha 31 de mayo del corriente año, para practicar inspección sobre el funcionamiento Contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas número 3 de la ciudad de Cartagena, diligencia que llevé a cabo entre el 1º y el 30 del mes de

junio...'. Luego da cuenta de cuáles fueron las diligencias llevadas a término (Cfr. fl. 277...)'".

"...En este aparte cabe agregar que a los folios 113 y siguientes se encuentra otra comunicación dirigida por la misma señorita Moreno Osorio, el 7 de mayo de 1974, al Jefe de la División de Transportes y comunicaciones, la cual encabeza así: 'En atención a la comisión conferida por Resolución número 01340 de 26 de marzo pasado, para que analizara en forma detallada el funcionamiento Contable y de Almacenes en el Distrito de Obras Públicas número 1 de la ciudad de Medellín, tengo el agrado de informar a usted sobre los labores a mí encomendadas:...'". En seguida detalla cuáles fueron sus actividades sobre ese particular a ella confiado..."

"....."

"...Preguntado: Sírvase decirnos, ¿quién proyectó la Resolución 03502 vista al folio 116? Contestó: (se le pone de presente la citada Resolución)? (sic) Contestó: 'La resolución fue proyectada por mí'. Preguntado: Sírvase decirnos, ¿para usted proyectar una resolución qué requisitos debe tener en cuenta? Contestó: 'Lógicamente el señor Ibarra me llamaba telefónicamente para preguntarme y solicitarme sobre el estado de las resoluciones respectivas; yo averiguaba en la División respectiva o sea de Finanzas Públicas quienes me manifestaban que ya habían proyectado en caso afirmativo, así se lo comunicaba al señor Ibarra, diciéndole que había necesidad de esperarse a que tuvieran el trámite correspondiente, en caso negativo le comunicaba a la División que yo me encargaba de proyectar y tramitar estas resoluciones?...'"

Esto, aparte, quedó acreditado debidamente que el empleado Ibarra había ingresado a la Contraloría antes que el Contralor Escallón y permanecido y ascendido en ella, luego de haber dejado de ser Contralor el procesado Escallón; y acreditado, igualmente, que durante el tiempo en que uno y otro estuvieron en esa dependencia, las relaciones personales y familiares entre ambos no fueron ni íntimas, ni estrechas.

Ampliando lo expresado en las doctrinas que anteceden cabe manifestar que, aunque aún no se ha establecido una opinión unánime en esta materia, sí puede considerarse aceptado por la inmensa mayoría de los tratadistas la afirmación básica de que por "ley penal" no debe entenderse tan solo el conjunto de normas contenidas en el Código Penal sino todas las disposiciones de los restantes ordenamientos jurídicos que tengan relación directa con aquéllas, es decir, como ex-

presa algún autor (Mezger), "el total estado jurídico en el que descansa la punibilidad".

No han faltado quienes pretendan introducir restricciones en la aplicación tanto temporal como por razón del contenido mismo de las normas a la regla expresada.

Así, algunos dicen que no hay lugar a la aplicación de las disposiciones extrapenales cuando no modifican el tipo abstracto de una infracción penal, bien sea en sus elementos básicos ora en sus circunstancias integradoras del tipo.

Por ejemplo, solo podía aplicarse una norma civil al tipo de corrupción de menores si alterara la edad del sujeto pasivo.

De otro lado también se ha dicho que solo pueden tomarse en cuenta las modificaciones establecidas por leyes distintas a la penal cuando al entrar en vigencia, aún le fuera posible al sujeto activo de la conducta examinada ejecutar el acto que se considera delictuoso, por ejemplo, si se trata de un funcionario público, cuando todavía ejerce el cargo en cuyo ejercicio cometió el delito.

O bien, se exige que el proceso aún no haya terminado, es decir, que antes de pronunciarse sentencia definitiva haya ocurrido la modificación extrapenal del tipo o de sus componentes principales.

Ciertamente esta última limitación es muy conveniente ya que, cuando la sentencia condenatoria se encuentra en firme, solo cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, que requiere la supresión total del carácter delictuoso de un hecho, esto es, que desaparezca, en abstracto, como delito.

Pero no parecen atendibles las otras exigencias, en particular la que pretende que se modifique la figura abstracta del ilícito, es decir, el tipo del delito.

El "estado jurídico" que se deja mencionado comprende, según algunos autores (Mezger, entre ellos), tanto la norma objetiva de derecho, esto es, el juicio de valoración sobre determinadas conductas y estados para determinar el objeto de la protección como la norma protectora, esto es, la ley penal en sentido estricto. O sea, que se produce una atenuación en el estado jurídico, no solo cuando se modifican favorablemente al reo las disposiciones pertenecientes a esta última sino también cuando sufren variaciones las primeras, porque esto significa que el legislador ya no considera que debe castigarse determinada violación del orden normativo cultural o que la sanción debe ser menor por haber

disminuido la gravedad de la lesión a dicho ordenamiento.

Y si esto último es lo que ocurre con mayor frecuencia, no se ve el motivo para que haya de limitarse la aplicación retroactiva de esa nueva valoración al caso en que el sujeto activo de la conducta, que se ha considerado punible y se sigue valorando como tal pero se le atribuye una gravedad menor, esté aun en la posibilidad de ejecutar nuevamente ese mismo comportamiento.

Solo por respeto a la cosa juzgada debe establecerse como límite para esa aplicabilidad retroactiva de las normas extrapenales más favorables el de que ya se haya pronunciado sentencia en firme porque, de lo contrario, desaparecería la estabilidad de la cosa juzgada.

V. *Proceso número 21937 (caso de Cárdenas Castro), por el delito de cohecho:*

1. En el auto de proceder se estima demostrada la existencia del delito, fundamentalmente, con base en la siguiente motivación:

“.....”

“...El testimonio de Cárdenas Castro, tiene el valor de testigo apto para apoyar un llamamiento a juicio. Indica de modo preciso que Escallón Ordóñez, Escrucería, Sánchez Molano y él, estuvieron de acuerdo en obtener y producir mediante considerable suma de dinero un nombramiento en la Auditoría de Ecominas. Esta dependencia no necesitaba de esa promoción, ni Sánchez Molano, por sus méritos, debía ser el beneficiado. Es más, de pensarse en el ejercicio legítimo de ese nuevo cargo, podía representarle cierto perjuicio. Y sin embargo, la designación se produjo venciendo no pocos obstáculos...”

“...Por la fuerza que este testimonio representa, el de Cárdenas Castro, se ha intentado su desvalorización. El apoderado de Escallón Ordóñez dirigió su argumentación a este logro, y trató de refutar cada uno de los aspectos que podían aparecer como serio y atendible soporte del mismo. El enfoque es evidente y de muy fácil presentación: si se cree a Cárdenas Castro, el enjuiciamiento de Escallón Ordóñez es algo indefectible. Si se le repudia, la situación de éste gana favorabilidad. Pero ya se ha visto, las reflexiones y réplicas del apoderado de Escallón Ordóñez, no alcanzan este cometido. Cárdenas Castro, en sus incriminaciones, continúa firme, sólido y creíble. Es más, al sopesar la serie de críticas que se dirigen a su descrédito, resurgen sus calidades con más peso y efecto...”

“...Pero a más de esto, el testimonio de Cárdenas Castro ofrece aspectos complementarios que, al resultar probados y correlacionarse con la conducta imputada a Escallón Ordóñez, adquieren un valor independiente de indicios...”

Aparte de ese testimonio, se señalan las siguientes consideraciones para apoyar el auto de proceder:

“...1. No puede negarse, después de lo que este proceso indica y lo que informan otras investigaciones que han concluido en enjuiciamientos para Escallón Ordóñez, que su dependencia no era modelo de virtudes ni su actividad oficial paradigma de rectitud y moralidad...”

“.....”

“...2. Las fechas en que Cárdenas dice haber recibido dinero de Sánchez son las que aparecen en su libreta de retiros en el Banco de Colombia, sección de ahorros...”

“.....”

“...3. La precisión de los detalles que suministra Cárdenas Castro, no se compadecen sino con una situación de realidad. Son tantos, tan propios a diferentes tiempos y personas que, sobre los mismos, no puede tener un dominio total y a *posteriori*...”

“.....”

“...4. Ya se destacó la relación que, espontáneamente, se da entre las siguientes cifras y conductas: Sánchez Molano retiró ciento dos mil pesos (\$ 102.000.00). Cárdenas acepta que recibió cien mil pesos (\$ 100.000.00) y los pasó a Escrucería. Después Cárdenas supo de la devolución de esta suma y la entrega, por parte de Escrucería a Sánchez, de treinta mil pesos. Pues bien, Escallón Ordóñez aparece cubriendo un ‘préstamo’ a Escrucería en cuantía de ochenta y cinco mil pesos (\$ 85.000.00) y Sánchez Molano intenta la recuperación de setenta y dos mil pesos (\$ 72.000.00)...”

“.....”

“...5. El préstamo por ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000.00), a que aluden Escrucería y Escallón Ordóñez, con el cual quieren confundir la figuración de esos cien mil pesos (\$ 100.000.00) debidos a otro origen, no deja de exhibir aspectos de sumo interés. La Procuraduría Delegada los destacó en su concepto y con-

cretó la eficacia incriminadora de este factor indiciario...”.

“.....”.

“...6. No obstante que la zona esmeraldífera se encontraba cerrada desde julio de 1974, como lo informa Escallón Ordóñez, a folio 117 cuaderno número 2, y que ‘solamente se hace presente allá la Contraloría cuando conjuntamente la parte administrativa y el Comando Militar lo solicitan’, no fue esto óbice para hacer la designación de Sánchez Molano, sin que lo solicitara él o su jefe, o fuera un traslado entre Auditorías...”.

“.....”.

“...7. Cárdenas Castro enfatiza que varias ocasiones estuvo en la residencia particular de Escallón Ordóñez, al principio en compañía de Escrucería, cuando el acuerdo se cumplía sin mayores contratiempos, y luego sólo cuando tuvo que afrontar los problemas surgidos, esto es, la inmovilización de Sánchez Castro en Bogotá, como Auditor de Ecominas, y la no devolución del dinero entregado por esta designación, que debía proyectarse, de modo principal, en comisiones a la zona esmeraldífera. Esta situación se invoca como factor indiciario, como algo que da mayor veracidad a su testificación. En verdad, esto repercute en ese sentido, pero su significación no alcanza perfiles mayores ni es elemento decisivo para atender los términos y efectos de la posición que asume Cárdenas. Este cita a más de una persona como perceptoras de su presencia allí (Cecilio Cortés Maal, María Elena Bustos de Cárdenas, su esposa, y Carmen Rosalba Bustos de Navarrete, su cuñada —folio 236 cuaderno número 1, 70, cuaderno número 2 y 77, cuaderno número 2—). Tal vez la pobreza de esta demostración lejos de demeritar su dicho puede ofrecer un factor positivo de interpretación...”.

“.....”.

“...8. Ya se aludió a la personalidad de Escallón Ordóñez y Escrucería. Sobre este último valga decir que se confiesa, a folio 162 cuaderno número 2, con negocios permanentes, ‘claro está haciendo evasión al fisco nacional, de los correspondientes impuestos, de exportación de cemento’ y llega, ante la impávida contemplación del tolerante Juez que dirigió esa etapa de instrucción del proceso de Sánchez contra Cárdenas, doctor Luis E. Naranjo T., a comentar que en

el preciso momento en que rinde indagatoria se está realizando un contrabando de esa índole...”.

2. La tesis expuesta por la defensa durante el desarrollo de la audiencia pública:

“... Como se ve en el auto de proceder del 19 de agosto de 1976, se incrimina al ex Contralor por haber adecuado su conducta al tipo del artículo 160 del Código Penal. Consistiría el cohecho en haber efectuado una venta de la autoridad por la suma de cien mil pesos entregados por Guillermo León Sánchez Molano a José Alfonso Cárdenas Castro, para que éste los entregara a su vez a Alberto Escrucería, quien en definitiva, debía llevárselos al doctor Escallón Ordóñez. Todo para que fuera nombrado Sánchez Molano, Auditor de Ecominas...”.

“... El auto de proceder se funda exclusivamente en la atestación de Cárdenas Castro, quien se convierte así en testigo único. Pero resulta que este testigo único tiene condiciones amoraes e inmorales que lo demeritan por completo, fuera de que la naturalza de su declaración impide aceptarla de acuerdo con las reglas críticas del testimonio...”.

“... En efecto, es tal el número de detalles que cita después de seis meses de haber sido exigido penalmente por la justicia, que la declaración se pierde en los mismos hechos mínimos que va refiriendo. Nadie, después de ese tiempo es capaz de citar todo lo que el testigo expresa, como no sea mediante una preparación que más tiene de vindicativo que de colaboracionista. Además, en la parte final, de declarante se convierte en denunciante, y lo que es peor, en perseguidor del ex Contralor, pues pide se investigue el supuesto enriquecimiento de éste, para él inexplicable, como lo sería para cualquiera...”.

“... Independientemente de lo anterior, en el mismo auto de proceder se le hacen críticas que, si bien permiten el enjuiciamiento, no alcanzan a constituir la plena prueba para la condenación. Dice el auto que se trata de una declaración confesión espontánea, lo cual no es cierto porque fue precisada por la detención que se le dictó como sindicado por otro delito, como fue el de estafa...”.

“... El auto afirma que se trata de un bigamo (página 15), que es tahur (página 28), que ha sido procesado penalmente (misma página 28), que no dice siempre la verdad (ibídem) y que es coautor del cohecho denunciado por él. Esto, por sí solo imposibilita aceptar judicialmente el testimonio, si se ha de acoger lo dispuesto por el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal...”.

“...Independientemente de lo anterior, se trata de una persona moralmente inhábil para que se le crea porque, según documentos que se acompañan a este escrito y que fueron leídos en la audiencia pública, Cárdenas Castro está detenido en Lima (Perú), bajo la sindicación de traficar con estupefacientes. Porta una cédula de ciudadanía falsa y entró a ese país con un pasaporte igualmente falso como lo acreditan los documentos públicos correspondientes...”

“...En estas condiciones el testigo único carece de credibilidad, fuera de que hay otras circunstancias menores que confirman sus intrigas, sus sentimientos hostiles al ex Contralor Escallón y su afán de enredarlo en la sindicación que le formulara...”

3. Consideraciones de la Corte:

No hay prueba o diligencia alguna que enlace las afirmaciones, maniobras y componendas que se dicen llevadas a término entre los hermanos Escrucería y Cárdenas Castro, referentes a la compra del cargo en las Minas de Muzo y Coscuez, que pudieron o no haber ocurrido con participación del procesado Escallón, y la actividad personal de éste, respecto de quien no existe fundamento probatorio atendible que permita imputarle las gestiones e interés que le habían atribuido quienes se decían sus intermediarios, esto es, que si bien es cierto que Samuel Alberto Escrucería, según dice Cárdenas, recibió en el hotel San Francisco el dinero que debía dar al Contralor para la compra del cargo, no existe plena prueba de que Escrucería actuaba por instrucciones del Contralor, de suerte que pudo ocurrir que aquél, valiéndose de su amistad e influencia en la Contraloría General, se aprovechara del conocimiento de su funcionamiento para simular que actuaba en lugar y nombre del procesado Escallón; todo lo que se atribuye al Contralor pudo haberse realizado sin conocimiento ni consentimiento suyo o, como también se afirma, por encargo de éste a Escrucería como su intermediario; pero no hay mérito legal para afirmar lo último y dadas las condiciones probatorias examinadas, tampoco lo primero.

Finalmente, los hechos tenidos en cuenta por la Corte al proferir el auto de proceder, si bien pudieron considerarse entonces como factores indiciarios, no tienen hoy el poder y el vigor de la prueba llamada plena o completa requerida para dictar sentencia condenatoria en materia criminal; en consecuencia, existe duda, ya imposible de eliminar, que debe resolverse a favor del procesado.

VI. Proceso número 22549 (por abuso de autoridad):

1. En el auto de proceder el cargo que se hace al Contralor, por el delito de abuso de autoridad, se apoya, básicamente, en la siguiente motivación:

“...La actividad de la Procuraduría para obtener la efectividad del pago de la multa impuesta al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, por valor de quinientos pesos (\$ 500.00), resultó fallida porque el Pagador General de la Contraloría, señor Oscar Luna Gómez, no pudo efectuar el descuento correspondiente. El motivo para no hacerlo se concreta, en síntesis, en la ilícita intervención del procesado quien en un principio invocó la falta de ejecutoria de la resolución disciplinaria, pues estaba pendiente un recurso ante el Consejo de Estado, y luego la orden perentoria y obligante, como supremo ordenador en la institución, de no autorizar tal descuento, quedando burlada así la medida disciplinaria...”

“...Para la mayoría de la Sala la conducta del doctor Escallón Ordóñez, tiene que considerarse como constitutiva del delito descrito y sancionado en el artículo 171 del Código Penal, calificación que recomienda el Procurador 1º Delegado. Constituye apreciación inobjetable señalar que solo al Contralor Escallón Ordóñez, se debió el que no hiciera efectiva esa multa, para lo cual se valió, como remate de sus argucias, de una orden que compelia a su subalterno a actuar conforme a sus exigencias. De él partió la iniciativa de oponerse a la Procuraduría, oposición que mantuvo durante buen tiempo con supuestas y engañosas razones jurídicas hasta llegar al mandato imperioso que terminó por eliminar la libre acción de Oscar Gómez Luna. No puede decirse, porque el proceso no lo permite, que el citado Oscar Luna Gómez, *motu proprio*, actuara en sentido adverso a la pretensión de la Procuraduría. A medida que ésta intervino requiriendo y conminando, a ese mismo paso obró el Pagador General de la Contraloría, hasta informar que estaba impedido en el ejercicio de sus normales funciones por imposición absolutamente invencible de su superior jerárquico...”

“...El comportamiento de Escallón Ordóñez y Oscar Luna Gómez, debe mirarse plenamente, en todo su desarrollo, con sus perfiles y consecuencias, para evitar engañosas apariencias jurídicas que desvían el exacto encuadramiento penal que merece la conducta de aquél. De esta observación, que no se queda en las primeras acciones sino que alcanza, de modo especial, el final de la actuación, se deduce meridianamente que

ésta no se reduce a lo que su apoderado dice de ella o sea que 'únicamente eludió pagarla con meros recursos dilatorios y, si se quiere, con fáciles mentiras'; y menos a lo que destaca la ponencia desatendida por la Mayoría de la Sala; que el oficio 975785 de 25 de agosto de 1975, no constituye una orden en su aceptación verdadera; que Escallón Ordóñez, apenas demostró un personal empeño o persistente negativa a aceptar el descuento; que los medios empleados a este fin se presentan como inidóneos para determinar al Pagador General a no efectuar el descuento solicitado; que la acción punible no surgió porque Escallón Ordóñez, no rehuyó visar la nómina; que 'al ex Contralor no se se le puede hacer responsable de la falta de carácter de su empleado, quien no tuvo la entereza de presentarle, para su firma o autorización, la nómina con el descuento del caso'...

2. Las pruebas practicadas durante la etapa probatoria del juicio:

Durante la etapa probatoria se recibió declaración a Bolívar Alberto Acosta, Secretario que fue de la Contraloría para la fecha de los hechos del proceso, quien afirma que, en principio, el Contralor Escallón, solicitó al Pagador que no le descontara el valor de la multa que le había sido impuesta por la Procuraduría, por hallarse demandada ante el Consejo de Estado la resolución correspondiente pero que, luego, como el Juzgado de Ejecuciones Fiscales adelantaba la acción correspondiente para hacerla efectiva, concurrió a esa oficina y canceló su valor, siendo informado allí mismo que, como consecuencia del pago, "el expediente sería archivado definitivamente", se recibieron igualmente copias autenticadas de la actuación cumplida en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, que culminó con el pago de su valor y con el archivo del expediente, de la actuación adelantada por el apoderado del procesado de Escallón en relación con el proceso de nulidad ante el Consejo de Estado y de la actuación cumplida en este Organismo respecto del tal demanda, que no fue admitida y contra la cual se interpuso el recurso de súplica, que fue negado, con salvedades de votos.

3. Las tesis expuestas por la Defensa en la audiencia:

"...El Procurador General de la Nación se apoyó para confirmar la multa de quinientos pesos impuesta al doctor Escallón Ordóñez, en el artículo 5º del Decreto 2898 de 1953, que facultaba al Procurador para imponer esa clase de sanciones. Pero resulta que esa norma fue expresamente derogada por el artículo 30 de la Ley 25 de

1974, orgánica de la Procuraduría. El Procurador cita también esta ley para reafirmar su competencia, pero pasó por alto el artículo 30 que le quitaba la facultad sancionatoria en el caso de funcionarios como el Contralor. También se apoya la resolución de multa en el artículo 9º del Decreto 2400 de 1968, pero esta disposición no contiene ninguna facultad para sancionar, pues se limita a decir que las multas deben tener una destinación específica..."

"...Además, el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa se dirigió al Tesoro de la Contraloría para obligarlo a descontar de la nómina los quinientos pesos de multa impuestos al doctor Escallón Ordóñez. Estos oficios son arbitrarios, implican por lo menos un abuso de autoridad de acuerdo con el artículo 170 del Código, pues se fundan en el ordinal b) del artículo 94 del Decreto 1898 de 1969 para ordenar el descuento. Pero esta disposición, que hace parte de un cuerpo de normas reglamentarias del Decreto 3135 de 1968, no contiene facultad alguna para ordenar esa deducción. En efecto, dice el ordinal en que se fundan los oficios del delegado: 'Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente:... d) a satisfacer el valor de sanciones pecuniarias impuestas al empleado oficial, con sujeción a los procedimientos que regulan esta especie de sanción disciplinaria'..."

"...El ordinal citado contiene apenas una autorización para los pagadores y tesoreros, lo cual significa que son ellos los depositarios de esa facultad y que nadie puede obligarlos a cumplir cosas como las que quiso el delegado de la Procuraduría..."

"...En otros términos, la resolución de sanción era un acto delictivo por sí mismo y no podía exigirse su cumplimiento de ninguna manera. Consideración que basta para eliminar toda atribución punible. Por lo tanto sobran indagaciones sobre la procedencia de las órdenes, sobre el numeral 1º del artículo 25 del Código, sobre el numeral 1º del artículo 23, que se refieren a la determinación delictiva, por las razones que quedan expresadas..."

4. Consideraciones de la Corte:

Sustancialmente, el cargo al Contralor, se funda en la consideración de que estaba legalmente obligado a aceptar y a ordenar el descuento en su nómina, de la suma de quinientos pesos (\$500) correspondiente a la multa que le había sido impuesta por la Procuraduría General de la Nación,

suscribiendo con ese propósito la deducción de esa cantidad de su sueldo, supuesto lo cual se concluye que hizo uso abusivo de sus funciones al negarse a reconocer tal deducción y al disponer que el pagador no incluyera el descuento ordenado.

La determinación estatal de elevar a la categoría de infracciones legales (delitos o contravenciones) aquellos modelos de comportamiento humano que considera lesivos de intereses jurídicos, dignos de tutela especial, así como la de señalar expresamente la naturaleza, calidad y cantidad de la sanción imponible, constituye acto indelegable de soberanía y concreción de su potestad punitiva.

Frente a ese poder sancionador del Estado, el ciudadano como su destinatario está sujeto a él por la fuerza coactiva de aquél, dispone para garantizar el efectivo cumplimiento de la pena irrogada; la relación que corre, entonces, entre Estado y destinatario de la ley penal no es la que se deriva de quien ejerce un derecho respecto de quien tiene el deber de cumplirlo, sino la de quien tiene el legítimo poder de imponer una sanción en relación con quien *es obligado* a cumplirla.

En este orden de ideas, el ciudadano legalmente condenado a una pena por delito o contravención, una vez agotados los recursos que la ley le ofrece como medios de defensa, debe acatarla; sin embargo, para lograr su eficacia definitiva, el propio Estado ha previsto los mecanismos legales que considera de mayor fuerza y son por consiguiente, menos resistibles y los emplea. Si la pena es privativa de la libertad, utiliza la fuerza pública para capturar a la persona cuya detención ha sido dispuesta y, aun contra su voluntad, la recluye en establecimiento carcelario; si es de carácter pecuniario, le da un plazo para depositar el monto fijado, vencido el cual sin que la decisión oficial se haya cumplido, utiliza otros mecanismos legalmente preestablecidos, como su conversión en arresto o su recaudo por la vía ejecutiva.

Si, pues, el condenado a pena pecuniaria se abstiene voluntariamente de satisfacer el valor de la multa, tal comportamiento no configura ilicitud penal; en ese evento, al Estado compete la utilización de los instrumentos legales pertinentes para el cabal cumplimiento de su decisión punitiva.

Por manera que cuando el procesado, en el presente caso, se negó al pago de la multa impuesta por la Procuraduría, mediante el sistema de descuento en nómina, no previsto expresamen-

te en la ley respecto de la contravención que se le imputó, no cometió delito alguno, porque no estaba jurídicamente obligado a satisfacerla. Su rebeldía determinó por parte del Estado-Administración el empleo de otros mecanismos para lograr el cumplimiento de esta pena, concretamente, el del proceso de ejecuciones fiscales a través del cual, efectivamente, logró tal finalidad.

Por lo demás, como consta en el proceso, la pretensión del procesado Escallón, tendiente a eludir el pago de la multa no causó perjuicio alguno, de ninguna naturaleza, ni a los otros empleados de la Contraloría, que rehicieron de inmediato la nómina excluyendo de ella al Contralor, ni a la entidad a cuyo favor había sido impuesta la sanción, la que, además de su valor, adquiriría el derecho a cobrar intereses moratorios desde la fecha de la ejecutoria de la resolución correspondiente, hasta la del pago.

En resumen, no existía norma legal alguna que impusiera al Contralor, so pena de incurrir en delito, la obligación de cubrir "voluntariamente" la multa que le había sido impuesta ni la de ordenar que le fuera descontada de su nómina, por lo que su negativa no fue acto arbitrario ni injusto contra nadie, ni ocasionó perjuicio de ninguna naturaleza, ni impidió, finalmente, el pago de la sanción.

.....

En conclusión, el procesado Julio Enrique Escallón Ordóñez, habrá de ser absuelto en relación con todos los cargos que le fueron imputados en los varios autos de proceder dictados en los procesos más tarde acumulados a que se refiere esta sentencia, respecto del proceso radicado bajo el número 21586 (caso del niño Villalba), por encontrarse plenamente demostrado que actuó dentro de las circunstancias de justificación del hecho señaladas en el ordinal 3º del artículo 25 del Código Penal; respecto de los procesos radicados bajo los números 21625 (caso de Carlos Alberto Campuzano Cruz), 21992 (caso de Amparo Moreno Osorio) y 22042 (caso de Orlando Ibarra Madrid), en cuanto al peculado, todos por causa de la existencia de ley posterior, más favorable, que quitó a los hechos el carácter delictuoso que se les había atribuido y en cuanto a la falsedad, en el caso de Campuzano Cruz por duda sobre la responsabilidad del procesado y en los demás por no haber cometido Escallón Ordóñez ese delito; respecto del proceso radicado bajo el número 21937 (caso de Cárdenas Castro), por aplicación del artículo 216 del Código de Procedi-

miento Penal, a causa de existir igualmente duda, ya imposible de eliminar, sobre la responsabilidad penal del procesado; y, finalmente, en cuanto al proceso radicado bajo el número 22549 (por abuso de autoridad), a causa de no ser delictuoso los hechos que en este proceso le fueron imputados.

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

Resuelve:

ABSOLVER, como absuelve al procesado Julio Enrique Escallón Ordóñez, de condiciones civiles conocidas de autos, de todos los cargos que le fueron imputados dentro de los procesos acumulados materia de esta sentencia, por las razones que se dejan expuestas en cada caso en la parte motiva de esta providencia.

Ordénase la inmediata libertad incondicional del procesado absuelto.

Notifíquese, cúmplase y archívese.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero, Ignacio Talero Losada. (Conjuez).

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

He aquí las razones que me impulsan a separarme en algunos aspectos del ilustrado criterio de la mayoría de mis compañeros de Sala, en relación con la sentencia que absuelve al doctor Escallón, de todos los delitos que se le imputaron.

A. Proceso número 21586.

1. Reconoció la mayoría de la Sala que el procesado obró en estado de necesidad —para salvar la vida o la salud gravemente amenazada del menor hijo de la señora de Villalba— cuando la autorizó para viajar a Boston y hacer posible de esa manera que pudiese estar junto a él durante el tratamiento clínico a que debía someterse en centro médico de esa ciudad.

2. Uno de los requisitos del estado de necesidad —como causal de justificación en la legislación penal colombiana—, es el de que el grave e

inminente peligro que amenaza al actor a un tercero en su persona, solo pueda ser eficazmente contrarrestado mediante el comportamiento formalmente antijurídico escogido por el agente. Necesario es, entonces, indagar si dadas las condiciones personales de los protagonistas y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, el actor pudo utilizar mecanismos ilícitos menos vulnerantes del interés jurídico afectado en cabeza de sujeto inocente o una vía lícita o jurídicamente indiferente con la necesaria aptitud para evitar o superar el peligro. Si la respuesta a esta indagación —que ha de hacerse con juicio *ex ante*— es afirmativa, es decir, si al actor le era exigible comportamiento diverso de aquel ilícito voluntariamente escogido para evitar el mal que amenazaba afectarlo a él a un tercero o mediante el cual causó daño al interés jurídico de persona inocente, no es dable reconocer en su favor estado de necesidad.

3. En el presente caso, el procesado pudo y, por consiguiente, debió utilizar vía distinta de la antijurídica que decidió seguir para hacer posible la presencia de la señora de Villalba al lado de su hijo enfermo; por ejemplo, la de la comisión de trabajo en el exterior legalmente concedida (que no optó realmente a pesar de su manifestación en contrario), o la de licencia no remunerada, que había utilizado con ella en los meses anteriores. El conocimiento de estas obras exigibles y lícitas soluciones al problema que se le planteaba no le era ajeno dada su condición de Contralor General de la República, con vasta experiencia administrativa y por eso le era ineludible utilizarlas; el no haberlo hecho así, y en cambio, al realizar directamente o por interpuestas personas comportamientos subsumibles en los tipos legales de peculado y falsedad documental —aun aceptando una finalidad humanitaria con conocimiento de su ilicitud y con voluntad antijurídica, forzoso es concluir que habría de responder por ellos penalmente.

4. Para corroborar la juridicidad de la conducta del procesado en este caso, la mayoría de la Sala invoca la discutible teoría mayeriana sobre las *normas de cultura* (que no constituye, por fortuna, la tendencia doctrinal contemporánea, pese a la afirmación contraria que se hace en la sentencia) y basándose en ella afirma que “la conducta presuntamente delictuosa, o sea, contraria a la ley penal, que no ofenda al norma de cultura que la informa, no es antijurídica, ni merece juicio de reproche”.

No comparto esta tesis. Adviértase, ante todo, que el concepto mismo de *normas de cultura* es

vago e impreciso (el propio Mayer nunca logró concretarlo), como que está nutrido de valores económicos, políticos, lingüísticos, religiosos, cívicos, raciales y éticos que a la postre cohesionan un conglomerado social pero que, al propio tiempo, varían al impulso de su propio dinamismo.

Ocurre, sin embargo, que la ley en general y la penal en particular no la crea ni la aplica el grupo social como tal, sino el Estado, y que a un Estado pueda comprender varias agrupaciones sociales culturalmente diversas a las que, no obstante se les impone una misma ley, un solo código penal que, por lo mismo, no puede ser el reflejo de la policultura que lo nutre. Otras veces —las más— a las normas de cultura tradicional de las mayorías económicas y socialmente irredentas se oponen aquéllas del minoritario grupo dominante que detenta el poder y que impone sus propios valores; y como esta minoría gobernante es la que hace las leyes penales, las interpreta y las aplica, serían *sus propias normas de cultura* las que invocarían o para calificar como jurídica o antijurídica una conducta en la medida en que se conformara o no con dicha normatividad cultural.

Las peligrosas consecuencias de esta concepción en el ámbito de derecho penal ya se evidenciaron durante el auge del nacional-socialismo hitleriano que la aplicó con la bendición de su pontífice el profesor Ernst Mayer.

En efecto, los espantables genocidios contra la indefensa población judía, no fueron considerados como antijurídicos por la judicatura alemana, precisamente porque —como hoy lo afirma la mayoría de la Sala— no eran ofensivos de la norma de cultura imperante, conforme a la cual el judío era “una creación de la naturaleza que biológicamente parece de la misma especie del hombre, con manos, pues, y una especie de cerebro, con ojos y boca y que, sin embargo, es una criatura totalmente distinta, terrible, que solo tiene del ser humano la apariencia” y cuya existencia ponía en peligro la supremacía de la raza Aria (Cfr. *Der Nationalsozialismus, Dokuments*, 1933/48, Frankfurt, 1957, pág. 280).

Otra falla protuberante de esta tesis es la de transformar un concepto esencialmente jurídico —el de la antijuridicidad— en una entidad política, social o moral; porque una antijuridicidad entendida como antisocialidad cultural y desprovista de respaldo legal, carece de significación jurídica.

No sobra puntualizar que el mismo Mayer recogió posteriormente su inicial posición en esta materia para aceptar que las normas de cultura

han de estar reconocidas por el derecho para que su violación pueda ser considerada como antijurídica.

Entre nosotros, el profesor Pérez —ilustre defensor del procesado—, también se opone a esta teoría; he aquí su posición:

“Sacar la noción de lo antijurídico de fuentes ubicadas más allá de la Constitución, es caer en lo arbitrario, propiciar la analogía con todos sus excesos, facultar al Juez para reconocer principios según su amplio o limitado sentido de la valoración cultural, en fin, negar el derecho. Las normas de cultura se extienden hasta donde convenga a los grupos dirigentes, pues es bien sabido cómo se niega a las grandes masas humanas toda capacidad para captarlas, y más aún para crearlas. El ordenamiento estatal obedece a voluntades minoritarias, allí donde no se ha establecido todavía el socialismo. Y aun después del triunfo de éste, pasa mucho tiempo antes de que pueda hablarse de la existencia de reglas generales de conducta social, a las cuales se deba obediencia antes que a las leyes escritas” (Pérez, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Temis, Bogotá, 1975, T. I. pág. 233, pág. 481).

B: Proceso número 21625.

1. Considera la mayoría de la Sala que el procesado no es responsable de la falsedad que se le imputa, porque no estaba enterado de que Campuzano incumplía las comisiones que ininterrumpidamente se le otorgaron durante largo tiempo y que, al contrario, en la creencia de que se desplazaba periódicamente a las ciudades fijadas, autorizaba los cumplidos y disponía al pago de los respectivos viáticos.

2. Tres hechos me han llevado a la convicción de que el doctor Escallón sí sabía que su empleo de confianza no cumplía las comisiones que con tan asidua generosidad le otorgaba; ellos son: el público conocimiento de su permanencia en su sede habitual del Capitolio Nacional mientras oficialmente estaría en provincia; la información que de tal irregularidad le diera oportunamente el doctor Ortega en su condición de Jefe de la División de Auditorías Fiscales; y la muy estrecha amistad que unía al procesado con el señor Campuzano, de la cual existe fehaciente comprobación.

3. Y si tal conocimiento existía, resulta ineludible concluir que el procesado autorizó tales comisiones y validó su cumplimiento a sabiendas de que ello era falso; de esa manera, tenía conocimiento de la típica ilicitud de su conducta reiterada y voluntad de realizarla; vale decir, actuó dolosamente.

C. Procesos números 21625, 21992, 22042.

1. Para la mayoría de la Sala, los peculados que en estos procesos se le imputan al ex Contralor y que objetivamente consisten en haber dispuesto para empleados suyos viáticos en cuantía superior a la fijada legalmente, no se estructuran porque una norma posterior elevó el monto de aquellos hasta una suma mayor que la determinada por el procesado y que en tal hipótesis ha de aplicarse retroactivamente tal disposición en razón de su favorabilidad. Tesis semejante había sido ya expuesta por la Sala en providencia del cuatro de agosto de 1977.

2. Considero que con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional la excepción de la retroactiva aplicación de la ley más favorable se refiere expresamente a "materia criminal"; su reiteración en el Código Penal permite enfatizar la restricción del área especializada en que tal principio se desenvuelve. Es, desde luego, posible que la disposición más favorable al procesado pertenezca a un ordenamiento jurídico distinto del penal, pero en tal caso su aplicabilidad esté supeditada a aquellas hipótesis en que tal norma sea recogida por un tipo penal que posea ingrediente normativo con el cual se integre; tal incurriría, por ejemplo, con el tipo de inasistencia familiar, si una ley —de carácter civil— eliminase la obligación alimentaria entre hermanos, dado que esta modificación legislativa extrapenal altera la estructura de aquel tipo, en cuanto allí se describe el incumplimiento de las obligaciones alimentarias debidas por el agente a... sus hermanos. Pero, cuando la norma modificada, sin ser de naturaleza penal, no afecta la estructura de un tipo penal en cuanto deja intactos sus elementos integradores, no cabe su favorable aplicación retroactiva con fundamento en las disposiciones constitucional y legal señaladas.

3. Sostener que un determinado comportamiento, que en la fecha de su realización configuró delito de peculado por apropiación —en cuanto el agente dispuso en provecho suyo o de un tercero de dineros oficiales en cantidad mayor de la legalmente permitida—, pierde su ilicitud, porque una disposición administrativa posterior eleva el monto de la disponibilidad presupuestal, de tal manera que de haberse dado la conducta bajo esa nueva situación ella no sería delictiva; es peligrosa tesis que, sin respaldo constitucional ni legal, abre amplio e incontenible camino hacia la impunidad. Para confirmar esta conclusión, basta recordar la situación de autos o cualquiera otra semejante: un funcionario público fija

a empleado de su dependencia viáticos por cantidad superior a la permitida en esa fecha por decreto o resolución, con plena conciencia del peculado que está cometiendo, pero también con la convicción (o sin ella, pues este aspecto no altera la cuestión) de que una norma posterior al elevar en el futuro —más o menos próximo, pero cierto, en razón del previsible y constante proceso de desvalorización de la moneda— el tope de los viáticos, convalidará retroactivamente su ilícito proceder. Con dicha tesis va a desaparecer esta concreta y nada infrecuente modalidad del peculado; el delincuente solo necesita esperar la llegada del decreto o resolución que, al aumentar el monto de los viáticos, bendiga con efecto retroactivo lo que fue y no ha dejado de ser delito.

La limitación que la mayoría de la Sala establece a la tesis que critico en el sentido de que no se aplicaría frente a sentencia en firme, disminuye, ciertamente, sus perniciosos efectos, pero no es suficiente para eliminarlos.

D. Proceso número 22549.

Luego de que la providencia sostiene correctamente que "la relación que corre entre Estado y destinatario de la ley penal no es la que se deriva de quien ejerce un derecho respecto de quien tiene el deber de cumplirlo, sino la de quien tiene el legítimo poder de imponer una sanción en relación con quien es obligado a cumplirla", ella misma agrega en seguida una afirmación que considero contradictoria; es ésta: "el ciudadano legalmente condenado a una pena por delito o contravención, una vez agotado los recursos que la ley le ofrece como medios de defensa, debe acatarla".

Si la Corte hubiese fundado su decisión en este último postulado, habría tenido que condenar al ex Contralor, precisamente porque no cumplió "el deber de acatar" la condena pecuniaria que le había sido impuesta, aun después de agotados los "medios de defensa" que la ley le ofrecía (recuérdese que pagó la multa dentro del proceso de ejecución fiscal que se le siguió).

La verdad es que en la providencia se le absuelve —absolución que comparto—, porque no tenía el deber jurídico (como no lo tiene ningún ciudadano) de cumplir la pena; si lo tuviera, un solo incumplimiento generaría, como reacción jurídica inevitable, una nueva sanción; y ello no ocurre. El reo ausente no comete delito por el hecho de eludir el cumplimiento de la pena que le fue impuesta.

Cuando alguien es condenado a pena privativa de la libertad no tiene la obligación de pre-

sentarse a las autoridades para que lo encarcelen, sino que es privado del derecho de resistir la encarcelación, es sometido aun contra su voluntad al cumplimiento de la pena, lo que es bien diverso; por supuesto que si se entrega por propia decisión a los representantes del Estado para que hagan efectiva la sanción, tal actitud, socialmente encomiable, facilita indudablemente el ejercicio de la potestad punitiva. Igual razonamiento cabe respecto de cualquiera otra pena, incluso la pecuniaria.

Alfonso Reyes Echandía
Magistrado.

Salvamento de Voto

Como lo sostuve en la discusión de la sentencia adoptada por mayoría, encuentro suficiente prueba en estos autos para proferir sentencia condenatoria contra el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, ex Contralor General de la República, por los delitos que le valieron ser llamado a juicio en los procesos números 21586, 21625, 22042, 21937 y 22549.

Brevemente explico las razones de este disenso, expuesto con mayor largueza en las correspondientes discusiones:

Proceso número 21586

La gravedad del menor Gonzalo Villalba Wilches, hijo de Ligia Wilches de Villalba, empleada de la Contraloría General de la República como Revisora VI de Documentos de la Auditoría ante el Incora, es cuestión debidamente acreditada en el respectivo expediente. Parto de esta explícita aceptación, pues es indudable que los daños corporales del niño Villalba comprometían inicialmente su vida y luego su salud y recuperación. También es una verdad de a puño que los recursos médicos en el país estaban agotados y su tratamiento sólo podía efectuarse en los Estados Unidos, a donde debía facilitarse el viaje de su señora madre, persona carente de medios económicos, no solo para atender los gastos asistenciales, hospitalarios y quirúrgicos de Gonzalo, sino los suyos propios. Afirmo, igualmente, que en un principio, cuando se decidió que Ligia Wilches acompañara a su hijo, la solución más a la mano, así la fe pública resultara afectada afirmándose la permanencia de aquélla en Colombia y la realización de su trabajo ante el Incora, fue la toma-

da por el ex Contralor Escallón Ordóñez. Surgió entonces, un aceptable estado de necesidad. Pero lo que en un comienzo fue exclusión de alternativas lícitas para el procesado, a la postre devino en situación bien diferente, o sea, que no obstante subsistir un problema familiar para el núcleo Villalba-Wilches, esa situación, en lo que podía refluir para el ex Contralor Escallón Ordóñez, ofrecía posibilidades de ser atendida en forma distinta.

Bien puede decirse, para fijar un criterio, que cuando se prefiere la escogencia de un remedio ilícito a uno conforme a derecho, indudablemente desaparece por completo del estado de necesidad, así como la figura del exceso empieza a tomar perfiles si se produce un mal "que no es el menor posible y necesario". No toda necesidad crea el estado de necesidad, ni toda respuesta se tiene que considerar como adecuada. Se requiere que aquélla exhiba atributos especiales (eminencia de un mal, imposibilidad de evitarlo por medios diversos a los escogidos, exclusión de un mal mayor, ser ajeno al mal inminente, ausencia de obligatoriedad en su enfrentamiento). Por eso se dice que "el derecho de necesidad sólo nace de la ley". Debe anotarse como enunciado lógico que la permanencia de la necesidad no siempre muestra las mismas características, porque al paso del tiempo bien puede desaparecer totalmente, o disminuir su gravedad o permitir el aporte de otros remedios. En la primera hipótesis queda eliminada la justificante o la causal de inculpabilidad, según se opte por una tesis objetiva o subjetiva en la fijación de la naturaleza del estado de necesidad; en la segunda se está en el terreno del exceso.

Estimo que la conducta del ex Contralor Escallón Ordóñez, se adecua a lo preceptuado en el artículo 27 del Código Penal. En un principio, ante la repentinidad del accidente del menor Villalba y la carencia de soluciones médicas en el país, la conducta del procesado encajó perfectamente en el estado de necesidad. Convengo en que no se sobrepasaron los límites de la necesidad, porque el auxilio aportado correspondió de manera absoluta a ese estímulo. Pero a medida que transcurrió el tiempo y surgieron otras posibilidades (comisión al exterior, licencias periódicas, nombramiento oficial en oficinas consulares o diplomáticas, organización de apoyo por instituciones particulares o públicas, etc.), se pudo advertir que la conducta del ex Contralor se ajustaba pero de manera relativa y defectuosa, a la situación sobreviniente. Ya la desproporcionalidad tomaba cuerpo y se insinuaban

otros medios no delictuosos o no dañosos para oponer a lo que restaba de esa extrema necesidad y de ese apremio psicológico que en un principio padeciera el procesado. Se estaría, más o menos, en condiciones muy similares a lo que en la legítima defensa se ha denominado duración excesiva del medio de defensa.

Superado, en parte, los límites de la necesidad y no dándose sino relativa correspondencia entre ésta y la conducta dirigida a evitar el mal mayor, se está dentro del exceso en el estado de necesidad.

Por eso entiendo que el ex Contralor Escallón Ordóñez, incurrió en conducta reprimible. Este era la apreciación más sensata y justa. No deja de ser asunto grave que la nobleza del motivo (ayudar a la familia Villalba), cierre todo análisis sobre los requisitos legales del estado de necesidad, primordialmente la forma como se desenvuelve lo que en un comienzo es extrema necesidad y casi solución obligada, y, luego, pierde esa intensidad subjetiva y de campo a la aparición de otras soluciones. No hay que olvidar el trascendente papel que cumple un Contralor General de la República, en asuntos como el gasto público, el ejercicio de las funciones oficiales, la guarda de la verdad pública. La cuestión no puede ser más importante y grave. Entonces, conviene no dar margen a que se quebrante tan esencial compromiso al tratar compasivamente un comportamiento que traduce el mantenimiento, durante nueve meses, de un obrar delictuoso sin sentir el más mínimo apremio por hacerlo cesar o mermar sus efectos.

Proceso número 21625.

Lo manifestado por el Magistrado Reyes Echandía es suficiente como respaldo al pronunciamiento de un fallo condenatorio para el doctor Escallón Ordóñez.

Proceso número 22042.

En el caso de Orlando Ibarra Madrid, *mutatis mutandis* sucede lo mismo que en el de Carlos Alberto Campuzano. Por el conocimiento que tenía el doctor Escallón Ordóñez de este funcionario (su pariente muy próximo), así como su interés por lo que ocurría en su departamento (en las proximidades de su lugar de origen y de dominio), no puede aceptarse ni su indiferencia ni ignorancia en las comisiones indebidas que se dispensaron al citado Ibarra Madrid, a quien se trasladaba de un lugar un tanto incommuni-

do (Tumaco) a Bucaramanga, en donde se podía contar con la colaboración de otros funcionarios más próximos (Bogotá, Tunja, Cali, etc.).

No hay justificación alguna, a no ser esa atención económica y personal por su pariente, para haberle otorgado comisiones tan prolongadas (114 días), en un término tan corto (mayo a agosto de 1974), excediendo los viáticos generales y afectando la labor que Ibarra ejercía en Tumaco. Lo que la prueba permite deducir es un comportamiento delictuoso, que solo buscaba el ofrecimiento de una indebida y sancionable mejora salarial, para su cuñado.

Debo comentar, así sea de paso, la tesis de la mayoría para absolver al ex Contralor Escallón Ordóñez, en todos los eventos en los cuales superó los límites de los viáticos que podía conceder. Creo que no es posible aludir a la desaparición de este comportamiento delictuoso, en virtud de que dispositivos legales posteriores, estando en su cargo o por fuera el funcionario incriminado, permitiera decretar mayores viáticos. Lo que cuenta, en forma definitiva, era su atribución para cuando dispuso de su otorgamiento, prescindiéndose de lo que en el futuro (meses, años después) pudiera acontecer con esta función. Que se le ampliase o restringiese es cuestión ajena a la consideración de su conducta.

Sobre este particular debo anotar lo siguiente:

1. Me persuaden plenamente las razones apuntadas por el Magistrado Reyes Echandía, tanto cuando se refiere a que las modificaciones de esas normas extrapenales (cuantía, trámite, etc., de los viáticos), no afectan el tipo penal básico, pues deja intactos sus elementos integradores, como cuando señala sus peligros, los cuales no se conjuran ni aminoran con la restricción señalada por la mayoría (si la modificación sobreviene con posterioridad a la emisión del fallo). Esto último no se da porque si la tesis surge al amparo del artículo 26 de la Constitución, ésta no distingue de proceso en marcha o proceso concluido, pues la tal favorabilidad, cuando se dan su requisitos, no condiciona sus efectos a que no se haya pronunciado condena, pues antes bien, tiene el poder de desconocer la cosa juzgada, ya rebajando la pena impuesta, ya imponiendo la rehabilitación del sentenciado.

2. Las glosas del Conjuez doctor Talero Losada, complementan la refutación y fundan, en mayor grado, la obligatoriedad del disenso;

3. Los numerosos delitos que tienen por órbita propia la administración pública, quedarán sometidos a contingencias de impunidad, tan alar-

mantes que pocos serán los estímulos para decidirse por una investigación, pues el cúmulo de funciones sobre los cuales suele edificarse la conducta delictuosa, están en constante evolución, por el simple transecurso del tiempo, alterando, entonces, los juicios de responsabilidad inicialmente formulados. Con este modo de pensar, las disposiciones de dinero, gratuitas y caprichosas, como por ejemplo la concesión de cesantías inexistentes, podrán desaparecer como delito si años después, bajo otras condiciones, se resuelve establecerlas, como tampoco constituirá infracción penal la privación de libertad de alguien, cuando la ley prohibía hacerlo, si años después ésta autoriza su pérdida. Tendrá que decirse que estos delinquentes apenas eran anticipados reformadores de nuestros estatutos.

4. El juicio de identidad para dar aplicación al artículo 26 de la Constitución Nacional, es aspecto fundamental. No puede entenderse como modificación de la norma, ya aplicada, lo que corresponde a un cambio que opera sobre distintos hechos o consideraciones, porque entonces debe entenderse que el legislador no quiso referirse al mismo asunto sino tratar cuestión distinta. Solo cuando se da una subsunción absoluta de hechos, cuando unos y otros coinciden plenamente, puede hablarse de identidad suficiente para abrir campo a la favorabilidad.

Pues bien, una variación, v. gr., en los viáticos puede responder a una modificación en el sueldo básico, en las exigencias intelectuales del funcionario, en un mayor trabajo, en más riesgos, en costo de vida o en circunstancias devaluadas, etc. Entonces, la situación fáctica de modificar la suma de estas adiciones salariales se mirará como distinta a las que tuvieron otra época, personas y atribuciones.

Pero además debe recordarse la doctrina imperante sobre leyes, decretos, etc., de carácter excepcional, temporal y económico, comprendiendo en este último aspectos fiscales y prestaciones. En estos casos siempre se indica que la retroactividad de la ley más favorable no tiene ninguna incidencia. ¿Qué tal, por ejemplo, como estímulo al delito el que un ilícito de contrabando (importación de mercancía), por tiempo cierto (22 de enero de 1981), pasada esta fecha generara la revisión de las condenas pronunciadas bajo su vigencia, porque ya no constituye delito esa prohibida importación? Todos, especialmente hacia el término de su vigencia (diciembre de 1980), se dedicarían a violarla ya que al cabo de pocos días dejaría de ser conducta ilícita y por tanto podría invocarse el artículo 26

de la Constitución Nacional. Sencillamente la necesidad y conveniencia de la norma, para mantener una normalidad institucional, sería fuente en sí misma de desconocimiento, y, por tanto, contribuiría no a su acatamiento y a la contención de esta clase de delitos, sino a su violación y a la proliferación de éstos. Y esto cobijaría casos más graves, así las disposiciones dictadas para remediar desgracias como la guerra, el estado de asedio, terremotos, epidemias, etc.

Por eso se ha escrito que "la razón de ser de la especial disciplina de estas categorías de leyes es evidente. Si se sabe con anterioridad que están destinadas a extinguirse después de un cierto tiempo, los autores de delitos tendrían prácticamente la posibilidad de eludir la sanción, muy especialmente con referencia a los hechos cometidos, cuando es inminente el vencimiento del término o cuando el estado excepcional llega a su fin. Tal posibilidad determinaría injusticias graves, debilitando notablemente la eficacia intimidativa de la ley"—Manual de Derecho Penal, Antolisei, página 90, edición de 1960. Uteha—.

¿Y se podrá advertir algo más sujeto a variación que lo atinente a viáticos, en su cuantía, características y disponibilidad? ¿O el sistema impositivo o la contratación administrativa, o el sistema prestacional?

Esto no deja de restar certeza al derecho, debilitar la represión de la delincuencia y volver ineficaces las leyes y los procedimientos. La comentada tesis se presenta, entonces, como riesgosa, rica en acontecimientos perjudiciales y elaborada con quebranto de la realidad jurídica.

Proceso número 21937.

Para el suscrito constituye una verdad probatoria que el ex Contralor Escallón Ordóñez, llegó a dispensar el nombramiento de Guillermo León Sánchez Molano, como auditor en Ecominas, previo el pacto de obtener una retribución en dinero y con la esperanza de recibir futuras ganancias ilícitas. En ello intervinieron activamente Alfonso Cárdenas Castro, auditor para esa fecha en Telecom, y Samuel Alberto Escrucería, representante a la Cámara, para entonces.

La participación en este delito de cohecho, en cuanto a Sánchez Molano, Escrucería y Cárdenas Castro, fue investigada por separado y concluyó demostrando esta realidad, pese a que Sánchez Molano, y sus secuaces, quisieron comprobar que se trataba de un delito de estafa de

Alfonso Cárdenas Castro.

Como se dijo en el auto de proceder en conclusiones irrefutadas, el eje principal de esta acusación lo fue el testimonio del citado Alfonso Cárdenas Castro y la serie de circunstancias (indicios) que vinieron a confluír hacia el mismo punto de incriminación que indicaba el comentado testimonio en forma abierta, segura y constante.

La mayoría debió reconocer que el testimonio de Cárdenas Castro, y los aspectos complementarios de confirmación, no dejaban lugar a dudas del entendimiento entre Samuel Alberto Escrucería, Cárdenas Castro y Sánchez Molano, para circular entre ellos el dinero entregado por éste último y destinado a conseguir ese nombramiento en Ecominas. Dudó en cuanto a que las promesas de Escrucería tuvieron origen en la consciente actitud de Escallón Ordóñez, pues era factible que el parlamentario hubiera aprovechado su posición y nexos con el procesado para aparentar que éste accedía a sus ilícitas pretensiones.

Esto estaría bien si el testimonio de Cárdenas Castro no fuera lo suficientemente expreso en cuanto a vincular a Escallón Ordóñez, en este círculo de delincuentes. Porque si a Cárdenas Castro se le creyó en proceso que culminara en el Tribunal y se le cree ahora en relación a sus andanzas con Escrucería y Sánchez, ¿qué motivo o razón jurídica hay para paralizar, en este punto, su incriminación? ¿Cómo crearle en todo, salvo en lo que respecta al ex Contralor, cuando a pesar de las apariencias y la trama urdida para hacerle aparecer como estafador de Sánchez Molano, se supo la verdad y se concluyó que la realidad era la ilícita promoción de éste a la auditoría de Ecominas? ¿Qué hace válido su testimonio para todo eso y lo descalifica en lo atinente al ex Contralor? ¿Acaso es que en esto último se da alguna vaguedad, confusión o se piensa que Cárdenas Castro nunca vinculó al doctor Escallón Ordóñez, de manera directa y propia y apenas pudo aportar referencias de terceros o de oídas (lo que le comunicaba Escrucería)? Nada de esto, ya que ese testigo no vaciló en reiterar sus cargos a Escallón Ordóñez, y presentarlo como interviniente en esta dolosa maniobra. A este respecto basta la transcripción de este aparte de su testimonio de folio 90: "...salimos en carro con Guillermo León Sánchez Molano, hasta la casa del Contralor Julio Enrique Escallón Ordóñez, habiendo dejado estacionado mi carro frente a la casa del doctor Escallón, ya Guillermo León Sánchez, dentro del carro, mientras yo ha-

blaba con el señor Julio Enrique Escallón, en la sala de su residencia, allí me manifestó el señor Julio Enrique Escallón, que el dinero se lo había devuelto a Samuel Alberto Escrucería, puesto que no quería hacerse a compromisos en vista de las investigaciones que estaba adelantando la Procuraduría General de la República a raíz de las publicaciones de que había dado cuenta el diario *El Tiempo* y que a todos los funcionarios de Ecominas los iba a trasladar...". Subrayas fuera de texto.

Aquí conviene recordar que este testigo Cárdenas Castro nunca trató de acusar a otros señalándose él. Cuando se decidió a revelar la verdad de lo sucedido, que lo involucraba a él y le señalaba como responsable en un delito contra la administración pública, la relató confesando su comportamiento delictuoso; atrajo sobre sí la calificada respuesta de todo un sistema administrativo, lleno de posibilidades para aplastarlo, al incorporar de lleno a un contralor (Escallón Ordóñez) y a un parlamentario (Samuel Alberto Escrucería); éstos no pudieron coincidir sobre las modalidades de la devolución de un dinero, por la fecha y cuantía de lo que Cárdenas Castro afirmaba ser el producto del cohecho; Escrucería aparentó desconocimiento de Cárdenas, pero se estableció lo contrario; el nombramiento de Sánchez Molano se produjo no obstante que las minas estaban cerradas y fue necesario crear artificialmente condiciones de acceso a esta posición; las informaciones de Escallón Ordóñez, sobre dificultades de la designación e inminencia de su pronunciamiento coincidían con los ciclos de las conversaciones de Cárdenas, Escrucería y Escallón Ordóñez; la actividad con terceros por parte de Sánchez Molano y Cárdenas Castro, para conseguir el último contado exigido para obtener el cargo, está debidamente confirmado (Lara Aguancha, Alberto Herrera y Julio Roberto Silva); Cárdenas fue visto en casa del doctor Escallón Ordóñez; las discrepancias de los testimonios de Escrucería y Escallón Ordóñez, de un lado, y la firmeza incriminadora, total y completa de Cárdenas Castro, del otro, indican cuán lejos están aquéllos de la verdad y cómo este último la manifestó integralmente.

Se quiso desvalorizar el testimonio de Cárdenas Castro aludiendo, en un principio, a que era hombre casado en segundas nupcias por lo civil o a que gastaba fuertes sumas en el juego. Estos aspectos o son inconducentes al fin propuesto o existían también cuando fue designado por el doctor Escallón Ordóñez, como auditor de Tele-

com. Además, para revelar un hecho delictuoso, máxime cuando la comunicación proviene de un coautor, no se exigen excepcionales atributos morales o sociales en quien cumple esta actividad, pues seguramente, junto con los compañeros de acción, carece de ellos. Esta deficiencia ética fue lo que le habilitó para el delito y sobre éste, modalidades y personajes, es que está suministrando la información. También se adujo en la audiencia noticia sobre su detención en Lima como narcotraficante. La versión es incompleta y no se saben los resultados judiciales de esa captura. Pero, además, este fue suceso ocurrido cuatro años después de haber estado vinculado a la Contraloría y de gozar allí de estimación. Los sucesos finales de su existencia no pueden incidir devastadoramente sobre todo lo que hizo en otro ciclo de actividades.

El cargo no se demeritó y de ahí que persistan los análisis del Ministerio Público y de la Corte, cuando se produjo el enjuiciamiento, pieza en la cual ya se determinaba un contenido probatorio suficiente para proferir condena.

Proceso número 22549.

Lo afirmado en el auto de proceder, por mayoría, quedó incólume. Ahora la absolución se produce porque la Procuraduría no podía exigir el directo descuento de la multa de la nómina del ex Contralor Escallón Ordóñez. En otras palabras, como no había obligación y el trámite adecuado lo constituía el cobro por jurisdicción coactiva, la resistencia del procesado a permitir que el pagador Oscar Luna Gómez actuara en el sentido solicitado por el representante de la vigilancia administrativa, no configura al delito de abuso de autoridad.

Este criterio no lo comparto por dos razones:

1. Cuando se trata de sanciones disciplinarias que la ley indica como relacionadas en su cuantía con el sueldo devengado por el funcionario, el procedimiento para hacerlas efectivas, una vez satisfecho el trámite de imposición y defensa ante quien tiene facultades para imponerlas, no es el proceso propio para el cobro de las *deudas fiscales* sino el expedito e inmediato del descuento de la nómina correspondiente.

Crear que el funcionario público deba ser objeto, como la persona particular, de un proceso por jurisdicción coactiva, es no distinguir entre la función disciplinaria y los créditos propiamente fiscales, originados en otras muy distintas

causas y que se rigen por procedimiento bien diferente.

La cuestión determinada en el primer párrafo, que unas veces aparece expresada en forma específica (v. gr., Decreto 250/70 y otras en forma implícita o de contexto, se cumple. El Decreto 2400/68, indica:

“Artículo 11. Los empleados que incumplan los deberes o que incurran en las prohibiciones establecidas en el capítulo anterior de este Decreto, serán objeto de las sanciones disciplinarias que se señalan por el siguiente artículo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que su acción pueda originar.

“Artículo 12. Establécense las siguientes sanciones disciplinarias:

- a)
- b)
- c) *Descuentos del sueldo* por razón del incumplimiento de horario del trabajo o de ausencia no justificada;
- d) Multa que no exceda de la quinta parte *del sueldo mensual*;

No logro entender que una sanción pecuniaria, referida al sueldo, causada en el desvío de las funciones públicas, tenga que buscar primero los canales del proceso por jurisdicción coactiva, con los consiguientes recargos de costos para la administración y el retraso en su efectividad, en vez de incidir la misma en el salario devengado. Y menos comprendo este discriminatorio tratamiento puesto que hay múltiples funcionarios que, por asuntos disciplinarios, sí reciben el descuento en el sueldo de las multas impuestas por este concepto, sin acudir a la vía de la jurisdicción coactiva.

2. En defecto de esta orientación (el descuento en la correspondiente nómina), están las normas generales del procedimiento penal. A este respecto pueden citarse los artículos 722 y 723, pudiéndose llegar a convertir la multa en arresto, si la cuestión es penal o disciplinaria.

Juzgo, pues, que si la legítima oposición del ex Contralor Escallón Ordóñez, para obtener la revocatoria de la multa, había concluido en su trámite legal, no quedaba más que cubrirla de inmediato, bien mediante pago directo en dinero o estampillas, bien efectuándose el respectivo descuento en la nómina, lo cual no obstaba para que continuara buscando otras acciones y reme-

dios judiciales. Pero le estaba vedado y constituía resistencia punible, ordenar al pagador que se abstuviera de descontarle de su sueldo esa multa y entrabara la confección de la nómina para los otros servidores de la Contraloría.

Como esta fue la conducta asumida, la condena por abuso de autoridad debió ser la conclusión de este proceso.

Con el debido comedimiento,
Gustavo Gómez Vásquez.

CASACION

Técnica en el manejo del recurso de casación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 25459

Bogotá, febrero 26 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Aprobado: Acta número 21.

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 20 de abril de 1979, mediante la cual se confirmó, con modificaciones en el monto de la multa y en las penas accesorias de rigor, la sentencia que dictó el 9 de febrero del mismo año el Juzgado Penal del Circuito de Girardota condenando a Francisco Edgar Londoño Jiménez a 5 años y 3 meses de presidio como infractor del Estatuto Nacional de Estupefacientes, o sea, del Decreto 1188 de 1974.

Hechos

Los resumió el Tribunal de la siguiente manera:

“...el 29 de octubre de 1977, se dio captura a Francisco Edgar Londoño Jiménez por existir denuncia en su contra en la que se le sindicaba de un presunto delito de estafa. Ya aprehendido y recluido en la cárcel de Copacabana (Municipio en donde ocurrieron los hechos), los agentes se dirigieron a su residencia porque habían obtenido información confidencial de que en ella, la noche anterior, habíanse descargado varios bultos de manera muy sospechosa. Efectivamen-

te, en una de las habitaciones, fueron incautados once bultos de hierba que resultó ser marihuana...”

La demanda

Solicita el demandante la información de la sentencia de segunda instancia al amparo de las causales primera y segunda de casación (artículo 580-1-2 del Código de Procedimiento Penal).

1 Cargos formulados con fundamento en la causal primera:

a) Acusa la sentencia (“...de violación indirecta de los artículos 30 y 43 numeral 3º del Decreto número 1188 de 1974 y 215 del Código de Procedimiento Penal, aplicados indebidamente en la sentencia recurrida como consecuencia de errores de hecho notorios en que incurrió el *ad quem*...”).

Los citados errores los hace consistir el actor en que el sentenciador no tuvo en cuenta las condiciones personales y sociales de varios testigos, ni las condiciones del objeto de tales testimonios ni el contenido de ellos, no obstante lo cual afirma la plena responsabilidad del procesado para descartar toda credibilidad “...a los deponentes que en forma sencilla, elemental pero con toda lógica y con absoluta certeza han demostrado el apremiante estado de necesidad bajo el cual obró Francisco Edgar Londoño...”.

Y concluye:

“...con violación indirecta, por aplicación indebida de los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal, pues tal fallo se impuso sin plena o completa prueba de la infracción y de la responsabilidad, infirmativa de la presunción de inocencia que ampara a todo ciudadano, o bien, con desconocimiento total y absoluto del estado de necesidad, bajo el cual obró el procesado, lo cual lo exime de pena ya que apenas se limitó a guardar ese vegetal para ganarse mil o dos mil

pesos, apenas suficiente para remediar en parte sus apremiantes necesidades...".

b) Ataca el fallo "...por violación directa de la ley por aplicación indebida de los artículos 38 y 43 numeral 3º del Decreto 1188 de 1974..."; dando a entender que se dejó de aplicar el artículo 37 del mismo ordenamiento.

Advierte que el Decreto incurre en un error de técnica legislativa al emplear tanto en el artículo 37 como en el 38 la expresión "conservar", permitiendo por tal modo que se apliquen indistintamente ambas normas a la marihuana, lo que es notoriamente injusto cuando, como en la sentencia impugnada, se aplicó la disposición más gravosa.

De aquí que finalmente exprese:

"...lo justo y equitativo es darle la aplicación debida a la norma más benigna para el procesado como es la del artículo 37 del mencionado Decreto...";

c) Censura la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial al incurrir en errores de hecho por "...falta de apreciación de la prueba testimonial referente al estado de necesidad...".

Así repite, en parte, el primer cargo.

Partiendo de la existencia de varios testimonios que en su sentir demuestran plenamente el estado de necesidad que determinó a obrar a Londoño Jiménez, anota:

"...no darle ese valor legal a tales testimonios, está demostrando el que se incurrió en grave error de hecho en la apreciación de la prueba, pues cierto es el que no siendo del procesado ese vegetal, se limitó a lo que para él en ese momento le era necesario, guardarlo, para ganarse mil o dos mil pesos...".

2. Cargo formulado con fundamento en la causal segunda:

Asegura que el fallo no se dictó en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. En tal virtud precisa:

"...No obra dentro del auto vocatorio a juicio análisis jurídico alguno, acerca de circunstancias agravadoras de la conducta o responsabilidad de Londoño Jiménez, conforme al artículo 43 numeral 3º del Decreto 1188 de 1974...".

"...Por manera que no obrando tales circunstancias de agravación en el auto de proceder, la cuantía y la calidad del vegetal, expresamente deducidos como algo, de lo cual necesariamente tenía que tener noticia el procesado, mal puede

proferirse sentencia condenatoria en completo desacuerdo con el auto de proceder...".

El Ministerio Público

Respecto de los cargos hechos por la vía de la causal primera, observa el Procurador Delegado que han sido formulados contrariando la técnica del recurso donde no es posible alegar simultáneamente violación directa e indirecta de la ley "...pues los dos planteamientos conducen a posiciones antitécnicas...".

Sobre los cargos primero y segundo expresa:

"...Resulta, en consecuencia, abiertamente contradictoria la censura, pues no puede aceptarse la prueba y a la vez desconocerla y ante este dilema es imposible que puedan ser estudiados dos cargos que se excluyen...".

Y en lo referente a los cargos segundo y tercero, consigna:

"...son contradictorios, no por el hecho de que se haya alegado violación directa e indirecta a la vez, sino porque en uno de ellos se pide la condena del procesado y en otro su absolución...".

Con relación al cargo formulado por la vía de la causal segunda, lo encuentra acertado. En efecto, aduce:

"...Si el auto de proceder constituye el pliego de cargos que se formula a una persona para que de ellos se defienda en el plenario, resulta obvio que como suprema garantía del derecho de defensa, los cargos deben ser claros y expresos. Esto es, que en la sentencia no puede deducirse una circunstancia de agravación que no haya sido deducida expresamente en la calificación. Las agravantes tácitas no solo significan violación de las disposiciones legales citadas, sino que representan claro desconocimiento del derecho de defensa...".

La Corte considera

Es lamentable que la Sala tenga que seguir llamando la atención sobre cuestiones de estricta técnica en el manejo del recurso de casación.

Hasta el cansancio ha dicho que el demandante debe cuidarse de no caer en contradicciones en el planteamiento general de su libelo; en el desarrollo de los cargos que formula con base en una determinada causal; y en la presentación de cada cargo en sí mismo considerado. El principio de no contradicción constituye la más elemental pero también la más insoslayable de las exigencias lógicas de este recurso extraordinario. Sin

el cumplimiento de esa exigencia la demanda tendría el alcance de un alegato común, de una nueva solicitud de justicia, pero no de una concreta petición de legalidad que es lo que, estrictu sensu, caracteriza la casación.

En esa labor docente la Corte ha enseñado que no es posible, al mismo tiempo, esto es, en una misma demanda, aducir violación directa e indirecta de la ley, porque no se pueden aceptar los hechos para discutir el derecho y simultáneamente proponer su rechazo para buscar el mismo fin. Así se viola el principio de no contradicción. Y si un planteamiento de tal naturaleza resulta de suyo antitécnico, las consecuencias y soluciones que de allí emerjan podrían serlo también.

Este fue el desatino del actor en los cargos que formuló a la sentencia por la causal primera, situación que advierte con impecable lógica el Ministerio Público y que la Sala encuentra evidente en este caso.

Por tal razón esos reproches no prosperan.

La censura por el primer motivo de la causal segunda de casación, consistente en que existe incongruencia entre el auto de proceder y la sentencia, la edifica el impugnante en la observación cierta de que en aquel auto no se calificó como circunstancia específica de agravación la situación fáctica prevista por el numeral 3 del artículo 43 del Decreto 1188 de 1974, que sorpresivamente se hizo efectiva al condenar.

Es indudable que auto de proceder y sentencia se encuentran en relación de causa a efecto. Bajo esta premisa, forzosamente hay que concluir que los cargos que se concretan en el auto de proceder tienen que ser lo mismos que se definen en la sentencia. Entonces, cualquiera que sea el resultado del debate probatorio que se suscita en la causa, la sentencia debe considerar cada uno de los cargos formulados en el auto de proceder y todos aquéllos que aparezcan en esa etapa del proceso para declararlos probados o improbados, según el caso.

En consecuencia

La impugnación se funda en que la relación lógica y jurídica entre el auto de proceder y el fallo se quiebra, rompiéndose la estructura básica del proceso y, como lo señala la Corte, descansa en la garantía del ejercicio pleno del derecho de defensa al evitar, por este medio extraordinario, que el sentenciador sorprenda a las partes con determinaciones inesperadas no previstas en el auto enjuiciatorio, no surgidas en

el debate probatorio de la causa o no comprendidas en el veredicto del jurado.

En el auto de proceder no se calificó la circunstancia que indica el demandante, pero se aludió a ella con toda precisión. En efecto:

En el de primera instancia se dice:

“...Es indiscutible que en la residencia ocupada por los acriminados fueron decomisados once bultos y medio que contenían marihuana, los cuales arrojaron un peso total de trece arrobas ocho libras...”.

Y en el de segunda instancia se reitera: “...en una de las alcobas efectivamente fueron hallados once bultos y medio (11½) de marihuana, identificación ésta que se logró mediante el respectivo análisis de laboratorio...”. Luego, agrega: “...Sobre este hallazgo y la identificación de la marihuana no existe la menor duda dentro del proceso...”.

Estas transcripciones son referencias concisas, concretas y expresas de la cantidad y calidad de la planta decomisada hechas por los jueces del conocimiento en sus respectivos autos enjuiciatorios que apuntan, sin la menor duda, a la agravante que contempla el artículo 43-3 del Decreto 1188 de 1974.

Si tal es la realidad procesal, fue correcta la actitud de los falladores de las instancias al computar en la sentencia esa circunstancia específica de agravación para incrementar la pena al procesado.

En consecuencia, no se quebrantó la unidad jurídica del proceso ni se violó el derecho de defensa como lo pretende el demandante.

Este cargo tampoco prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del 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 veinte de abril del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRUEBAS

Informes de la Policía Judicial. Valor probatorio. Requisitos. (Artículo 303 del Código de Procedimiento Penal). Antecedentes

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 26 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 21, febrero 26 de 1980.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Marco Antonio Munévar González, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual, al revocar la absolutoria de primer grado, le condenó a la pena principal de cuatro años de prisión, a más de las accesorias correspondientes, por el delito de robo.

Hechos y actuación procesal

Esquemáticamente y con fundamento en las pruebas recogidas, el Tribunal sentenciador precisó aquéllos, así:

“La joyería ‘La Gran Avenida’, ubicada en el centro de Bogotá, fue objeto de un robo el 29 de julio de 1976, mediante fractura del techo del local y violencia sobre la caja fuerte. Hubo sustracción de joyas, relojes, cadenas y productos similares en cuantía que su dueño Josef Lederman, estimó entre los seiscientos y ochocientos mil pesos.

“Días más tarde, la policía judicial incautó una buena parte del botín robado, en una joyería de Ana Beatriz de Rodríguez y en la casa de Munévar González”.

Con fundamento en diligencias adelantadas por la Unidad Operativa Judicial Central de

esta ciudad, ante la cual el perjudicado formuló la denuncia correspondiente, el 2 de agosto de ese mismo año, el Juzgado 91 de Instrucción Criminal dictó el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 3). Se practicaron numerosas pruebas y se oyó en indagatoria a Ana Beatriz Fernández (fls. 16 ss.), Miguel Angel Lozada (fl. 88 y ss.), Marco Antonio Munévar González (fls. 25, 36 y ss.), Nohora Morales de Lozada (fls. 104 y ss.) y Pedro Pablo Calderón (fls. 165 y ss.). Por auto de 12 del mismo mes, se decretó la detención preventiva de Munévar González (fls. 174 y ss.) y, en cuanto a los demás indagados, se les dejó en libertad condicionada.

Clausurada la investigación el Juzgado 5º Penal del Circuito, al que le correspondió en reparto su conocimiento, las calificó en el sentido de llamar a responder en juicio a Munévar González “por todos y cada uno de los cargos contra él formulados y que se relacionan con la comisión de un delito de robo”; de sobreseer definitivamente en favor de Ana Beatriz Fernández viuda de Rodríguez y, de manera temporal en favor de Miguel Angel Lozada, Nohora Elfa Morales de Lozada, Pedro Pablo Calderón Rivero y José Joaquín Rodríguez, se dispusieron las medidas pertinentes a todo lo decretado.

Con el cumplimiento de las formalidades y actos dispuestos por la ley, se profirieron las sentencias de primera y de segunda instancia reseñadas en los vistos de ésta, habiéndose interpuesto contra la última el recurso de casación cuya consideración ocupa ahora a esta Sala.

La demanda

Con invocación de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula tres cargos, pues parte de la base de que la sentencia impugnada “es viola-

toria de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 8º de la Ley 21 de 1973, norma sustancial que subsumió el artículo 40 del Código Penal, por evidente error de derecho en la apreciación de las pruebas obrantes en el proceso, las que si se hubieran apreciado en su real contenido, no hubiera dado lugar a la aplicación de la norma sustancial ya citada”.

En el planteamiento general manifiesta el censor que impugna la sentencia “porque por evidente error de derecho en la estimación de unas pruebas y por errores manifiestos de hecho en la apreciación de otras” se aplicaron indebidamente las normas citadas, “al dar por demostrada la responsabilidad penal del procesado sin que al proceso se haya aportado los elementos probatorios de la culpabilidad en la forma prevista por la ley, y por asignarle el Tribunal pleno de valor probatorio a una sentencia condenatoria dictada contra el procesado hace más de 25 años por una Inspección Municipal de Instrucción Criminal de Bucaramanga, sin que las copias respectivas junto con los autos de ejecutoria hubieran sido allegados al proceso, y dar a las sindicaciones que le figuran al procesado, en el informe del folio 174, sin confrontación dactiloscópica un alcance probatorio que la ley y la jurisprudencia de manera alguna le reconocen”.

Luego de precusar cuáles son los elementos estructurales del delito de robo y de manifestar que el aspecto material del ilícito “no se discute, porque se encuentra plenamente establecido en el proceso”, pasa a precisar tres cargos así:

Primer cargo. Enunciado: “El Tribunal sentenciador incurrió en evidente error de derecho al dar a los informes de la Policía Judicial, completa credibilidad, cuando no reunían los requisitos exigidos en la ley para considerarlos como pruebas”.

Demostración: El juzgador de primera instancia hizo radicar la responsabilidad de Munévar González “en los informes suministrados por la Policía Judicial al Juez 91 de Instrucción Penal, en los que se afirma que: ‘...al mencionado se le encontraron partes de la mercancía sustraída, la que fue reconocida por su propietario...’, y el Tribunal agrega que esa actividad fue confirmada por el agente del F2, Bautista Fandiño Ramírez y le dio el valor de plena prueba”.

Mas, con relación a lo anterior, anota el censor:

El artículo 303 del Código de Procedimiento Penal señala los requisitos que deben reunir los Informes de Policía.

El Juzgado Instructor ordenó que se estuviera a lo preceptuado en él.

En el Informe del Teniente Manuel Roberto Neira Bermúdez (fls. 22 y ss.), se afirma que a Munévar se le encontró “parte de la mercancía sustraída, la que fue reconocida por su propietario”.

Pero en este informe no se cumplió lo ordenado por la norma citada, porque no fue presentado personalmente ni prestó juramento. El artículo 306 del estatuto procesal penal, “dice que el Informe de la Policía Judicial es un testimonio y de consiguiente dicha prueba debe estar revestida de las exigencias previstas por la ley de procedimiento penal para el testimonio para que sea prueba legalmente producida y pueda, en consecuencia, ser tenida en cuenta al dictar sentencia condenatoria en materia criminal; si no fue legalmente producida la prueba por no haberse realizado con el lleno de las formalidades de la ley, no pueda ser apreciada según lo preceptúa el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal”.

Entonces, como en relación al informe del Teniente Neira Bermúdez, no se cumplieron esos requisitos exigidos por la ley (Código de Procedimiento Penal, artículo 303), “surge nítidamente la inexistencia del acto procesal”, prevista en el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, por ausencia de las formalidades prescritas en el artículo 303 del Código Procesal Penal, lo que impide que el informe sea apreciado por el fallador.

Además de la falta de los anteriores requisitos, en el informe “no se identificó por sus nombres y apellidos a quienes intervinieron en la captura del señor Marco Antonio Munévar González, de Alejandrina Buitrago de Munévar y otros, y de quienes participaron en la diligencia de decomiso de artículos que se dice eran de los sustraídos a la Joyería, ‘La Gran Avenida’, y citaron solamente los números de los carnés que los identifican, señalando los números 0326, 0457 y 1011 para hacer aparecer luego a agentes ajenos al procedimiento como declarantes o testigos en el proceso, como ocurre en el caso del agente Bautista Fandiño Ramírez, con carné 1226, no conido (sic) en el informe”.

“Del anterior análisis se concluye que siendo el informe de la Policía Judicial un testimonio según el artículo 306 del Código de Procedimien-

to Penal, debe reunir las exigencias previstas, no sólo en la norma citada sino las referidas en los artículos 303 y 254 del Código de Procedimiento Penal, para que se le considere como prueba legalmente producida y pueda apreciarse en la sentencia, conforme a los artículos 215 y 217 del Código citado”.

Como falta esa prueba porque el informe no es valedero, al suponer el Tribunal que él reunía las exigencias de ley, “cayó en el error de derecho evidente y notorio al dar a una prueba que no está legalmente allegada al proceso, un valor que no tiene porque no reúne las exigencias previstas en la ley, que lo llevó a aplicar en la sentencia en forma indebida el artículo 8º de la Ley 21 de 1973”.

Entonces, el Tribunal infringió “en forma directa los artículos 303, 306, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, al dar por establecido que al proceso se había allegado en forma correcta el informe rendido por la policía, visible a folio 22 del cuaderno principal, sin haber sido cierto este hecho, error que conlleva un evidente error de derecho, por cuanto que el sentenciador supuso que este medio probatorio estaba rodeado de las exigencias prescritas por la ley, sin estarlo, y se reflejó ese error en la sentencia al aplicar indebidamente el artículo 8º de la Ley 21 de 1973, quebrantamiento que se produjo en forma indirecta”.

“El informe rendido por el señor Capitán José Ignacio Villamil Torres, visible a folios 43 del cuaderno principal, como el visible a folios 22 del mismo cuaderno, no reúne las exigencias previstas por los artículos 303 y 306 del Código de Procedimiento Penal, en razón de no haber sido presentado personalmente por el signatario ni haber cumplido con la formalidad del juramento, prevista en los artículos 254 y 157 del Código citado, al faltar, la antedicha formalidad hacer que los informes mencionados caigan bajo la sanción de inexistencia prevista por el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, que se traduce en que no se pueden apreciar en la sentencia.

“El Tribunal sentenciador considera que la labor investigativa de la policía para localizar los autores del delito y el decomiso de los objetos robados señalan ‘de manera nítida y diáfana, las responsabilidades penal de Munévar González, como uno de los autores del robo a que se refiere este proceso’, relievando el valor del testimonio rendido por el agente del F 2, Bautista Fandiño Ramírez (fl. 147).

“Pero resulta que el citado agente afirma en su declaración: ‘...yo no intervine ese procedimiento’ y aclara que él actuó ‘...en la indagación y recepción de versiones de nuevos sospechosos...’, ‘posteriormente me fue informado fueron decomisadas unas joyas en poder de el señor Miguel Angel Lozada’ y que los informantes, sin determinar quiénes le dijeron que quienes efectuaron el robo fueron Marco Antonio Munévar José Manuel Peña y otros.

“Como se observa el testimonio citado por el sentenciador de segunda instancia es un testimonio de oídas, de referencia, al que no se le puede dar valor de plena prueba para deducir que Marco Antonio Munévar fue coautor del delito de robo a la Joyería ‘La Gran Avenida’, porque lo dicho por el agente Fandiño Ramírez, no es más que referencias o informes que le rindieron personas no identificadas en el proceso. Al darle el Tribunal plena validez probatoria a este testimonio incurrió en error de derecho en su apreciación por lo antes anotado y como consecuencia aplicó indebidamente el artículo 8º de la Ley 21 de 1973, por violación indirecta.

“Al fundar el Tribunal la certidumbre de la responsabilidad de Marco Antonio Munévar, en una prueba que no reúne las exigencias de la ley como son los informes rendidos por la policía y anteriormente anotados y considerar como testimonio de singular valor probatorio el del agente del F 2, Bautista Fandiño, para deducir en ese dicho de oídas en esa declaración de referencias hechas por personas no identificadas, en el proceso incurrió en ostensible error de derecho por darle un valor a las pruebas que la ley no le ha concedido”.

Segundo cargo. Enunciado: El Tribunal “incurrió en evidente error de derecho al restarle credibilidad a la indagatoria del procesado”.

Demostración: Dice el Tribunal que la explicación de Munévar, sobre el por qué en su casa fue localizada buena parte del botín, es absurda: dizque las adquirió de un “Mario”, que no sabe quién es, en dónde vive ni en qué trabaja, con quien nunca ha tenido relación, a quien dizque se las compró a Mario N. en un café de la zona de San Victorino, donde había más personas desconocidas para él.

Con relación a lo anterior, critica el censor:

La afirmación del procesado de que en San Victorino compró los relojes por la suma de \$ 20.000.00 a un Mario, debe aceptarse porque tiene a su favor la presunción de veracidad consagrada por el artículo 264 del Código de Proce-

dimiento Penal, ya que no hay contra ella ninguna prueba en contrario. Tanto más cuanto que a Ana Beatriz Fernández viuda de Rodríguez, a quien también se le encontraron mercancías de las sustraídas, sí se le creyó cuando dijo que se las había comprado a Marco Antonio Munévar. Se establece así odiosa discriminación legal, tanto más cuanto que a ella ni se la detuvo ni se la comunicó. Y, como no hay prueba alguna que señale a Munévar participando en la consumación del robo, debe creérsele lo que afirma acerca de la compra de las joyas, siendo, entonces, su conducta la de receptor pero no la de autor del robo.

Entonces, al desconocer el Tribunal el valor probatorio de las afirmaciones contenidas en la indagatoria, infringió el artículo 6º del estatuto procesal penal que subsume el 26 de la Constitución, también el 264 de aquél "en forma directa, y error que se reflejó en la aplicación del artículo 8º de la Ley 21 de 1973, violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida del 8º de la Ley 21 de 1973 que subsumió al 402 del Código Penal.

Con ello también infringió directamente los artículos 264, 216, 217 y 215 del estatuto procesal penal y en forma indirecta el 8º de la Ley 21 de 1973.

Finalmente, cuando el Tribunal le restó valor probatorio a los testimonios de Bernardo Marín Castro y Luis Carlos Gaitán Martínez, que establecían la negociación de los relojes, violó el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal ya que nadie los ha tachado de falsos ni han sido condenados anteriormente por falso testimonio. En consecuencia, han debido tenerse en cuenta y no desecharlos con el criterio de que son "de última hora traídos sin ton ni son al proceso a instancias del apoderado del sindicado".

Tercer cargo. El Tribunal deduce como prueba de responsabilidad contra Munévar el reconocimiento en fila de personas hecho por Ana Beatriz viuda de Rodríguez "como la persona que acompañó a la mujer a quien dice haberle comprado las joyas materia del robo".

Como la Fernández viuda de Rodríguez, tenía perfectamente grabada en su imaginación los rasgos fisonómicos del sindicado, el reconocimiento no tiene ninguna validez.

El Tribunal infringió en forma directa el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, al no dar cumplimiento a las exigencias legales

para una diligencia de esa naturaleza. Entonces, no existiendo reconocimiento legal, no existe esa diligencia; luego, al tomarla en cuenta el Tribunal incurrió en evidente error de hecho, pues tomó como válido un reconocimiento que no llenaba las exigencias de la norma citada. Este reconocimiento cae bajo la sanción de inexistencia prevista en el 214 del estatuto procesal penal.

Además, suponiendo que este registro fuera válido para ello "no indica, en modo alguno que Munévar hubiese realizado el robo, porque él ha afirmado que las compró a Mario, y esto no se ha desvirtuado, serviría el reconocimiento para ubicarlo en la misma situación jurídica de quien compró la mercancía y reconoció a Munévar como el vendedor, como presunto receptor".

El Tribunal dedujo como indicio de capacidad moral para delinquir, el que el sentenciado Munévar registra 25 entradas a las cárceles y, dentro de ellas, una sentencia condenatoria.

Pero ocurre que esa sentencia fue producida hace más de 25 años, no hay constancia de la ejecutoria de tal sentencia y con relación a los antecedentes "ofrecen especial característica de que están *sin comprobación dactiloscópica e ignorándose si se trata de la misma persona Marco Antonio Munévar González o José Antonio González*".

Luego ese indicio cae por la duda en la prueba en que se funda y por la ausencia de las copias de las sentencias que se dicen proferidas en su contra.

El Tribunal tomó como indicio objetivo de la participación de Munévar los 25 antecedentes penales, pero éstos ya estaban caducos o prescritos. Y a ello agregó la prueba de reconocimiento en fila de personas de que antes se trató. Por consiguiente, incurrió en evidente error de derecho.

El Ministerio Público en su concepto

Luego de presentar los hechos en la forma en que lo hace el fallo impugnado, de reseñar la actuación procesal y de hacer un resumen de la demanda de casación, sostiene que ésta debe desecharse por "el impresionante *mare magnum* teórico en que se sume" y porque no obedece a la técnica que impone el recurso de casación, lo cual destaca, sobre todo, al hacer referencia al segundo de los cargos.

Consideraciones de la Corte

Estima la Corte que, por cuestión de método, el estudio de los cargos debe realizarse de manera conjunta.

Primero. Tiene razón el censor en cuanto en el cargo primero formula fuertes críticas a los informes rendidos por la Policía Judicial, ya que ellos no se sujetaron estrictamente a las exigencias que para la presentación de tales pruebas requiere el artículo 303 del Código de Procedimiento Penal.

Porque la verdad consiste en que ni los informes fueron rendidos bajo juramento ni se produjo la certificación del respectivo jefe, de que tales personas pertenecían a la Policía Judicial o eran funcionarios de élla.

También es acertada la crítica que en la segunda parte del tercer cargo formula al valor probatorio que se dio en la sentencia a los llamados antecedentes penales del procesado: "debe tenerse en cuenta el indicio que constituye la capacidad moral para delinquir que revele el inculpaado, como que a su haber tiene la impresionante cifra de veinticinco antecedentes penales y de policía, particularmente por delitos contra la propiedad, dentro de los cuales se cuenta con una sentencia condenatoria por robo, solo que no se allegaron las copias respectivas al proceso".

Razón que se le da tanto por cuanto en el mismo documento contentivo de la lista de antecedentes, se dice que ello es "sin comprobación dactiloscópica e ignorándose si se trata de la misma persona Marco Antonio Munévar González o José Antonio González", y no se encuentra copia auténtica ni de ninguna otra naturaleza de ninguna sentencia condenatoria, como porque, de otra parte, si Munévar González nació el 30 de noviembre de 1937 (fls. 36 y 182), al aceptar sin beneficio de inventario la lista de posibles antecedentes, habría que aceptar que empezó a delinquir a los 7 años de edad y que la mayoría de esa su carrera delictiva la cumplió hasta los 15 años, contándose ya, a los 10 años, una sentencia condenatoria impuesta por un Juez Superior de un año de relegación, lo cual no puede aceptarse con relación a este proceso, puesto que un Juzgado Superior no hubiera sido el llamado a conocer de ese proceso en 1947, por carecer de competencia.

Segundo. Pero ocurre que la sentencia condenatoria impugnada no se fundamenta únicamen-

te sobre los aspectos que vienen de considerarse y sobre los cuales se da plena razón al casacionista, sino que se levanta también sobre otras pruebas, entre ellas la indagatoria del procesado, cuya presunción de veracidad invocada con base en el artículo 264 del estatuto procesal penal, como lo pretende el demandante, no puede aceptarse. Con relación a este último punto, cabe observar:

Las manifestaciones del indagado, en sí mismas consideradas, no son satisfactorias. En primer término cabe destacar que presenta algunas contradicciones que no pueden menos que llamar poderosamente la atención. En efecto:

Al ser interrogado por el Oficial Investigador de Policía, al hacer referencia a las circunstancias en que dijo había comprado las mercancías, expuso: "esas joyas las compré el día lunes 2 de agosto de 1976, a eso de las 12 o 12 y 30 p.m., en la calle 12 con carrera 11; pues para esto del negocio fue que yo como vengo mucho ahí a eso de San Victorino a comprar droga para mi señora y como ese tipo con que negociamos me conocía, entonces me llamó y me ofreció eso y como vi que era barato o al menos me pareció, entonces procedí a comprármelas, cuyo negocio lo hice yo solo, junto con Mario quien iba solo también y que propiamente ese negocio lo celebramos él y yo en el café 'Mortiño' situada (sic) en la carrera 11 entre calle 11 y 12 de San Victorino de esta ciudad capitalina y así que yo sepa nadie más se enteró de la negociación" (fl. 25).

De una parte resulta difícil que esa negociación la hubiera podido hacer en el centro de Bogotá —San Victorino— a la hora por él indicada: "12 o 12 y 30 p.m.", puesto que su captura se verificó ese mismo día "a las 12:35 horas, en su residencia", la cual queda ubicada en la diagonal 45 B Sur número 10A-25 (fl. 22). Y menos aun puede creerse en lo relacionado con el sitio, día y hora de la negociación, si se acepta su afirmación de que su aprehensión tuvo lugar el mismo día, hacia las seis de la mañana, habiendo permanecido detenido desde entonces (Cfr. fl. 37).

De otra parte ha dicho que cuando tal presunta negociación tuvo lugar, se encontraban solos el vendedor y él. Pero después manifiesta que había otras personas.

Ante las autoridades policivas dijo que las joyas y relojes los había comprado por \$32.000.00 (fl. 25), pero en su indagatoria rendida 5 días después, ya el valor de la negociación lo fijó en

sólo \$ 20.000.00. Contradicciones que no encuentran una explicación atendible.

También cabe destacar que ante las autoridades de Policía Judicial, manifestó no haber conocido antes a tal Mario, pero en la diligencia de indagatoria cambia de posición para afirmar que sí lo había visto desde meses antes (Cfr. fls. 25 vto., 26, 38).

Con relación a las declaraciones de Bernardo Marín Castro (fls. 186 y ss.) y Luis Carlos Gaitán Martínez (fls. 217 y ss.), con las cuales se pretende comprobar que sí se realizó la operación entre Munévar González y Mario, en la forma planteada por aquél, a más de la crítica ya formulada por estemporánea y tardías, hay que agregar las precisiones que vienen de hacerse: González dijo que estaban solos Mario y él en el momento del negocio; y, sobre todo, ya se ha visto cómo era imposible que en el día y hora señalados hubiera podido llevarse a término la transacción, por encontrarse detenido González.

También vale la pena tener en cuenta las siguientes apreciaciones traídas por el Tribunal en la sentencia: “Una vez enterada la policía del caso, sus unidades investigativas se dieron a la tarea de localizar a los autores del ilícito y fue así como, según lo dice bajo juramento el agente del F-2 Bautista Fandiño Ramírez (fl. 157), obtuvieron informes de que en el robo habían participado José Manuel Peña, quien falleció de un síncope cuando llegaron a su casa los detectives y en ella encontraron parte del botín; Miguel Angel Lozada, en cuya residencia también se hallaron joyas llevadas allí por la mujer de Munévar; y otros sujetos entre los cuales estaban “Patanegra” y “El sabio”, de nombres desconocidos.

Dice así mismo Fandiño “estos datos fueron suministrados por el informante Juan Jairo Munévar, hijo de Marco Antonio Munévar... este pelado dio los indicios para localizar la primera parte de las joyas y cuyos datos fueron suministrados al cabo Pereira del F-2...”.

Ahora bien: en posesión de tales informes, en la casa de Marco Antonio Munévar fue localizada buena parte del botín. La explicación sobre su tenencia no puede ser más absurda. Dizque las joyas las adquirió a un señor llamado “Mario”, pero no sabe quién es, ni dónde vive, ni en qué trabaja, ni qué actividades desarrolla. Sólo que lo había visto por los lados de San Victorino y que la transacción la hicieron en un café de esa zona capitalina, donde “había varias personas, pero conocidos no”. (subraya la Sala). Ase-

vera que “yo nunca había tenido con él una relación”.

“No escapa a la más ligera apreciación lo inverosímil del dicho del sindicado. No es posible que por sumas considerables se adquiriera mercancías que por ser joyas, a simple vista resultan de dudosa procedencia y menos a un desconocido con quien jamás se había tenido trato alguno y sin exigirle comprobante sobre el origen de tan valiosos elementos.

“Con toda razón anota el señor Agente del Ministerio Público sobre este tópico, que todo indica “que la mención que Munévar González hizo del sujeto Mario, es solo una coartada; como que resulta difícil admitir que un sujeto que, está probado, no tiene como oficio la compra venta de joyas, fuese a tener la suma de veinte mil pesos para adquirir la cantidad de elementos que dice compró al supuesto Mario y lo que es peor, que luego las hubiese llevado a su casa, en donde ni siquiera las guardó en su totalidad, sino que una parte fue llevada precisamente por su esposa a casa de los señores Miguel Angel Lozada Galvis y su esposa Nora Elfa Morales de Lozada y allí exactamente la decomisó la Policía, sin que el procesado diera ninguna explicación sobre el particular, pues él en su indagatoria hace alusión a los relojes y demás joyas que le fueron halladas en su casa, como las adquiridas por compra hecha a Mario N., pero no suministra detalles acerca de la forma como llegaron a su poder los elementos que su esposa llevó a guardar a casa de los citados señores”.

Finalmente, no encuentra la Corte valederos los reparos que se formulan a la diligencia de reconocimiento en rueda de presos durante la cual, Ana Beatriz Fernández viuda de Rodríguez, señaló a González Munévar, como la persona que había acompañado a su joyería a la señora que le vendió las joyas robadas que le fueron incautadas. Y no son atendibles las objeciones a ella propuestas, puesto que se llevó a término con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —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 NO CASA la sentencia impugnada, proferida dentro de este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual se condenó al procesado Antonio Munévar González, a la pena principal de 4 años de prisión y a las accesorias de ley correspondientes.

Cópiese, notifíquese, devuélvase las diligencias al Tribunal de origen. Cúmplase.

yes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Re-

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo, a la época en que se cometió la infracción. En qué consiste

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, febrero 27 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 20, de 21 de febrero de 1980.

Vistos

Dice el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

“El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, profirió sentencia condenatoria en contra del procesado Reinaldo Alarcón por el delito de homicidio. El señor defensor del condenado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de Casación en contra de dicha sentencia, el cual fue concedido y posteriormente declarado admisible por la Honorable Corte Suprema de Justicia. Presentada la demanda que se declaró ajustada a las prescripciones legales, corresponde al Ministerio Público emitir el pertinente concepto.

Hechos

“En precedente oportunidad fueron narrados en la siguiente forma por el Juez del conocimiento:

“El día 2 (sic) de febrero de mil novecientos sesenta y siete, sobre la carrera 5ª con calle 9ª de la ciudad de El Cocuy, a eso de la una de la tarde, se encontraba una camioneta de propiedad de Hernando Quintero, frente a un expendio de gasolina abasteciéndola de combustible, en el preciso momento en que envazaban la gasolina, a ese sitio y como curioso llegó el señor Eliseo

Blanco Muñoz. Por la misma vía transitaba Reinaldo Alarcón, quien al divisar a Blanco, desde una distancia aproximada de cinco metros, le disparó su revólver por tres veces, sin haber mediado discusión alguna, dos de los cuales hicieron blanco en la humanidad de Eliseo quien murió en el mismo lugar de los acontecimientos, mientras que el tercer disparo, rozó el cuerpo del menor Oscar Virgilio Carrero Velandia, quien se encontraba también observando el tanqueo, causándole una incapacidad definitiva para trabajar de ocho días sin mas consecuencias (fl. 93).

Actuación procesal

“Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado II de Instrucción Criminal dispusiera la apertura de la investigación en auto que fechó el 7 de febrero de 1977.

“Dentro de la etapa investigativa se practicaron diversas diligencias y el 16 de mayo de 1977, se oyó la diligencia de indagatoria de Reinaldo Alarcón, quien había huido del lugar de los hechos luego de su acaecimiento. El Juzgado de Instrucción profirió auto de detención en contra del sindicado en providencia del 20 de mayo de 1977.

“La etapa instructiva se declaró clausurada el 22 de julio de 1977 y el Juzgado 2º Superior de Santa Rosa de Viterbo calificó el mérito del sumario al llamar a responder en juicio criminal a Reinaldo Alarcón por los delitos de homicidio cometido en la persona de Eliseo Blanco Muñoz y de lesiones personales de que fuera víctima Oscar Virgilio Carrero Velandia. Apelada esta determinación fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en auto del 10 de octubre de 1977, providencia que aclaró la de instancia al eliminar una causal de agravación que había deducido el funcionario del conocimiento.

“Tramitada la causa se practicó diligencia audiencia pública el 13 de marzo de 1979, al término de la cual los miembros del Jurado Popular respondieron afirmativamente el cuestionario que se les había sometido a su consideración con relación al delito de homicidio, a la vez que absolviéron al procesado por el delito de lesiones personales.

“El Juez del conocimiento, profirió sentencia condenatoria por el delito de homicidio el día 27 de marzo de 1979 e impuso a Reinaldo Alarcón la pena de 8 años de presidio y las pertinentes penas accesorias, y lo absolvió por el delito de lesiones personales.

“Al conocer el Tribunal, por vía de apelación, de la sentencia citada, la confirmó pero aumentó en dos meses la pena privativa de la libertad que había sido impuesta en primera instancia”.

La demanda

Se intenta la casación mediante la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (“cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”), desarrollando dos cargos e invocándose los artículos 26 de la Constitución Nacional y 483 y 533 del Código de Procedimiento Penal.

Y concretamente se expone:

1. El juzgador incurrió “en un error en cuanto a la fecha en que se cometió el delito al proferir el llamamiento a juicio indicando que éste tuvo ocurrencia el día dos de febrero de mil novecientos setenta y siete (folio 92 del cuaderno principal), cuando en realidad estos tuvieron ocurrencia el día cuatro de febrero como consta en la diligencia de levantamiento del cadáver, hecho que vicia de nulidad el proceso en razón a que no se han observado la plenitud de las formas del juicio coartando por lo mismo el derecho de defensa”.

“Al decir el juzgador que los hechos tuvieron ocurrencia el día dos de febrero de 1977, incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal vigente... Si en este caso concreto se cometió un error al decir en la parte motiva que los hechos tuvieron ocurrencia el día dos de febrero, cuando en realidad lo fueron el cuatro, el auto de proceder en consecuencia, no reúne los requisitos exigidos por la ley, y en consecuencia debe reponerse la actuación para que así el juzgamiento se haga según el mandato constitucional con la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio”.

2. El cuestionario no se elaboró de conformidad a las reglas que al efecto señala el procedimiento. Esta composición viciosa se demuestra así:

“a) Porque se omitió estampar en él la afirmación contraria, es decir, la frase: El acusado es responsable, sí o no, para en esta forma dejar al jurado de conciencia la libertad de escoger entre una u otra de las alternativas, ya que en la forma como se redactó solamente podía inclinarse por la afirmativa, ya que a pesar de existir el signo de interrogación, la redacción misma lleva implícita una afirmación al decirse: ‘El acusado es responsable de haber dado muerte a Eliseo Blanco Muñoz’, por lo cual vino a coartarse en forma protuberante el derecho de defensa, por falta precisamente de la observación de las formas propias del juicio, como lo ordena el artículo 26 de la Constitución;

“b) Porque en el cuestionario únicamente se habla de intención mas no de voluntariedad en la acción ya que la una no comprende a la otra, ni puede darse por entendida, lo que conlleva un grave error en la elaboración del cuestionario. Además tampoco se dijo en el cuestionario sobre el propósito de matar, que es precisamente uno de los elementos integrantes de homicidio, de acuerdo con la definición que del mismo trae el artículo 362 del Código Penal: ‘El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio’. De tal manera que al preguntarse al jurado si la muerte se produjo en forma intencional, únicamente, no se le estaba preguntando por el homicidio conforme al artículo 362 del Código Penal ya que en el caso de un homicidio en ejercicio de la legítima defensa, este es intencional pero sin embargo tiene su justificación. Si en el mismo cuestionario se elimina el propósito, elemento esencial de homicidio, significa que aquél no contiene una síntesis completa de los hechos sustanciales materia del debate”.

Esto lleva al memorialista a solicitar “se decrete la nulidad respectiva”.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

Ciertamente el artículo 210, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal, eleva a motivo de nulidad el “haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a... la época... en que se cometió” la infracción. Pero no lo es menos que la doctrina propia a este punto, por lo demás abundante y coincidente, exige que esta

situación haya dificultado la defensa y expuesto al procesado a un riesgo de condenación. O, en otras palabras, que exista la atendible posibilidad de pensar que la acusación se refiere a hecho distinto del que atrae las respuestas del enjuiciado y los esfuerzos de su defensor. Cuando nada de esto ocurre, cuando el encausado sabe a ciencia cierta qué clase de delito se le imputa, cuáles las circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo, no es admisible colacionar errores secundarios en cuanto al sitio de comisión del delito, el apellido de la víctima o la fecha en que aconteció.

En el caso sub júdice, como bien lo anota el Ministerio Público, "es verdad que cuando el Juez del conocimiento hizo en el auto de proceder un relato de los hechos, anotó que ellos habían acaecido el 2 de febrero de 1977; sin embargo en la parte resolutive de la misma providencia se estampó con claridad que la fecha de su ocurrencia había sido el día 4 de los mismos mes y año, es decir se corrigió el error en que inicialmente se había incurrido. Esta circunstancia lleva al Ministerio Público a la conclusión de que el error fue suficiente y oportunamente aclarado. Además, los aspectos vinculantes de las decisiones judiciales se hallan en la parte resolutive, y como en el auto de proceder cuya nulidad se invoca no existe yerro alguno en dicha parte en cuanto a la determinación del día de ocurrencia de los hechos, carece de sentido alegar una nulidad inexistente por ausencia del presupuesto fáctico en que ella pretende fundarse.

"En segundo lugar, no es impertinente recordar que el motivo de nulidad alegado no está constituido por el hecho de haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la fecha sino a la época 'en que se cometió el hecho'. Estas posiciones son ciertamente diversas y reiteradamente la jurisprudencia ha determinado sus contornos. En efecto, el concepto que aparece señalado en el Código Procesal es de más amplio contenido y abarca un lapso más o menos prolongado. Ahora bien, la época de comisión del ilícito debe determinarse con el fin de no incurrir en equívocos que podrían dar lugar a confundir dos hechos delictivos y dificultar por ello el ejercicio de la defensa, pero cuando no hay tal equívoco e indudablemente la defensa se hizo con relación al hecho que dio lugar al enjuiciamiento, no hay razón para suponer la existencia de una nulidad".

Agréguese a lo anterior que el sentenciado nunca rechazó la realidad de un enfrentamiento

con Eliseo Blanco Muñoz, en el mes de febrero de 1957, en la población de El Cocuy, en la carrera 5ª con calle 9ª, a eso de la una de la tarde, combate realizado mediante el empleo de armas de fuego. Esta conducta, determinada con toda precisión, fue la sometida al jurado de conciencia de modo tan exacto que al responder expresó el nombre de la víctima —fl. 42 cuaderno número 3—. Sobre la misma no se da inquietud alguna pues nunca se insinuó la posibilidad de varios encuentros armados en distintos días. Únicamente se produjo este enfrentamiento mortal. El enjuiciado ha invocado, para beneficio suyo, la justificante de la legítima defensa. —42, 55, 46 v., 65 v., 75 cuaderno número 1, y 46 ss. cuaderno número 3—, y su abogado insistió en esta tesis y en la subsidiaria del estado de ira por grave e injusta provocación —fl. 50 cuaderno número 3—. Desde un principio se alegó este obrar conforme a derecho y en momento alguno puede decirse, así sea en gracia de discusión, que la mención en la parte motiva de un día que no era, corregido luego en la parte resolutive y en el cuestionario, debilitó tal alegación o llevó al procesado o a su defensor a imaginar que se trataba de hechos diferentes, sometidos a una diversa prueba.

El cargo no prospera.

La elaboración del cuestionario ("el acusado Reinaldo Alarcón, hijo de Sabina Alarcón, de veintiocho años de edad, para cuando rindió indagatoria, soltero, natural y vecino de El Cocuy y agricultor de profesión, es responsable de haber dado muerte en forma intencional a Eliseo Blanco Muñoz, mediante el empleo de arma de fuego de corto alcance (revólver) que le produjo a la víctima los destrozos orgánicos descritos en la diligencia de autopsia, según hechos que tuvieron ocurrencia a esa de la una de la tarde del día cuatro de febrero de mil novecientos setenta y siete, dentro del perímetro urbano de la población de El Cocuy") no puede ser más claro y completo. La omisión que el censor destaca, no restaba posibilidades al jurado para negar rotundamente la responsabilidad o para adicionar una respuesta que diera ocasión de establecer algunas modalidades del comportamiento del homicida. Esta es una libertad que los jurados conocen, el Juez recuerda y las partes intervinientes no dejan olvidar en los debates de la audiencia pública.

De otra parte el propósito homicida, el elemento subjetivo de la acción, se afirma en el cuestionario con el empleo de la palabra "intencional" que equivale a ánimo doloso o realización

voluntaria. Las apresiones utilizadas por el Juez de derecho, acogidas integralmente y sin variaciones por el jurado, conforman el homicidio que tipifica el artículo 362 del Código Penal. No hay fórmulas sacramentales al respecto y la interpretación propia a todo veredicto permite fijar el sentido y alcance tanto de las preguntas como de las respuestas emitidas. La ambigüedad, la anfibia, la contradicción, la incertidumbre, la imprecisión, son totalmente ajenas al caso que se analiza. No es factible insinuar un fenómeno culposo, un actuar conforme a derecho, o la ocurrencia de un caso fortuito, por las expresiones empleadas para componer el mencionado cuestionario. Allí se indica un actuar intencional del procesado que produjo la muerte, o sea, que tuvo propósito de matar y consiguió su material realización. Y como si lo anterior fuese poco, toda duda se despeja al observar la forma cuidadosa como los jurados redactaron las respuestas a los dos cuestionarios. En la primera (sobre el homicidio) anotaron: "Si es responsable de la muerte de Eliseo Blanco en forma voluntaria"; en la segunda (sobre las lesiones personales en Oscar Virgilio Carrero), dijeron: "No es responsable, pues este infortunado hecho resultó por casualidad; el tiro no fue intencional". Por último valga esta transcripción de la Delegada; "Es verdad que en el caso presente no se empleó la forma prevista en la disposición sustancial, pero se la reemplazó por una equivalente, ya que matar en forma intencional tanto da como matar con propósito, pues lo que en últimas importa es que la respuesta se oriente hacia la determinación clara de la forma de culpabilidad con que haya actua-

do el agente. Es decir, que no hay equívoco alguno en cuanto al aspecto subjetivo del ilícito, con mayor razón si se tiene en cuenta que los miembros del jurado no son expertos en materias jurídicas y que el lenguaje que con ellos se emplea no debe estar sujeto al rigor de los tecnicismos.

"En precedente oportunidad (casación de mayo 18 de 1979, con ponencia del Magistrado Velasco Guerrero), la Corte resolvió un problema igual al que ahora se plantea y concluyó afirmando que no constituye siquiera informalidad al empleo en los cuestionarios de expresiones diferentes, pero con sentido equivalente, de las empleadas por la ley".

Se desecha el cargo.

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 recurrida, ya indicada en su origen, fecha y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO

“Si en estado de ira”, el veredicto no es suficiente para fundamentar que el procesado actuó en la forma prevista por el artículo 28 del Código Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 28 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 21, de febrero 26/80.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que confirmó la de condena emitida por el Juzgado 7º Superior de la misma ciudad en este proceso por homicidio seguido a Hernán Darío Tabares Echavarría.

1. Los antecedentes:

Los hechos de sangre investigados ocurrieron en Medellín, en la noche del 20 de diciembre de 1976. En el bar “Media Luz” o “Media Luna”, departían e ingerían licores Héctor León López Serna, Octavio Arboleda, José Gustavo Bermúdez y Hernán Darío Tabares Echavarría. Entre estos dos últimos surgió una fuerte discusión que les llevó a darse golpes. López Serna, para evitar males mayores, ordenó a su chofer Octavio Arboleda que condujera a Tabares Echavarría a su casa. Así lo hizo el chofer pero su pasajero le pidió retornara al bar porque debía entregarle un dinero a López Serna. Arboleda regresó y cuando llegaba al bar salía de él José Gustavo Bermúdez, que fue abaleado por Tabares Echavarría desde el asiento delantero del vehículo que ocupaba. Luego intimidó al conductor para que se alejara de allí y se apeó por los lados de la fábrica de gaseosas “Postobón” siendo capturado quince días después por Agentes del F-2.

2. La actuación procesal:

La investigación fue abierta por el Juzgado 32 de Instrucción Criminal el día 22 de diciembre de 1976. Hernán Darío Tabares Echavarría, aparece indagado el día 7 de enero de 1977 y se le dicta auto de detención el día 11 del mismo mes y año. El 24 de mayo de 1977 el Juzgado 7º Superior de Medellín, en donde quedó radicado el proceso, llamó a responder en juicio por homicidio en José Gustavo Bermúdez o José Gustavo Restrepo Bermúdez a Hernán Darío Tabares Echavarría a quien se dice apodan “Cacerolo” y sobreseyó definitivamente para Héctor León López Serna (a. Cucaracho” o “Cuqui”) y Octavio Arboleda Iturregui. El Tribunal Superior de Medellín que conoció de dicha determinación por apelación, la confirmó plenamente en auto de 6 de septiembre de 1977.

Cumplida la audiencia pública, el Jurado emitió el veredicto que se concreta en la expresión: “Si en estado de ira”, y por mayoría de votos. La sentencia de primera instancia lleva fecha del 15 de febrero de 1979 y mediante ella se condena al procesado a la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio, en forma genérica al pago de perjuicios, y se le deducen e imponen sanciones accesorias correspondientes a la naturaleza de la principal. En la segunda instancia el Tribunal Superior de Medellín, mediante providencia de 9 de mayo de 1979 confirmó, en todas sus partes, la de primera instancia.

3. La demanda:

Alega el censor, en primer término, que la sentencia se emitió en juicio viciado de nulidad (numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), por violación de lo preceptuado en el numeral 4º del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal que ordena incluir

en la sentencia las conclusiones de la defensa, cosa que no se cumplió, "salvo tal vez cuatro palabras en que de reojo se refirió a dicha alegación, pero no a las razones en ella contenidas", para mermar así el derecho de defensa, con lo cual se desconoció el artículo 26 de la Constitución Nacional, solicita, con base en el numeral 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal casar la sentencia para que se devuelva el proceso y se dicte nueva sentencia "en que se acojan o no los planteamientos de la defensa, refiriéndose a ello y analizándolos debidamente".

En segundo lugar y con apoyo en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal sostiene que la sentencia se dictó en desacuerdo con el veredicto. Sobre la base de que el veredicto dice: "Sí es responsable, en estado de ira", el censor sostiene que debió reconocerse la atenuante del artículo 28 del Código Penal, pues la brevedad en la contestación al cuestionario, prevista en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal no exigía la reproducción del texto íntegro del artículo 28 del Código Penal. Este desconocimiento por parte del juzgador coloca la sentencia en desacuerdo con el veredicto y colocar ese "estado de ira" como circunstancia de menor peligrosidad (numeral 3º, artículo 38, Código Penal- equivale a resolver una duda en contra del procesado y a decir que el reconocimiento de dichas circunstancias corresponde al jurado. En los ocho puntos que subsiguen consigna las razones que tiene para sostener que debió aplicarse el artículo 28 del Código Penal.

4. La contestación del Ministerio Público:

Para la primera alegación dice el Procurador 3º Delegado en lo Penal que la inobservancia de la regla 4ª del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal no está prevista como nulidad en la enumeración taxativa que de ellas trae la ley. Tampoco esa omisión, que constituye irregularidad, afecta el derecho de defensa, ni viola el artículo 26 de la Constitución Nacional. Además, basta leer el fallo para saber que contiene, someramente, las conclusiones de la acusación y de la defensa. Por lo dicho, el cargo resulta infundado.

Para el segundo el Procurador precisa que el veredicto dice: "Sí en estado de ira mayoría de votos". Este veredicto no es suficiente para fundamentar la aceptación de que el procesado actuó en la forma prevista por el artículo 28 del Código Penal, como ya lo ha dicho la Corte. Cita en su apoyo las sentencias de casación de 30 de agosto de 1973 y 13 de noviembre de 1970. La

defensa, dice, hizo todo lo posible para obtener del jurado una contestación acorde con su petición y llegó en su empeño hasta entregar al jurado un modelo escrito del veredicto que deseaba, pero el Tribunal Popular "guardó absoluto silencio respecto a las circunstancias de gravedad e injusticia y ni siquiera consignó en el veredicto la norma legal que describe la figura". De esta manera, el agregado "en estado de ira" es irrelevante y si el censor consideraba que tal contestación era contraria a la evidencia de los hechos debió alegarlo en las instancias.

5. Las consideraciones de la Sala:

Trata el Código de Procedimiento Penal en vigencia, en su artículo 171, de la "redacción de las sentencias", esto es, de la manera como los jueces deben poner por escrito tales providencias y, en cumplimiento de su enunciado, la disposición citada trae una serie de reglas en los seis numerales que la integran.

Equivoca el censor los fundamentos de su acusación cuando afirma que allí, en la sentencia, el juzgador debe no solo referirse a los planteamientos de la defensa, sino analizarlos y evaluarlos para decir si los acoge o rechaza y cuáles las razones para una u otra determinación. Sostiene la Sala lo dicho, porque la cuarta regla del artículo comentado sólo preceptúa que en uno de los párrafos de la sentencia, para el cual no se requiere numeración, ni antelación de la palabra "resultando", se consignent "las conclusiones definitivas de la acusación, de la parte civil y de la defensa", pero no que se examinen a fondo para expresar que se aceptan porque son de recibo, o se desechan pues no se ajustan a la realidad del proceso.

Consignar, verbo transitivo que la disposición utiliza, significa "citar en un escrito" y citar, en la acepción que se adapta al caso concreto es "referir textualmente lo que otro ha dicho o escrito". Con la cita o referencia se cumple la indicación procedimental de consignar no las alegaciones completas del Ministerio Público, la parte civil y la defensa sino las conclusiones definitivas o, lo que es lo mismo, las consecuencias de sus argumentaciones.

La omisión de dicha cita o referencia en la sentencia constituye la simple inobservancia de una regla o guía para su exacta redacción que no genera vicio suficiente para predicar la nulidad de la actuación así cumplida y colocados en este campo, sea lo primero decir que tal omisión no aparece en la enumeración taxativa que

de las nulidades hacen los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal y, en un segundo lugar, que si se la quiere ubicar en el artículo 26 de la Constitución Nacional habría que aceptar, como aduce el demandante, que con esa manera de realizar las cosas se vulnera el derecho de defensa, lo cual resulta totalmente equívocado pues cuando la sentencia se dicta, concluido el juicio y terminada la audiencia pública, con o sin intervención de jurado, ya la defensa debió cumplir a plenitud con sus deberes.

La acusación a la sentencia resulta, además de lo dicho, injusta, pues si bien se la mira buena parte está dedicada al examen y rechazo de las alegaciones del defensor apelante que fueron prohibidas por el Fiscal de la segunda instancia. Por otra parte, cabe observar que bajo el título "de la audiencia pública" el juzgador de primera instancia hizo referencia no solo a las razones que en dicha diligencia tuvo el Fiscal para solicitar un veredicto de condena sino a las que adujeron tanto el defensor como el vocero en orden a la sustentación de puntos de vista contrarios.

La pretensión del demandante es totalmente exagerada por su primer aspecto y, por tanto, el cargo de nulidad allí propuesto, no prospera.

Por el segundo cargo se aduce desacuerdo entre la sentencia y el veredicto porque éste que textualmente dice "Sí es responsable, en estado de ira", debió ser interpretado en tal forma que permitiera el reconocimiento de que el procesado actuó como se prevé en el artículo 28 del Código Penal para efectuar la disminución de pena allí prevista, y no como indicador de condena por homicidio voluntario.

El primer error del demandante no escapa a la observación del Ministerio Público pues los jurados contestaron exactamente "Sí en estado de ira mayoría de votos". El segundo consiste en creer que esa contestación incompleta debe aumentarse hasta el punto de hacer decir al jurado lo que, a pesar de las peticiones que al final de su intervención de audiencia hizo la defensa, no

quiso decir. La jurisprudencia es constante cuando puntualiza que en estos casos falta en la contestación al cuestionario el reconocimiento expreso de que la ira y el intenso dolor fueron causados "por grave e injusta provocación". Dicha expresión falta en el veredicto y, por tanto, no puede censurarse al fallador por no aplicar el artículo 28 del Código Penal y sentenciar con la sola base del artículo 362, sobre homicidio.

Lo anteriormente consignado no quiere decir que la Sala exige, como en épocas pretéritas, la utilización de palabras sacramentales por parte del Jurado en su contestación al cuestionario, y tampoco que reproduzca con exactitud las empleadas por el legislador en la confección de la norma. Lo que se pide es que diga expresamente que la provocación existió y que la califique de injusta o de grave, indistintamente. Lo demás corresponde al Juez de derecho que optará o no por la aplicación del artículo 28 del Código Penal en vista de las alegaciones de los representantes de las partes en el proceso y con base en el análisis de los hechos que le dieron origen y en sus circunstancias de toda clase.

Tampoco este segundo cargo prospera.

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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.



NULIDADES

En presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte omitir casar la sentencia, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su consideración

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., febrero 29 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 22, febrero 28/80.

Vistos

Entra la Corte a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado oportunamente contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, del 24 de noviembre de 1978, mediante la cual confirmó la proferida el 20 de septiembre del mismo año por el Juzgado Once Superior de esa capital que condenó a Jaime de Jesús Sánchez Gómez, por homicidio voluntario en el menor Carlos Alberto Cano Muñoz, homicidio imperfecto en José Antonio Ruiz Castro y lesiones personales en Nidia Stela Buitrago Tabares, modificando la pena al rebajarla a ocho años y seis meses de presidio, dejando subsistentes las demás determinaciones del fallo de instancia.

Hechos

Los sintetiza el Tribunal en la siguiente forma:

“... Al promediar la mañana del 21 de agosto de 1976, mucha gente del barrio “San Gabriel” de Itagüí, sobre todo niños, se agolpaban frente al granero de José Antonio Ruiz Castro, en la carrera 7ª con la calle 31 de esa ciudad, con la pretensión de obtener la diaria porción de leche. Aunque los compradores hacían fila, el justifi-

cado temor de no alcanzar el preciado alimento imponía cierto desorden.

“Tal vez por eso un hijo menor del acusado debió regresar a su casa con las manos vacías, para desazón y fastidio de su progenitora Rocío Vélez de S. Así, cuando un poco después el procesado Sánchez Gómez llegó a su residencia, la señora le puso al tanto de lo sucedido y le sugirió, disgustada, la conveniencia de percatarse por qué con tanta frecuencia sus hijos eran sacados de la fila o se les obligaba a retomarla cuando ya casi obtenían la compra.

“Ofuscado y convenientemente armado, Jaime de Jesús se dirigió al granero “San Gabriel” con hostiles intenciones. Sin preámbulos estrujó o abofeteó a Roberto Ruiz Castro, hermano del tendero y expendedor directo de la leche, a tiempo que reprochaba por el supuesto trato discriminatorio de que hacía objeto a sus pequeños. “... lo cierto fue —como lo recuerda la Fiscalía colaboradora de la Sala en su vista de 8 de julio de 1977, que provocó la reacción de José Antonio de idénticos apellidos, quien en defensa de su hermano acudió, de palabra, en forma que exasperó al inculcado y movió a éste a desafíos que aquél aceptó armado de cuchillo. El encuentro se produjo y Sánchez Gómez hizo uso de su revólver mientras retrocedía, alcanzando con el arma al menor Carlos Alberto Cano Muñoz y a la niña Nidia Stela Buitrago Tabares, así como a su contendor José Antonio Ruiz Castro”. (fl. 108).

El menor herido falleció casi en el acto, pues uno de los proyectiles le alcanzó en el cráneo (fl. 16); la niña sufrió incapacidad provisionalmente fijada en quince días (fl. 4); y José Antonio, tocado por otra de las balas en su antebrazo izquierdo, padeció incapacidad mayor de quince días (fl. 33)...”.

La demanda

Presentada con la técnica penal del caso, como se advirtió al declararla ajustada a la ley, propone contra la mencionada sentencia estos dos cargos:

Por la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), el de nulidad suprallegal (artículo 26 de la Constitución Nacional) como violación de las formas propias del juicio; y, por la causal tercera de casación (artículo 580-3 del Código de Procedimiento Penal), el de haber sido dictada sobre veredictos contradictorios.

1. La nulidad.

Sostiene que el procesado ya había sido juzgado en legal forma por un jurado de conciencia cuyos veredictos, en su concepto, no podían ser desconocidos por los jueces de derecho quienes así lo hicieron cuando el Juez Superior, por auto del 24 de noviembre de 1977, declaró la inexistencia de los veredictos emitidos en relación con los cuestionarios sobre los hechos cometidos en Carlos Alberto Cano Muñoz y Nidia Stela Buitrago Tabares y, cuando posteriormente el Tribunal confirmó esa determinación por auto del 29 de marzo de 1978, circunstancia que comportó la convocatoria de un nuevo jurado para que se pronunciara sólo en cuanto a esos dos aspectos, lo que efectivamente ocurrió con la obtención de veredictos más severos o perjudiciales para el procesado, según apreciación del demandante.

Aduce que de conformidad con el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal en los procesos con intervención del jurado la sentencia "... se dictará de acuerdo con el veredicto...".

Por tal razón, precisa:

"... Resulta palmar que el procesado seguido al recurrente quedó viciado de nulidad de carácter constitucional, debida a desconocimiento de las formas propias del proceso penal con intervención del jurado de conciencia, y, desde luego, del artículo 26 de la Carta, concretamente desde el auto del veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y siete, mediante el cual, el señor Juez *a quo*, pretextando inexistencia del veredicto (por contradictorio, incompleto o insuficiente, lo mismo da, todas son, según se ha visto suposiciones suyas sin fundamento serio), rechazó las respuestas que él, el jurado de conciencia, llamado a resolver sobre su responsabilidad en la comisión de los hechos de que fue acusado, dio a las preguntas dos y tres del cuestionario y convocó a uno nuevo, con lo que hizo

ripió más que burla, de su voluntad sobre la que tenía la obligación de dictar el fallo.

"... Y como la sentencia que ha venido acusando se profirió con base en otro veredicto, veredicto que a la postre resultó desfavorable al recurrente, y, claro está, como culminación del proceso desde entonces viciado de nulidad de rango suprallegal, insisto, por no haber acatado la voluntad del primer jurado claramente existente en los autos, *es por lo que el fallo recurrido debe invalidarse...*".

2. La contradicción.

Afirma que los veredictos que se obtuvieron con validez judicial en el juzgamiento del recurrente, violan los dos primeros el principio lógico de no contradicción, pues si los cuestionarios respectivos se edificaron sobre "... la acusación de ser autor responsable de homicidio con *dolo directo* en la persona de José Antonio Ruiz Castro y *eventual* en la de Carlos Alberto Cano Muñoz...", el primero al contestar "es responsable de haber lesionado intencionalmente y sin el propósito de matar" "negó la responsabilidad por homicidio en José Antonio Ruiz Castro, y en el segundo al responder "Sí" afirmó la responsabilidad de homicidio en Carlos Alberto Cano Muñoz persona ajena a los protagonistas principales.

Finalmente enfatiza:

"... Oposición o contradicción polar que impide que los juicios de los jurados puedan servir de fundamento a la sentencia recurrida que, consecencialmente y de acuerdo con la causal tercera de casación penal se debe invalidar...".

El Ministerio Público

Anota que cuando en la primera audiencia el jurado contestó a las cuestiones segunda y tercera "... Es responsable de haber lesionado, sin intención y sin el propósito de matar...", se entiende "... que el jurado negó la intención de lesionar como también el propósito de matar, restándole el elemento subjetivo tanto al delito de homicidio como a las lesiones personales que pudieran generar un homicidio preterintencional. Cualquier otra interpretación para ajustar el veredicto a los fenómenos de la culpa o el caso fortuito conllevaría a forzar en extremo lo expresado por el jurado.

En consecuencia, para el señor Procurador, tuvo razón el Tribunal al declarar la inexistencia de esos veredictos por ser incompletos, anfíbológicos, o en todo caso, no aptos para edificar sobre ellos una sentencia.

Respecto de la contradicción que intenta ver al actor entre los veredictos acogidos finalmente en la sentencia impugnada advierte que si el jurado negó responsabilidad por homicidio en José Antonio Ruiz Castro, no es menos cierto que admitió con relación al mismo unas lesiones personales "...lo cual no se opone en ninguna forma al resultado general del veredicto, declarando la responsabilidad tanto por los hechos cuyo resultado antijurídico se presentaba muy probable, como por el resultado realmente perseguido al cual estaban estructuralmente unidos a aquellos...".

Con base en estos argumentos solicita negar las pretensiones de la demanda.

La Corte

No se ve por parte alguna que los falladores de las instancias hubieran desconocido el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal al declarar inexistentes las respuestas del jurado a las cuestiones segunda y tercera sometidas a su consideración, en la primera audiencia.

En efecto, al jurado se le interrogó conforme al auto de proceder así:

Cuestión segunda.

"...El acusado Jaime de Jesús Sánchez Gómez es responsable de haber lesionado intencionalmente y con el propósito de matar, con arma de fuego (revólver) a Carlos Alberto Cano Muñoz, según hechos...".

Respuesta:

"Es responsable de haber lesionado, sin intención y sin el propósito de matar".

Cuestión tercera.

"...El acusado Jaime de Jesús Sánchez Gómez, es responsable de haber lesionado intencionalmente y sin el propósito de matar, con arma de fuego (revólver), a Nidia Stela Buitrago Tabares, según hechos...".

Respuesta:

"Es responsable de haber lesionado, sin intención y sin el propósito de matar".

De suerte que con estas contestaciones descartaron el homicidio simplemente voluntario en Carlos Alberto Cano Muñoz, porque eliminaron el propósito de matar; y el de lesiones intencionales, en Nidia Stela Buitrago Tabares, porque suprimió esa precisa intención.

Entonces, cabe preguntar ¿omitió el jurado una decisión categórica de responsabilidad? ¿Qué fue lo que quiso decir?

En opinión de los falladores de instancia esas respuestas constituían un veredicto jurídicamente inexistente, pues no fue posible encontrarles un significado y alcance nítido o precisos. Las reflexiones consignadas por los juzgadores de derecho, en esa oportunidad, destacaron la imposibilidad de formular un juicio exacto sobre la responsabilidad del procesado, por la cual se preguntó a ese primer jurado de conciencia, pues al mismo tiempo que se la reconocía se eliminaba "su intención o dolo, sin aclarar si tal responsabilidad reconocida lo era desde el punto de vista penal (por imprudencia o culpa) o puramente física, determinada por la fatalidad o el azar, o dentro de las remotas circunstancias del artículo 29 del Código Penal" (fls. 190/91). Los planteamientos que al respecto se hicieron y sobre los cuales fue factible una amplia discusión, no están huérfanos de respaldo probatorio ni del fundamento lógico jurídico que debe acompañar a una determinación de esa índole. Pueden cuestionarse pero sin que se logre la demostración inequívoca de haberse incurrido en un error manifiesto o en una omisión de formalidades básicas. Lo que resalta es su adecuada fundamentación y el respeto que atrae esa manera de pensar.

El Juez de derecho, máxime cuando las dos instancias coinciden en el punto, goza de cierto arbitrio en la interpretación del veredicto o veredictos emitidos. La intervención de un nuevo jurado, en el cual es dable clarificar las dudas o vaguedades advertidas en el anterior, facilita la obtención de respuestas claras, conforme a lo que se quiso entender por la defensa, el Ministerio Público o la parte civil. Que esta nueva respuesta diáfana en su composición y ajena a vicios anulatorios acoja una cualquiera de esas pretensiones no constituye motivo para imaginar que la contestación anterior era clara ni menos para juzgar la última improcedente por su severidad o benevolencia. Lo que se ha querido se ha conseguido, o sea, conocer a ciencia cierta y sin asomo de dubitaciones, lo que el jurado aprecia como responsabilidad del procesado, y sus modalidades, o lo que impulsa a una absolución.

Cuando los términos de una veredicción llevan al juzgador a entender que se ha eliminado el elemento culpabilidad (exclusión de dolo y culpa) pero al mismo tiempo se afirma la responsabilidad del procesado, resulta admisible deducir que los términos de la respuesta son incompatibles, contradictorios y, por tanto, conforman una veredicción inexistente sobre la cual no es posible asentar fallo alguno. Y esto fue lo que ocurrió con

las manifestaciones del primer jurado. Así lo explica tanto el Juez Superior como el Tribunal, coincidiendo y abundando ambos en razones para sustentar esa conclusión. Un excesivo criterio de benignidad, lindante con el capricho, llevaría a estimar las respuestas relacionadas con la muerte de Carlos Alberto Cano, y el daño corporal padecido por Nidia Stela Buitrago, como propias a un delito culposo de homicidio, en el primer evento, y, de lesiones, igualmente culposas, en el segundo. Son escasos y débiles los motivos que propicien una interpretación de esta índole; pero aun menos trascendentes y atendibles los dirigidos a desconocer la necesaria declaración de inexistencia del veredicto. Entre reconocer que el jurado admitió un comportamiento culposo en el procesado y decidir la convocatoria de un nuevo jurado que clarifique dudas e interpretaciones encontradas y azarosas debe estar por esta segunda solución. Es la más justa y segura, más cuando la apreciación inicial no tiene características tan definidas que haga de las mismas un incontrovertible enunciado. En casos tales el juzgador goza de amplios márgenes de discrecionalidad, que no puede vulnerar de buenas a primeras la casación. Para que prospere una censura como la que el demandante expone, sería necesario observar un craso error de interpretación o una total apatía por desentrañar el sentido del veredicto y conciliar los términos empleados por el *iure*. Pero cuando acontece lo contrario, esto es, dándose factores racionales de duda en cuanto la responsabilidad o no del enjuiciado, cuando se ha examinado el veredicto en forma cuidadosa, intentando hallar un resultado positivo, sin poder vencer esta incertidumbre, no puede menos que aceptarse y respaldarse una resolución que provoque la convocatoria de un nuevo jurado, en el cual los interesados puedan hacer valer con mayor precisión sus argumentos y el Juez encontrar ocasión para que se despeje toda inquietud e indecisión.

La censura no prospera.

Desde la calificación del sumario se ha sostenido el concurso de delitos. Inicialmente se dedujeron dos homicidios, uno perfecto y otro en grado de tentativa, y, un ilícito de lesiones personales. No se ha involucrado el tema de la aberratio delicti, ni en su forma de error en el golpe ni en la de error en la persona. La conducta del procesado se miró siempre, por parte de los jueces de derecho, como representativa de una multiplicidad de acciones, de propósito y resultados. Había ciertos nexos entre ellas, pero no llegaba al extremo de imponer un tratamiento unificado

para los tres eventos, es decir, apreciar que solo había un homicidio o tres, uno de ellos consumado y dos imperfectos. Válida o no esa interpretación (el concurso con cierta autonomía en los delitos) fue la que se impuso y la que el propio recurrente, en ciertos aspectos, admite o por lo menos no repudia.

Y está bien que no se aluda el fenómeno de la aberratio, que llevaría a la unidad de la acción al punto de no considerar sino un delito, porque en esta figura cuenta decisivamente el que el sujeto o sujetos pasivos perseguidos por el victimario resulten indemnes y otros, por error en la persona o en el golpe, acusen esas consecuencias, las cuales se considerarán como si se hubieran cumplido, de modo único y excluyente, en aquél. Pero cuando se dirige la acción sobre una persona y esta resulta afectada junto con otras, las mismas que por cambios de conducta o por su múltiple efectividad padecieron otros daños, debe aludirse al fenómeno del concurso de delitos.

Entonces, si ésto es así, está bien que las calificaciones del Tribunal fueran diversas y también diferentes las respuestas del jurado, sin que en aquella apreciación ni en esta definición se puedan advertir contradicciones esenciales. De ahí, pues, que no es objetable afirmar, máxime cuando el segundo jurado fue claro y explícito en ello, que la acción de Jaime de Jesús Sánchez Gómez, en cuanto al menor Carlos Alberto Cano, debe configurar un delito de homicidio simple o voluntario, y la que afectó a Nidia Stela Buitrago Tabares, estimarse como constitutivo de uno de lesiones personales.

El Tribunal consideró, en relación con el daño corporal de José A. Ruiz Castro, que el primer jurado respondió sin vaguedades ni contradicciones. Reconoció, en este evento, un delito de lesiones personales. Los fundamentos probatorios, que no podían tenerse por incuestionables, no le aconsejaron la declaratoria de contraevidencia. Dentro de su admisible discrecionalidad y las perplejidades inherentes a los elementos de convicción aportados al proceso, es determinación acatable, aunque con reparos. En sede de casación no es factible su desconocimiento ni para cambiar la modalidad del fallo condenatorio, en lo que toca con esta veredicción, ni menos para pretender la anulación del trámite cumplido.

Esta veredicción tiene que mirarse como respuesta absolutoria sobre la responsabilidad del delito de homicidio imperfecto por la cual se le

preguntara al jurado. Así lo entendió el Tribunal. Pero a su vez, admite la existencia de un delito de lesiones personales, por el cual ni se le interrogó ni podía interrogársele. Intentar como lo ha hecho el juzgador de la segunda instancia asentar en este veredicto un fallo de condena- ción, es olvidar que con ello se vulnera en forma grave la garantía constitucional del debido pro- ceso en su forma de defensa oportuna y eficiente, pues ésta enfrentó un cargo por homicidio tenta- do pero no uno de lesiones personales, dos enti- dades jurídicas que exigen, dentro de las características básicas de nuestro procedimiento, una diferente formulación en el auto de proce- der. En casos como el que se comenta resulta inadmisibles tener una respuesta de esta índole como veredicto inexistente, por no ceñirse a los límites de la pregunta. Bastaría considerar, a este respecto, que la negativa expresa o implícita sobre el homicidio, satisface la comentada exi- gencia, debiéndose anotar que la adición (lo re- lacionado con las lesiones personales), libre de hacerla como otras muchas más, carece de signi- ficación jurídica en vista de que sobre esa parte de la contestación, no es factible fundamentar un fallo condenatorio, por los motivos indicados.

En estos casos lo más ceñido a derecho es pro- nunciar una absolución por este cargo. Esto de- bió hacerlo el Tribunal. Su omisión en materia tan importante tiene que corregirse ahora, así el recurrente no haya atacado este aspecto de la sentencia, pues es tesis mayoritaria de la Sala que, cuando el proceso compromete resguardos de jerarquía constitucional, su enmienda debe declararse de oficio.

Sobre este último aspecto conviene recordar el siguiente pronunciamiento:

“... En presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte omitir casar la sentencia y ordenar su reenvío al Tribunal de origen, indicando en qué estado queda el pro- cedimiento, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su conside- ración aun con el propósito de fundar el deman- dante una causal diferente de la cuarta, o sea en forma indirecta. Así lo exigen razones superiores de jerarquía legal que devienen imperativo categórico la obediencia debida por la Corte a los mandamientos constitucionales que prescriben las garantías fundamentales de la defensa, entre las cuales adquieren especial relevancia las con- tenidas en sus ordenamientos 26 y 28 que regu- lan la legalidad del delito, de la pena, del pro-

cedimiento, y el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.

“Si esto es así y si justamente el haberse dic- tado sentencia en juicio viciado de nulidad es causal de casación resultaría inopinadamente absurdo que precisamente el Tribunal instituido para conocer de ese recurso extraordinario, estu- viese obligado a desatarlo a sabiendas de que, al hacerlo, dicta sentencia en juicio viciado de nulidad.

“No se trata, como es obvio, de que la Corte, de oficio y obligatoriamente deba, en cada caso, examinar el proceso para comprobar si adolece sustancialmente de vicios de formación. Pero si al estudiar una de las causales aducidas por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración configuran de su- yo, ostensiblemente, nulidad insubsanable, de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del Código de Procedi- miento Penal, en desarrollo de las garantías fun- damentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta Política, no podría, como ya se dijo, dejar de casar la sentencia acusada solo porque no fue mencionada la causal cuarta de casa- ción...”. —Gaceta Judicial, tomo CLI, número 2392, 2ª parte, enero a diciembre de 1975, pági- na 477—.

El Tribunal, para discernir la pena privativa de la libertad, tuvo en cuenta el mínimo fijado en el artículo 362 del Código Penal. En razón de los otros dos delitos de lesiones personales esta- bleció un aumento de seis meses. Entonces, si uno de estos últimos se excluye, el de mayor enti- dad la intensificación solo se puede señalar en un mes.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA PARCIALMENTE el fallo impugnado y de ahí que se condene a Jaime de Jesús Sánchez Gómez, a ocho (8) años y un (1) mes de presi- dio, por los delitos de homicidio en la persona de Carlos Alberto Cano Muñoz, y, de lesiones personales en Nidia Stela Buitrago Tabares. En cuanto a la accesoria de interdicción en el ejer- cicio de derechos y funciones públicas ésta sufre la modificación propia a la principal.

Se absuelve a Jaime de Jesús Sánchez Gómez, en cuanto al cargo de homicidio imperfecto en la persona de José Antonio Ruiz Castro, conside- rado como lesiones personales por el Tribunal.

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

que Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, José María Velasco Guerrero.

Pedro Elías Serrano Abadía, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enri-

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

JURADOS

Impedimentos. Recusaciones. Sus deberes. Sus faltas

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., febrero 29 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 22, de febrero 28 de 1980.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia proferida el 4 de abril de 1979, impuso a José Barlaham Correa Orozco, por el delito de homicidio, asesinato en Carlos Abad Ramírez, quince años de presidio, así como las accesorias de ley.

El recurso de casación se admitió en auto de 28 de junio del citado año y la demanda se declaró ajustada a los requisitos señalados en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, en proveído de 20 de noviembre siguiente.

Hechos y actuación procesal

Se acoge la versión e indicaciones del Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

“... Resulta de autos que en la madrugada del 11 de abril de 1977 el joven Carlos Abad Ramírez abandonó la cantina “La Ricura”, de la calle 23 número 1-30 de la ciudad de Cali, donde estuvo ingiriendo licor en compañía de varias personas siendo seguido por el propietario del establecimiento José Barlaham Correa, quien le propinó por detrás una cuchillada en la región lumbar derecha a consecuencia de la cual falleció horas después en el hospital departamental.

“Por estos hechos el Juzgado Sexto Superior de Cali, llamó a responder en juicio al procesado por homicidio agravado en las circunstancias del

artículo 363, numeral 5º del Código Penal, pronunciamiento consentido por las partes (fls. 247 y ss. del expediente).

“Rituado el juicio y celebrada la audiencia pública el jurado de conciencia declaró por unanimidad responsable al acusado en los términos en que fue convocado a juicio, veredicto que acogido por el Juez del conocimiento sirvió de fundamento a la sentencia del 12 de abril de 1978 que lo condenó a la pena principal de quince años de presidio; fallo que apelado por el procesado fue objeto del recurso de casación...”.

La demanda

El recurrente apoya su censura en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (“cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”) y al efecto alude a la “violación de las formalidades legales, concretamente del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, norma que impone a los jurados de conciencia prohibición perentoria de comentar con persona alguna, algo referente al proceso”.

Menciona, en este punto, que la jurado Luz Betty Jiménez de Borrero, el día anterior a la celebración de la audiencia, estuvo en las oficinas del Juez y Fiscal Sexto Superiores, hecho advertido por el testigo Antonio Alzate Ledesma. Infiere que la entrevista debió relacionarse con el proceso, dada la forma negativa y reticente de la doctora Jiménez de Borrero, al contestar un interrogatorio que le fue formulado, en diligencia extrajuicio, en el Juzgado 8º Penal de Circuito de Cali (fl. 9), pues de haber tenido objeto distinto a lo que la citada disposición del Código de Procedimiento Penal prohíbe, hubiera respondido abiertamente. Por el contrario aludió la declarante a que los motivos y términos de esa diligencia podían comprometerla criminalmente y debían ser tratados en un proceso penal.

Concretándose el memorialista al cargo, escribe: “La prohibición que encarna es en extremo rigurosa, y se justifica por la trascendencia infinita que su violación tendría para la recta administración de la justicia. Tiene relación con la importancia decisiva de los jurados, y propende por su absoluta limpieza de prejuicios. De ahí que no pueda haber sombra de duda, por insignificante que se crea, en cuanto a su ánimo desprevenido al llegar a la audiencia.

“La transgresión a esa norma prohibitiva, además de configurar delito de prevaricato, constituye *nulidad* para el proceso penal. La honorable Corte, y los grandes tratadistas del Derecho en nuestro país, que han sido sus miembros, fijaron ya pautas inequívocas respecto a la rigurosa observancia de las normas procedimentales en el proceso penal, so pena de la inextinguible declaratoria de nulidad de carácter suprallegal, en defensa de las inalienables garantías constitucionales en cuanto a la legalidad del proceso”.

Como la cuestión también se propuso ante el Tribunal, refuta sus razones (aquél dijo que la cuestión no está consagrada en los artículos 210 y 211 Código de Procedimiento Penal; que el juez de la causa tendría, entonces, que esperar el fallo del Juez que conociera del delito de prevaricato), y al respecto comenta: ¿Se podrá hablar de “curso normal de la causa”, habiendo de por medio un hecho violatorio de la ley?

“Y a contrario sensu de lo predicado en la última parte de la transcripción, cabe preguntar ¿qué se haría si la jurado fuera condenada por prevaricato, cuando ya estuviesen agotadas las instancias del proceso en que intervino?

“Nada más antijurídico que edificar la sentencia sobre la base de un posible delito. La ley exige la certeza de que se cumplieron en el proceso las normas que lo regulan; y cuando se observa que hubo irregularidades, que por afectarlo sustancialmente no son subsanables, debe decretarse la nulidad”, la misma que tiene rango constitucional y no legal.

Solicita, entonces, que se case el fallo y se ordene la repetición del juzgamiento, con intervención de nuevo jurado.

Opinión de la Delegada

Se otorga, a la cuestión debatida, la rebajada entidad de acto irregular y se enfatiza, citando a la Corte, que la sanción de nulidad tiene que estar expresamente conminada en la ley, al punto de indicar ésta que “será nulo o no tendrá valor alguno o será ineficaz el acto que no se

ciña a determinadas exigencias”, y agrega: “El hecho —insuficientemente demostrado— que uno de los jurados integrantes del tribunal popular que juzgó al procesado haya concurrido al despacho del Fiscal de la causa a dialogar con él sobre el juicio materia de decisión no está expresamente previsto en la ley como motivo de nulidad legal. Tampoco, constituye nulidad de orden constitucional por quebranto o desconocimiento de alguna de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta Política.

“El responsable de la prohibición contenida en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, podrá quedar incurso en la comisión de un delito, pero en ningún caso su comportamiento incide en la legalidad o validez del proceso.

“La circunstancia aducida por el demandante para la invalidación de la sentencia acusada fue objeto de alegación en las instancias siendo rechazada por el *ad quem*, con argumentos que hacen suyo este Despacho.

“La nulidad procesal o constitucional se origina en hechos plenamente probados y no en supuestas informalidades o en la violación de preceptos legales no conminadas con sanción de invalidez. Demandar la nulidad del proceso o parte de él sobre la base de una hipotética violación del artículo 561, no pasa de ser un desatino.

“El demandante no precisa, y no podía hacerlo, cuál o cuáles de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional fueron conculcadas o desconocidas por el juzgador.

“Y es que el ilícito proceder atribuido a uno de los jurados, como el incumplimiento de sus deberes, reprimidos en su orden, penalmente y con sanción pecuniaria, en nada afecta la validez de la actuación; no conlleva el desconocimiento del derecho de defensa ni implican la inobservancia de forma del debido proceso de riguroso cumplimiento.

“La ley ha previsto en tales casos, un procedimiento especial para sancionar al responsable dejando a salvo la legalidad del proceso en que tuvieron ocurrencia.

“Resultando entonces, que el quebranto del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal no constituya nulidad procesal ni menos de rango constitucional el reparo formulado a la sentencia es infundado y debe rechazarse lo que *no es* obstáculo para que se disponga la expedición de copias a fin de investigar penalmente la conducta de la mencionada jurado ante la hipótesis delictual de que dan cuenta los autos”.

Consideraciones de la Sala

La prohibición que consagra el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, evidentemente responde a una tutela de imparcialidad y desprevención en los jurados. Se busca preservar la neutralidad apreciativa en estos juzgadores de hecho y evitar desequilibrios (formación de intereses, preconcepciones, animadversiones etc.) que puedan afectar o favorecer al procesado, o a otra de las partes intervinientes. Guarda esa regla una íntima y armónica relación con el contenido y fines de la hermosa fórmula de juramento que consagra el artículo 560 de la misma obra, compendio de los excelsos deberes que contraen los jurados y orientación segura y justa del ejercicio, cabal de sus funciones. No es, pues aspecto de poca monta la naturaleza y alcance de estas disposiciones. Sin temor al yerro bien puede decirse que su quebranto, en materia grave y dentro de los límites ponderados que su contexto insinúa, como se advertirá más adelante, desquicia los aspectos básicos del juicio criminal correcto. Esto debe afirmarse categóricamente si se quiere mantener este especial sistema de juzgamiento en sus exigibles moldes.

No acatar esta prohibición, entendida con sus necesarias y justas limitaciones, es incurrir en nulidad de rango constitucional, la misma que de por sí determina el surgimiento de invaliables riesgos y años. Acierta el memorialista cuando trata el asunto dentro de la comentada órbita pero desvía el criterio al dilatar sus generalizaciones y no admitir distinguos en esta clase de comportamientos.

Conviene agregar algo más. Con respetables razones algunos cuestionan la importancia y efectos de constituir en prevaricato al desconocimiento de la prohibición indicada en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal. Advierten que se trata de un para-tipo que no alcanza a estructurar un modelo de conducta que comparte una pena. Es imposible clasificar esta previsión del legislador en uno cualquiera de los tipos penales, por sí no alcanza a llevar ese comportamiento del jurado a una de las varias modalidades del mencionado delito. Para que aquélla se tenga como tal es indispensable que reúna los elementos objetivos, subjetivos y normativos de los tipos de prevaricato que se recogen en los artículos 168 y 169 del Código Penal (Decreto 2525/63, artículo 2).

No es oportunidad de discutir el acierto de esta tesis y negar rotundamente que la previsión del legislador (no puede un jurado tener con-

versación de ninguna naturaleza con persona alguna sobre el juicio) no traduzca la selección de los rasgos esenciales de un hecho para convertirlo en delito. Pero lo que sí debe enfatizarse es que esta denominación jurídica destaca dos factores de importancia: uno, sugerir la figura penal más propia a este antijurídico y culpable obrar; y otro, destacar la trascendencia que la ley otorga a estas formas de preservación del sistema de juzgamiento por jurados. En esta segunda consideración se evidencia la nulidad constitucional.

La disposición bien podría estar redactada en forma más simple y entrañar la misma consecuencia, o sea, indicar que se trata de una forma propia y esencial al juicio. Bastaría que dijera "desde el momento de ser notificados de la designación... los jurados no podrán tener conversación... con persona alguna sobre el juicio en que les correspondiere... intervenir como jueces...", para obligar a la doctrina a calibrar las consecuencias de su violación e involucrar éstas en la noción de las nulidades constitucionales, pues no cabe la indiferencia ante una situación que por la naturaleza de las conversaciones, la índole de las personas con las cuales se realizan y la exteriorización de una opinión, propicie la formación unilateral de un preconcepto, la manifestación anticipada de un criterio o la negación de los compromisos adquiridos con el juramento prestado (artículo 560 del Código de Procedimiento Penal). En síntesis, que se pierdan los atributos de confiabilidad en esta singular forma de administrar justicia. Porque, realmente, esto es lo que está en juego y lo que trata de prevenir el artículo 561 *ibídem*.

Cuando se observan las tradicionales particularidades del jurado (libertad de forma en su pronunciamiento, no sujeción a tarifas probatorias, su condición social e intelectual, debilidad de los controles legales para contener sus desvíos, transitoriedad del ejercicio de sus funciones, etc), se tiene que destacar la importancia de previsiones legales que se dirigen a preservar su imparcialidad mediante un propósito y un resultado de reserva y aislamiento. Y ésto se consigue, indudablemente caracterizando la inobservancia del artículo 561 como nulidad constitucional, cuando la misma traduce un sensible alejamiento de esta ordenación.

Otro aspecto de importancia lo constituye el fijar criterio sobre la tesis que pretende exigir, en las nulidades constitucionales, la demostración de un perjuicio concreto. Este requerimiento, en no pocas ocasiones, resulta exagerado e

improcedente. Basta recordar que las nulidades de carácter legal, evidentemente de menor categoría que aquellas otras, no siempre suelen acompañarse de esta pretensión, puesto que si están consagradas para preservar el debido proceso es porque su desconocimiento implica la ocurrencia de sobresalientes riesgos o daños. Esto se presenta, con mayor rigor en las nulidades constitucionales. Pero lo que origina la confusión es que éstas últimas son de elaboración doctrinaria y para poder deducir una de ellas es necesario considerar tanto en abstracto como en concreto hasta dónde la omisión de una determinada formalidad, o su observancia irregular, pueden alterar las bases esenciales del juzgamiento. Entonces, cuando se intenta el reconocimiento, por vez primera, de una de ellas conviene abundar en esos enunciados y comprobaciones para convencer al juzgador de su trascendencia. Su reconocimiento, por la jurisprudencia, evita en lo futuro estas disquisiciones pues basta que se invoque para que se tenga que asumir todas sus consecuencias.

Lo dicho no obsta para que su simple alegación permita a la Sala, en su discurso dirigido a caracterizar una violación procedimental como nulidad constitucional, destacar las posibles nocivas repercusiones, prácticas y teóricas, del trámite vicioso objeto de censura.

Al acierto del censor de mirar esta situación como propia a un fenómeno de nulidad supralegal o constitucional debe agregarse otro, vale decir, no condicionar su admisión a la existencia de un proceso por prevaricato, contra el jurado infiel, y menos a la aparición de una condena en este sentido. Si ésta aparece y ya está concluido el proceso en el cual se originó el delito, este nuevo hecho debe invocarse, siendo muy probable su prosperidad, como motivo de revisión.

Pero lo dicho no quiere decir, porque sería desfigurar la bondad del comentado resguardo procesal, que todo contacto con los funcionarios o particulares, que pueda rozar algún punto del proceso en el cual se interviene como jurado, constituye a éste en prevaricador y da oportunidad para invalidar lo actuado. La sola apariencia de la conversación no permite deducir los graves efectos que se analizan. Es necesario un elemento de prueba que forme convicción seria y respetable, sobre la realidad de haberse tratado temas de interés para el juicio en el cual se ha intervenido o va a intervenir como juez de hecho. Otrósi, que ese jurado más que ser objeto de informaciones haya dado ocasión a que se filtre su opinión, tendencia conceptual o esta-

do de ánimo sobre la conducta enjuiciada. De no ser así, actitudes inocentes, muchas veces buscadas por los interesados en preparar la anulación de un juicio o vencer por este medio sus resultados, serían desvirtuadas. A más de esto, siempre cabe hacer un *distingo* entre la relación que pueda darse entre un juez o fiscal vinculado al juicio y los jurados y entre éstos y los particulares, o parte civil o procesado. Sobre esto último la Corte enseña: "En donde quiera existe la institución del jurado, en Europa, los legisladores han tenido cuidado de reglamentar debidamente las relaciones entre el Juez de derecho y Presidente de las audiencias y los Jueces de Hecho; relaciones que no son ni tan francas y sin reservas como las que rigen el entendimiento entre los solos jueces de hecho, ni tampoco tan absolutamente desconectadas como las relaciones negativas entre dichos Jueces de hecho y los terceros" (*Gaceta Judicial LXXVII*, páginas 456, 1954, mayúsculas de la Sala).

Esto indica que la Corte se muestra más flexible y menos crítica en la apreciación de los contactos de los jurados con los funcionarios, que entre aquéllos y los particulares, debiéndose agregar como cobijados dentro de esa absoluta desconexión que recomienda la Corporación, los procesados, sus defensores y la parte civil.

Conforme a lo escrito tiene que desecharse la censura porque no se suministró una información atendible, sin exigir certeza sino probabilidad del hecho prohibido, sobre la naturaleza de la aproximación producida entre la jurado Luz Betty Jiménez de Borrero y el Fiscal y Juez de la causa. Nada se sabe sobre la índole de ese acercamiento y menos sobre sus efectos. Pudo excluirse toda referencia al juicio o tocar éste en aspecto permitido, v. gr. la solicitud de copia de un concepto fiscal, el facilitamiento del expediente, etc.

Y no es dable colegir una entrevista dañosa, de las prohibidas por el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, por la reticente o negativa actitud que asumiera la doctora Jiménez de Borrero, al responder el interrogatorio extrajuicio que le formulara el representante del sentenciado, pues en ello bien pudo influir un exagerado concepto de evitar anticipados compromisos o ser obediente a una rígida concepción jurídica (ella es abogada) de no permitir el cumplimiento de una diligencia por fuera de su ámbito propio, esto es, la existencia de una investigación penal. Lo más pertinente, en ese caso y para los fines buscados por el recurrente, hubiera sido interrogar al Fiscal y Juez de la causa, quienes estaban

obligados a dar una información completa y veraz de lo sucedido y carecían de la condición de posibles sindicados del delito de prevaricato con que conmina el Código de Procedimiento Penal este comportamiento.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría General de la Nación, resuelve NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su fecha, origen y naturaleza.

Expídanse las copias a que se refiere el Ministerio Público.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

Si bien comparto la determinación de desechar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, decisión por lo demás unánimemente compartida por la Sala, me merecen serios reparos las consideraciones adoptadas como fundamento de esa resolución y, además, la orden, a mi modo de ver infundada, consistente en que se compile copia para la investigación del delito de prevaricato, que se imparte en la parte resolutive de la providencia.

1. La prohibición contenida en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, desde luego ampliamente justificada, entre otras muchas razones por las que se exponen con gran acierto en la motivación de la sentencia de la Corte, es norma legal que no sustituye, ni modifica en modo alguno, los elementos axiológicos del delito de prevaricato indicados en el artículo 168 del Código Penal, luego su texto, como su ubicación dentro del de Procedimiento Penal, son absolutamente equivocados y legalmente irrelevantes, de suerte que no pueden producir y no producen ciertamente, efectos penales o procesa-

les de ninguna naturaleza, salvo, a lo sumo para recusar a los jurados.

Si, pues, la norma contenida en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal es inocua en cuanto no puede invocarse para atribuir a los jurados el delito de prevaricato, ni, tampoco, tiene el carácter propio de las que organizan el trámite o la ritualidad del proceso, resulta inquestionable que, en suma, la ejecución de la conducta allí prevista no puede invocarse para atribuir a los jurados el delito de prevaricato, ni en ningún caso altera, tampoco, la estructura del debido proceso.

Esto aparte es también evidente que el delito de prevaricato no puede cometerse mediante simples conversaciones, cualquiera que sea su naturaleza, la finalidad que con ellas se persiga o las personas con quienes se sostenga.

El inciso 1º del artículo 168 no acogió como elemento del delito de prevaricato el simple quebrantamiento de los deberes oficiales ni la sola violación del juramento de fidelidad a la constitución y a las leyes prestado al tomar posesión de un cargo público.

Esa disposición no es aplicable, por tanto, a los funcionarios o empleados públicos por serlo, ni a quienes transitoriamente desempeñan funciones públicas por actuar ocasionalmente como tales, sólo porque aparezca demostrado que han faltado “a las obligaciones de su oficio quebrantando la palabra, fe, religión o juramento” (Escheriche, Diccionario Jurídico) y por tanto, aunque “faltan maliciosamente a los deberes que impone un cargo público o una profesión o de acuerdo con la etimología de la palabra, (aunque se desvíen), intencionalmente de la línea recta que deben seguir los profesionales y empleados (Arenas, comentarios del Código Penal, tomo I, página 152).

Para que esta especial infracción de la ley penal se cometa es necesario, además, que la promesa de fidelidad a la Constitución y a la ley se quebranten, no de cualquier manera” (como en el delito de colusión), sino en la oportunidad y en la forma expresa y taxativamente señalada en el Código Penal: al proferir “dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley”.

En la Comisión Redactora del Código Penal se desechó, en efecto, la configuración del delito de prevaricato, aun cometida la violación de la ley por los funcionarios, a sabiendas de su violación.

“...El doctor Cárdenas dice que hay necesidad de prever el caso del funcionario que, a

sabiendas, viola la ley, pero sin un interés especial y personal. De igual modo debe contemplarse el caso de que esa violación, a sabiendas, se lleve a cabo por móviles de un interés especial o personal. Este segundo caso comprende el que nuestro Código Penal vigente llama prevaricación. Como consecuencia de su pensamiento, el doctor Cárdenas presenta el siguiente artículo: "...".

"...Artículo. Los funcionarios o empleados públicos, o personas encargadas de un servicio público, que, a sabiendas, violen cualquier precepto legal, se les impondrá multa de cinco a quinientos pesos, si el hecho no estuviere previsto en otra disposición...".

"...Si tal cosa se llevare a cabo por interés personal o de un tercero, o por afecto o desafecto a alguna persona, se impondrá prisión de uno a tres años e interdicción para desempeñar empleo o cargo público por el mismo tiempo...".

"...El doctor Escallón observa que el primer caso de esa fórmula ya está comprendida en el artículo primero, que ya se aprobó, del capítulo que se estudia (abuso de autoridad). El segundo caso podría colocarse en otro inciso del artículo que se aprobó...".

(Acta número 125).

Se aprobó, por el contrario, la norma que vino a corresponder al original artículo 168:

"...Artículo. El funcionario, empleado público o persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que intencionalmente dictare sentencias, resoluciones o dictámenes contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones por simpatía o animadversión hacia los interesados, incurre en prisión de dos meses a tres años...".

"...Si se tratare de sentencia en juicio criminal la pena será de dos a ocho años de presidio...". (Acta número 209).

No es cierto, por tanto, que incurran en delito de prevaricato los jurados que tengan conversación de cualquier naturaleza con alguna persona sobre el juicio en que les correspondiere o hubiere correspondido intervenir como jueces, ni cierto tampoco, en consecuencia, que la violación de aquella prohibición haga incurrir al responsable en ese delito, "sea cualquiera la clase de conversación o comentario, o la finalidad que se hubiese propuesto".

Las consideraciones que se dejan someramente expuestas, de suyo suficientes para hacer caso

omiso de la disposición del artículo 561 del Código de Procedimiento Penal, tanto en lo que respecta a la calificación de prevaricato que en ella se atribuye a la conducta irregular que describe, cuanto en lo que se refiere a la ritualidad o trámite del juicio respectivo, que se mantiene incólume, son razones, a mi juicio, mucho más atendibles en el caso concreto de que se trata, porque en parte alguna se afirma que la visita de la jurado al Juez y al fiscal tuviera por objeto conversar con ellos y mucho menos, desde luego, hacerlo sobre el juicio" en el que unos y otra debían intervenir.

2. Las copias que se ordena compulsar para investigar el comportamiento de la jurado es determinación que se adopta, finalmente, sin que exista denuncia y sin que, por otra parte, aparezca prueba alguna con fundamento en la cual la Corte pueda estimar, de oficio, que pudo perpetrarse la infracción.

En apoyo de la demanda de casación trajo el recurrente, en efecto, una diligencia extrajuicio, que la Corte ha estimado insuficiente para sustentar el cargo pero que, no obstante, parece considerar muy atendible para investigar el comportamiento de la jurado, cuando a mí me parece incuestionable que aquella actuación, a más de constituir un acto arbitrario del Juez, por las coacciones a que sometió a la acusada, carece de todo valor probatorio y ha debido, por tanto, dar lugar a que se ordenase investigar la conducta del Juez y, simultáneamente, desestimarse la diligencia por ausencia de competencia de éste para realizarla.

Los Jueces penales no pueden, en efecto, practicar pruebas sino en los casos, con las formalidades y en las oportunidades taxativamente señaladas en el Código de Procedimiento Penal, a saber:

- a) Para la práctica de diligencias preliminares: Artículo 320 bis.
- b) Para la iniciación del proceso: Artículos 318 y 319;
- c) Para la instrucción del sumario: Artículo 334;
- d) Para la ampliación de la instrucción: Artículo 472;
- e) Para la reapertura de la investigación: Artículo 493;
- f) Para la reanudación de la investigación: Artículo 495;
- g) En el término probatorio del juicio: Artículo 500;

h) Durante la Audiencia Pública: Artículos 502 y 513,

i) Como resultado del recurso de Casación: Artículo 583;

j) En revisión: Artículo 586.

En parte alguna del Código de Procedimiento Penal, como se advierte de las disposiciones que acaban de citarse, se faculta a los jueces penales para practicar pruebas o diligencias "extrajuicio", ni en materia civil, ni en asuntos criminales, ni en éstos, mucho menos, para lograr la confesión bajo juramento de una persona a quien otra pretende demandar, más tarde, como autora de un delito.

Las pruebas y diligencias extrajuicio solo pueden ser practicadas por los jueces civiles, para efectos puramente civiles y en los casos, con las formalidades y para los fines taxativamente señalados en el Código correspondiente, a saber:

"...Pruebas anticipadas..."

"...Artículo 294. Interrogatorio de parte. Cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande, podrá pedir, por una sola vez que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud se indicará sucintamente lo que se pretenda probar..."

"....."

"...Artículo 296. Reconocimiento a solicitud de interesado. Cualquier interesado podrá pedir que se cite a las personas indicadas en el artículo 272, para el reconocimiento de documentos privados manuscritos o firmados..."

"...Artículo 297. Exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles. El que se proponga demandar o tema que se le demande, podrá pedir de su presunta contraparte o de tercero la exhibición de documentos, libros de comercio y cosas muebles, por el procedimiento consagrado en el número 4 del capítulo VIII de este título..."

"...Artículo 298. Testimonios para fines Judiciales. Con el fin de allegarlos a un proceso podrá pedirse que se reciban testimonios a personas de edad avanzada o gravemente enfermas, mediante solicitud formulada ante el Juez de la residencia del testigo..."

"....."

"...También podrán solicitarse antes del proceso testimonios a personas que no estén en nin-

guno de los casos antedichos, siempre que se cite a la presunta parte contraria. Serán competentes para la diligencia, a prevención, el Juez de la residencia de dicha parte y el del lugar donde deba tramitarse el proceso al cual se pretenda allegar los testimonios..."

"....."

"...Artículo 299. Testimonio como prueba sumaria. Padrá pedirse la recepción de testimonios fuera de audiencia, para fines procesales o extraprocesales, los cuales tendrán el alcance de prueba sumaria..."

"...Artículo 300. Inspecciones Judiciales y Peritaciones. Con citación de la presunta contraparte o sin ella, podrá pedirse como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares o cosas que hayan de ser materia de un proceso, cuando se tema que el transcurso del tiempo altere su situación o dificulte su reconocimiento..."

"....."

"...Artículo 301. Procedimiento para las pruebas y la exhibición anticipadas. Las pruebas y la exhibición anticipadas de que trata este capítulo se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso..." (Las subrayas son mías).

Dante L. Fiorillo Porras.

Aclaración de voto

Si bien, comparto la solución que la Sala ha dado a la concreta situación planteada por el recurrente, no estoy de acuerdo con algunas consideraciones en torno al significado y alcances de la prohibición consagrada para los jurados en el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal.

1. Dice la mayoría de la Sala que cuando un jurado viola la prohibición de conversar con persona alguna sobre el juicio en que le corresponde intervenir como Juez, surge nulidad contitucional. Aunque el fallo no indica cuál de las cuatro garantías ínsitas en el artículo 26 de la Carta Fundamental resultaría vulnerada habrá de suponerse que se trata de la inobservancia plena de las formas propias del juicio. Esta se presenta, como ya lo ha dicho la Corte, cuando se incurre en yerros prominentes en la tramitación del pro-

ceso y en el tratamiento del imputado, cuando se afectan gravemente las funciones esenciales de acusación de defensa y decisión. Y no se ve de qué manera la conversación de un jurado con cualquier persona vinculada o no al proceso en el que actúa como juez de hecho, pueda considerarse como lesiva de esta garantía procesal. Esta tesis abre peligrosamente la puerta para que se demande y reconozca nulidad constitucional, cuando quiera que el jurado hubiere sostenido conversación sobre el proceso en que interviene o haya intervenido, cualquiera sea su interlocutor, "la clase de conversación o la finalidad que se hubiere propuesto", como que la norma en cuestión no establece límite alguno al respecto. Por esta vía podría llegarse al absurdo de declarar la nulidad de un proceso en el que los jurados conversaron sobre él después de haber absuelto o condenado, siendo jurídicamente impecable su determinación y aceptada por los falladores de derecho en ambas instancias.

2. En cuanto a la remisión que el artículo 561 del Código de Procedimiento Penal hace al prevaricato para deducir responsabilidad por tal delito al jurado que viole la prohibición allí consignada, considero que se trata de un para-tipo penal porque no describe un modelo de comportamiento humano al cual se adscribe una sanción, característica esencial de los tipos penales; solamente cuando la conducta del jurado se subsume en la figura rectora del prevaricato descrita 168 del Código Penal, podrá deducirse responsabilidad; imponerle la pena del prevaricador por el solo hecho de violar la prohibición de aquella norma

procesal, es vulnerar en materia grave el principio de legalidad del artículo 26 de la Carta e incurrir, entonces sí, en nulidad constitucional. No sobra destacar que el nuevo Código Penal consagra expresamente entre sus normas rectoras el principio de tipicidad —concreción del de legalidad— cuando señala que la ley debe describir el hecho punible "de manera inequívoca" (artículo 3º); e incurre, sin duda alguna, en equívocos el legislador procesal al imponer a los jurados una amplia y excesiva prohibición cuyo incumplimiento le acarrea responsabilidad por un delito cuya descripción nada tiene que ver con aquella prohibición.

3. Señala, igualmente, la providencia comentada que si el jurado infiel se le condena por esta extraña modalidad de prevaricato y ya ha concluido "el proceso en el cual se originó el delito, este nuevo hecho debe invocarse, siendo muy probable su prosperidad, como motivo de revisión". Pienso que "el hecho nuevo" a que se refiere el número 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal como motivo de revisión se refiere a un *factum* capaz de demostrar la inocencia o irresponsabilidad del condenado o de conformar indicio de ésta o aquella, y que por consiguiente, la sentencia condenatoria al jurado infiel no lo configura o, por lo menos, constituiría muy discutible y excepcional hipótesis de eventual revisión.

Tales son los puntos en que disiento respetuosamente de mis compañeros de Sala.

Alfonso Reyes Echandía.

PENAS

Graduación de la pena. Circunstancias de mayor peligrosidad y concurso material homogéneo de delitos. (Artículo 33 Código Penal)

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 4 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 23 marzo 4 de 1980.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Heberto Pulido Rivera, en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que modificó la dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad para imponer al recurrente la pena privativa de la libertad de trece (13) años de presidio por los delitos de homicidio en Juan de Dios Cruz García y Nicolás Salcedo Barreto. El recurso aparece sustentado mediante apoderado especial.

1º Los hechos:

Aparecen resumidos en la segunda instancia de la siguiente manera:

“En un bus de la Flota Macarena que hacía ruta a la población de Choachí, el 29 de agosto de 1976, viajaban varios campesinos entre los cuales estaban Juan de Dios Cruz García y Nicolás Salcedo Barreto. En el curso del viaje, entre estos pasajeros y la persona quien cobraba los pasajes, señor Heberto Pulido Rivera, se presentó una discusión por el valor del pasaje. Cuando hicieron su arribo a la vereda “Alto del Palo” varios pasajeros, entre ellos los mencionados inicialmente, bajaron del vehículo, circunstancia que aprovechó Pulido para provocar a Cruz García, con palabras injuriosas y luego de golpearlo con la mano, por lo cual Cruz le respondió el ataque con una vara

que portaba, pero Pulido le disparó causándole la muerte, y como interviniera en defensa de su cuñado el señor Salcedo Barreto a éste igualmente le disparó Pulido a consecuencia de lo cual dejó de existir poco después en un centro de salud”.

2º El proceso:

El Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Choachí abrió la investigación el 30 de agosto de 1976 y Heberto Pulido fue indagado y luego detenido por los dos homicidios. Posteriormente el Juzgado 24 de Instrucción Criminal continuó la investigación. Más tarde el proceso correspondió por competencia al Juzgado 1º Superior de Bogotá.

Cerrada la investigación (auto de 8 de febrero de 1977, folio 366) se produjo la calificación (auto de 2 de abril siguiente) por la cual se abrió causa criminal a Pulido Rivera, por los delitos de homicidio ya dichos, y se sobreseyó definitivamente a María Rita Salcedo viuda de Cruz por lesiones causadas a Pulido Rivera. Este auto fue confirmado (auto de 22 de junio de 1977, folio 466).

Realizada la audiencia pública el jurado, por unanimidad emitió veredicto de responsabilidad para el procesado. Sobre esta base se montó la condena de primera instancia de 4 de mayo de 1979. La pena principal impuesta fue de diez (10) años de presidio. En la segunda instancia el Tribunal Superior confirmó dicha sentencia pero elevó a trece (13) años de presidio la pena impuesta (sentencia de 6 de julio de 1979).

3º La demanda:

Al amparo de la causal 1ª, cuerpo primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (“cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación inde-

bida o interpretación errónea”), formula el censor el cargo de que en la sentencia impugnada se aplicaron indebidamente los artículos 36 y 39 del Código Penal, sobre tasación de las penas.

Lo anterior porque se dice en la sentencia que el procesado presenta, en su contra, la causal de mayor peligrosidad de “haber obrado por motivos innobles o fútiles” (artículo 37, numeral 3º, Código Penal) y se incrementa la pena mínima del homicidio (artículo 362 de Código Penal) en un (1) año, para obtener así una pena base de nueve (9) años. De allí en adelante considera equivocados los incrementos hechos por el juzgador de segunda instancia en relación con el aumento por el “concurso material homogéneo” que considera proveniente del error inicial sobre la pena base. Ese aumento, que es de cuatro (4) años, representa “casi el cincuenta por ciento de la pena básica”, lo cual, en su concepto, resulta injusto ya que sólo obra una circunstancia de agravación frente a otras favorables no tenidas en consideración, “como sería por ejemplo, la falta de ilustración en el sentenciado”.

En fin, que la “dosimetría penal” resulta exagerada y producto de “cálculos rígidos” y señalada con “criterio castrense” cuando debió ser “a lo sumo de once años de presidio”. Además, no se le han considerado al procesado las rebajas previstas en la Ley 32 de 1971 y en su Decreto reglamentario 2119 de 1977. Solicita entonces la casación parcial de la sentencia para que se reduzca la sanción.

4º *El concepto del Ministerio Público:*

Considera el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que lo único que en este caso discute el censor es el aumento de pena en cuatro (4) años y que esta tacha resulta infundada pues del examen de la sentencia no se ve que el aumento hecho por el juzgador sea caprichoso o arbitrario pues se sujetó a la norma del artículo 36 del Código Penal y, además se dio correcta aplicación al artículo 39 del mismo Código en armonía con lo que disponen el ya citado artículo 36 y el 33, pues existía una circunstancia de mayor peligrosidad y ninguna de menor.

Agrega que el censor no sólo no señaló norma infringida la del artículo 33 del Código Penal sino que tampoco indicó la forma en que pudo ser quebrantada dicha norma, caso en el cual “la proposición jurídica es incompleta y la acusación resulta deficiente”. Además, dice: “debió demostrar, por la vía apropiada, la violación del artículo 38, numeral 11 del Código Penal, que

consagra como circunstancia de menor peligrosidad la falta de ilustración en el agente cuando haya influido en la ejecución del hecho delictuoso”. En consecuencia solicita no casar la sentencia objeto de la impugnación.

5º *Las consideraciones de la Sala:*

Toda la intención del impugnador se dirige a la obtención, mediante casación parcial de la sentencia, de una disminución de pena sobre la base de que se dedujo mal una circunstancia de mayor peligrosidad y se exageró el aumento que se efectuó por razón del concurso material de infracciones que aparece de autos y que se dedujo en el auto de calificación.

No resulta afortunado en dicho intento si se tiene en cuenta que la circunstancia de mayor peligrosidad deducida por el juzgador es la del haber obrado por motivos fútiles el procesado cuando dio muerte a dos personas al final de una discusión por dos pesos de más o de menos en el valor de un pasaje de autobús. Esta circunstancia se halla en el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal y el demandante no niega su existencia, sino que, más bien, concuerda con la eliminación de la circunstancia prevista en el numeral 1º del mismo artículo que el Fiscal solicitó y el Juzgador rechazó.

En consecuencia existe la circunstancia deducida y no se ve exageración alguna para el hecho de que, con base en ella se aumente en un (1) año la pena básica para uno solo de los homicidios. El juzgador no encontró en el procesado circunstancias de menor peligrosidad y, en consecuencia no pudo efectuar aquello que el censor denomina “balanceo” con la de mayor que resulta evidente. Habla sí de que la única circunstancia de mayor peligrosidad fue tomada en cuenta injustamente porque no se la colocó, y son sus propias palabras, “frente a otras de menor entidad”, como sería por ejemplo, la falta de ilustración en el sentenciado. Bien se ve que de todas las posibles circunstancias de “menor entidad” sólo cita una, la del numeral 11 del artículo 38, y desde hace ya bastante tiempo la Sala ha sostenido la dificultad para aceptar su existencia en delitos de sangre “porque hasta el más ignorante entiende que la vida humana es un supremo bien que no puede suprimirse sin causar irreparable daño y sin incurrir en tremendo delito” (Cas. 21 de mayo de 1948, Gaceta Judicial LXIV, 214; 28 de marzo de 1962, Gaceta Judicial XCIX, 316; 16 de junio de 1964, Gaceta Judicial CVII, 550). Además de que no hay

comprobación adecuada para esa falta de ilustración no dice el impugnador en qué forma, de darla por existente, pudo influir en los dos homicidios que el procesado cometió.

Con base en los nueve (9) años en que quedó individualizada la pena base para un (1) solo homicidio el juzgador aumentó la pena en cuatro (4) años más por razón del concurso material homogéneo que nadie niega y que el jurado reconoció al contestar afirmativamente los dos cuestionarios. No se ve arbitrariedad, injusticia o capricho en dicho incremento y talvez resulte más acertado afirmar que fue benévolo el juzgador de primera instancia cuando llegó a solo diez (10) años en su dosificación de pena. El artículo 33 del Código Penal permite llegar "hasta otro tanto" y el juzgador ni siquiera utilizó la mitad de este posible ascenso en la escala sancionatoria.

La sanción de trece (13) años de presidio apenas sí resulta adecuada para el procesado que acabó a tiros de revólver con dos vidas, que insultó y amenazó a sus víctimas antes de los hechos, que con plena conciencia y libre voluntad provocó el desenlace sangriento con uno de ellos y que ultimó luego al otro que tal cosa quiso evitar, y todo porque discutió con ellos por una diferencia de dos pesos en el valor del pasaje en el autobús

de su propiedad. No se encuentra violación alguna del 36 sobre normas generales de mensuración de las penas, ni de los artículos 36 y 38, y mucho menos del artículo 39 del Código Penal, sobre posibilidad de aumentos máximos que ni siquiera fue utilizado por el juzgador cuyo fallo se protesta.

Los cargos no prosperan.

Por lo 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION ORDINAL 1º DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE
PROCEDIMIENTO PENAL

PROCEDENCIA

En los juicios en que interviene el Jurado de Conciencia es equivocado aducir como motivo de casación el señalado en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 6 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 024.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 17 de mayo de 1979 confirmó, sin modificaciones, la de primer grado proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad el 13 de febrero del mismo año, por medio de la cual y con fundamento en el veredicto rendido por el jurado de conciencia sorteado para la causa, José Octavio Martínez Avila fue condenado a la pena principal de ocho (8) años de presidio, a las accesorias correspondientes y, en abstracto, al pago de los perjuicios causados con la infracción, como autor penalmente responsable del delito de homicidio voluntario que le fue imputado en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación del defensor del procesado, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual éste presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales materia del proceso fueron resumidos en el expediente en los siguientes términos:

“... el señor Alcalde Municipal de Vergara, el día 26 de abril de 1976, se trasladó a la casa de habitación de José Octavio Martínez, ubicada en la vereda Quebraditas, con el fin de practicar el levantamiento del cadáver de quien en vida correspondía al nombre de Arturo Martínez, muerto violentamente con arma de fuego de largo y corto alcance; el cadáver fue hallado a unos dos metros del costado derecho de la casa, parte superior, sobre el pasto; luego de describir la posición en que se encontraba y manera de vestir, se procedió a examinar u observar qué huellas de violencia tenía, comprobándose que tenía una herida u orificio al lado izquierdo a unos cinco centímetros de la tetilla; en los glúteos unos ciento veinte impactos de munición; y, en la región lumbar tres impactos de munición; debajo de la pierna izquierda se encontró una peinilla, y, a una distancia de dos metros, se hallaba una escopeta de cápsula, calibre 28, que no ha sido disparada...”

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por violación indirecta de la ley sustancial, determinada por “error de derecho en la apreciación de la prueba”, aparte de que, según el casacionista, “podría agregarse la prevista en el numeral 3º del mismo artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, ya que la sentencia proferida se dictó en base a un veredicto que ... es contradictorio...”

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del demandante, en primer término, porque la causal fundada en el error en la apreciación de las pruebas no procede en los juicios en los que interviene el jurado y, en segundo lugar, porque

tanto respecto de éste, como de los demás cargos, el recurrente no cumplió las exigencias mínimas legales que debe reunir la demanda.

Considerandos

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 580 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 del agente 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 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 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 al 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...".

2. De otra parte, como ya lo ha señalado la Procuraduría Delegada, la demanda está mal presentada, incorrectamente fundada y sin desarrollar los cargos:

"...resulta absurda la afirmación de que por el hecho de que dos personas fueron enjuiciadas como coparticipes en un mismo delito, deban necesariamente ser condenadas o absueltas simultáneamente, pues resulta verdad elemental

que la responsabilidad es cuestión eminentemente personal y que la situación jurídica de los copartícipes en un hecho delictivo no puede estar sometida a idéntica respuesta, más aun en el caso de que respecto de uno de ellos exista clara prueba de responsabilidad y frente a otro deba llegarse a conclusión contraria...”

“... Como a manera de cargo se plantea la posibilidad de que el veredicto sea contradictorio por el simple hecho de que se condenó a uno de los procesados y se absolvió a otro, el Ministerio Público debe afirmar que esta tesis no pasa de ser una ingenua sugerencia carente por completo de seriedad científica, pues el recurrente ni siquiera se tomó el trabajo de demostrar su afirmación y de otra parte la contradicción que pretende encontrar carece por completo de razón, dado que las dos respuestas son de una claridad meridiana. Una simple deducción de elemental lógica lleva a la conclusión de que siendo, como ya se dijo, individual la responsabilidad de cada uno de los procesados, las respuestas que a los distintos cuestionarios den los jurados de conciencia pueden llegar a conclusiones diversas, pues diversa también puede ser la situación de los sindicados.

Solamente puede hablarse de veredicto contradictorio cuando las cláusulas de una misma respuesta contengan proposiciones opuestas que la hagan ininteligible o cuyo sentido pueda atentar contra las reglas de la lógica...”

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, NO CASA la sentencia de origen y fecha indicados en esta providencia.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO

(Causal 1ª del artículo 23 del Código Penal)

Qué se entiende por insuperable coacción ajena

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 13 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 27, marzo 13 de 1980.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Justiniano Villamizar Velasco, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante la cual al confirmar la de primera instancia del Juzgado Sexto Superior de la misma ciudad, le condenó, junto con otro, a la pena principal de 20 años de presidio, a más de las accesorias de rigor, por el delito de homicidio en Angel María Pabón.

Hechos y actuación procesal

Los primeros han sido presentados por el Tribunal, con sujeción a las pruebas, de la siguiente manera:

“En las horas de la tarde del 29 de noviembre de 1974, se encontraba Angel María Pabón, en compañía de su mujer María Isabel en la casa tienda de su propiedad, ubicada en el punto ‘Baho’ corregimiento ‘Baraya’, jurisdicción de Guaca, cuando llegó allí Justiniano Villamizar Velasco, silencioso, pero en actitud manifiestamente desafiante, que fue interpretada por Angel María como un reto, debido a los antecedentes de enemistad que existían entre ellos. Rápidamente Pabón tomó su revólver y salió para afrontar la situación, encontrándose con Eduardo

Rojas y Alcides Jaimes que armados de revólver empezaron a dispararle junto con Villamizar, ataque que trató de repeler en igual forma. En la contienda resultaron muertos Angel María Pabón, que cayó frente a su casa siendo rematado de una puñalada que le asestó Eduardo Rojas por la espalda, quien además se apoderó de su revólver; Alcides Jaimes huyó mortalmente herido, produciéndose su deceso en un sitio cercano y María Isabel Pabón lesionada en un brazo”.

Con base en las informaciones que le fueron enviadas por la Alcaldía del lugar y la denuncia que ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Guaca (Santander) presentara Delfina Pabón viuda de Jaimes (fls. 7 sgts.), este Despacho declaró abierta la investigación (fl. 8). Se practicaron numerosas pruebas, se oyó en indagatoria a Martín Villamizar Jaimes (fls. 9 sgts.), José Trinidad Villamizar Jaimes (fls. 11 vto. sgts.), Elías Villamizar Jaimes (fls. 50 vto. sgts.), Felizaín Rojas (fls. 54 sgts.), Carlos Miguel Bustos Pabón (fls. 56 sgts) y Justiniano Villamizar Velasco (fls. 77 sgts., 91 sgts.) y se declaró reos ausentes a Eduardo Rojas, Heriberto o Helí Jaimes Pabón y Luis Pabón y se les designó defensor de oficio (fl. 118). Una vez cerrada la investigación (fl. 121), el Juzgado Sexto Superior de Bucaramanga, por auto de 31 de marzo de 1976, al calificar el mérito del sumario llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Justiniano Villamizar Velasco, por el delito de homicidio en Angel María Pabón; a Eduardo Rojas, por el mismo homicidio y por robo y a los dos anteriores también por el de lesiones personales en María Isabel Pabón viuda de Pabón. En virtud de su fallecimiento, ordenó la cesación del procedimiento con relación a Alcides Jaimes Pabón; la misma determinación con relación a

Angel María Pabón por homicidio en Alcides Jaimes y sobreesayó definitivamente en favor de Martín, José y Elías Villamizar Jaimes, Elizain Rojas, Carlos Miguel Bustos Pabón, Heriberto o Helí Jaimes Pabón y Luis Pabón (fls 133 sgts.). Se enviaron las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en virtud del recurso de apelación interpuesto por Justiniano Villamizar y su defensor contra el auto de llamamiento a juicio y en consulta de las otras determinaciones tomadas. Aquella Corporación, por auto de 22 de julio de 1976, confirmó en todas sus partes el recurrido y consultado (Cdo. número 2, fls. 15 sgts.), siendo de tener en cuenta que se dedujeron expresamente como circunstancias agravantes del homicidio, las consagradas en los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal.

Con el cumplimiento de las formalidades legales se adelantó el proceso. Con relación a Justiniano Villamizar Velasco a la consideración del jurado fueron sometidos dos cuestionarios: Al primero, referente al homicidio agravado en Angel María Pabón, la respuesta unánime fue: "Sí, pero influenciado por uno de sus compañeros"; y al segundo, relacionado con las lesiones en Isabel Pabón viuda de Pabón: "No" (fl. 64). Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia, contra la última de las cuales se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

La demanda

El censor, luego de hacer una presentación de los hechos y sin que se hubiera ocupado del debido recuento procesal, formula tres cargos contra la sentencia impugnada, así:

Primer cargo. "Primera causal: Interpretación errónea de la ley sustancial, por violación directa del artículo 23 número 1 del Código Penal en concordancia con el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal".

Lo fundamenta así: La confesión de Villamizar Velasco, de acuerdo con la cual fue obligado con un revólver y con unos billetes a seguir tomando trago con Rojas Rodríguez pero sin saber los propósitos de éste, por ser espontánea y firme, merece la credibilidad que señala el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal.

El jurado, en uso de su soberana voluntad consagrada por la ley y reconocida por la jurisprudencia, respondió: "Sí, pero influenciado por uno de sus compañeros", luego "sí habló de un homicidio pero ya modificado por las circunstan-

cias del artículo 23 del Código Penal número 1. cuando dice: No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete: ... número 1. Por insuperable coacción ajena..., siempre que el sugestionado no haya consentido previamente cometerlo...".

Luego el Juez de primera instancia ha debido, en atención a lo dispuesto por los artículos 533 y 534 del estatuto procesal penal, ordenar que se diera aplicación a la voluntad del jurado, en la forma acabada de indicar tanto más cuanto que nadie sostiene que por parte de Villamizar Velasco hubiera habido acuerdo para cometer el delito. Así pues en su contra hubo "un error por parte (sic) de la interpretación de la norma", ya que "la influencia de que hablan los jurados, fue la presión que lo obligó a presentarse" los hechos y no a participar en ellos. De ahí que someta a consideración "*esta causa de errónea (sic) interpretación que considero ha sido violada al proferirse el veredicto de derecho*".

Segundo cargo. "Apreciación errónea de la prueba al no dársele valor crediticio a la confesión y alegremente violar el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 580 incisos 2 y 215 del Código de Procedimiento Penal".

En orden a fundamentarlo expone:

La confesión de Villamizar Velasco no ha sido desvirtuada. "La versión rendida por la viuda y lesionada no es digna de toda credibilidad" ya que de ser cierta, ella "no estaría contando el cuento, o sea que no se criticó una prueba" sino que por los sentimientos de dolor, se la tomó como brújula de la investigación. Por no valorarse no se aplicó el artículo 335 del estatuto procesal penal ni se practicaron careos. "*Síntesis:* No se interpretó la ley en su verdadero sentido, cuando la prueba no fue criticada en la forma que manda la crítica de la misma, la sana lógica y el interés que debe asistir no solo a quienes son víctimas del delito sino a quienes necesitan se les haga justicia".

Tercer cargo "Causal tercera: Veredicto contradictorio: artículo 580 número 3 del Código de Procedimiento Penal".

Argumenta: "el veredicto contempla dos posibilidades muy claras:

a) La que hay una marcada contradicción, cuando se está sosteniendo que:

"Sí, pero influenciado por uno de sus compañeros".

"Se asegura que cometió un delito, pero dadas las circunstancias el hecho no se escapa de la

órbita del artículo 23 número 1 del Código Penal, o sea que no surge la responsabilidad, ya que se homogeniza (sic) dentro de una conducta del Código Penal que a ello nos lleva. Entonces, el Juez, ha debido absolver sin más a mi poderdante;

“b) Se puede presentar la segunda tesis de que hay una responsabilidad, que solicita se aminore la pena, o sea que se le aplique no la contenida en el artículo 363 sino una diferente por otra circunstancia. Entonces (qué) ocurre, que el fallo del distinguido señor Juez, de Primera instancia lo tomó sin consideración alguna, presentándose una contradicción entre lo que quiso decir el Jurado popular y lo que entendió el fallador de primera instancia o sea que el veredicto es contradictorio y como tal también hay derecho a casar la presente demanda” (Sic).

Consideraciones de la Corte y concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de la presentación de los hechos, de un breve recuento procesal y de la síntesis de la demanda, formula una serie de reparos de carácter técnico al libelo acusatorio; hace referencia concreta a cada uno de los cargos y concluye solicitando que la demanda sea desechada.

En resumen, con relación a los dos primeros cargos la fundamentación puede sintetizarse así:

1. *El veredicto fue absolutorio, puesto que al contestar el jurado: “sí, pero influenciado por uno de sus compañeros”, lo que quiso fue reconocer la eximente de responsabilidad consagrada por el ordinal 1º del artículo 23 del Código Penal y, sin embargo, el Juez de derecho lo desconoció, al proferir sentencia condenatoria.*

2. *No se dio valor a la confesión de Villamizar Velasco, siendo que lo merecía de acuerdo con la norma 264 del estatuto procesal penal y, en cambio sí a la declaración de su viuda y también lesionada, la cual “no es digna de toda credibilidad”.*

A los reparos anteriores se contesta:

1. *Durante la audiencia pública el Fiscal sostuvo la responsabilidad de los procesados, tal como se dedujo en el auto de proceder y solicitó un veredicto en consecuencia con ello; el señor apoderado de la parte civil también pidió veredicto condenatorio y resaltó el especial valor de acusación que tiene la declaración de María Isabel Pabón viuda de Pabón y, al igual que su an-*

tesesor en el uso de la palabra, criticó adversamente lo expuesto por los sindicados en sus respectivas indagatorias; el vocero de Justiniano Villamizar planeó en su favor la legítima defensa de la vida consagrada en el artículo 25 del Código Penal y criticó adversamente la declaración de la viuda de Pabón; finalmente, el defensor de Villamizar critica de nuevo la declaración de ésta, dice que su patrocinado no disparó revolver alguno y “pidió al jurado responder el cuestionario relativo al homicidio, para Justiniano Villamizar, negando su responsabilidad por falta de prueba, y lo mismo respecto de las lesiones personales”.

A continuación se produjeron por unanimidad los veredictos ya conocidos.

El haber respondido el jurado: “sí, pero influenciado por uno de sus compañeros”, no implica el reconocimiento de la eximente de responsabilidad consagrada en el ordinal 1º del artículo 23 del Código Penal: “Por insuperable coacción ajena”, puesto que la coacción, como eximente de aquélla en casos como el presente, implica el que por medio de un peligro inminente, de carácter grave, se obligue injustamente a una persona a ejecutar determinado acto ilícito, so pena de ser víctima del mal representado por ese peligro y, además, el que de tal manera se vea violentada su voluntad, que no pueda evitarlo de otra manera. Y nadie planteó circunstancias como las anteriores en el curso del proceso, ni ante los jurados durante la audiencia pública.

En tanto que influir, es apenas intervenir sin fuerza ni violencia sobre una persona y, por eso la influencia no tiene el poder suficiente para determinarle a obrar necesariamente, sin alternativa alguna, en un único sentido.

De la insuperable coacción ajena no se puede escapar sin ser víctima de un acto grave e injusto, caso de no someterse a ella. De la influencia se puede escapar, sin exponerse a peligro alguno, pues no implica una amenaza que llegue a acarrear mal inevitable si no se accede a ella.

Entonces el jurado, al responder el cuestionario en la forma en que lo hizo, declaró la responsabilidad de Justiniano Villamizar y, su adición “pero influenciado por uno de sus compañeros”, no implica eximente ninguna, sino una manifestación que nada quita a aquélla.

Por lo tanto el cargo fundamentado sobre la interpretación que a tal veredicto presenta el demandante, no puede prosperar.

2. *En cuanto al segundo cargo consistente en que no se dio a la confesión de Villamizar el va-*

lor que le otorga a tales piezas el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal y que, en cambio, sí se tuvo en cuenta como acusatoria la declaración de la viuda de Pabón, debe recordarse al censor que en los juicios en que interviene el jurado es a éste a quien corresponde la valoración de su grado probatorio, lo cual hace en conciencia y que, en tales circunstancias, como lo ha repetido la Corte, ésta no puede entrar en el fuero interno de aquéllos para tomar determinaciones ningunas al amparo de la causal primera de casación.

Por lo tanto este cargo tampoco está llamado a prosperar.

En el tercer cargo se plantea, de una parte, que el veredicto es absolutorio, por lo cual el Juez ha debido acogerlo en tal sentido.

Ya se han dado las razones que impugnan tal pretensión, por lo cual, sin necesidad de repetir las, también esa censura habrá de rechazarse.

Y, de otra, afirma que el veredicto es contradictorio.

Pero, habiéndose llegado a la conclusión a la cual se llegó, es decir, a que la edición "influen-

ciado por uno de sus compañeros" no consagre eximente alguna de responsabilidad penal, es preciso sentar que no se ve contradicción alguna en sus términos, por lo que esta impugnación también habrá de desecharse.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia impugnada en casación, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga dentro de este proceso, de la cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la Corporación de origen. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ESTAFA

APLICACION INDEBIDA

Quando se ha probado que el título de propiedad se obtuvo por medios fraudulentos, el Juez Penal puede ordenar la cancelación del Registro de tales títulos y ordenar también que la propiedad vuelva a quedar en cabeza de su verdadero dueño

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 25 de 1980.

Magistrado Ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Expediente número 25353.

Aprobado: Acta número 30.

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 1º de mayo de 1979, mediante la cual confirmó la del Juzgado Promiscuo del Circuito de Fresno que condenó, por el delito de estafa, a Elvia Rivera de Granados y Federico Zárate Martínez a la pena principal de dos años de prisión y a las accesorias de rigor.

Hechos

Los relata el Ministerio Público en la siguiente forma:

“...Antonio Gómez prestó en 1969 a Luis Franco Arias una suma de dinero cuyo pago éste garantizó constituyendo en favor de aquél hipoteca sobre una casa de su propiedad. Como transcurriera el tiempo sin que se satisficiera la obligación, el acreedor inició su cobro judicial en 1971, cuando el monto ascendía casi a \$ 46.000.

“Temeroso de perder el bien Franco ofreció en venta su casa, habiéndose interesado doña

Elvia Rivera de Granados, con quien suscribió el 13 de enero de 1971 promesa de compraventa en la que se estipuló como precio el de \$ 95.000, de los cuales aquél manifestó haber recibido \$ 50.000. Se acordó que el saldo pendiente se cancelaría así: \$ 30.000 a la firma de la escritura, evento que ocurriría tan pronto el inmueble fuera inscrito a nombre de Franco ya que aparecía en cabeza de un tercero, y \$ 15.000 en letras de cambio que serían cubiertas a intervalos de seis meses desde la fecha de perfeccionamiento del contrato. Igualmente se acordó que la escritura se otorgaría en la Notaría del Circuito de Fresno.

“Ocurrió sin embargo que el mismo 13 de enero Franco Arias suscribió una letra de cambio en favor de Federico Zárate, por \$ 45.699 —valor igual al del crédito hipotecario que cobró Antonio Gómez—, en la que apareció como fecha de vencimiento el día siguiente, ésto es, el 14 de enero. Con base en este título valor 24 horas después el beneficiario inició proceso de ejecución contra Franco, ante el Juzgado Civil del Circuito de Fresno y solicitó medidas cautelares, las que recayeron sobre la referida casa el 18 de enero.

“Al notificarse del mandamiento de pago, Franco afirmó no ser el deudor de la suma consignada en la letra, pues su ahora cobrador señor Zárate la había prestado a doña Elvia Rivera de Granados, para que ésta a su vez se la transfiriera a él, como pago parcial del valor del inmueble referido, y para que así se pudiera firmar la promesa de compraventa. En la misma diligencia aseveró que él había firmado la letra porque Zárate, le exigió hacerlo aduciendo la necesidad de recibir alguna garantía por la suma prestada

y con la condición de devolvérsela tan pronto se otorgara la escritura.

“La actuación judicial continuó, y el 15 de marzo de 1971 Zárate cedió por valor recibido, el crédito a la misma señora Rivera de Granados, a cuya instancia se produjo entonces el embargo del saldo del precio pactado por el inmueble prometido en venta. En el mismo Juzgado se depositaron las letras de cambio por valor global de \$ 15.000, acordadas en la promesa.

“Tiempo después de iniciado el proceso ejecutivo a que se ha hecho referencia, la señora Rivera de Granados, inició contra Franco Arias, un proceso en demanda del cumplimiento de hecho debido ante el Juzgado Civil Municipal de Fresno, con el fin de obtener la suscripción de la escritura en favor suyo, y como pruebas anticipadas adujo constancia de la Tesorería local según la cual el 10 de febrero el inmueble de la negociación había sido inscrito a nombre del prominente vendedor Franco Arias. También aportó declaraciones extrajuicio rendidas durante el mismo mes, el 22, la última por Jorge Gabriel Orozco y el mentado Federico Zárate, en el sentido de que ella estuvo dispuesta a cumplir su parte en el contrato de compraventa prometido, pero el vendedor no, pues había abandonado el municipio.

“Así las cosas, y como la señora había depositado en el Juzgado, dentro de la misma tramitación los \$ 30.000, prometidos para el momento de la firma de la escritura, obtuvo la entrega de esta suma, que se transfirió al ejecutivo que adelantaba como cesionario de Zárate, como también la de las tantas veces mencionadas letras de cambio. Obviamente, la señora finalizó como propietaria inscrita del inmueble y beneficiaria del crédito representado en la letra de cambio suscrita por Franco Arias a favor de Zárate, y cedida a ella por éste.

“En estas condiciones, el 28 de junio de 1975, mediante apoderado, el señor Franco Arias formuló denuncia contra los señores Elvia Rivera de Granados, Federico Zárate y Gabriel Orozco por el delito de estafa, de donde surgió el presente proceso...”

Las demandas

Interpusieron y sustentaron el recurso de casación, por medio de apoderados, los condenados Elvia Rivera de Granados y Federico Zárate Martínez.

1. Demanda a nombre de Elvia Rivera de Granados.

Antes de hacer su resumen es necesario advertir que en total formula seis cargos: los tres primeros por el aspecto penal y los tres últimos contra los efectos civiles de la sentencia.

Primer cargo:

Propone violación directa de la ley sustancial, pues aplicó el Tribunal el artículo 408 del Código Penal sin darse los presupuestos necesarios para ello.

En tal orden de ideas y después de hacer un personal análisis probatorio expresa:

“...En este caso no aparecen ni los engaños, ni el provecho ilícito ni el perjuicio de otro. Si para la configuración del delito en comento deben aparecer demostrados estos elementos, en el orden en que los presenta el artículo 408, no estando demostrados, como lo están, es imposible se configure la violación de la citada norma. No es ocioso tener en cuenta que si se altera el orden enunciado puede surgir una figura delictiva, pero como la sentencia se dictó por concreta violación del artículo 408, es de recordar la ya citada sentencia dictada por esa honorable Corte el 25 de octubre de 1971. Si el honorable Tribunal hubiera tenido en cuenta las consideraciones precedentes para analizarlas acordes con la realidad procesal, necesariamente la sentencia hubiera sido absolutoria para doña Elvia Rivera de Granados. Como no lo hizo así violó directamente la disposición contenida en el artículo 408 del Código Penal, norma que para el caso es ley sustancial, violación erigida en la causal de casación contemplada en la regla primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal...”

Segundo cargo:

Afirma que se violó de manera indirecta la ley sustancial ya que al aplicar el Tribunal el artículo 408 del Código Penal incurrió en errores de hecho por interpretación errónea de las pruebas de cargo y en errores de derecho por desconocimiento de las pruebas de descargo.

Luego de estudiar por separado las pruebas que tuvo en cuenta el juzgador para condenar y queriendo hacer claridad sobre su planteamiento, finaliza:

“...Se ha violado la ley sustancial que para el caso es el artículo 408 del Código Penal, de manera indirecta por interpretación errada de los siguientes elementos probatorios que el Tribunal consideró probados, a saber: le dio valor probatorio que no tiene a la declaración de Luis Carlos Franco Arias; le dio valor probatorio que no tiene, como prueba de cargo, al contrato de promesa de compraventa, cuando éste no de-

muestra nada delictivo. En cambio le negó a este contrato, como prueba de descargo, el valor probatorio que sí tiene, por la autenticidad del mismo, ya que fue reconocido ante Notario, no fue atacado en el proceso sobre cumplimiento del hecho debido ni en el curso de la investigación penal que originó la sentencia materia de este recurso; y, le dio valor probatorio como hecho indicador de responsabilidad contra la señora Rivera y el señor Zárate, a la circunstancia de que Elvia de Granados no apareció como deudora de veinte mil pesos (\$ 20.000.00), en la empresa "Rápido Tolima".

"Analizados en conjunto los elementos de crítica contenidos en este segundo cargo y separados por ordinales se demuestra que el fallador *ad quem* incurrió en violación indirecta de la ley sustancial que es el artículo 408 del Código Penal por interpretación errónea de la prueba, error que es de derecho. Si el *ad quem* acorde con los planteamientos que dejé enumerados hubiera dado interpretación acertada a la prueba, necesariamente habría revocado la sentencia proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de Fresno y en su lugar hubiera absuelto a doña Elvia de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder. Por esta razón solicito se case la sentencia motivo de este recurso y como consecuencia de ello se revoque la de primera instancia, para en su lugar absolver a doña Elvia Rivera de Granados. Esta solicitud la hago también para el caso de que no se acojan en su totalidad los argumentos que he presentado para sustentar este cargo, pues la aceptación de uno solo de ellos quebrantaría las bases probatorias de la sentencia, por las razones expuestas, o sea por violación indirecta de la ley sustancial contenida en el artículo 408 del Código Penal y por interpretación errónea de la prueba...".

Tercer cargo:

Aduce que hubo violación indirecta de la norma sustancial porque el Tribunal ignoró el "valor probatorio" de los testimonios de Arcesio Tabares, Jorge E. Trujillo, Zoila Trujillo de Ramírez y Libia Ramírez, y del proceso ejecutivo contra Carlos Julio Rivera Hernández.

Para fundar ese criterio, dice:

"...Si el fallador *ad quem* hubiera tenido en cuenta las citadas declaraciones y el aludido proceso ejecutivo, no hubiera incurrido en el error de afirmar que doña Elvia estaba incapacitada económicamente para celebrar la promesa de compraventa; desaparecido el elemento incapacidad económica, se desmoronaría la base de los

cargos y se hubiera absuelto a doña Elvia de los deducidos contra ella en el auto de proceder; como no lo hizo así el fallador, por error de hecho consistente en falta de apreciación de la prueba, violó de manera indirecta la norma sustancial contenida en el artículo 408 del Código Penal. Por esta razón solicito se case la sentencia recurrida revocando la de primera instancia y absolviendo en su lugar a la señora Rivera de Granados...".

Cuarto cargo:

Sostiene que se incurrió en violación directa de la ley sustancial, ésto es, de los artículos 17 de la Ley 153 de 1887, 30 de la Constitución Nacional y 669 del Código Civil por aplicación indebida de los artículos 349 y 728 del Código de Procedimiento Penal al disponer la restitución de la propiedad del inmueble de autos a Luis Franco, para cuyo efecto ordenó la cancelación de los registros que se hicieron con posterioridad.

Al respecto discurre:

"...Téngase en cuenta que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal hace relación a la restitución de cosas aprehendidas en la investigación y según dicha norma: "El dueño, el poseedor o tenedor legítimo de las cosas aprehendidas durante la investigación..., podrá demandar su restitución ante el Juez o funcionario de instrucción...". Por su parte el artículo 728 de la misma obra se ocupa de la entrega de cosas secuestradas las que según esa norma: "...se entregarán en cualquier estado de éste (se refiere al proceso) a quien pruebe tener derecho...". El *a quo* al hacer los comentados ordenamientos, los que fueron confirmados por el *ad quem*, y téngase bien en cuenta que me refiero a lo decidido en tal particular por el honorable Tribunal, incurrió con ello en indebida aplicación de los artículos 349 y 728 del Código de Procedimiento Civil, porque el primero se refiere a cosas muebles que sean aprehendidas en la investigación, pues los inmuebles no pueden ser aprehendidos ya que aprehender significa coger, asir, prender (Pequeño Larousse Ilustrado); y el segundo se refiere a las cosas secuestradas y el inmueble que se ordena entregar no fue secuestrado en ningún momento del sumario ni de la causa...".

Quinto cargo:

Ataca la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial porque al condenar en perjuicios tuvo en cuenta el dictamen que rindieron los peritos sin someterlo a crítica alguna, sin percatarse que no estuvo debidamente fundamentado y, finalmente, sin advertir que sus auto-

res resultaron personas ineptas para realizar ese cometido.

Con tal sentido precisa:

“...En estas circunstancias el dictamen pericial sobre avalúo de perjuicios carece del valor probatorio que el fallador le dio, incurriendo con ello en error de derecho por apreciación errada de la prueba y más precisamente por violación del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil y de los artículos 233 y 241 del citado Código de Procedimiento Civil.

“Con fundamento en lo anterior acuso la sentencia motivo de esta demanda en lo tocante con la condena en perjuicios por ser violatoria de los artículos 187, 233 y 241 del Código de Procedimiento Civil, violación en que incurrió el fallador por haberle dado al dictamen pericial un valor probatorio que no tiene...”

Sexto cargo:

Rechaza la sentencia porque al ordenar la cancelación de los registros, inscripciones o tradiciones posteriores a las de Luis Franco Arias se condenó a personas extrañas al proceso sin haberles dado la oportunidad de defenderse, comportamiento que configura nulidad por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Para rematar reitera:

“...acuso la sentencia recurrida en lo tocante con la cancelación de los registros de las escrituras 185 de fecha 20 de mayo de 1974, otorgada por Elvia Rivera de Granados a favor de Mariela Granados Rivera y de la número 367 de 1974 otorgada por Mariela Granados Rivera a favor de José Roberto Granados, que contiene sendos contratos de compraventa, porque dichas órdenes de cancelación son violatorias del artículo 26 de la Constitución Nacional, nulidad que propongo contra la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Ibagué el 1º de marzo del corriente año...”

2. Demanda a nombre de Federico Zárate Martínez.

Con base en la causal primera de casación formula a la sentencia dos reproches, a saber:

Primero. Estima que el fallador violó en forma directa los artículos 19 y 408 del Código Penal relativos a la complicidad necesaria y al delito de estafa, respectivamente, pues no aparecen en el proceso los elementos que integran estas dos figuras.

Es así como para probar su aserto aduce que el Tribunal “...se limitó a interpretar los me-

dios de prueba allegados al expediente en forma genérica...”, sin detenerse a examinar los actos realizados por cada uno de los procesados “...a fin de individualizar su responsabilidad frente a la realidad histórica del proceso...”, situación que llevó al sentenciador a basarse “...en un juicio erróneo de los medios probatorios...”, para señalar a Zárate Martínez, “...como partícipe de un delito cuyos presupuestos no existen...”.

Bajo estas premisas se dedica a demostrar que no hubo artificios o engaños, inducción en error, provecho ilícito y perjuicio. Sin embargo, agrega “...de configurarse un delito de estafa, no puede sostenerse jurídicamente que los actos de mis patrocinados bien conocidos, obtener la firma del documento y ceder el crédito, influyeron necesariamente en los resultados alcanzados por la cesionaria; pues, aquél al obrar amparado por la ley, estaba haciéndolo de buena fe y, mal puede tildarse su conducta de ilícita o imputársele el delito de estafa como cómplice necesario...”.

Segundo. Considera, al mismo tiempo, que el juzgador incurrió en violación *indirecta* de la ley sustancial proveniente de una falsa apreciación de las pruebas.

Por este camino asevera que se cometieron errores de derecho y de hecho en la estimación probatoria. El primero “...al negarle validez jurídica a una prueba legalmente producida; su juicio de convicción es falso porque ha desestimado el valor que la ley le da a medios probatorios como la diligencia de Inspección Judicial practicada por el Juzgado 2º de Instrucción Criminal en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Fresno, a fin de establecer la existencia de la letra de cambio que sirvió de recaudo ejecutivo para iniciar la ejecución contra Franco Arias; la autenticación del mismo instrumento; su exigibilidad judicial; la cesión del crédito a favor de Elvia Rivera de Granados; su tramitación procesal hasta la normal terminación, sin que, el deudor hubiese excepcionado en los términos consagrados por la ley para esta clase de juicios...”; y el segundo, porque el juzgador “...no obstante la existencia de medios probatorios y su validez dentro del proceso para demostrar la buena fe de mi patrocinado Federico Zárate Martínez, ignoró esta circunstancia, incurriendo en error manifiesto de *hecho* por *falso juicio de existencia*, error que se deriva de haber excluido el juzgamiento de la prueba presentado en la letra de cambio a que se refiere la Inspección Judicial y, que, ha sido considerado

como elemento sin el cual Elvia de Granados no habría cometido el delito...".

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia impugnada. Las razones que lo asisten para hacer ese pedido son las siguientes:

1. Demanda a nombre de Elvia Rivera de Granados.

Anota que este "...libelo exhibe en toda su extensión serias fallas de técnica, tanto en su presentación como en la formulación de los cargos a la sentencia acusada. El censor pareció olvidar que la casación no es una tercera instancia y que en ella, por su especial naturaleza se plantean juicios de derecho que abarcan únicamente el estudio de los vicios que se atribuyen al fallo de segundo grado por taxativos motivos y para establecer si la ley ha sido o no correctamente interpretada y aplicada dentro del mismo...".

En efecto: Demuestra que en el *cargo primero* propone violación directa de la ley y, sin embargo, termina exponiendo lo que en su opinión es la realidad procesal.

"...Es aquí donde el demandante equivoca la formulación del cargo, pues al plantear una hipótesis diferente a la de la sentencia, lo que en verdad hace es entrar en un juicio de valoración probatoria, característico de la violación indirecta de la ley sustancial...".

En cuanto al *cargo cuarto* acepta que ha sido formulado técnicamente, pero lo encuentra sin fundamento, pues en su sentir la orden de cancelación de los registros de propiedad que se hicieron a favor de Elvia Rivera de Granados "...fue una consecuencia lógica de la demostración procesal del ilícito de estafa, agotado con sofisticados artificios en perjuicio de Franco...", y agrega: "...Mal podían permanecer incólumes los derechos de propiedad y de dominio injustamente atacados en criterio del censor, cuando ellos se originaron en un delito demostrado procesalmente. La protección que los cobija constitucional y legalmente parte del supuesto de la legitimidad...".

Así concluye que no pueden prosperar los reproches fundados en *violación directa* de la ley sustancial.

Al referirse a los cargos *segundo, tercero y quinto*, advierte que carecen de técnica en su presentación porque no demostró en ello "...los errores de hecho y de derecho que supuestamente presenta la sentencia...".

Para consolidar esta observación destaca: "...La errónea apreciación de las afirmaciones del denunciante, de los careos de éste con Sergio Orozco y con Elvia de Granados, del contrato de compraventa de la casa, de la inspección judicial en los libros contables de 'Rápido Toli-ma', del dictamen pericial sobre avalúo de perjuicios, y; globalmente de todas las pruebas para deducir la responsabilidad de su patrocinado, así como el supuesto invento por el Tribunal de Ibagué, de un nuevo medio de prueba: 'la intuición' y su empleo para fundamentar la condena no pasan de ser personales opiniones del recurrente, faltas de solidez, y producto de su olvido de que en los medios de prueba no sometidos a tarifa legal, tales como el testimonio, el careo, etc., para su valoración dispone el Juez de una cauta y necesaria libertad, no atacable mientras no incurra en ostensibles errores. Por ello, un yerro manifiesto en autos solamente tiene existencia cuando el juzgador deduce conclusiones totalmente adversas a la razón y a la lógica.

"Y no se da tal circunstancia en el caso que se estudia.

"Por lo demás, tanto el contrato de compraventa como la inspección judicial referida y el dictamen pericial sobre perjuicios, fueron apreciados de manera cuerda, pues el juzgador concretó su valor a los hechos de que daban cuenta, y obró independientemente, sin sujetarse a órdenes de personas ajenas a la litis procesal...".

De tal manera expresa que las censuras basadas en la *violación indirecta* de la ley sustancial tampoco están llamadas a prosperar.

Finalmente, rechaza el *cargo sexto* comprensivo de una posible nulidad constitucional por que no debió de plantearlo al amparo de la causal primera de casación.

2. Demanda a nombre de Federico Zárate Martínez.

El cargo de violación directa de los artículos 19 y 408 del Código Penal, lo refuta aseverando que los hechos atribuidos a Federico Zárate, no tienen dentro de la ley penal ubicación diferente a la que se les dio en la sentencia.

Sobre el punto, enfatiza:

"...La connivencia de los acusados, evidente desde el comienzo tuvo su más clara manifestación en el momento en que Zárate, endosó a la Rivera de Granados la letra por valor recibido, cediéndole así el crédito que ella representaba; así facilitó por partida doble la apropiación indebida del inmueble a la señora; o lo remataba

en el proceso ejecutivo ante la imposibilidad económica del vendedor deudor, o le da a éste el otorgamiento de la escritura con base en la promesa de contrato.

“Ambas alternativas ocurrieron con resultado desastroso para el vendedor: se transfirió judicialmente la propiedad de la cosa prometida en venta a la compradora, y ésto evitó toda erogación por conjugar en sí mismo las condiciones de acreedora y deudora de aquél.

“La aparente legitimidad de la letra dio también apariencia de legalidad a su cobro, es decir, a la conducta de Zárate; pero no de ahí puede seguirse que su propósito fue único y ajeno a los resultados logrados por doña Elvia. La cooperación del encartado fue absolutamente indispensable y eficaz y por ello se le consideró cómplice necesario del delito de estafa en la modalidad demostrada procesalmente...”

Igualmente, desecha el segundo y último cargo de esta demanda relativo a una posible violación indirecta de los mismos preceptos, con los siguientes argumentos:

“...por falta de técnica en su fundamentación. Mientras el censor anuncia el ataque a la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial proveniente de errónea apreciación de la inspección judicial que se adelantó para comprobar la existencia de la letra de cambio base de la ejecución contra Franco, su autenticidad, exigibilidad y cesión a la señora Rivera de Granados, así como su tramitación procesal, y para reforzar el argumento agrega que también desestimó los indicios de buena fe de su patrocinado, tales como el silencio de Franco durante cinco años y su inactividad dentro de las acciones que se le adelantaron, lo que constituiría error de derecho, más adelante afirma que hubo error de hecho porque el Tribunal ignoró la buena fe de Zárate, resultante de pruebas debidamente allegadas al proceso...”

Se considera: Las dos demandas conforman sendas alegaciones de instancia. Graves fallas de técnica las hacen sustancialmente ineptas para ser estudiadas en este recurso extraordinario, como enseguida pasa a demostrarse:

Incurren en la más común de las contradicciones: alegar a un mismo tiempo violación directa e indirecta de la ley cuando la técnica impone que en la primera se aceptan las pruebas tal y como las estimó el juzgador y, en la segunda, al contrario, se impugnan para rechazar esa estimación probatoria. De suerte que el empleo simultáneo de estas dos vías diferentes conduce a si-

tuaciones contradictorias que no pueden ser superadas por la Corte para despejar la confusión del demandante, porque, en tal caso, entraría a suplir las deficiencias de éste, con riesgo de lesionar su propia imparcialidad y desbordar sus poderes.

Esta manifestación de impericia en el manejo del recurso se torna más ostensible cuando queriendo los censores hacer un planteamiento de violación directa concluyen haciendo ponderaciones probatorias que desplazan la impugnación hacia la violación indirecta, cayendo de este modo en contradicción interna y sustancial dentro del mismo cargo.

Al pretender los actores concretar un error mezclan con igual desacierto los falsos juicios de legalidad y de convicción del error de derecho con los de existencia y de identidad que son propios del error esencial de hecho; o bien proponen los dos errores a la vez sobre una misma prueba, cuando, como lo enseña la lógica, se debe escoger y no aducirlos simultáneamente, pues no sólo se excluyen de manera absoluta sino que la Corte no puede terciar para definir esa disyuntiva que no pudo resolver el actor.

Es notorio observar que los impugnantes se limitaron a enunciar los errores sin percatarse que debía demostrarlos. No basta, por tanto, indicar las pruebas sobre las cuales recaen, concretar lo que constituye cada error y calificarlo jurídicamente; hay que resaltar el falso juicio que lo originó y el verdadero que debió de formularse el fallador, advertir sus alcances en el concierto probatorio y en el asunto materia del proceso y, por último, lo fundamental, establecer su incidencia decisiva en la parte resolutive del fallo sin cuya demostración plena el error queda intrascendente en los umbrales del recurso.

Sería suficiente la crítica hasta aquí consignada para descalificar las dos demandas; sin embargo, es menester hacer una breve referencia a los reproches sobre las determinaciones civiles del fallo impugnado que se formularon en una de ellas.

Se trata de la demanda a nombre de Elvia Rivera de Granados.

En el *cuarto cargo* de ese libelo se acusa la sentencia al parecer por la causal primera de casación, violación directa, pues se habla de aplicación indebida de los artículos 349 y 728 del Código de Procedimiento Penal con infracción del 17 de la Ley 153 de 1887, 30 de la Constitución Nacional y 669 del Código Civil, por haber

dispuesto la restitución del inmueble objeto del timo a favor del ofendido Luis Carlos Franco Arias y ordenado la cancelación de los registros de la escritura número 342 de 1971 otorgada por el Juzgado del Circuito de Fresno, a favor de Elvia Rivera de Granados; de la número 185 de 1974 otorgada por ésta a Mariela Granados Rivera; y de la número 367 de 1974 otorgada por ésta última a José Roberto Granados.

Las mismas determinaciones de la sentencia aquí controvertidas le sirven en el sexto cargo al impugnante para tachar de nulidad la sentencia dentro del marco del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque, en su criterio, al ordenar la restitución de la propiedad del inmueble al perjudicado, se condenó, sin darles oportunidad de defensa, a personas extrañas al proceso.

Estos dos ataques carecen de fundamento.

Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 153 de 1887 "... Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas..."; que según el artículo 30 de la Constitución Nacional "... Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores..."; y, finalmente, que el artículo 669 del Código Civil define el derecho de propiedad; nada de eso le permite explicar al recurrente la aplicación indebida de los artículos 349 y 728 del Código de Procedimiento Penal, ya que toda violación de ley en este sentido deviene porque el hecho probado no lo regula la norma cuya aplicación se rechaza. Y, si aquí el hecho probado es que el título de propiedad de Elvia Rivera de Granados se obtuvo por medios fraudulentos constitutivos de estafa, verdad procesal que permanece incólume, no cabe duda que allí no hubo justo título ni que lo podía haber en adelante, porque el delito no puede engendrar legítimamente derecho alguno; entonces, lo lógico era disponer que la propiedad del inmueble volviera a quedar en cabeza de su verdadero dueño. No hubo pues, la aplicación indebida deprecada.

Además, desconocer el hecho probado al proponer violación directa de la ley, es pecar, se repite, contra la técnica del recurso para caer, por antinomia, en una impugnación sustancialmente inocua.

Los argumentos de fondo que se dejan expuestos habilitan también el repudio del cargo de nulidad supra legal.

Para respaldar la afirmación anterior vale la pena recordar que la Corte expuso, en un asunto de muy idénticas características, estos razonamientos:

"... a) Se acepta como verdad procesal que los acusados cometieron los delitos de falsedad en documentos y estafa, hechos que en su resultado final afectaron patrimonialmente a los señores Guzmán Sánchez, legítimos propietarios del inmueble de "Palo de Leche" y quienes en calidad de ofendidos han venido siendo representados en el proceso como parte civil en debida forma por su apoderado, doctor Luis Carlos Pérez;

"b) Siendo los nombrados o quienes hoy tengan la calidad de perjudicados o herederos parte legítima en el proceso, los derechos que dimanar de la acción civil justifican la resolución del fallador en el punto que se discute, por razón de disposiciones propias de la ley penal.

"En efecto, si para desatar la situación creada respecto al inmueble vendido ilícitamente por Neftalí Mogrovejo y procurar un amparo eficaz de los Guzmán Sánchez, el ad quem, interpretó, con respetables razones jurídicas, que los contratos no tuvieron existencia, sin así tener que hacer pronunciamiento sobre la nulidad de los actos, asunto extraño a su jurisdicción, la tesis de la inexistencia, dentro de los planteamientos del proceso criminal, no resulta descabellada ni significa una usurpación de jurisdicción, puesto que, si dichos actos integraron o hicieron parte del iter criminis, era de su facultad definir la cuestión, habida consideración de la ilicitud de los actos ejecutados, conforme al artículo 21 del Código de Procedimiento Penal;

"c) Cuando el artículo 21 extiende a los jueces y Tribunales penales su competencia "a las cuestiones civiles y administrativas que surjan en el proceso penal", advirtiendo que "para el sólo efecto de la represión", no debe perderse de vista que en muchos casos "tales cuestiones" pueden referirse "a hechos que sean elementos constitutivos de la infracción perseguida", y de no haber juicio civil, previo al delito mismo, la facultad o competencia de la jurisdicción penal no queda supeditada a ninguna resolución de la jurisdicción civil, ni podría quedarlo porque no hay prejuicialidad operante, para los fines restrictivos del nombrado artículo 21;

"d) De otro lado, el artículo 22 ibídem, impone al Juez Penal que "haya de decidir cuestiones civiles o administrativas" la obligación de cali-

ficar "las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación civil", con lo que está enseñando que no es tangencial, accidental o simplemente precaria la jurisdicción extensiva de la administración de justicia en lo criminal, y que las restricciones de orden prejudicial tienen por principal objeto salvar o evitar los conflictos entre dos más jurisdicciones simultáneas sobre una misma cuestión, y, en consecuencia, impedir resoluciones que pudieran ser contradictorias en su fondo;

"e) Cuando las investigaciones o los juicios penales se refieren a delitos que, por su naturaleza, por el fin perseguido o por, inclusive, los medios de comisión, han afectado el patrimonio de la víctima o de terceros, el Código de Procedimiento brinda a los dueños, poseedores o tenedores legítimos "de las cosas aprehendidas" una acción para "demandar su restitución ante el Juez", o "funcionario de instrucción", reiterada y aclarada en varias disposiciones (artículos 30, 703 y 704). Esa acción para quien tiene un título legítimo sobre determinados bienes no hay motivo para entenderla restringida a los bienes o cosas muebles dado que el daño al patrimonio económico o el perjuicio en relación con este bien puede vincularse a otros bienes, como los inmuebles, que no podrían quedar por fuera de la protección de la ley y, más en concreto, fuera de la jurisdicción del Juez penal;

"f) Es claro que, tratándose de contratos de compraventa de inmuebles, el registro de los instrumentos o escrituras significa, jurídicamente, la tradición y con éste el título de posesión legítima. Al ordenarse por el Tribunal 'la cancelación de los registros o inscripciones de las escrituras públicas' de que se ha venido tratando, esa decisión, de inmediato, restituye las cosas a su estado anterior a la venta, lo cual no significa que enerve una futura controversia, esa sí ante la jurisdicción civil, pero promovida por quienes se estimen afectados por la resolución penal, o mejor, por los actos que dieron origen a este proceso y en razón de los cuales se ha deducido la responsabilidad criminal de los Mogrovejo...". (Sent. Cas. Penal, 11 febrero 1965).

De otra parte, sólo la calidad de sindicados de los adquirentes que derivaron su título de la acusada hubiera determinado su vinculación oficiosa a este proceso, pero al no darse esa situación se les ignoró como era natural. Además, es indiscutible que ellos pudieron, en su oportunidad, constituirse en parte civil por haber sido lesionados con la infracción y que sin embargo, no lo hicieron. Si no tenían por qué comparecer al

proceso como sindicados y se abstuvieron de hacerlo como civilmente perjudicados, mal se puede ahora reclamar su presencia con el argumento aparente de que fueron condenados sin juicio previo.

Por fuerza de estas consideraciones se concluye que no existió quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Por último:

El quinto cargo propuesto como violación indirecta de la ley sustancial porque el juzgador incurrió en error de derecho por haberle dado al dictámen pericial sobre perjuicios "... un valor probatorio que no tiene...", con infracción de los artículos 187, 233 y 241 del Código de Procedimiento Civil, no puede prosperar.

Sin necesidad de hacer observaciones de orden técnico en la formulación de este ataque, es menester reconocer que carece también de fundamento.

En efecto:

Se repudia el experticio porque no se encuentra debidamente fundamentado y porque los peritos no son idóneos.

Lo primero, no es cierto. Resulta suficiente para dejar sin piso este aspecto de la censura observar que el dictamen original fue ampliado a instancias del Ministerio Público, quien resaltó ese hecho, quedando perfectamente subsanada tal deficiencia.

Lo segundo, no es exacto. Si bien los peritos dijeron en su primer dictamen "... Dejamos a juicio de peritos más idóneos el conceptuar sobre perjuicios morales, ya que nuestra preparación intelectual nos inhibe para opinar sobre el particular...", no declararon su absoluta ignorancia sobre la materia. Es más, al ampliar la peritación demostraron idoneidad al extremo que, dentro de las oportunidades de ley, nadie hizo la más leve objeción a ese trabajo.

En definitiva, si la prueba no permite esos reparos, la censura fatalmente perece.

Así queda demostrado que ninguno de los cargos contenidos en las demandas presentadas tiene aptitud para excitar a la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no

CASA la sentencia condenatoria de fecha primero de marzo del año pasado, proferida 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

MARIHUANA

Especiales circunstancias de agravación de la pena en este delito. Cantidad y pureza de los estupefacientes. (Decreto número 1188 de 1974)

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 25 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porrás*.

Aprobado: Acta número 030.

Vistos

El Tribunal Superior de Villavicencio, mediante sentencia de 22 de septiembre de 1978 confirmó, sin modificaciones, la de primer grado proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Martín el 5 de junio del mismo año, por medio de la cual condenó a Alvaro Suárez Muñoz, Roberto Herrera y Ramón González Monsón a la pena principal de tres (3) años de presidio y multa de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), cada uno, como autores penalmente responsables del delito de tráfico de marihuana que les fue imputado en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el señor Fiscal 2º de esa Corporación, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual éste presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales materia del proceso se sintetizan en el expediente en los siguientes términos:

“... El señor Julio Roberto Martínez López, contrató al señor Roberto Vásquez Reyes, para que le hiciera un viaje de la finca ‘El Silencio’, ubicada en Mapiripán que es de su propiedad hasta San Martín...”.

“... Llegando a un acuerdo en el precio del transporte viajaron de esta población el 14 de febrero de 1977 y en el camión de placas GP 2756 llevando una carga de cerveza, con el fin de solventar mejor los gastos de las ocho novillas que se proponía traer el señor Martínez López, de su finca. Por el sitio Marayal vía San Martín Mapiripán, se encontraron en la orilla de la carretera al señor Floro Gómez, quien solicitó al conductor del vehículo Roberto Vásquez, el favor de traerle al regreso unos porcinos, hecho este al cual accedió el conductor, pero advirtiéndole a Gómez, que iba a tener una pequeña demora, por cuanto debía recoger un ganado...”.

“... Una vez en Mapiripán, sus dos ocupantes se dedicaron al consumo de cerveza y estando en una tienda junto con Daniel Manrique, llegó el señor Ramón González y le solicitó a Roberto Vásquez, el favor de traerle un pescado, Roberto Vásquez, le preguntó que qué cantidad sería y éste le contestó que se trataba de siete bultos, ante esta circunstancia Vásquez, le manifestó a González, que él venía contratado por el señor Julio Roberto Martínez, con el fin de transportarle un ganado, pero que le iba a consultar y si éste accedía, le podía traer los bultos de pescado...”.

“... Una vez consultado el señor Martínez López, dio autorización a su contratado para que trajera la mencionada carga, comunicándole Vásquez a Ramón González, que sí le podía traer el pescado, pero que tendría una demora por cuanto debía recoger el ganado del señor Martínez, contestando Ramón González, ‘que eso no importaba, lo que sí le interesaba era el transporte de la mercancía’. Y fue así que acordaron el regreso para el dieciséis de febrero. Dicho día fue cargado el pescado en Mapiripán en el camión de Vásquez por Alvaro Suárez y dos sujetos más. Seguidamente Alvaro Suárez y Ramón González,

se dirigieron a la Inspección de Policía del lugar, con el fin de que se les expidiera la licencia correspondiente para transportar la mercancía, autorización ésta que les fue dada...".

"...El dieciséis de febrero Roberto Vásquez, conductor del vehículo, les manifestó a Julio Roberto Martínez, Floro Gómez, Alvaro Suárez y Ramón González, personas que se encontraban esperando la salida del automotor, que no viajaría ese día por cuanto se encontraba pasado de tragos, fue así que Alvaro Suárez, tomó otro vehículo y se dirigió a Puerto Lleras, en tanto que los restantes madrugaban al día siguiente, jueves diecisiete para emprender el viaje. Es decir, que en el camión venían: Julio Roberto Martínez propietario del ganado, Floro Gómez, propietario de los porcinos, Ramón González, propietario de los bultos de pescado, y el conductor Roberto Vásquez...".

"...En el transcurso del viaje, llegaron a la finca de Celino Aguilar, en donde pernoctaron hasta el domingo, circunstancia esta que aprovechó Ramón González, para venirse a San Martín en otro vehículo, por cuanto se encontraba afectado por dolores estomacales...".

"...En la finca del señor Mora fue descargado el pescado y nuevamente embarcado el lunes en que se prosiguió el viaje, llegando a Puerto Lleras a las cuatro de la tarde. Debemos agregar que en la finca del señor Aguilar se subió Alvaro Márquez, quien venía en calidad de pasajero...".

"...En la población de Puerto Lleras se bajaron Julio Roberto Martínez, Floro Gómez y Roberto Vásquez, a sacar las correspondientes licencias para transportar el ganado mayor y menor que traían, quedándose dentro del vehículo el señor Alvaro Márquez. Mientras esto transcurría fue estacionado el automotor enfrente del comando de Policía para efectuar la revisión de los semovientes. Llegando en ese instante el señor Alvaro Suárez, en compañía de Roberto Herrera, quienes después de observar la carga de pescado, se dirigieron a Márquez, preguntándole que si dentro del camión no venía el 'chunco' Ramón, es decir el mismo Ramón González; este les contestó que el señor González se había transportado en otro vehículo el día anterior dirigiéndose a San Martín. Ante esta contestación, Roberto Herrera y Alvaro Suárez, tomaron camino a las afueras de la población, con el fin de esperar el camión y así poderse transportar a San Martín...".

"...Durante la revisión de los semovientes, un agente de la policía encontró que dentro de

los bultos de pescado, venía mimetizada una hierba, que al parecer era marihuana y que posteriormente de acuerdo a los análisis efectuados por Medicina Legal, resultó positiva la muestra examinada...".

"...Ante estos hechos, fueron retenidas todas las personas ocupantes del vehículo y en tal razón el señor Márquez, contó de las preguntas que dos sujetos le habían hecho minutos antes, dirigiéndose entonces los agentes del orden a las afueras de Puerto Lleras en donde dieron captura a Alvaro Suárez y Roberto Herrera, personas éstas que de acuerdo con las exposiciones de los retenidos, eran las mismas que habían cargado días anteriores los bultos de pescado en la Inspección de Mapiripán...". (fls. 250 a 252 Cdno. Princ.).

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal 1^a del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley sustancial, a causa de haber dejado de aplicar el Tribunal el artículo 43 del Decreto 1188 de 1974, que considera la cantidad de la planta, droga o sustancia estupefaciente como circunstancia específica de agravación de la penalidad, cargo único que el recurrente desarrolla en los siguientes términos:

"...A. *Fundamentos:*

"...Cuando la sentencia de primera instancia subió en consulta al Tribunal Superior, el suscrito Fiscal manifestó su conformidad con los presupuestos probatorios que sirvieron de base a la condena, por estimar que se ajustaban a las exigencias del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal; pero al mismo tiempo se apartó del criterio del fallador de Primera Instancia en cuanto a la cantidad de la pena principal impuesta, y es así como en el concepto 359 de 30 de agosto de 1978, expresó la Fiscalía Segunda del Tribunal:...".

"...Lo que no se ajusta exactamente a la legalidad es la dosificación de las penas principales de presidio y multa, habida cuenta de la apreciable cantidad del estupefaciente. Bien se ve que el Señor Juez del Circuito de San Martín olvidó el artículo 43 del Decreto 1188 de 1974, que en su encabezamiento y en su inciso u ordinal 3^o manda:...".

"...La pena aplicable se aumentará hasta en las tres cuartas partes, en los siguientes casos:... 3^o Respecto de los artículos 37 y 38, de acuerdo con la calidad y cantidad de la planta, droga o sustancia, a juicio del Juez. Es justo, pues, aumentar hasta 3½ o 4 años el presidio, y hasta unos \$ 50.000.00 la multa...".

“...A esta petición contestó la Sala Penal del Tribunal al final de las motivaciones de la sentencia acusada:...”

“...En estas condiciones, resulta justa la decisión del Juez al condenarlos como coautores en el tráfico de la marihuana, cuya identificación quedó plenamente demostrada de autos mediante los examen (sic) científicos realizados al respecto, también se estableció el peso y calidad, pero a pesar de todos estos detalles, la Sala no comparte la observación que hace nuestro colaborador Fiscal, en el sentido de que la pena ha de aumentarse hasta en cuatro años más para cada uno de los sindicados e imponerles multa de unos cincuenta mil pesos, porque realmente, para poder aplicar lo normado en el numeral 3º del artículo 43 del Decreto 1188 de 1974, es necesario desde luego tener en cuenta las circunstancias de mayor peligrosidad que se erijan contra los sentenciados, como también las que surjan de menor entidad a su favor. Esto fue lo que tuvo en cuenta el juez del conocimiento para la dosificación de las penas. Consideró que en contra de los tres implicados no existían constancias de haber sido condenados por delitos anteriormente, ni siquiera de haber sido procesados, y desde luego se dedujo conducta aceptable. También debe tenerse en cuenta que la cantidad de marihuana decomisada, unos 55 kilos, no puede tenerse como gran cantidad y excelente calidad, simplemente se dice que es marihuana, pero nada más. Sabido es que en esta región se transportan verdaderos volumen (sic) de esta yerba, y desde luego en esos casos es cuando la justicia ha de hacer sentir su rigor con una pena de alto relieve y la multa ha de acotarse igualmente...”

“...B. Norma Sustancial violada por el tribunal:...”

“...A primera vista se observa que la honorable Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio violó el artículo 43 del Decreto 1188 de 1974 que, como ya se dijo considera la cantidad de la planta, droga o sustancia como una circunstancia de agravación del atentado contra la salud pública prevista en cualquiera de los artículos 37 y 38 del mismo estatuto...”

“...La honorable Corte Suprema enseña permanentemente que ‘la infracción directa de la ley es el quebrantamiento del precepto, y puede ocurrir: a) Por inobservancia de él (forma omisiva), a pesar de que la materia tratada reclama su aplicación, como cuando no se tiene en cuenta una disposición sobre rebaja de pena, vigente al tiempo del fallo, o se prescinde en la sen-

tencia de aplicar el artículo 28 del Código Penal, no obstante de haberse reconocido en el auto de proceder la atenuante a que él se refiere; b) Por que se haga actuar la norma en una contingencia no reglada por ella...”

“...Tal como lo predica este criterio de esa alta corporación, el Tribunal Superior de Villavicencio, con la parte del fallo que se acaba de citar quebrantó directamente el artículo 43 del Decreto 1188 de 1974, porque omitió deliberadamente aplicarlo, a pesar de haber reconocido que en el proceso estaba demostrada la incautación y la naturaleza de la marihuana en la cantidad de cincuenta y cinco (55) kilogramos, principalmente por la diligencia que practicó el Juez Tercero de Instrucción Criminal (fl. 17) con sujeción al artículo 71 del Decreto 1188 de 1974...” (fls. 13 a 16. Cdno. Corte).

III. La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal no hizo uso de la atribución que le otorga el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Considerandos

1. No se controvierte en estado alguno del proceso que a los procesados les fue incautada la cantidad de seis (6) bolsas de polietileno que contenían marihuana ni como se indica claramente en el acta de decomiso, (fl. 2 Cdno. Princ.), que tenían un peso de cincuenta y cinco (55) kilos, como que así se advierte en la diligencia de incineración del estupefaciente (fl. 17) y se declara reiteradamente en el auto de proceder (fls. 201 y 206) y en la sentencia de primera instancia (fls. 252 y 258), acogida por el Tribunal.

No obstante la cantidad de la sustancia decomisada, este hecho indiscutible no es considerado como agravante de la penalidad en la sentencia impugnada, de modo que la pena se determina sin consideración alguna a la norma del artículo 43 del Decreto 1188 de 1974 que ordena que, precisada la correspondiente al delito tipo conforme las directrices del artículo 36 del Código Penal, la sanción “se aumentará hasta en las tres cuartas partes”.

Dijo el Juzgado en la sentencia confirmada, sin modificaciones, por el Tribunal:

“...Todo lo anterior nos conduce de conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal a condenar a este tercer elemento dentro del orden que se ha venido efectuando en este proveído como coautor del tráfico de estupefacientes, más concretamente marihuana

pero al igual que los anteriores ha de tenerse en cuenta los caracteres de su personalidad, que nos indican que no es un sujeto peligroso para la sociedad ni sobre el cual han existido antecedentes policivos o judiciales que nos conduzcan a aplicar la máxima sanción, sino que por el contrario se trata de un elemento que durante el tiempo en que ha estado detenido ha observado buena conducta y que de acuerdo con el artículo 39 del Código Penal en concordancia con el artículo 38 ídem, se hace acreedor a la mínima sanción establecida para el delito...'' (fl. 264).

Y el Tribunal, sin embargo de admitir la cantidad de droga que fue decomisada, sostuvo que:

''... para poder aplicar lo normado en el numeral 3º del artículo 43 del Decreto 1188 de 1974, es necesario desde luego, tener en cuenta las circunstancias de mayor peligrosidad que se erijan contra los sentenciados, como también las que surjan de menor entidad a su favor. Esto fue lo que tuvo en cuenta el Juez del conocimiento para la dosificación de las penas. Consideró que en contra de los tres implicados no existían constancias de haber sido procesados, y desde luego se dedujo conducta aceptable. También debe tenerse en cuenta, que la cantidad de marihuana decomisada, unos 55 kilos, no puede tenerse como gran cantidad y excelente calidad, simplemente se dice que es marihuana, pero nada más. Sabido es que en esta región se transportan verdaderos volúmenes de esta yerba, y desde luego en esos casos es cuando la justicia ha de hacer sentir su rigor con una pena de alto relieve y la multa ha de acotarse igualmente...'' (fl. 16 Cdo. Tribunal).

2. Yerra el Tribunal al declarar que las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad (no haber sido condenados los procesados por delitos anteriores, ni siquiera procesados por ellos), son hechos que agotan la totalidad de los factores de agravación y de atenuación de la penalidad, pues aparte de los que han de considerarse para situarla en su justa medida dentro del mínimo y máximo permisibles, en este asunto, entre tres (3) y doce (12) años de presidio y entre cinco mil (\$ 5.000.00) y quinientos mil pesos (\$ 500.000.00), el Código Penal y las leyes que lo adicionan o reforman han establecido otros factores de agravación y de atenuación que, dándose en el proceso, no pueden ser desconocidos por los juzgadores, como cuando las conductas reprimidas en el Decreto 1188 de 1974 se refieren a cantidad y pureza de estupefacientes que pueden considerarse de alguna entidad cuantita-

va y cualitativamente, mucho menos aduciendo como fundamento para el desconocimiento de la norma penal las prácticas delictivas imperantes en la región (donde se transportan ''verdaderos'' volúmenes de marihuana), pues si ello ocurre así, lo que procede es una adecuación de la pena a las cantidades de la droga, de suerte que a menor cantidad de ésta corresponda un menor aumento y uno mayor cuando se presente el transporte de verdaderos volúmenes de la sustancia: nunca hacer de lado la aplicación de la ley expresa, como lo hizo el Tribunal de Villavicencio, con quebrantamiento directo de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 43 del Decreto 1188 de 1974.

Prospera, pues, el cargo.

3. La pena mínima de tres (3) años que resulta aplicable a los procesados, por las consideraciones hechas en la sentencia condenatoria, puede aumentarse, en consecuencia, de conformidad con el artículo 43 del Decreto 1188 ''hasta en las tres cuartas partes'', pero considerando que la cantidad de droga a aquellos decomisada, con ser apreciable, no justifica una agravación muy elevada, que podría resultar excesiva, el aumento se limitará a una sexta parte del mínimo, para un total de pena imponible de tres (3) años y seis (6) meses de presidio y de cinco mil ochocientos treinta pesos (\$ 5.830.00) de multa, aparte de las accesorias correspondientes.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley, CASA PARCIALMENTE el fallo recurrido y en su lugar dispone:

1. Condénase a Alvaro Suárez Muñoz, Roberto Herrera y Ramón González Monsón, de condiciones civiles conocidas de auto, a la pena principal de tres (3) años y seis (6) meses de presidio y de cinco mil ochocientos treinta pesos (\$ 5.830) de multa, aparte de las accesorias correspondientes, como autores penalmente responsables del delito de tráfico de marihuana que les fue imputado en el auto de proceder, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar a que se refiere esta providencia.

2. Condénase a los mismos Alvaro Suárez Muñoz, Roberto Herrera y Ramón González Monsón a sufrir las siguientes penas accesorias: la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la de la pena principal y a la suspensión de la patria potestad, si la tuvieren.

3. Revócase el beneficio de libertad provisional concedido a los condenados y, en consecuencia, dispónese su captura y detención para el pago del resto de la pena que les ha sido impuesta.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

Prueba grafológica. Su validéz legal. Requisitos

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Expediente número 25094

Bogotá, D. E., marzo 26 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 31, marzo 26 de 1980.

Vistos

Decide la Corte acerca de recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jaime Humberto Sossa Gómez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas mediante la cual, al reformar la de primera instancia del Juzgado 2º Superior de Aduanas de Medellín, le condenó a la pena principal de 48 meses de presidio y multa de \$ 1.000.00, a más de las accesorias de rigor, como responsable de los delitos de falsedad en documentos, uso de sellos falsificados, estafa y contrabando impropio, en las causas acumuladas que se adelantaron en su contra”.

Hechos y actuación procesal

Por el funcionario de primera instancia fueron reseñados en la siguiente forma: “El día diecisiete de febrero de mil novecientos setenta y seis, en la calle cuarenta y ocho con la carrera 60 de esta municipalidad, le fue decomisado al señor Humberto Ruiz Murillo el vehículo de placas LW-97-93 marca Wolkgen (sic), modelo de 1970 y por parte del personal de la Policía sección F-2. Dicho procedimiento se llevó a efecto teniendo en cuenta que la Dipec de Bogotá les había remitido una lista dentro de la cual se encontraba el vehículo en mención y que poseía documentación falsa; originando la investiga-

ción respectiva radicada en el Juzgado de Instrucción de Aduanas bajo el número 1035 vinculando a los señores Germán Mejía Delgado y Jaime Humberto Sossa Gómez a quienes en momento oportuno se sobreseyó definitivamente y se llamó a responder en juicio en su orden.

“2. El personal de la Sipec de la Policía Antioquia decomisaron (sic) el vehículo de placas LW-99-29 camioneta tipo Pick-Up, marca Ford, modelo 1970, decomiso que se efectuara el día 22 de diciembre de 1975, habiendo vinculado a los señores Fabio Lotero Montoya, José Uribe Maya y Jaime Humberto Sossa Gómez, sumario este que fue radicado en el Juzgado de Instrucción del ramo bajo el número 980; a los dos primeramente mencionados se les cobijó con la medida de archivo y sobreseimiento definitivo y al último se le llamó a responder en juicio.

“Las anteriores causas fueron acumuladas en contra del citado Sossa Gómez por los delitos previamente relacionados. Habiendo conocido el honorable Tribunal Superior de Aduanas del vocatorio a juicio le la primera de las causas en mención confirmando la medida proferida en contra de Sossa Gómez por los delitos de contrabando, estafa, falsedad instrumental y falsificación de sellos”.

Una vez acumuladas las causas se siguió la tramitación legal correspondiente, la cual vino a culminar con las sentencias de primera y de segunda instancia, contra la última de las cuales se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

La demanda

Al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el Censor formula varios cargos al fallo impugnado, presentado en una primera parte tres, que enuncia así:

“*Cargo primero.* Acuso el fallo mencionado del Tribunal de Aduanas por violación indirecta de la ley proveniente de falta de aplicación del artículo 26 de la Constitución Nacional que exige para juzgar a un procesado que se observen la plenitud de las formas propias del juicio, entre las cuales se encuentran las ritualidades que la ley establece para la producción de los diversos medios probatorios.

“*Cargo segundo.* Acuso el fallo del Tribunal de Aduanas, ya mencionado, por violación indirecta de la ley proveniente de falta de aplicación de los artículos 265, 267, 269, 270, 278, 157, 158 y 159 del Código de Procedimiento Penal, que regulan las ritualidades que deben observarse en la producción de la prueba pericial, entre la cual se encuentra la prueba que producen los peritos grafólogos.

“*Cargo tercero.* Acuso el fallo del Tribunal de Aduanas, ya mencionado, de haber aplicado indebidamente el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil a una situación no regulada por ella”.

Para sustentar los cargos primero y segundo afirma que los peritos grafólogos no fueron nombrados ni poseionados ni recibieron las amonestaciones como lo dispone la ley, sino que apenas se pidió a “Decypol” el que realizara los respectivos estudios. Que el Juzgado les dio tratamiento de prueba pericial, puesto que los puso a disposición de las partes y, a petición del apoderado, ordenó que fueran ampliados o rendidos con mayor claridad.

Como no se cumplieron las disposiciones sobre peritaje, ellos son inexistentes de acuerdo con el inciso 3º del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar el tercer cargo expone que el juzgador estructuró su validez apelando al artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, pero que esta norma regula situaciones distintas y que no puede ser aplicada por analogía. De donde concluye que Sossa Gómez, “fue condenado con base en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, porque aunque existen otras pruebas —de escasa importancia—, al desaparecer la prueba pericial, la absolución del procesado se impone como consecuencia necesaria”.

Se responden los cargos anteriores

En realidad, la demanda, en los anteriores cargos como en los subsiguientes, es demasiado con-

fusa y peca contra toda técnica casacional. Por ejemplo, con relación al segundo cargo, no entra a hacer demostración ninguna, sino que afirma que junto con el anterior, llevan a que “la prueba pericial grafológica fue producida en este proceso sin las ritualidades que la Legislación Colombiana establece para su validez, incurriendo así el tribunal en un error de derecho”.

Pero, además ocurre que lo que se desprendería del primer cargo sería una nulidad de rango Constitucional, pero no violación indirecta de la ley proveniente de falta de aplicación” de determinadas normas que regulan las ritualidades de la prueba pericial. El primer motivo está considerado como causal de casación en el número 4 del artículo 580 y, el segundo, en el primero de la misma norma. Siendo de advertir que tampoco precisa si fue un error de hecho o de derecho el que motivó el quebrantamiento de la ley, ni siquiera lo insinúa.

De tanta trascendencia es la distinción anterior, que de prosperar un cargo formulado bajo la causal primera de casación, la Corte tendría que entrar a dictar el fallo que debiera reemplazar al acusado y, de prosperar la cuarta, tendría que decir en que estado queda el proceso. Entonces; con la primera medida, se pondría fin a la actuación, en tanto que con la segunda habría que continuarla, a partir de la viciada correspondiente.

Por lo dicho, ninguno de los dos primeros cargos puede prosperar.

Y, tampoco el tercero:

Es cierto que el Tribunal de Aduanas al refutar los planteamientos de la defensa en segunda instancia que, son en esencia los mismos que ahora plantea en casación, fundamentó los dictámenes en el artículo 243 del estatuto procesal civil. Este enfoque, puede criticarse a pesar del principio de integración consagrado por el 8º del penal, no tiene ninguna trascendencia que pueda venir a demeritar la validez legal de la prueba grafológica contra la cual se esgrime, porque basta tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 338 y 298 del estatuto procesal penal, los cuales dicen:

Artículo 338. “Preferencia de peritos oficiales. En los lugares en donde haya médicos o peritos oficiales, el funcionario de instrucción deberá designarlos de preferencia, a fin de que practiquen las diligencias necesarias y den su dictamen por escrito, en la forma y con los requisitos que se exigen para la prueba pericial.

Artículo 298. "Pruebas técnicas. El funcionario de instrucción o del conocimiento, podrá solicitar a los laboratorios oficiales y a las oficinas de medicina legal, los dictámenes que considere necesarios en desarrollo de las investigaciones que adelanta, teniendo en cuenta, en lo posible, la distribución de funciones a la policía judicial y el carácter científico de los estudios.

"Recibida la solicitud, esta deberá atenderse sin dilación alguna. Cualquier demora injustificada hará incurrir al responsable en sanción disciplinaria.

"Los funcionarios de los laboratorios de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, son peritos oficiales y como tal actuarán en las diligencias".

Finalmente, basta tener en cuenta la armonía que guardan las disposiciones anteriores con la 243 del Código de Procedimiento Civil, que dice:

"Informes técnicos de entidades oficiales. Los Tribunales y Jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos a los médicos legistas, a la Policía Judicial y en general a las entidades y oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso.

"Tales informes deberán ser motivados y rendirse bajo juramento, que se entenderá prestado por el solo hecho de la firma; y se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días, para que puedan pedir que se completen o aclaren".

Para concluir también debe tenerse en cuenta que cuando el dictamen grafológico fue puesto en conocimiento de las partes, el apoderado del procesado nada esgrimió contra su validez sino que, aceptando ésta, apenas solicitó el que se ampliara o aclarara.

En consecuencia el cargo anterior tampoco está llamado a prosperar.

Con relación a los dos últimos cargos sintéticamente formulados, la Corte hace suyas la presentación y la réplica que de ellos hace el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

"Por último, el libelo acusatorio trae en sus Capítulos V y VI otros dos cargos en el marco de la misma causal primera, al atribuirse al *ad quem* haber violado la ley por interpretación errónea, señalándose como lesionados los artícu-

los 33, 36, 37, 38 y 39, sin indicarse de qué Código, aunque parece ser del Penal.

"El Ministerio Público no tiene objeción alguna para hacerle a la dosificación de la pena impuesta a Sossa Gómez, pues estima que el *ad quem* procedió en consideración a los preceptos legales que regulan situaciones como la de autos. Se significa, entonces, que la impugnación está equivocada, fuera de no identificarse fielmente, con el acápito del fallo impugnado que transcribe y en donde se hace referencia a la graduación de la pena impuesta. Así mismo la innegable confusión de los dos cargos finales aumenta o fortalece la razón para su rechazo por falta de apropiada demostración legal.

"Cuando se plantea la interpretación errónea de la ley, el polemista está obligado a demostrar la antinomia que se crea entre el alcance que el sentenciador *ad quem* da a la norma aplicada, y el que a ella le es reconocido por el Legislador, sin serle permitido a aquél, como cumplimiento de su obligación, su simple o mero enunciado, ni menos que su personal criterio hermenéutico pueda primar sobre el del sentenciador. El discurso debe ser claro, lógico y demostrado a cabalidad. Esto no ocurre en el caso presente, lo que demerita al extremo la censura".

Además, puede agregarse:

Para recalcar; que el último de los cargos apenas sí lo enuncia sin entrar en demostración o fundamentación ninguna; y que, en relación con el penúltimo los Jueces de Primera y de Segunda instancia, mientras no entren en arbitraria lesión de la ley y el derecho, tienen la potestad de graduar la pena, dentro de los marcos que aquélla señala y, que en el caso sometido a consideración, no se echa de ver ningún desafuero que merezca censura, habida consideración de las razones que en su oportunidad expuso el *ad quem*.

Por lo tanto, estos cargos tampoco pueden prosperar y, habiéndose llegado a esta conclusión, la demanda habrá de desecharse, como lo dispone el artículo 582 del estatuto procesal penal.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida dentro de estas diligencias acumuladas por el Tribunal Superior de Aduanas, por medio de la cual Jaime Humberto Sossa Gómez, fue condenado a la

pena principal de cuarenta y ocho meses de presidio, por los delitos de falsedad en documentos, uso de sellos falsificados, estafa y contrabando, de la cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la Corporación de origen. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Artículo 26 de la Constitución Nacional. La falta de asistencia del procesado detenido a la diligencia del sorteo de jurados, no constituye nulidad, si por otros medios se entera de ella

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Expediente número 25295

Bogotá, D. E., marzo 26 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Boto*.

Aprobado: Acta número 31.

Vistos

Entra la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga del 2 de febrero de 1979, que confirmó la del Juzgado Quinto Superior de esa ciudad mediante la cual fue condenado, por el delito de homicidio, José Reyes Barrera Sandoval, a la pena de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

Fueron resumidos de la siguiente manera: "... En la mañana del nueve de octubre pasado, Luis Felipe Celis González, con el propósito de recolectar una porción de frijol, se encaminó hacia el punto denominado El Carrizal, vereda Los Robles, comprensión municipal de Enciso.

"Para su arribo al sitio indicado, necesario resultaba hacer tránsito por un camino adyacente a la casa de José Reyes Barrera, con quien tiempo atrás se había sucedido un incidente en razón de la pretendida aspiración de aquél de constituir una servidumbre de paso sobre sus terrenos.

"Al paso de Celis González, por el sendero próximo a la habitación del acriminado, Reyes Barrera, se dejó escuchar la detonación producida por el accionar de una arma de fuego, cuyo proyectil hizo blanco en la humanidad del desgraciado labriego, determinándole heridas de naturaleza necesariamente mortales.

"Agónico Luis Felipe Celis, fue transportado por algunos vecinos en procura de atención médica que no alcanzó a suministrársele dado que su deceso se produjo, no sin antes anunciar que el autor de las lesiones que presentaba era José Reyes Barrera, en proximidades del Municipio de Enciso, donde las autoridades respectivas procedieron a la práctica de la diligencia de levantamiento del cadáver...".

La demanda

El demandante invoca las causales tercera y cuarta de casación (artículo 580-3-4 del Código de Procedimiento Penal) para solicitar la infirmitad del fallo. Con absoluto respeto por el principio de prioridad las propone en el sentido inverso al de su nomenclatura, en la forma siguiente:

1) *Causal cuarta:*

Acusa la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad constitucional por inobservancia de las formas propias del juicio, así:

Cargo primero. En el acta de sorteo de jurados no aparece que la diligencia hubiere sido presenciada por el procesado quien se encontraba detenido a órdenes del funcionario que la practicó.

Advierte que si bien la ley permite que el sorteo de jurados se efectúe en ausencia de las partes, ésto sólo es aplicable respecto del proce-

sado cuando se encuentra en contumacia, situación que no se dio en este caso.

Por tal circunstancia, concluye:

“...no supo quienes iban a ser los jurados en su causa sino hasta el día de la audiencia y no pudo hacer uso del derecho de recusación. Al proceder así, claramente se violó el derecho de defensa, se quebrantó la plenitud de las formas propias del juicio y por consiguiente, el artículo 26 de la Constitución Nacional...”

Cargo segundo. El proceso recibió una calificación incompleta porque el acusado desde su primera intervención sostuvo que fue atacado por Luis Felipe Celis González, con arma de fuego, de cuya apropiación se sindicaba de manera inequívoca a Rafael González, a quien no se le oyó en indagatoria.

Luego, agrega:

“...La conexidad de la acción ilícita de Rafael González, al sustraer el arma, con el homicidio de Luis Felipe Celis González, es clara. Si no se produce la lesión que luego causó la muerte, no habría habido apropiación del arma, sustracción del revólver, luego una acción fue causa necesaria de la otra y a su vez la última, torció la investigación, luego incidió en la muerte del procesado.

“Rafael González, no obstante la clara acusación sólo fue oído como testigo, no fue indagado, por eso su situación no fue resuelta en el auto calificadorio, bien para sobreseerlo, para enjuiciarlo o para ordenar investigación por separado...”

2) Causal tercera:

Al amparo de esta causal sostiene que la sentencia se dictó con base en un veredicto contradictorio.

Cargo único. Aduce que al contestar el jurado “Sí es responsable pero por las circunstancias de provocación”, declaró que el hecho lo había cometido el procesado en estado de ira y de intenso dolor causados por grave e injusta provocación, como subsidiariamente lo solicitó en la audiencia pública el defensor.

Pero, que posteriormente al introducir la aclaración; “Sin ira ni intenso dolor”, cayó en la contradicción alegada, consistente en que en su respuesta reconoció la circunstancia específica de atenuación y, con la adición la negó.

Concepto del Ministerio Público

Con relación a los cargos propuestos por la causal cuarta, responde:

a) “...En el caso de autos no hubo entonces desconocimiento de las formas propias del juicio ni ataque al derecho de defensa del procesado. Tanto éste como su defensor fueron notificados oportunamente del auto que señaló día y hora para el sorteo, y ninguno de los dos manifestó interés en acudir al mismo. Resultaría por lo menos improcedente sancionar esta despreocupación con la nulidad que se alega, máxime si se tiene en cuenta que la misma ley concede un plazo de cinco días a partir del sorteo para solicitar el reemplazo del jurado cuando las partes estimen que existen motivos para hacerlo...”;

b) “...Tampoco tiene aceptación el segundo cargo que se ampara en la causal anotada. La supuesta sustracción del arma que según el condenado portaba el occiso no tuvo la más leve demostración en el proceso, y según lo consideraron los juzgadores de instancia este hecho sólo tuvo existencia imaginaria en el procesado y su hijo como medio de defensa.

“Y en la remota hipótesis de que así hubiera sucedido, no se habría configurado una acción tendiente a ocultar o facilitar el delito de homicidio plenamente demostrado en las circunstancias que determinaron su condena, razones únicas que habrían permitido hablar de conexidad y que hubieran hecho por tanto, obligatoria la investigación y calificación simultánea...”

Y, en cuanto al cargo por la causal tercera, apunta:

“...Que el señor defensor durante el debate público hubiera logrado crear en principio cierto grado de perplejidad en los jueces de conciencia con sus argumentos sobre la supuesta provocación injusta del occiso al heridor, hasta el punto de llevarlos a responder: “Sí es responsable, pero por las circunstancias de provocación” no significa que el jurado hubiera reconocido la circunstancia del artículo 28 del Código Penal, que como es bien sabido, debe aparecer plenamente demostrado y concretamente reconocido. La segunda parte de la contestación al cuestionario carecía de relevancia frente a la citada norma, y por así reconocerlo el mismo profesional de la defensa, se vio precisado a solicitar aclaración del veredicto, quizás con la esperanza de que se completara conforme a las exigencias de la disposición, con tan mala suerte que la contundente explicación excluyó tajantemente la esperanzada atenuante al rendirse así: “Sin ira ni intenso dolor”.

“De suerte que la respuesta definitiva cuya inteligencia por los juzgadores de instancia en-

cuentra acertada este Despacho, señaló a Barrera Sandoval como responsable de homicidio intencional, sin atenuantes ni agravantes...".

Considera la Corte

1) Las nulidades.

a) *Se afirma que la inasistencia del procesado detenido al sorteo de jurados constituye una violación de las formas propias del juicio y, por ende, del artículo 26 de la Constitución Nacional.*

Son formas propias del juicio las que la ley establece en desarrollo de garantías consagradas en la Carta Fundamental para darle a cada procedimiento su carácter propio y peculiar.

El artículo 539 del Código de Procedimiento Penal tiene por finalidad evitar que la diligencia de sorteo del jurado se cumpla de manera reservada, clandestina o secreta, porque esas situaciones permitirían suspicacias intolerables sobre la rectitud de la administración de justicia. De ahí que cuando la disposición expresa que el sorteo del jurado "será público", consagra, por este modo, el libre acceso de las partes y de terceras personas a ese acto. Y, cuando dicha norma precisa que la ausencia de las partes no impide la verificación del sorteo, prescribe, con toda claridad, que la presencia de éstas no es obligatoria para su plena validez. Naturalmente que el precepto se refiere a procesados que no están detenidos y que por desgano o por cualquier circunstancia no quieren o no pueden asistir al sorteo. Cosa distinta ocurre con el que se encuentra privado de su libertad y a órdenes del funcionario respectivo, pues constituye una garantía más para su defensa el hecho de que puede ejercer control inmediato sobre esa diligencia. Sin embargo, ésto jamás significa que no pueda hacerlo con posterioridad a ella, por sí o por medio de su defensor. Si en tal evento se guarda silencio y se tolera, como sucedió en el presente caso, no cabe duda, que lo que podría ser trascendente se convierte en una irregularidad sin la importancia manifiesta que pretende darle el impugnante.

El cargo no prospera.

b) *Se ataca la sentencia por violación de las formas propias del juicio, nulidad de rango constitucional, en razón de que se calificó de manera incompleta el proceso, pues se omitió resolver sobre el hurto del revólver que portaba el occiso, que por tener conexidad indiscutible con el homicidio debieron ser investigados y fallados bajo una misma cuerda.*

El reproche lo edifica el recurrente sobre estas dos premisas:

El interfecto tenía un revólver que le fue sustraído luego de su fallecimiento.

El homicidio y este hurto subsiguiente del arma, son delitos conexos.

Ninguna de ellas resulta atendible. Primero, porque no se demostró que la víctima hubiera esgrimido un revólver. Se sostuvo esta versión para montar sobre ella una legítima defensa. La imaginó el procesado y su hija, la creyó y la sigue creyendo el defensor, pero los jueces y también el jurado la desecharon; y, segundo, porque el homicidio y el supuesto hurto bajo la afirmación de que fue obra de un tercero, ajeno a los hechos, no tendrían relación sustancial de medio a fin entre uno y otro, capaz de imponer su investigación y fallo conjuntos.

El cargo no prospera.

2) El veredicto contradictorio.

El procesado fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio, simplemente voluntario, o de propósito, en la persona de Luis Felipe Celis González. El cuestionario sometido al jurado se elaboró de conformidad con este pronunciamiento. Y, el jurado lo respondió así:

"Sí es responsable pero por las circunstancias de provocación".

Luego, a instancias de uno de los miembros del jurado lo adicionó de este modo:

"Explicación: Sin ira ni intenso dolor".

El cargo consiste en que el impugnante asevera que con esta explicación el jurado incurrió en un veredicto contradictorio, pues en su respuesta inicial había aceptado la atenuante específica del artículo 28 del Código Penal, propuesta por la defensa en el debate público.

Precisamente, lo ocurrido es la demostración palpable de que el jurado no quiso reconocer la mencionada circunstancia de atenuación punitiva ya que sólo había hecho referencia a la provocación, sin calificarla de grave e injusta, ni siquiera en una u otra forma, omisión intencionada demostrativa de su rechazo a las planteamientos del defensor. Como el jurado creyera que su veredicto no había sido explícito porque podía prestarse a conjeturas, resolvió, de su propio motivo y con autorización del juez, explicarlo en el sentido de que la provocación no produjo la ira ni el intenso dolor pretendidos.

En tales condiciones no es posible hablar de veredicto contradictorio, porque la antinomia la

ha creado el actor en su afán de estructurar la causal invocada.

Este cargo tampoco prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria fechada el dos de febrero del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Demostración de las causales

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 26 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 31, de marzo 26 de 1980.

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de revisión interpuesto por Tarcisio Rodríguez Alayón, por intermedio de apoderado, contra la sentencia de 13 de marzo de 1978, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la del 14 de diciembre de 1977, en que el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza, impuso al recurrente la pena principal de ocho meses de arresto y multa por valor de cuatrocientos (\$ 400.00) pesos como responsable por el delito de estafa del que aparecen como perjudicados los esposos Adán Rodríguez y Helena Guevara de Rodríguez.

La demanda en que se solicita la revisión de la mencionada providencia fue presentada ante la Secretaría de la Sala Penal de la Corte el día siete (7) de julio de 1979 y se le dió el trámite de rigor, el cual se ha agotado sin que se observe nulidad en lo actuado.

Hechos y actuación procesal

Los primeros pueden resumirse diciendo que el 5 de diciembre de 1974, se efectuó entre las personas arriba citadas un convenio según el cual Tarcisio Rodríguez Alayón, prometió en venta a los esposos Rodríguez (Adán y Helena) un fundo denominado "Los Bugambiles" ubicado en la vereda "El Resguardo" jurisdicción del Municipio de Choachí.

El día mencionado se firmó una promesa de venta del inmueble en mención que fue entregado por el promitente vendedor a los promitentes compradores de inmediato entrando ellos en posesión del fundo de la cual disfrutaron hasta diciembre de 1975 ya que el 19 de ese mes la señora Ligia Boada de Cuéllar introdujo una demanda ejecutiva contra Tarcisio Rodríguez Alayón, para hacer efectiva una hipoteca sobre el inmueble en cita por haberse constituido éste en deudor hipotecario de dicha señora mediante escritura número 3891 de 16 de octubre de 1972 por la suma de treinta y cinco mil pesos.

Es de advertir que los esposos Rodríguez desconocían este gravamen y que en ejecución de la promesa de venta prealudida habían entregado a Rodríguez Alayón, una suma de dinero cuya cuantía no ha sido posible precisar pues mientras ellos mencionaron \$ 95.000.00, el último dijo primero que había recibido entre sesenta y setenta mil pesos pero luego manifestó que sólo fueron cuarenta y cinco mil pesos lo que le entregaron los esposos Rodríguez Guevara.

En todo caso expresa que el precio sufrió modificaciones y que estos no cumplieron con lo prometido. Así mismo dice que les advirtió acerca del gravamen que pesaba sobre una parte de la finca aunque no sobre toda ella y agregó que desconocía que se hubiera adelantado juicio ejecutivo en el curso del cual dichos esposos hubieran sido despojados del bien.

Esto último se acreditó suficientemente en el curso del proceso penal promovido contra Tarcisio Rodríguez Alayón, por denuncia de Adán Rodríguez y de su esposa Helena Guevara y que culminó en las sentencias arriba mencionadas.

En el curso de dicho proceso se debatió la cuestión de si el actual demandante había o no puesto en conocimiento de los esposos Rodríguez Guevara la existencia del gravamen hipotecario

constituido, con anterioridad al contrato de promesa de venta celebrado con ellos, en favor de la señora Ligia Boada de Cuéllar.

Sobre este particular se recibió, en audiencia pública y a petición del defensor del encausado, la declaración de Rosendo Martínez Arias, quien manifestó haber oído en el momento de celebrarse el contrato con los esposos Rodríguez Guevara, que Tarcisio Rodríguez, manifestaba que efectuaba dicho negocio para cubrir una hipoteca sobre el mismo inmueble.

Otros declarantes, como Pablo Emilio Ramos González y Guillermo Pardo Parrado, quienes dicen haber presenciado el contrato, no afirmaron nada al respecto de la hipoteca, esto es, que Rodríguez Alayón, hubiera advertido sobre su existencia a los promitentes compradores.

Tanto en la sentencia de primera como en la de segunda instancia, el Juez Penal del Circuito de Choachí y el Tribunal Superior de Bogotá, se refirieron en forma expresa a la alegación hecha por el procesado de que había puesto en conocimiento de los denunciados la existencia del gravamen hipotecario que pesaba sobre la finca, rechazando que tal cosa hubiera tenido lugar.

Con base en las pruebas del proceso, tanto el Juzgado como el Tribunal concluyeron que había fundamento suficiente para proferir sentencia condenatoria por el delito de estafa en la modalidad que contempla el artículo 409 del Código Penal.

En el presente recurso de revisión, el demandante invoca como fundamento de su solicitud la causal quinta de las mencionadas en el artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por haber aparecido hechos nuevos que establecen la inocencia del condenado o constituyen siquiera indicios de tal inocencia o de irresponsabilidad.

Tales hechos nuevos los hace consistir, por una parte, en que los esposos Rodríguez Guevara no perdieron, como ellos lo afirman en la denuncia, y posteriores intervenciones dentro del proceso cuya revisión se pide, la totalidad de la posesión del inmueble prometido en venta puesto que según afirma el actual demandante, solo una parte de él estaba hipotecada y a esa, que es solo una pequeña porción del fundo, se redujo el embargo llevado a cabo durante el juicio ejecutivo propuesto por la señora Ligia Boada de Cuéllar, como aparece de la demanda civil de los Rodríguez Guevara, contra Tarcisio Rodríguez, lo que tuvo lugar, asevera el actor en el alegato de

conclusión, con posterioridad a la sentencia condenatoria razón por la cual lo califica de "hecho nuevo".

Por el otro y si bien no solo lo califica de hecho nuevo sino de pruebas nuevas, considera que se ha desvirtuado el fundamento que tuvieron los juzgadores para condenar a Tarcisio Rodríguez Alayón, por cuanto durante el presente recurso se recibió la declaración de Pablo Emilio Ramos González, quien expresamente dice haber oído del citado demandante que éste advirtió a los compradores acerca de la existencia de la hipoteca que pesaba sobre parte del inmueble negociado.

Con la demanda de revisión se adjuntaron, a más de las copias de las providencias de primera y segunda instancia atrás mencionadas, de la escritura de constitución de hipoteca, también citada, del embargo y secuestro del inmueble antedicho y de la promesa de venta, declaraciones extrajuicio de Eliécer Cubillos Prieto y Pablo Emilio Ramos González, quienes se ratificaron posteriormente bajo juramento en ellas, y que manifiestan, en lo pertinente, haber escuchado en el lugar en que se lleva a cabo la mencionada negociación de promesa de venta que Rodríguez Alayón advirtió a los compradores que el bien estaba hipotecado. No dicen haber oído el nombre de la persona a quien se había hecho la hipoteca ni la cuantía y demás pormenores de la deuda.

En el alegato de conclusión arriba mencionado dice el apoderado del demandante, entre otras cosas, lo siguiente:

"Finalmente pensamos que el material probatorio aportado son pruebas nuevas y hechos nuevos pues para no citar sino dos ejemplos, podemos mencionar la demanda ejecutiva presentada por las presuntas víctimas del delito es de una fecha evidentemente posterior a la sentencia condenatoria, como también lo es la diligencia de secuestro del predio objeto de la mencionada varias veces".

Por su parte el Procurador Primero Delegado Penal al descorrer traslado para su alegación final, solicita que no se acceda a la petición del actor pues considera que lo único que ha hecho el demandante es tratar de restar credibilidad a las pruebas que tuvieron en cuenta los juzgadores para condenar a Rodríguez Alayón y que los hechos citados por el apoderado de éste como nuevos, no lo son, en realidad, ya que habían sido suficientemente debatidos en las instancias.

Consideraciones de la Corte

Tiene razón el Ministerio Público al pedir que no se acceda a la revisión de la sentencia recurrida por no haber logrado el actor demostrar que existen hechos nuevos, es decir, producidos con posterioridad a la sentencia condenatoria que muestren la inocencia de su representado o constituyan siquiera indicios de la misma.

Y es que de los dos testigos cuyas declaraciones fueron aportadas al presente recurso, o sea Pablo Emilio Ramos y Guillermo Pardo Parra, solo el segundo es nuevo ya que el primero había sido oído durante el proceso en el cual no dijo nada sobre la advertencia de Tarcisio Rodríguez, a los esposos Rodríguez Guevara acerca de la existencia de la hipoteca. En este recurso extraordinario, dicho declarante recuperó la memoria para referirse, con pormenores, a ese hecho lo que hace sospechosa su declaración.

El otro declarante no había sido ni siquiera mencionado entre los presuntos testigos presenciales del negocio tantas veces citado sino que lo es a última hora no obstante lo cual y el tiempo transcurrido, mas de seis años, desde el hecho a que se refiere, aparece dando detalles sobre el mismo, cosas que, a la luz de la crítica del testimonio, también permiten tener como no creíble su deposición.

Pero, ante todo, ocurre que la cuestión sobre si el actual demandante advirtió o no a los entonces denunciante suyos sobre la existencia de la hipoteca fue cuestión ampliamente debatida en el proceso. Más aun: constituyó tema fundamental del mismo puesto que el debate probatorio giró entonces sobre esta cuestión fundamental para los resultados del mismo ya que si se hubiera probado que existió tal advertencia, evidentemente no se habría podido hablar de engaño a los promitentes compradores, y no hubiera existido el delito.

De manera que tal cosa no es hecho nuevo, al menos en la forma como fue presentado en el proceso y que es la misma que ahora se plantea en el presente recurso por lo cual puede decirse

que en éste se ha querido repetir el mismo debate probatorio que se llevó a cabo en aquél lo que, evidentemente, contraría los fines del recurso de revisión ya que en él se tiende, a través de la comprobación de un error fundamental en el juicio, y a virtud del cual fuera condenado un inocente, buscar se reabra éste nuevamente para que se administre cumplida justicia.

Respecto al segundo hecho o sea que aparece que los esposos Rodríguez Guevara no fueron despojados de todo el inmueble sino de parte de él a consecuencia del embargo y secuestro pedido por la señora Boada de Cuéllar se tiene, en primer término, que tal cosa no aparece probada en el recurso y, en segundo lugar, que aun cuando lo estuviera no por eso desaparecería la responsabilidad de Rodríguez Alayón como autor del delito de estafa pues de todos modos seguirían en pie la afirmación fundamental de que no advirtió a los denunciante sobre la existencia de la hipoteca y vendió como libre un bien que estaba sujeto a gravamen sin que importe que éste no abarcara todo sino parte del mismo.

En síntesis: no ha logrado el actor fundamentar la solicitud que hizo en la demanda de revisión y por ello debe rechazarse.

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

Resuelve:

NEGAR la revisión solicitada.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Elemento psicológico o subjetivo del delito. Su demostración

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 27 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dario Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 31, de marzo 26.

Vistos

Por vía de apelación revisa la Corte la providencia originaria del Tribunal Superior de Cúcuta de de julio de 1979, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor de Graciela Romero Gil, en razón de los cargos que, por el delito de abuso de autoridad, en la modalidad sancionada en el artículo 175 del Código Penal, le fueron atribuidos en su condición de Juez Promiscuo Municipal de El Zulia (Norte de Santander). El recurso lo interpuso el Fiscal Primero de ese Tribunal Superior.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la decisión impugnada.

Hechos y actuación procesal

Ante la alcaldía del Municipio del Zulia (Norte de Santander) presentaron Jairo Llanos, Jesús Orlando Montes Torres, Rosario Torres, Gustavo Ureña y Modesto Torres, un escrito en el cual denunciaban a Alvaro Pérez Niño por haberlos hecho abandonar, en forma soez y violenta, incluso haciéndoles un disparo, la pista de aterrizaje denominada "Pajarito" de propiedad de José Rangel Jaimes, donde realizaban para éste, por contrato, unos trabajos de cercamiento.

Gustavo Ureña Ortega denunció también los hechos ante el comando de la Estación de Poli-

cía del Zulia, concretándolos principalmente a las amenazas que recibió él por parte de Alvaro Pérez Niño, para que se retirara de la pista de aterrizaje, con el vehículo en que llevaba unos horcones para las labores de cerramiento.

La alcaldía ordenó el envío de ambos escritos al Juzgado Promiscuo Municipal del Zulia, por estimar que se trataba de delitos de competencia de éste.

Las denuncias se recibieron en el juzgado el día 4 de diciembre de 1978, pero solamente el día 20 de enero de 1979, se ordenó, por auto, citar a José Rangel Jaimes "con el fin de rendirle (sic) denuncia y posteriormente, si es del caso, iniciar diligencia sumarial, en contra de Alvaro Pérez Niño, si para ello hubiere perito".

José Rangel rindió su versión al Juzgado y, en ella, además de corroborar las afirmaciones de los anteriores denunciadores, manifestó que tenía suscrito desde el año de 1976, un contrato de arrendamiento con Alvaro Pérez Niño, respecto de unos terrenos de propiedad de éste, sobre los cuales constituyó una pista de aterrizaje utilizada en labores de fumigación. El término del contrato es de diez años.

Reveló que durante todo el año de 1978, se dedicó Alvaro Pérez Niño a obstaculizar las labores de fumigación y los trabajos de cerramiento de la pista, tanto que hubo de solicitarse la protección de las autoridades para poder cercarla y reabrirla.

Agrega que en los días subsiguientes al episodio denunciado por sus trabajadores, Pérez Niño, regresó a la pista, tumbó más de ciento cincuenta estantillos que se habían colocado "bajo la protección de la autoridad" y la dejó prácticamente inservible, por lo cual estima los perjuicios de todo orden en suma superior a los tres (3) millones de pesos.

El Juzgado apreció que lo referente a la violenta perturbación del trabajo, realizada por Pé-

rez Niño sobre la pista de aterrizaje "Pajarito" constituía una "infracción de carácter policivo" de competencia de la alcaldía municipal; y que los daños ocasionados en las instalaciones de la pista daban base a una acción de carácter civil.

Así lo resolvió en auto de fecha 23 de enero de 1979, en el cual dispuso, además, enviar las diligencias al Juez Superior (reparto) de la ciudad de Cúcuta "para lo que estime ordenar en lo pertinente a la acción penal" (fl. 17).

En el Juzgado no las recibieron, "por cuanto en dicho Juzgado solamente reciben sumarios plenamente instruidos" (fl. 17).

En vista de lo anterior, la Juez Promiscuo Municipal del Zulia ordena, también por auto, el envío de las diligencias al Juzgado de Instrucción Criminal (reparto) de la ciudad de Cúcuta, con el mismo objetivo expresado en el anterior auto remitido (fl. 17).

Repartido el negocio el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Cúcuta, éste resolvió, ante la imposibilidad de obtener la designación de un juez instructor ambulante, que las diligencias retornaran al Juzgado Promiscuo Municipal del Zulia "en atención a que los hechos materia de la instrucción tuvieron ocurrencia en su jurisdicción, y por tal motivo y en cumplimiento de lo dispuesto dentro del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 2º, tiene competencia para adelantar las sumarias en su etapa instructiva" (fl. 18).

En la misma fecha en que se reciben en el Juzgado (7 de febrero de 1979), la Juez dispone, por auto, su envío al Alcalde Municipal del Zulia, "por ser él, el competente para conocer de ellas, en virtud de tratarse de una infracción de carácter policivo" (folio 18).

La alcaldía estimó que se trataba de un asunto de naturaleza civil y ordenó, por auto de 12 de febrero de 1979, archivar las diligencias (fls. 19 y 20).

Como el denunciante José Rangel Jaimes, acusó tanto ante la Procuraduría Regional como ante el Tribunal de Cúcuta, para poner en su conocimiento los hechos que se dejan relatados, el Tribunal ordenó practicar diligencias previas y, con base en ellas, abrió investigación penal el día 17 de abril de 1979.

Cerrada la investigación, calificó el mérito del sumario con sobreseimiento definitivo en favor de la ex Juez Promiscuo Municipal del Zulia, universitaria Graciela Romero Gil, por medio del proveído que ahora se revisa en virtud de la apelación interpuesta.

Concepto de la Fiscalía del Tribunal Superior de Cúcuta

El Fiscal Primero de la Corporación, sintetiza así su pensamiento para fundamentar la petición de llamamiento a juicio para la funcionaria acusada:

"En consecuencia, no aparece demostrada causal alguna de inculpabilidad, exactamente la contemplada en el ordinal 2º del artículo 23 del Código Penal, que, de conformidad con su injurada, sería la viable, porque desde el momento mismo que el Juez Tercero de Instrucción Criminal la enteró del artículo 51 del Código de Procedimiento Penal y le advirtió que tenía "competencia para adelantar las sumarias en su etapa instructiva", desapareció la ignorancia, si la hubo, y se eliminó cualquier error".

"Besta decir que la presunción de buena fe en los funcionarios sólo puede aceptarse en presencia de normas legales o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias, mas no cuando existen normas claras, expresas y terminantes, porque entonces no procede alegar el error sino en casos excepcionales y probarse plenamente" (fl. 79).

Apreciaciones del Tribunal

El Tribunal Superior de Cúcuta, en auto calificatorio, expresa:

"La Sala estima que lo afirmado por la Juez del Zulia debe aceptársele pues la conducta que se describe en el artículo 175 del Código Penal, consiste en que el funcionario a sabiendas, dolosamente no inició la procedibilidad por el delito que se le pone en conocimiento, omitiendo el ejercicio de las funciones adscritas por el Código de Procedimiento Penal, siendo necesario además, que los hechos puestos en su conocimiento tengan en principio las características de un delito, sobre el cual debe acometer la instrucción o investigación de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, porque si no amerita la inicial condición de tener un principio de ilegitud penal, averiguable, y eso fue lo que entendió la Juez Promiscuo Municipal que no había delito sino cuestiones contravencionales y cuestiones civiles, es dudoso entender que cometería la ilegitud del artículo 175.

"La obligación de instruir un proceso e investigarlo, emana de la ley procesal y está condicionada a que el hecho conocido por el funcionario, en principio exhiba la calidad de infracción penal, sin embargo, en el caso presente la

Juez entendió que no había delito, y para asegurarse mejor por errado concepto, por no conocimiento de las normas procesales, quiso consultar con sus superiores cuál era el camino a seguir y como éstos no se lo resolvieron, lo envió a la Alcaldía.

“La Sala entiende que en el caso presente sí se denunciaba un delito, investigable de oficio, que la Juez debía investigarlo, y si dudaba el camino a seguir era darle aplicación al artículo 320 bis del Código de Procedimiento Penal, absteniéndose de abrir proceso, si no había los elementos de juicio para ello o abriéndolo, si surgía como acontecía en el caso presente. Eso no lo supo la Juez, no lo entendió, sino que después de su afirmación de no haber delito, envió a los superiores de ella según la Juez, Jueces Superiores y Jueces de Instrucción Criminal, para que le dijeran si había delito, y que como éstos no le dijeron, afirmó su criterio de inexistencia de delito y envió la denuncia al alcalde, por ser el competente.

“Lo anterior nos lleva a sostener que en el caso de autos no hubo dolo por error esencial de derecho o por ignorancia invencible que excluyen el dolo de conformidad con el inciso 2º del artículo 23 del Código Penal” (fls. 90 y 91).

Concepto de la Procuraduría Delegada

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, concluye así su concepto:

“En el caso subexamine, la ex Juez Romero Gil explicó su conducta manifestando haber obrado de buena fe, sin dolo ni malicia, plenamente convencida que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito, sino simple contravención policiva, o se trataba de cuestiones puramente civiles y que, para mayor seguridad, optó por remitir las diligencias a los jueces de mayor jerarquía en el orden judicial a fin de que la orientaran sobre el particular, con resultados negativos.

“No se advierte pues, en el comportamiento asumido por la procesada el dolo determinante del delito imputado y en consecuencia, lo indicado es, como lo hizo el *a quo*, con argumentos que en parte prohija este Despacho, así declararlo para sobreseerla de manera definitiva por cuanto el hecho imputado no es constitutivo de infracción penal”.

Consideraciones de la Corte

El aspecto objetivo de la conducta atribuida a la acusada resulta incuestionable. Así lo de-

muestran los elementos de juicios que con claridad suficiente aporta el proceso.

En efecto, la universitaria Graciela Romero Gil en su condición de Juez Promiscuo Municipal del Zulia incumplió con el deber de investigar oficiosamente los hechos ostensiblemente delictuosos denunciados ante la alcaldía y Comando de Policía de la localidad y posteriormente reiterados en su despacho.

Sin embargo, el elemento psicológico o subjetivo del delito, sancionado a título de dolo genérico, el cual se integra por la voluntad conciente de omitir la investigación de los hechos y el conocimiento cierto de que constituyen ilícito penal investigable de oficio, no aparece evidenciado en autos. Al contrario, hay demostraciones de la conducta de la Juez, acreditadas en el expediente que permiten colegir que actuó con plena buena fe, determinada por error esencial de derecho excusable.

Es que en este delito tiene relevancia incuestionable la formación del criterio subjetivo del funcionario con relación a la apariencia delictiva de los hechos puestos en su conocimiento. Así se desprende de la expresión “teniendo conocimiento de la comisión de un delito” que emplea el artículo 175 del Código Penal al describir la conducta que sanciona.

Conviene recordar que los hechos llegaron a conocimiento de la Juez por vías diferentes: de un lado, por medio de las denuncias formuladas por las personas que trabajaban para el dueño de la pista de aterrizaje, los cuales resaltaron principalmente las amenazas y agresión de que fueron objeto por parte de Alvaro Pérez Niño; y de otro lado, mediante la denuncia de José Rangel Jaimes, dueño de la pista, quien puso especial énfasis en los perjuicios ocasionados por la constante obstaculización de las labores de operación de la misma efectuada por Pérez Niño durante todo el año de 1978, no obstante existir un contrato de arrendamiento sobre esos terrenos, suscrito entre Rangel y Pérez, con duración de 10 años, de los cuales apenas habían transcurrido dos.

La Juez desde un comienzo calificó como contravencionales los hechos denunciados por los trabajadores, y como constitutivos de un asunto de carácter civil los denunciados por el dueño de la pista, calificación desde luego equivocada, pero sin que se pueda predicar una intención dañina de perjudicar a los ofendidos, ni de evadir el deber de investigar los hechos, pues no hay en el expediente base para afirmar lo uno ni lo otro.

En efecto, desde el momento en que el secretario puso a disposición del despacho las diligencias al día 20 de enero de 1979, en esa misma fecha se dicta un auto, por medio del cual se cita a José Rangel Jaimes con el fin de recibirle denuncia y posteriormente si es el caso, iniciar diligencias sumarias, en contra de Alvaro Pérez Niño, si para ello hubiere mérito (fl. 13).

El día 22 de enero de ese año se recibe la denuncia y al día siguiente, hecha la errónea calificación de los hechos, se envían las diligencias al Juez Superior (reparto) en Cúcuta.

De otro lado, la Juez expresa en su indagatoria que no tiene ninguna prevención o animadversión contra los denunciados y que, es más, aconsejó a Rangel qué curso debía darle a su reclamo, el cual ella consideraba de naturaleza civil (fls 62 y 64). Las manifestaciones de la Juez no están desmentidas en el proceso.

El auto por medio del cual valoró equivocadamente el sentido jurídico de los hechos, es del siguiente tenor:

“... Vista la denuncia penal, instaurada por el señor José Rangel Jaimes, en su calidad de víctima de los delitos de intento de homicidio, violación de domicilio y daño en cosa ajena, de lo cual síndica a Alvaro Pérez Niño, y como se observa por parte de éste despacho, que trata más bien de infracción de carácter policivo, por lo que el competente para resolver, es el señor Alcalde Municipal de ésta localidad. Mas no así en lo que respecta a los daños ocasionados a las instalaciones de la pista de aterrizaje, que el denunciante posee en los predios de la hacienda “Pajarito” lo cual constituye fundamento de acción civil, envíense las diligencias en el estado en que se encuentran al señor Juez Superior —Reparto— de la ciudad de Cúcuta, para que ordene lo pertinente, a la acción penal...”

En su indagatoria fijó el alcance de dicho auto en el sentido de que nunca dudó del carácter contravencional que dio a los hechos constitutivos de las amenazas y agresión de Pérez a los trabajadores de la pista de aterrizaje de Rangel, sino que lo que puso en duda fue la naturaleza penal o civil de los daños causados por aquél en dicha pista y, en perjuicio de éste, y que para esclarecerla y saber si era o no competente recurrió a sus superiores, primero al Juez Superior (Reparto) y luego al Juez de Instrucción (Reparto) de la ciudad de Cúcuta, procedimiento que había visto ordenado en un auto proferido por un Juez Civil del Circuito respecto de una actuación de un Juez instructor, cuando ella de-

sempeñó interinamente un juzgado de instrucción criminal:

Estas son sus palabras al respecto:

“... Primero que todo la diligencia que llegó al Juzgado procedente de la Alcaldía del Zulia, era una queja formulada por señores distintos al que se menciona ahí y ese señor Rangel, llegó fue a preguntar por esa queja o denuncia, entonces yo ordené recibirle una ampliación de denuncia o la denuncia en sí formulada por él y entonces ante la presencia de él yo fijé fecha para que viniera y relatara los hechos que él iba a contar y como los hechos por él relatados hacían pues mucho hincapié en perjuicios y sumas de dineros bastantes altas ocasionadas en la pista de aterrizaje que él tenía arrendada en los predios de la finca El Pajarito, después de recibido el denuncia por ese señor me di cuenta de que lo que el decía tenía una relación con la queja formulada por los otros señores y fue así como yo dicté un auto en el cual más o menos decía que la queja de los señores era de carácter policivo mas no así lo del señor Rangel que constituiría fundamento para iniciar una acción civil, en vista de eso o de mi criterio yo envié a mi superior aquí en Cúcuta, para que dijera si era correcto lo que yo pensaba, si era correcta la cuestión civil o no, cuestión que aquí en Cúcuta, no me resolvieron, sin embargo opté nuevamente en regresar las a Cúcuta, al Juez de Instrucción Criminal —Reparto— para que se opinara si era así lo que yo pensaba en cuanto a lo denunciado por el señor Rangel, si esos hechos eran civiles como yo pensaba y yo mandé a instrucción criminal porque sé que los Jueces de Instrucción tienen la categoría de los de Circuito y entonces en ese caso ellos también eran superiores míos y para concluir que en últimas llegó nuevamente el negocio al Juzgado del Zulia, sin que hubiera resuelto nada respecto de los hechos declarados por el señor Rangel, ante esta situación, y como desde un principio, opiné que la queja formulada inicialmente por unos señores era de carácter policivo remití nuevamente las diligencias en conjunto a la Alcaldía de la localidad del Zulia” (fl. 62).

“... Y actué así respecto a la calificación de los hechos o declaración del señor Rangel en primer lugar porque él en el transcurso de su declaración recaló sobre los perjuicios ocasionados en la pista de aterrizaje y si no recuerdo mal también hizo relación a un contrato sobre esa extensión de terreno en donde tenía su pista de aterrizaje y segundo porque en oportunidad que tuve de ser Juez por interinidad en un Juz-

gado de Instrucción Criminal vi un auto dictado por un Juez del Circuito Civil en el cual decía al Juez de Instrucción que el funcionario que debía resolver si la situación era civil o penal tenía que resolverla era superior. Por eso fue que yo realicé ese procedimiento y también porque el señor Rangel en su declaración creo que habló de sumas de dinero que sobrepasan los cien mil pesos por consiguiente yo no era competente" (fl. 63).

Su creencia, sobra decir que equivocada, de que las amenazas y agresión de Pérez a los trabajadores configuraba una infracción de carácter policivo y que lo que solicitaba era una protección de la autoridad en presencia de las perturbaciones llevadas a cabo por Pérez, tiene respaldo atensible en las siguientes manifestaciones contenidas en la denuncia: "... como consecuencia de esta situación pedimos al señor alcalde se nos dé protección de la autoridad para continuar trabajando y dar cumplimiento al contrato celebrado con el señor José Rangel, ya que ésta semana no le pudimos dar cumplimiento por los hechos expuestos anteriormente" (fl. 13).

"También se solicitó varias veces al señor alcalde del Municipio del Zulia, la protección de la autoridad policiva con el fin de que el señor Alvaro Pérez no impidiera los trabajos de maquinaria como motoniveladora y cercado de la pista" (fl. 15)... "... y con la protección del alcalde se pudo arreglar la pista y traer detenido al administrador de la finca de 'Pajarito' al puesto de policía de Zulia ya que se oponía en forma violenta a las autoridades incluyendo al mismo alcalde. El día veinticinco (25) de noviembre del mil novecientos setenta y ocho (1978), y contando con la protección de la policía autorizada por la Alcaldía del Zulia se inició la nueva cerca" (fl. 15)... "Regresó a la pista y tumbó más de ciento cincuenta (150) estantillos que se había colocado bajo la protección de la autoridad" (fl. 15).

Su falsa valoración en los daños en la pista de aterrizaje como generadores de una acción meramente civil, encontró el aparente respaldo en los siguientes relatos tomados de la denuncia de Rangel Jaimes.

"Yo soy arrendatario de la pista de 'Pajarito' por contrato firmado en mayo diecisiete (17) de mil novecientos setenta y seis (1976), cuya duración es de diez años, firmado con el señor Alvaro Pérez Niño, por tal motivo soy el poseedor de la pista ya que fui el que la construí, en mil novecientos setenta y seis (1976), para explotarla en la fumigación aérea durante el año

pasado, y a través de todo el año, el señor Alvaro Pérez Niño, impidió las labores de fumigación, personalmente él y otras el administrador de la finca, con gran perjuicio para la empresa, ya que se dejaron de atender, mil trescientas hectáreas sembradas en arroz, sorgo y palma africana, por cada semestre o cosecha" (fl. 15)... "No obstante lo anterior, los días sábados y domingos siguientes, regresó nuevamente a la pista y tumbó más de ciento cincuenta (150) estantillos que se habían colocado bajo la protección de la autoridad, y aró (sic) toda la pista en autoridad, destruyéndola y creando graves riesgos de accidente para el piloto que desconocía los daños en dicha pista. Como los costos de construcción, mantenimiento y contrato de la cerca pasan de los trescientos mil pesos (\$ 300.000.00) y los perjuicios al impedirse los servicios de fumigación aérea (sic) durante el año de mil novecientos setenta y ocho (1978), así como el lucro cesante y daño emergente sobrepasan los tres millones de pesos (\$ 3.000.000.00), al dejar de asistir los servicios de fumigación en las dos cosechas del año, es por lo que me veo obligado, a denunciar y demandar al señor Alvaro Pérez Niño, con todas sus agravantes y consecuencias" (fl. 16).

Para esclarecer la duda en cuanto a si los daños ocasionados por Rangel, eran de carácter civil o de naturaleza penal, acudió efectivamente a quienes consideró sus superiores, con el adverso resultado de que el Juzgado Superior no recibió siquiera las diligencias (fl. 17) y de que el Juez de Instrucción no le dijo expresamente, como ella lo esperaba, si constituían o no delito (fl. 18).

De ahí que, interpretando también equivocadamente el auto del Juez de Instrucción Criminal, se reafirmó en su error de que estos hechos eran de naturaleza civil y que, en razón de la cuantía, no eran de su competencia; y como los otros los calificó siempre desde un comienzo como policivos, remitió las diligencias al alcalde por competencia.

Esta errada explicación la encontramos también en su indagatoria en estos términos:

"Yo entendí ese auto respecto de la queja formulada por los otros señores distintos a Rangel, que yo consideré desde el principio policiva, ellos no me dijeron eso no es policivo sino que es de competencia suya, y cómo iba yo a abrir sumarios por una cuestión que yo había considerado policiva cuando el envío de esas diligencias fueron para resolver la denuncia del señor Rangel, si era civil o no" (fl. 63).

De las transcripciones y consideraciones que preceden se deduce que la Juez sindicada incurrió en una cadena de errores, en la cual el uno la conducía al otro, pero sin que aflore de ese equivocado proceder, el propósito manifiesto de violar la ley. Erró en la apreciación jurídica de los hechos al creer que no configuraban delitos, sino contravenciones los unos, y asuntos de carácter civil los otros; se equivocó al estimar que podía sustituir el procedimiento de la práctica de diligencias previas por ese sistema directo de consulta al que apeló en virtud de otra interpretación errada que había hecho de una decisión de un Juzgado Civil del Circuito, seguramente frente a un caso de colisión de competencias. Y desacertó también al interpretar el auto del Juzgado de Instrucción Criminal como una orden para instruir asuntos de competencia de las autoridades policivas, los cuales no tenía porqué investigar.

Es evidente, por tanto, que el aspecto objetivo del delito cuya comisión se le atribuye está acreditado plenamente, pues no instruyó los hechos que le fueron denunciados y que constituían delitos investigables de oficio. Pero no se da el elemento subjetivo de la infracción, porque el dolo que lo constituye desaparece cuando el funcionario incurre en equivocación ostensible y excusable por ignorancia o desconocimiento de elementales principios del orden jurídico. La omisión del deber de investigar debe ser consciente y no simplemente contraria a la ley.

La Juez creyó erradamente que había valorado con acierto la significación jurídica de los hechos y que, por lo mismo, no le correspondía investigarlos.

Como esa apreciación errónea tiene respaldo atenable en el expediente, de acuerdo con el análisis que se hizo del material probatorio, y su buena fe resulta cierta al decidir remitir las diligencias a sus superiores en busca de la orientación debida, la que finalmente no se dio, en parte porque no se produjo y en parte porque la interpretó mal, se impone confirmar la decisión recurrida.

Visto lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, CONFIRMA el auto motivo de la apelación de fecha y procedencia anotados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso

Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Dario Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Son razones que me han decidido a separarme del criterio de la mayoría de la Sala en este asunto, las siguientes:

1. Considera la providencia que la Juez incurrió en la modalidad del error a que se refiere el ordinal 2º del artículo 23 del Código Penal en cuanto “erró en la apreciación jurídica de los hechos al creer que no configuraban delitos sino contravenciones los unos, y asuntos de carácter civil los otros” y que por eso no obró dolosamente. Pienso, al contrario, que esta causal de inculabilidad no se da en el presente caso porque ella normativamente exige buena fe generadora de error no proveniente de negligencia, y me parece que la sindicada no solamente evidenció crasa ignorancia en elementales cuestiones de hermenéutica jurídica, sino que omitió culpablemente superarla porque pudo y debió llegar a conclusiones jurídicas diversas (la de iniciar acción penal) si hubiese actuado con mayor diligencia y cuidado en la sustancial decisión de la denuncia formulada.

2. Para que a un Juez de la República se le reconozca como inculpable un error de interpretación sobre una norma jurídica, necesario es que se trate de una cuestión de suyo compleja y, por lo mismo, susceptible de equívocas valoraciones. Su formación universitaria y profesional no permite aceptar como insuperables, errores de interpretación normativa que se salvarían con razonamiento lógico y elementales conocimientos jurídicos; de no ser así, estaríase entronizando como legítima la arbitrariedad judicial en las decisiones de derecho.

3. Por lo demás, como bien lo anota la fiscalía del Tribunal, aún admitiendo la relevancia jurídica de su error inicial, este habría quedado disipado a partir del momento en que el Juez de Instrucción Criminal consultado por ella, le hizo saber por escrito que debía iniciar sumario, y sin embargo se abstuvo de hacerlo. De allí en adelante es aun más difícil sostener que ignoraba la típica antijuridicidad de su conducta, que a pesar de conocerla no omitió hacer aquello a lo que

jurídicamente estaba obligada (iniciar investigación penal por el hecho denunciado) y que, por consiguiente, no obró dolosamente, como concluye el auto de la Sala.

4. Considero, pues, que la conducta de la Juez reúne los requisitos legales que ameritarían llamamiento a juicio por el delito a que se refiere

el artículo 175 del Código Penal y que la Corte ha debido así reconocerlo.

Alfonso Reyes Echandía
Magistrado.

Fecha ut supra.

AUTO DE PROCEDER

Requisitos. Pruebas. Términos para pedir y practicar. Facultad del Juez para decretarlas

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 27 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dario Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 32.

Vistos

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Nelson Arrieta Trujillo, contra el auto de 16 de mayo de 1979, por medio del cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, al calificar el mérito del sumario por segunda vez, lo llamó a responder en juicio por los delitos de peculado y falsedad en documentos, cometidos en ejercicio del cargo de Juez Promiscuo Municipal de Colombia (Huila). El apelante no sustentó el recurso.

El señor Agente del Ministerio Público, para este caso el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, considera que "se encuentran reunidos a plenitud los requisitos legales para comprometer en juicio criminal al procesado por los delitos apuntados" y solicita, en consecuencia, la confirmación de la providencia recurrida.

Hechos y actuación procesal

Se desprende del expediente que Nelson Arrieta Trujillo recibió el día primero de marzo de 1975, el Juzgado Promiscuo Municipal de Colombia (Huila), de parte de Humberto Tejada Suárez, a quien, a su vez, le hizo entrega del mismo el día 30 de abril de ese año.

Al observar Tejada Suárez que en el inventario no se le hacía entrega de dos revólveres que él había recibido del ex Juez Libardo Celestino Hurtado y que se relacionaban con dos procesos aún en tramitación, preguntó a Arrieta Trujillo

por las armas, habiendo recibido por respuesta que habían sido remitidas al Ministerio de Defensa en Bogotá, en cumplimiento de una circular que se había recibido en el Juzgado, en la cual se solicitaba el envío de las armas existentes en los despachos judiciales.

Sospechoso de la situación, el nuevo Juez trató de comprobarla, una vez que el ex Juez Arrieta entregó el despacho.

Fue así como estableció que la mencionada circular atribuida al Ministerio de Defensa no existía; que había un oficio, el número 00102 de 17 de marzo de 1975, por medio del cual se anunciaba el envío de los dos revólveres a la Auditoría General de Guerra del Ministerio de Defensa Nacional en Bogotá y se hacía la especificación de cada una de las armas; que en el libro de correspondencia del juzgado, o el que hacía sus veces, había una constancia de recibo en la oficina de los correos nacionales de un oficio dirigido al Juez Primero Penal del Circuito de Neiva y de una encomienda dirigida a la capital de la república, cuyo contenido, se decía, iba relacionado en el oficio remitido.

Puso en antecedentes de este caso al Personero Municipal, señor Félix María Patiño, y para tratar de despejar las dudas, ahora en aumento, tanto el Juez como el Personero se dirigieron a la Auditoría General de Guerra del Ministerio de Defensa Nacional, para indagar por el citado oficio número 00102 y el recibo de los revólveres.

Aunque la respuesta tardó en recibirse, resultó negativa.

Concomitantemente con lo anterior, el Juez se trasladó a las oficinas de correos e inquirió al jefe de la misma si la firma que aparecía en el libro de correspondencia del juzgado a continuación de la leyenda alusiva al oficio dirigido al Juez Primero Penal del Circuito de Neiva y de la encomienda adjunta al oficio remitido número 102 con destino a la Auditoría General de Gue-

rra en Bogotá, era o no la suya, a lo cual manifestó que sí, pero respecto a haber recibido la encomienda a que se aludía allí, expresó que “recordaba que habían llevado un sobre tamaño oficio, dirigido hacia la capital de la república” (fl. 24).

En vista de los contornos que había tomado esa, que pudiera llamarse, averiguación privada que adelantó el Juez, resolvió comunicar sus preocupaciones a la Procuraduría Regional de Neiva, lo que hizo mediante el oficio número 00224 de 4 de julio de 1975, en el cual transcribió el mencionado oficio número 00102 de 17 de marzo de 1975, dirigido por el Juez Nelson Arrieta Trujillo al Auditor General de Guerra del Ministerio de Defensa Nacional en Bogotá (fl. 2).

La Procuraduría adelantó el informativo correspondiente y remitió copia de la actuación disciplinaria al Tribunal Superior de Neiva, el cual inició, con base en ella, la investigación penal el día 9 de diciembre de 1977.

Cerrada la investigación, se sobreseyó temporalmente en favor del sindicado, Nelson Arrieta Trujillo.

Al vencimiento de nuevo período probatorio, el Tribunal calificó el mérito del sumario mediante el proveído que ahora se revisa por vía de apelación, en el cual llamó a responder en juicio al procesado Arrieta Trujillo por los delitos de peculado y falsedad en documentos.

Apreciación del Tribunal

Para fundar la decisión expresada, el Tribunal, después de analizar los hechos, los cuales consideró debidamente acreditados, concluye:

“... Estima la Sala que en el caso de que se trata se encuentran plenamente acreditados los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para dictar auto de proceder contra Nelson Arrieta Trujillo, ex Juez Promiscuo Municipal de Colombia, por los delitos de peculado y falsedad en concurso material, ya que éste además de apropiarse de los revólveres que se hallaban bajo su custodia en el Juzgado, con el propósito de ocultar la infracción penal ya cometida, alteró el libro de correos agregando al oficio dirigido ‘al Juez Primero Penal del Circuito de Neiva... la encomienda adjunta al oficio número 102 con destino a la Auditoría General de Guerra Bogotá’ y falsamente creó el oficio número 00102 de 17 de marzo de 1975, para engañar al Juez que lo reemplazó”.

Después de transcribir y analizar el artículo 30 del Decreto 1858 de 1951, agrega:

“Relacionados los hechos expuestos con las

normas legales correspondientes encontramos que se ha cometido un ilícito de peculado por apropiación de bienes que el funcionario, esto es, el titular del Juzgado, por razón de sus funciones, estaba encargado de custodiar o guardar; lo mismo que el de falsedad en documentos, en concurso material con aquél, como lo plantea el Ministerio Público...”.

Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Delegada, después de relacionar las pruebas recogidas en la investigación, expresa:

“Con las probanzas anteriores se demuestran los hechos que a continuación se enumeran:

“1. La calidad de Juez del acusado y el ejercicio de funciones para la época de autos.

“2. Que el Juez sindicado, hasta ahora en contumacia, recibió de sus antecesores, entre otros objetos, ambos revólveres identificados en la nota ficticia que arriba aparece señalada para su guarda y custodia como efectos a su cargo en el Juzgado, armas que no traspasó a la persona destinada para reemplazarlo.

“Es evidente también que las armas en cuestión tampoco fueron introducidas a la oficina de correos como falsamente lo quiso hacer creyendo copia del oficio número 102 del 17 de marzo de 1975 y haciendo un agregado en el recibo de un expediente con destino al Municipio de Neiva, con posterioridad al momento de haber sido estampada la firma por el empleado que lo radicó, de todo lo cual se deduce la inequívoca apropiación por parte del funcionario de esos elementos.

“3. Abundante prueba da cuenta igualmente que la narración de los hechos consignada en el documento oficial que constituye el oficio referido no consulta la verdad, puesto que no fue cierto el envío de las armas, la oficina destinataria era inexistente lo mismo que la circular a que dice dar cumplimiento y el propósito no era otro que ocultar el aprovechamiento ilícito de los revólveres allí relacionados.

“4. Comprobadas objetivamente las infracciones por las cuales se llamó a juicio, esto es falsedad en documentos públicos y peculado, lo mismo que existiendo indicios graves de la responsabilidad del señor Nelson Arrieta Trujillo, no cabe otra alternativa que solicitar la aprobación de la providencia recurrida...”.

Consideraciones de la Corte

La Corte encuentra que, aunque faltan algunas pruebas por practicar y algunos documentos por

ser aportados al expediente, el recaudo probatorio existente permite afirmar que está acreditada la objetividad de las infracciones por las cuales se llama a responder en juicio a Nelson Arrieta Trujillo, y que hay prueba testimonial e indiciaria con la fuerza exigida por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para predicar la responsabilidad del procesado como autor de los hechos motivo de la investigación.

Los delitos cuya comisión se le atribuye son los de peculado y falsedad en documentos, consistente aquél en la apropiación de dos revólveres, de las especificaciones dadas en el proceso, cuya guarda o custodia tenía encomendada en razón de sus funciones y el de falsedad en documentos, concretado en dos de sus modalidades, o sea: afirmar cosas contrarias a la verdad, y con relevancia jurídica, en documento oficial (oficio número 00102 de 17 de marzo de 1975), y la de hacer intercalaciones jurídicamente relevantes en documento oficial ya cerrado o concluido (la constancia de recibo de un oficio procedente del Juzgado Promiscuo Municipal de Colombia, con destino al Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, asentada en el libro de correspondencia del Juzgado del Municipio de Colombia y suscrita por el Jefe de la Oficina de la Administración Postal de esa población), comportamiento realizados con el fin de ocultar la apropiación indebida de los revólveres.

Las pruebas echadas de menos, además de las anotadas por el Tribunal Superior de Neiva y por la Fiscalía Segunda de esa Corporación, y que deberán ser practicadas dentro del período probatorio de la causa, son:

1º La declaración de Norma Vanegas Motta, secretaria del Juzgado Promiscuo Municipal de Colombia (Huila) cuando ocurrieron los hechos (fl. 62), cuya versión acerca de los mismos aportaría mayores elementos de juicio para valorar la conducta atribuida al ex Juez Arrieta Trujillo.

2º La declaración de Isidro Camacho, quien, según afirmación de Félix María Vásquez, manifestó a éste "que le había visto un revólver a Nelson y según las características eran las mismas del revólver que pertenecía al proceso que se adelantaba a Alcides Jiménez Cruz" (fl. 8). Si este testimonio llegare a recibirse, y el depo- nente corroborare la cita que se le hace, sería importante establecer la época y las circunstancias en que le vió dicha arma a Arrieta Trujillo.

3º Tampoco se han aportado, hasta ahora, al expediente, en su original o en copia auténtica, las actas de las sucesivas entregas del Juzgado

Promiscuo Municipal de Colombia, verificadas entre los Jueces Libardo Celestino Hurtado y Humberto Tejada Suárez; y entre éste y Nelson Arrieta Trujillo, y nuevamente entre ambos.

4º Además de la transcripción que del oficio número 00102 de 17 de marzo de 1975, se hace en las diligencias adelantadas por la Procuraduría Regional de Neiva, debería obrar en el expediente el propio oficio o copia auténtica del mismo, con indicación de si aparece o no firmado por el ex Juez Nelson Arrieta Trujillo.

Con base en las consideraciones que se dejan hechas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

I. Sabido es que el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal exige como requisitos sustanciales para el enjuiciamiento, la existencia de la plena prueba del cuerpo del delito y la de que contra el procesado aparezca, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o graves indicios de que es responsable, como autor o partícipe, del hecho investigado.

La Corte, sin embargo, da por establecidos ambos requisitos, cuando la investigación respecto de ellos, no pudo ser más deficiente:

1. No está establecido el hecho de la entrega real de las dos armas de fuego al acusado por parte del denunciante; si ello constaba en el acta de entrega del despacho fechada el 1º de marzo de 1975, se debió incorporar al informativo el original de esa acta, o copia autenticada de la misma y si el día 30 de los mismos mes y año, el denunciante volvió a recibir el despacho del Juzgado Promiscuo Municipal de Colombia (Huila), con faltante de objetos que inicialmente había entregado, era indispensable aportar al proceso el original o la copia fiel del acta pertinente: ninguna dificultad había para la ejecución de esas diligencias procesales, puesto que tales actas deben reposar en los archivos del juzgado.

2. Es más: si de acuerdo con lo declarado por el señor Félix María Vásquez, Personero del Municipio de Colombia, el señor Isidro Camacho le contó "que él había visto un revólver a Nelson y (que) según las características eran las mismas del revólver que pertenecía al proceso que se le adelantaba a Alcides Jiménez Cruz" (fl. 8), era forzoso recibir testimonio al citado sobre este aspecto, lo que no se hizo.

3. De otra parte, en lo que concierne a los documentos tildados de falsos, no obran los originales de los mismos en el expediente, pues si del oficio número 0102 de 17 de marzo de 1975 se trata, cuya autoría se atribuye al ex Juez Nelson Arrieta Trujillo, solo figura en autos la transcripción que hiciera Humberto Tejada Suárez, al dar cuenta de los hechos al Procurador Regional de Neiva (fl. 5), sin que aparezca, así, claramente establecido si el documento aparece firmado originalmente por el acusado, no obstante la afirmación al respecto del Juez denunciante (fl. 24).

4. Tampoco se acreditó, mediante experticia grafológica, si la intercalación que se dice hecha en el libro de asiento de la correspondencia del juzgado, tuvo por autor al ex Juez Arrieta Trujillo, ni si difiere ostensiblemente o no del resto del escrito, de manera que pueda deducirse inequívocamente que fue realizada en tiempo y circunstancias diferentes, como tampoco si era factible su inserción entre el texto original y la firma del jefe de la oficina de correos, como lo sugiere éste en su versión.

La necesidad de investigar debidamente estos aspectos cobra interés ante la manifestación que hace el citador en ese entonces del Juzgado, señor Alvaro Herrera, de que, cuando ocurrieron los hechos, no se llevaba planillas en el Juzgado, sino que únicamente se hacía firmar el libro de recibo de correspondencia (fl. 21); y en presencia del hecho de que los archivos de la oficina de la Administración Postal del Municipio de Colombia (Huila), correspondientes a los años de 1975 y anteriores fueron incinerados, (fl. 21 vto.).

Finalmente, no se localizó a Norma Vanegas Motta, quien desempeñaba la secretaría del Juzgado, con el fin de que suministrara su versión acerca de los hechos.

De las consideraciones que preceden, y contrariamente a lo sostenido por el Tribunal de instancia, por el Ministerio Público y por la Corte, considero que no está claramente establecida la materialidad de las infracciones, y no estándolo, mal podría darse por concurrentes los presu-

puestos sustanciales que para llamar a juicio exige la ley de Procedimiento Penal y, por tal motivo, creo que la Sala ha debido revocar el auto apelado, para, en su lugar, sobreseer temporalmente, por segunda vez, con el fin de practicar las pruebas echadas de menos tanto por la Corte como por el Fiscal Colaborador del Tribunal de Neiva y tal como lo dispone el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal.

II. Esta situación resulta tan evidente que la Sala, apartándose de lo que al respecto enseña la ley procesal, se ha visto precisada a disponer, tímidamente, que las pruebas que se echan de menos para perfeccionar el sumario, se practiquen durante la etapa probatoria del juicio, lo que, a mi modo de ver, no podía hacerse legalmente:

1. El Código de Procedimiento Penal, en efecto, señala precisamente las oportunidades en las cuales el Juez y el funcionario de instrucción pueden decretar la práctica de pruebas, de manera que su ordenación para la iniciación, adelantamiento y culminación del proceso se cumpla con los requisitos, en la forma y en la oportunidad previamente dispuestos por la ley y de modo que asunto de tanta importancia no quede al capricho desordenado de los funcionarios.

Las únicas normas del Procedimiento Penal Ordinario que facultan al Juez o funcionario de instrucción para la práctica de pruebas son las siguientes, taxativamente señaladas en el Código de Procedimiento Penal:

a) Para la práctica de diligencias preliminares: artículo 320 bis;

b) Para la iniciación del proceso: artículos 318 y 319;

c) Para la instrucción del sumario: artículo 334;

d) Para la ampliación de la instrucción: artículo 472;

e) Para la reapertura de la investigación: artículo 493;

f) Para la reanudación de la investigación: artículo 495;

g) En el término probatorio del juicio: artículo 500;

h) Durante la audiencia pública: artículos 502 y 513;

i) Como resultado del recurso de casación: artículo 583;

j) En revisión: artículo 586.

2. En disposición alguna el Código de Procedimiento Penal autoriza la ordenación de pruebas fuera de las anteriores oportunidades procesales

y, en todo caso, no lo permite en una providencia que, como el auto de proceder, presupone el perfeccionamiento previo del sumario, y, por tanto, la inutilidad de ordenar o de practicar otras nuevas.

El Código, en efecto, no autoriza la ordenación y práctica de pruebas, en tratándose de la calificación del sumario, sino en dos oportunidades muy claramente precisadas en la ley:

a) Antes de calificarse el sumario, cuando las allegadas a la investigación resultan hasta entonces insuficientes:

“... Artículo 472. *Clausura o ampliación de la investigación*”.

“Si (vencido el término de la instrucción el Juez competente), estimare incompleta la investigación, ordenará la práctica de las diligencias que, a su juicio, hicieren falta, y para ello señalará un término no mayor de quince días más el de la distancia, si fuere el caso, cuando hubiere procesado detenido. En caso contrario, el término anterior se aumentará a treinta días...” y

b) Al calificarse el sumario, si las pruebas practicadas durante la instrucción y ampliaciones resultan insuficientes para llamar a juicio o para sobreseer definitivamente y es preciso reabrir la investigación para practicar aquellas cuya falta se advierte:

“... Artículo 493. *Reapertura de la investigación*. En el auto de sobreseimiento temporal se reabrirá la investigación hasta por seis meses, con indicación precisa de las diligencias que deban practicarse...”.

3. El artículo 483 del Código indica, de otra parte, la forma y contenido propios del auto de proceder y ninguna de ellas, como es obvio, se refiere en modo alguno a la ordenación de pruebas.

“... Artículo 483. *Requisitos formales*. El auto de proceder constará de una parte motiva y de otra resolutive. La motiva debe contener:

1. Una narración sucinta de los hechos que hubieren dado lugar a la formación del proceso, indicando los nombres de los procesados, sus apodos o sobrenombres, su edad, estado, naturaleza, domicilio y oficio o profesión si fueren conocidos.

2. El análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado.

3. La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen, y

4. El resumen de las peticiones de las partes, y, si no fueren aceptadas, las razones por las cuales no se aceptan.

La parte resolutive contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la 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 este 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...”.

No se advierte en esta disposición, como resulta evidente, autorización alguna al Juez competente para disponer, en ningún caso, la práctica de pruebas, asunto por lo demás, ajeno por completo a la naturaleza y finalidades del auto de proceder.

a) Porque el llamamiento a juicio constituye el pliego de cargos que el Estado formula al procesado, de acuerdo con las pruebas hasta entonces practicadas y no, desde luego, con base en las que se echan de menos en el sumario o se estima que deben practicarse en la etapa probatoria del juicio;

b) Porque ninguna disposición del Código, que es un ordenamiento lógico, serio y consecuente, permite que puedan hacerse en un determinado momento procesal, ordenaciones que legalmente sólo pueden cumplirse en una etapa posterior, previa y precisamente indicada en el mismo Código; y

c) Porque el momento procesal en el cual el Juez puede decretar la práctica de pruebas en el juicio es luego de la ejecutoria del auto de proceder y del vencimiento del término de tres días dentro de los cuales “las personas que intervengan en el proceso (pueden) pedir las que consideren pertinentes”, pues sólo entonces y en ningún caso antes o después del vencimiento de ese plazo puede el Juez decretarlas:

“... Vencido éste término (de tres días), el Juez decretará la práctica de las pruebas que se hubieren solicitado y que fueren conducentes, y de aquellas otras que estimare necesarias...” (artículo 500 del Código de Procedimiento Penal).

No pueden los jueces, en consecuencia, ordenar la práctica de pruebas antes de aquel preciso momento procesal y no pueden por ello hacerlo en el auto de proceder.

Por estas consideraciones, muy respetuosamente, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras

Fecha ut supra.

NULIDAD

Causal 4ª de casación. Infracción al artículo 26 de la Constitución Nacional por no permitírsele al defensor que ejercitara a cabalidad el derecho de defensa de su defendido.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., marzo 27 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Pórras*.

Aprobado: Acta número 032.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia de 14 de marzo de 1979, confirmó, con adición de la orden de publicación especial, la proferida el 11 de diciembre de 1978, por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado Rafael Antonio Valles Ortiz, como autor penalmente responsable de infracción al Decreto 1188 de 1974, por tenencia de marihuana, “a la pena principal de treinta y seis (36) meses de presidio y pago de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), de multa en favor del Fondo Rotatorio de Estupefacientes del Ministerio de Salud Pública”, más a las accesorias de “interdicción de derechos y funciones públicas por el término de la pena principal” y “pérdida de la patria potestad, si la tuviere, en iguales condiciones”.

Contra la sentencia del Tribunal de Bogotá el defensor del procesado interpuso el recurso de casación, que fue oportuno y legalmente concedido y en ejercicio del cual, el doctor Fernando Arboleda Ripoll, en su calidad reconocida de defensor sustituto, presentó la correspondiente demanda, que la Corte estimó formalmente ajustada a las exigencias legales.

Resultandos

I. Los hechos materia del proceso consisten en que el día 23 de agosto de 1977 la Jefatura del

Grupo Reacción del Departamento de Policía Bogotá, dio cuenta de la captura del señor Rafael Antonio Valles Ortiz, porque según oficio número 0862 originario de la Primera Estación de Policía, “fue sorprendido vendiendo marihuana y al ser requisado se le halló una porción de ésta de un peso aproximado de una onza y no dio explicación satisfactoria sobre el particular”.

II. La sentencia ha sido impugnada con base en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, bajo cuyo amparo el censor formula el cargo así:

“...la sentencia de segunda instancia fue dictada en un proceso viciado de nulidad suprallegal por violación directa al artículo 26 de la Constitución Nacional y 14 de la Ley 74 de 1968, como quiera que al producirse el fallo en las condiciones en que se hizo, se quebrantó ostensiblemente el esquema propio del debido proceso, con grave mengua para el derecho de defensa del procesado Rafael Antonio Valles Ortiz...”

“...Y es precisamente este esquema, el que ha sido alterado en el caso *sub lite*, pues de la sola lectura del acta de audiencia pública, se observa que dicho acto procesal se hallaba suspendido por petición elevada por el señor Defensor del reo, mientras se hacía un pronunciamiento en torno a una informalidad que generaba nulidad. Es cierto que en el acta de la audiencia, no se dice por parte del funcionario que la diligencia se suspende; empero, tan poco (sic) se pronuncia porque hubiera concluido...”

“...En tales circunstancias, el pronunciamiento del fallador no podía ir más allá de la procedencia o improcedencia de la nulidad propuesta y como optó por la no viabilidad de la misma, ha debido proveer en el sentido de que en firme la decisión en que así lo dispone, se continuara la audiencia, para que el defensor prosiguiera en el uso de la palabra...”

“... En este mismo sentido ha debido pronunciarse la honorable Sala del Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto por el señor Defensor contra el fallo de primera instancia, proferido con desconocimiento de las formas propias del juicio y conculcante del derecho de defensa. Sin embargo, equivocó el motivo de la inconformidad de la defensa al recurrir y del Fiscal Noveno de la Corporación, quien su concepto prohija las razones de la parte afectada con el fallo para que se decretara la nulidad, no con base en la anomalía señalada por el defensor en la audiencia, como lo entendió el Tribunal al impartir confirmación a la sentencia apelada, sino porque al resolver esa nulidad y fallar allí mismo la causa, excedió las razones del pronunciamiento, sin que hubiera concluido la audiencia, lo cual es generador de nulidad, motivo del recurso extraordinario de casación, por las razones ya dadas de inobservancia de las formas propias del juicio y sojuzgamiento del derecho de defensa...”

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal expresa su conformidad con la pretensión del recurrente y solicita de la Corte “que se case la sentencia impugnada, con la consecuen- te declaratoria de nulidad”, pues al respecto sostiene:

“... Resulta un hecho incuestionable que la diligencia de audiencia pública verificada dentro de la presente causa no concluyó, pues el defensor pidió que tal diligencia fuera suspendida hasta cuando se resolviera sobre la solicitud de nulidad que allí había impetrado. Es más, el defensor al notificarse de la sentencia dejó expresa constancia de que no se le había permitido continuar con su intervención, pues claramente había hecho un pedimento para que se suspendiera esa actuación...”

“... Ante la demanda que se le hacía, la funcionaria del conocimiento ha debido resolver en la misma diligencia sobre ella y en tal caso permitir que el defensor continuara en el uso de la palabra o suspender para tomar esa decisión en providencia separada, pero de todas maneras en este evento era imperioso que citara una nueva fecha para la continuación de la audiencia, pues claramente el defensor había expresado que aun no había ejercido el derecho que la ley le confiere, ya que pretendía que previamente fueran corregidos los vicios que el proceso pudiera tener. Al resolver el Juez en la sentencia sobre los pedimentos que se le hacían, impidió que el defensor pudiera referirse a los aspectos sustanciales de la iminación...”

“... Como bien lo advierte el recurrente, es posible que se llegue a la afirmación de que el

simple hecho de solicitar la declaratoria de una nulidad constituya un claro ejercicio del derecho de defensa y una adecuada manifestación del mismo. No obstante, esta afirmación no puede hacerse en forma radical, pues no todos los casos ofrecen idénticas características. En algunas ocasiones la solicitud para que sea decretada una nulidad puede representar el adecuado ejercicio del derecho de defensa, pero en casos como el presente, es obvio que la conclusión debe ser diferente, dado que la resolución sobre la nulidad era el paso previo para tomar una subsiguiente determinación en el ejercicio del derecho que al defensor corresponde. Por esta razón el abogado no dio por terminada su intervención, sino que pidió una suspensión de la diligencia, con la única finalidad de que esa cuestión previa fuera objeto de un pronunciamiento. Y con razón o sin ella tal petición merecía la respuesta correspondiente...”

“... Es verdad, además, que el derecho de defensa no sólo se ejerce dentro de la diligencia de audiencia pública, sino que él se evidencia a lo largo de toda la actuación procesal. Desde el momento mismo de la captura, el aprehendido debe tener un representante legal que lo asista, la diligencia de indagatoria debe verificarse con el concurso de un apoderado y en toda la actuación sumarial la defensa se hace ostensible con la presencia del profesional del derecho, que puede pedir la práctica de pruebas, hacer pedimentos e impugnar las decisiones de los funcionarios. En el período de la causa, ante la existencia cierta de los cargos formulados en el auto de proceder, es más amplia la actividad que puede desarrollar el defensor que culmina con su intervención en el debate oral que precede a la sentencia...”

“... Pero a pesar de que el derecho de defensa se ejerce durante todo el desarrollo del proceso, una de sus manifestaciones más importantes ocurre en la audiencia pública...”

“... Es en esta oportunidad cuando se tiene una visión de conjunto sobre la realidad procesal y, por lo tanto, cuando los argumentos defensivos pueden proyectarse sobre la totalidad del proceso, de modo que el cercenamiento de ese derecho viola formas sustanciales del juicio, en detrimento del derecho de defensa, lo que entraña nulidad...”

“... En principio podría pensarse que el caso que ahora nos ocupa habría de ser resuelto a través de lo dispuesto por el numeral cuarto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Empero esta disposición se refiere a los casos en que se menoscaba la publicidad del debate oral,

o cuando no se verifica la audiencia en la oportunidad señalada. Por lo tanto es imperioso acudir a la nulidad jurisprudencial con apoyo en el artículo 26 de la Constitución Nacional, para los casos en que no se celebra la audiencia o en ella se lesiona de manera grave el derecho de defensa. En el caso *sub examine* se cercenó en forma ostensible el derecho de defensa al no permitir que el profesional del derecho que asistía al procesado en la diligencia de audiencia pública pudiera presentar los argumentos defensivos que considerara pertinentes, pues claramente había solicitado la suspensión de esa diligencia, sin que en momento alguno diera a entender que su intervención había concluido...".

"...Además de conformidad con lo preceptuado por el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal la sentencia se deberá dictar dentro de los quince días siguientes a aquel en que terminare la audiencia. Si se profirió el fallo antes de precluir esta fundamental etapa procesal, es evidente la violación de la ritualidad procesal y claro el detrimento del más importante de los derechos que asiste al procesado...".

"...*Petición:*

"...Las precedentes consideraciones llevan al Ministerio Público a coadyuvar la demanda de casación presentada a nombre del procesado Rafael Antonio Valles Ortiz y solicitar respetuosamente a la Honorable Corte Suprema de Justicia que se case la sentencia impugnada, con la consecuente declaratoria de nulidad...".

Considerandos

1. El estudio del cargo formulado por el recurrente a la sentencia acusada a través de la causal cuarta de casación permite apreciar que está orientado a censurar al sentenciado por haber dictado sentencia en juicio viciado de nulidad por infracción del artículo 26 de la Carta, al quebrantarse el esquema del debido proceso con el hecho de no permitirse que el defensor ejercitara a cabalidad el derecho de defensa.

Reiteradamente ha sostenido la Corte que la nulidad con rango de violación del derecho constitucional que la jurisprudencia reconoce está referida, 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 Nacio-

nal señala para el debido juzgamiento de las personas, consistentes en que éstas sólo 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 aplicación de las leyes permisivas o favorables, aun siendo estas promulgadas con posterioridad a la ocurrencia del hecho.

La Corte ha dicho igualmente que las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución tienden especialmente a proteger el derecho de defensa. De forma que es evidente que el casacionista claramente invoca uno de los supuestos de nulidad constitucional.

2. *En el proceso se advierte que el día 21 de noviembre de 1978, el Juzgado del conocimiento dio iniciación a la audiencia pública, pero llegado el momento de la intervención del abogado defensor, éste hizo saber al juzgador de Valles Ortiz que "antes de proceder a hacer un estudio pormenorizado de los hechos" solicitaba declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del auto de clausura de la investigación por razones que expuso y solicitó, en consecuencia, la suspensión de la audiencia hasta tanto se produjese pronunciamiento motivado en torno al pedimento. El Juzgado dio por terminado el acto sin pronunciarse sobre el reclamo de suspensión y sin dar oportunidad a la defensa de examinar los hechos de la imputación, dictó la sentencia de primer grado, confirmada por la que es motivo del recurso que se resuelve.*

En sede de casación y con fecha 27 de mayo de 1957, la Corte observó que "no puede un Tribunal dejar sin respuesta una nulidad invocada y llenar al mismo tiempo los trámites propios del juicio" y que "al dejar de resolverse un incidente, y no una solicitud de poca o ninguna incidencia procesal, se llega por modo directo a la conclusión de que la tramitación legal del proceso no se cumplió, vale decir, que se incidió en nulidad, porque no se llenó la plenitud de las formas legales que para fallar ordena la Constitución Nacional en su artículo 26".

De suerte que si en el asunto sub examine y, concretamente, en la diligencia de audiencia pública el Procurador Judicial del procesado condicionó el examen del pliego de cargos a que previamente el fallador de instancia analizara la nulidad que planteaba, mal podría sostenerse que tuvo verificación la audiencia pública. Si por una parte el defensor estaba en su derecho subjetivo procesal de plantear la nulidad, por la otra el funcionario estaba en el deber legal de resolver

la petición, pues que si no, el acto de la audiencia, en que precisamente se agota la defensa técnica del enjuiciado, no podría tener cabal realización.

Conclúyese, pues, que en la causa contra Valles Ortiz no ha tenido realización la audiencia pública, y si no obstante se dictó sentencia, ello constituye inobservancia grave del debido proceso, por lo que es inobjetable la prosperidad del cargo formulado al amparo de la causal cuarta.

Asiste razón, por tanto, al Agente del Ministerio Público, cuando demanda casar la sentencia impugnada y pide la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir del acto vicioso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, visto el concepto del Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la Repú-

blica y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y ordena reponer el procedimiento a partir, inclusive, de la diligencia de audiencia fechada el 21 de noviembre de 1978, teniendo en cuenta lo expuesto en las motivaciones de esta decisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELIBERACIONES DE LAS SALAS DE LAS CORPORACIONES JUDICIALES

Las deliberaciones de las Salas son reservadas, pero las resoluciones no

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., abril 10 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Boto*.

Abogado asistente: *Roberto Vélez Paternina*.

Aprobado: Acta número 34.

Expediente número 25704 A

Vistos

Corresponde a la Corte decidir si la denuncia formulada por el doctor Mario Amaya Eslava, contra la doctora Clemencia Rojas Medina, por supuestos delitos cometidos en ejercicio del cargo de Magistrada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio amerita o no la iniciación del sumario.

Hechos

El abogado Amaya Eslava, formula denuncia criminal contra la doctora Rojas Medina, porque ésta, en el carácter de Presidenta del Tribunal Superior de Villavicencio, con fecha 22 de agosto de 1979 dictó auto negándole la expedición de copia del acta de la sesión de Sala Plena de ese Tribunal en la que se había acordado la elección de jueces para el período legal iniciado el 1º de septiembre de 1979, a pesar de que con él en ocasiones anteriores se había declarado impedido por enemistad grave. Igualmente la doctora Rojas Medina es acusada de haber sugerido a la Juez Laboral del Circuito de Villavicencio, declararse impedida para conocer de los asuntos en que el doctor Amaya correspondiera intervenir.

Por autos fechados 8 de octubre y 13 de febrero de 1980, la Corte ordena la práctica de dili-

gencias previas, como fueron acreditar la calidad de Magistrada concurrente de la acusada e incorporación al expediente de copia del Acta que había sido solicitada por el denunciante al Tribunal Superior de Villavicencio y del Acuerdo por el que se adoptó el reglamento interno de esa Corporación.

Consideraciones de la Corte

El Decreto-ley 1265 de 1970, por el que se expidió el Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, nada dice respecto de la naturaleza de las deliberaciones en las Salas de la Corte y de los Tribunales, pero al disponer que a las corporaciones judiciales corresponde “dictar su reglamento interno y el de las Salas”, implícitamente las facultó para establecer en éste la reserva de aquéllas, ya vigentes en las “de la Sala Constitucional y de la Corte Plena” por mandato del Decreto 432 de 1969 y en las del Consejo de Estado conforme a prescripciones de la Ley 167 de 1941. Así la Corte, al adoptar por acuerdo número 2 de 14 de diciembre de 1972 el reglamento de la Corporación, en el artículo 42 señala que las deliberaciones de sus Salas “serán reservadas”.

En el mismo orden de ideas, si bien el legislador no ha establecido expresamente la reserva en las deliberaciones de las Salas de los Tribunales, nada impide subsanar el vacío normativo con los preceptos reguladores de eventos análogos, por lo que es dable concluir que en los Tribunales, como ocurre en la Corte, las deliberaciones están igualmente sometidas a reserva.

Desde luego, precisa aclarar que no es lo mismo deliberar que acordar. El acuerdo es un efecto de la deliberación y el Diccionario de la Lengua Española lo define diciendo que es una “resolución que se toma en los tribunales, comunidades o juntas”. De forma, que si bien la deliberación debe ser reservada en los cuerpos cole-

giados de justicia, no ocurre igual con los acuerdos, puesto que si aquella viene a constituir tan sólo una situación previa con importancia o no en lo resuelto, ésto último si es de marcado interés público, y que por lo mismo no puede estar exento del examen de los particulares. De allí que el artículo 26 del Decreto 196 de 1971, orgánico de la profesión de abogado, permita a los inscritos como tales el examen de expedientes, actuaciones judiciales y administrativas, salvo las excepciones pertinentes.

El doctor Mario Amaya Eslava, al solicitar del Tribunal Superior de Villavicencio copia del acta de Sala Plena en que había sido acordada la elección de jueces para el período legal iniciado el 1º de septiembre del año pasado, extralimitó el derecho de petición acordado en su favor, como abogado inscrito, por el Decreto 196 de 1971 (literal b del artículo 36), puesto que al no pedir copia del acuerdo como debió ser sino del acta de la sesión en que aquél fue tomado, estaba pretendiendo algo perteneciente a la reserva del Tribunal, razón por la cual el auto denegatorio proferido por la presidencia de ese organismo con base en que "los particulares no tienen libre acceso a las actas de reuniones de Salas Plenas del Tribunal" fue correctamente dictado. No puede entonces por tal motivo derivarse comportamiento punible del proceder de la acusada, tanto más si se observa que el artículo 42 del reglamento interno de ese Tribunal dispone que cuando se trata de proveer un cargo, los Magistrados están en la obligación de dar a conocer "los informes privados y reservados" que tengan sobre los aspirantes, los que obviamente al quedar consignados en el acta respectiva no pierden su especial naturaleza, es decir, su privacidad y reserva.

Claro que el denunciante afirma que la Magistrada Rojas Medina no debió dictar el auto aludido por hallarse en situación de impedimento

con él, pero acontece que las causales de recusación e impedimento han sido acordadas en guarda de la imparcialidad, honestidad, seriedad de los funcionarios públicos y en bien de la administración de justicia como lo ha reiterado la Corte, y en este caso no se alcanza a advertir cómo un acto extraproceso de índole simplemente administrativa, ajeno a aspectos contenciosos, puede tener la virtud de poner en tela de juicio la rectitud de esa funcionaria y menoscabar la administración de justicia.

Por último, que la acusada hubiese instruido a la Juez Laboral del Circuito de Villavicencio, para que se declarara impedida en los asuntos que le correspondiera intervenir al doctor Amaya Eslava, no deja de ser un simple enunciado sin hecho alguno que lo corrobore. Y como es natural, una afirmación caprichosa no puede conducir a un procesamiento criminal.

No existe, por tanto, punible que atribuir a la Magistrada Clemencia Rojas Medina como consecuencia de los hechos de la denuncia, lo que obliga a proferir el auto inhibitorio normado en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de iniciar sumario contra la doctora Clemencia Rojas Medina, en el carácter que tiene de Magistrada del Tribunal Superior de Villavicencio, por las razones a que se hizo mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CUANDO LA OPINION CONSTITUYE IMPEDIMENTO

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., abril 17 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 36.

Vistos

El doctor Guillermo Díaz Torres, Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita, en escrito que precede, que se le declare separado de la actuación en este proceso, por estimar que concurrir en él la causal de impedimento consagrada en el aparte final del numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 88 de la misma obra.

Aduce como fundamento de su petición el haber emitido concepto en este mismo negocio, con ocasión del primer cierre de investigación, y en su carácter de Fiscal Décimo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pidió en esa casación que se dictara sobreseimiento de carácter definitivo en favor del procesado.

No acogió el Tribunal el pedimento de su colaborador fiscal, pues sobreseyó temporalmente y decretó la práctica de pruebas que se echaban de menos en el expediente.

Vencido este nuevo período probatorio y recepcionadas algunas de las pruebas ordenadas, se volvió a calificar el mérito del sumario, también con sobreseimiento de carácter temporal. En esta ocasión no le correspondió conceptuar al doctor Guillermo Díaz Torres, por encontrarse separado transitoriamente de la Fiscalía Décima.

Es este segundo sobreseimiento temporal la providencia respecto de la cual le correspondería ahora conceptuar:

Considera la Sala que la opinión que imposibilita la posterior actuación del funcionario es la

que se emite por fuera del proceso, no la que expresa en cumplimiento de su deber y en ejercicio de la función que le es propia. Si no fuese así, y si se tomare siempre como opinión enervante de futuras actuaciones la expresada en anteriores providencias judiciales, no podría, por ejemplo, proferir sentencia el Juez que dictó el auto de proceder.

En tratándose de funcionarios y en lo que respecta a su actividad judicial, la causal de impedimento procedente es la considerada en el numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal en la hipótesis de la revisión de la propia providencia, que, para el Ministerio Público, se traduciría en conceptuar acerca de la misma providencia.

En este caso, por tratarse de una instancia diferente, cuya finalidad es corregir los posibles desaciertos en que haya incurrido el fallador, tanto la voluntad de la ley como la lógica jurídica indican que el funcionario que revise la actuación no sea el mismo que la profirió, a fin de que pueda obrar con absoluta independencia, libre de preconcepciones y de vinculaciones con el tema, así sean las que surgen del afecto que se tiene a la propia obra.

Como en el caso presente no se trata de opinión que hubiere emitido por fuera del proceso el doctor Díaz Torres, sino en el cumplimiento de su función como Colaborador Fiscal del Tribunal (artículo 477 del Código de Procedimiento Penal, fls. 123 a 127); y como tampoco va a conceptuar acerca de la providencia que fue objeto de su valoración, sino en relación con otra diferente (fls. 168 a 173); y como, además, con posterioridad a su actuación se aportaron al expediente elementos probatorios que, obviamente, no fueron materia de su análisis y consideración (fls. 152, 162 y vto.), la Sala concluye que no hay motivo para separarlo del conocimiento del negocio.

En vista de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación

Penal—, no acepta el impedimento manifestado por el doctor Guillermo Díaz Torres.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gó-

mez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTO

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., abril 17 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 36, de abril 17 de 1980.

Vistos

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, se excusa de intervenir en este negocio "pues cuando desempeñaba el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, formé parte de la Sala de Decisión que confirmó el auto de enjuiciamiento contra el procesado" y al respecto invoca el numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

La opinión a que se refiere la norma citada, ha dicho la Corte recientemente, no es aquella que la ley ordena emitir a un funcionario judicial o del Ministerio Público, en un momento procesal determinado, sino la que se produce por fuera de su actuación oficial, campo propicio al consejo o a la apreciación que pueden apartarlos del correcto ejercicio de la función de justicia. Si así no fuera, el juzgador que ha pronunciado o revisado un auto de proceder, tendría que separarse o ser separado al momento de dictarse sentencia. Y ésto no lo ha querido el legislador ni la costumbre judicial lo practica.

Tampoco se trata, en este caso, de la causal 7ª del citado artículo 78, puesto que no se advierte un fenómeno de pretermisión de instancia, ya que la intervención del Ministerio Público, en el recurso de casación en trámite, no se centra sobre la providencia a la cual contribuyó a expedir cuando se desempeñaba como Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá. Si la impugnación se relacionara de modo exclusivo o prevaleciente sobre tal proveído, la Sala accedería a su pedimento, acudiendo para ésto a la comentada causal 7ª.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NO ACEPTA la excusación del Procurador Primero Delegado en lo Penal, debiendo continuar, por tanto, en el conocimiento de este proceso que por el delito de "robo" se sigue a Abelardo Torres Tauta. En estos términos se cambia la doctrina que, sobre el punto, sostenía la Corte.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Adición

Como en la providencia a que esta adición se refiere apenas si se dan las razones que sirven de apoyo a la Corte para variar su equivocada doctrina anterior sobre la materia, considero pertinente exponer aquí las que he venido sosteniendo inmodificablemente desde hace muchos años, en la cátedra y como Juez y Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla y, en esta condición, tanto en salvamentos de voto, como en ponencias acogidas como providencias de la Corporación.

En salvamento de voto de 2 de marzo de 1974, (Proceso Rad. número 37851), dije como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla:

"...No comparto la anterior decisión de la mayoría de la Sala, entre otras, por las siguientes razones que expuse ampliamente durante las prolongadas discusiones del proyecto correspondiente:

"...1. Porque las numerosas decisiones jurisprudenciales de la honorable Corte Suprema de Justicia que se citan en apoyo de la tesis de la

mayoría, excepto la última, bien incompleta y muy vaga por cierto, son todas de fechas muy anteriores a una mucho más reciente que transcribo a continuación, en la que esa misma Corporación modificó su equivocado criterio anterior sobre la materia y dijo expresamente que el hecho de haber dictado en primera instancia el auto de proceder no es impedimento para revisar más tarde, en segunda instancia, la sentencia proferida en el mismo proceso:

“...El artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, (hoy el 78), contempla como causal de recusación e impedimento (causal 4ª), para el funcionario, ‘haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso’...”

“...Evidentemente el Juez al calificar el mérito del sumario, expone sus puntos de vista sobre lo sustancial del mismo. Pero no se desprende de ello que, posteriormente, y ya con la investidura de Magistrado, al revisar, no la providencia enjuiciatoria que dictó antes como Juez, sino el auto interlocutorio que declara contraevidente el veredicto, se encuentre impedido para conocer del proceso invocando la causal 4ª del citado artículo 73, (hoy 78), porque el concepto o conceptos que él pudo exponer en auto de vocación a juicio, aunque pueda tener influencia en la resolución del recurso interpuesto contra el otro auto, no alcanza a configurar el impedimento, previsto bajo la causal 4ª invocada, por lo que adelante se verá. También el Juez que dicta sentencia y profirió antes el auto de proceder, ha manifestado su opinión sobre materia del proceso; lo mismo, el Tribunal que profirió, en segunda instancia, auto de cargos, y que va a revisar más tarde, la sentencia. Si de ello nacieran impedimentos, por concepto de la causal 4ª aludida, Jueces y Magistrados se quedarían prácticamente sin trabajo, y se multiplicarían los nombramientos de conjueces o los llamamientos a otros funcionarios que suplieran a los impedidos...”

“...El preconcepto implicado en casos tales, es legítimo, porque es ejercicio de la función misma; y tiene además la ventaja de su publicidad y del control de las partes y aun del órgano mismo de justicia. En cambio, la opinión que sobre el asunto *sub judice* ha dado el funcionario, bien como particular (abogado en ejercicio que, después, adquiriera la investidura de juzgador), bien estando en ejercicio del cargo jurisdiccional, pero fuera de los cauces legales o no a título de pronunciamiento dentro del proceso, carece eso sí, de dichos requisitos y entraña un peligro

para la recta administración de justicia. El impedimento fluye con toda lógica, en esos casos, que son los que regula el texto citado (causal 4ª)...”

“...Muy distinto es el evento en que, por ejemplo, el Juez que dictó auto de proceder apelado por las partes, se encuentra, más tarde, con la investidura de Magistrado a quien le va a corresponder decidir acerca del recurso de apelación. Esta se haría nugatoria, porque el Juez iría a revisar, como Magistrado, su propia decisión. El impedimento es claro entonces, más no porque se trate de un preconcepto u opinión previa, sino a virtud de disposición expresa de la ley (causal 7ª, *ibidem*), por un motivo específico diverso; el de garantizar la imparcialidad y el objeto de ciertas instancias o recursos. (Casación Penal. Noviembre 12/59. Números 2217, 2218 y 2219)...” (Índice y Jurisprudencia del Tomo XCI, 1961, págs. 1426 a 1427).

“...2. Porque como se advierte nítidamente del contexto de la causal 4ª del actual artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, ésta se refiere de manera exclusiva a calidades y actuaciones de particulares que más tarde, como Jueces o Magistrados, tienen que conocer de los asuntos en los que intervinieron con anterioridad o respecto de los cuales dieron su consejo o manifestaron su opinión:

“...a) Haber sido el Juez o Magistrado apoderado defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, no es, (sin embargo), el evento de que se trata...”;

“...b) Tampoco puede serlo la circunstancia de haber dado consejo sobre el asunto materia del proceso, porque a los empleados del orden judicial y a los Agentes del Ministerio Público les está expresamente prohibido ‘aconsejar a cualquiera de las partes litigantes’, so pena de incurrir en delito (artículo 179 del Código Penal)...”; y

“...c) Porque, finalmente, los Jueces y Magistrados no dan simples opiniones sobre los asuntos de que conocen sino que los califican, fallan o deciden conforme la ley...”

“...3. Porque la causal de que se trata fue tomada del artículo 64 del Código italiano y traductas tan eminentes como Giovanni Leone dicen, respecto de ella, que solo puede darse respecto de quien, fuera del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha dado su consejo o manifestado su opinión sobre el asunto ‘objeto del procedimiento de que más tarde viene a conocer como Juez o Magistrado...’”

“...Debe tratarse de consejos o de pareceres expresados abusivamente, esto es, a título particular, fuera del ejercicio de las funciones...”.

“...Dar consejos significa ‘dar sugerencias o hacer advertencias acerca del comportamiento personal que la parte debe observar en el procedimiento, ya en orden a la elección de la defensa, ya en orden a los medios para combatir las deducciones contrarias...’”.

“...Manifestar el propio parecer acerca del objeto del procedimiento significa dar ‘un juicio formal, una opinión acerca de las que podrán ser las definitivas decisiones sobre el procedimiento o sobre el modo como podrán resolver las cuestiones jurídicas conexas a él...’” (Tratado de Derecho Procesal Penal, E. J. E. A. Buenos Aires 1963, t. I, pág. 374).

“...Por esa razón el mismo tratadista dice que ‘no constituye motivo de recusación a base de los criterios indicados’.

“.....”.

“...g) El haber dado el Juez una providencia en el curso de la instrucción o del juicio...” (ob. cit. pág. 375).

“...4. Porque respecto de los Jueces y Magistrados sólo existen dos circunstancias en las que no pueden conocer en segunda instancia de un asunto conocido por ellos mismos o por otro, (que son las taxativamente) indicadas en la causal 7ª del mismo artículo 78.

“...Haber dictado la providencia de cuya revisión se trata, o ser el Juez o Magistrado pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil del inferior que dictó la providencia que se va a revisar...”.

“...Al respecto ha dicho el eminente tratadista y reconocido jurista doctor José J. Rodríguez.

“...El amor propio del Juez (como causal de recusación) se desprende de estos hechos: (aparte de) haber favorecido con su consejo o asistencia jurídica a una de las partes antes de haber adquirido la investidura judicial (causal 4ª), la revisión como superior de la providencia que dictó como inferior (y) sus relaciones de parentesco con el funcionario inferior, cuyas providencias debe revisar como superior (causal 7ª)...” (Universitas, revista de la Universidad Javeriana, número I, 1951, pág. 26).

“...5. Porque si todos los Jueces y Magistrados pueden dictar sentencia en el proceso que han calificado previamente, es absurdo suponer que no pueden hacerlo precisamente cuando han

sido ascendidos a una jerarquía superior como resultado de su mayor capacidad y experiencia y de sus mayores aptitudes como funcionarios judiciales...”.

“...Es decir, que no puede entenderse lógicamente cómo el doctor (...) podía legítimamente dictar la sentencia en este asunto de haber seguido ejerciendo el cargo de Juez 6º Penal del Circuito, y no pueda ni siquiera emitir concepto o alegar (como Fiscal del Tribunal) respecto de la misma sentencia, pero proferida por otro funcionario...”.

“...6. Porque, en fin, el principio de la doble instancia en los procesos penales se predica únicamente respecto de las decisiones que son apeladas o consultadas y no respecto de la totalidad del expediente y es evidente, por tanto, que el doctor (...) no va a emitir concepto sobre el auto de proceder dictado por él (causal 7ª), sino sobre otra providencia, diversa por completo de la anterior y proferida, además, por otro funcionario...”.

“Estos principios de inocultable solidez jurídica han sido sostenidos por mí de tiempo atrás y conforme con ellos me correspondió como Magistrado de este Tribunal y con ponencia mía, revisar el auto del Juzgado 1º Superior de 27 de septiembre de 1966, por medio del cual (el Juez que me sucedió en el cargo), declaró claramente contrario a la evidencia de los hechos el veredicto emitido por el jurado de conciencia en la causa contra Pedro Escorcía Morales por homicidio (fls. 10 a 20 cdno. número 5), (proceso en el) que, mediante auto de 26 de noviembre de 1958 y como Juez 1º Superior, me había correspondido antes calificar el mérito del sumario (fls. 154 a 162 cdno. princ.)...”.

Este criterio fue, finalmente, acogido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en providencia de 2 de diciembre de 1977 (Proceso Rad. número 40216) y por la Corte en auto de 3 de enero del año siguiente en el que, con ponencia del Magistrado doctor Julio Salgado Vásquez, dijo la Sala de Casación Penal.

“...El texto de la causal cuarta de recusación, cuyo tenor se enuncia diciendo: ‘Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso’, no se presta a duda alguna para entender su finalidad. En efecto, se refiere al abogado que, dentro del proceso, ha asumido alguno de los papeles enumerados por el numeral 4º del

artículo 78 citado, y, posteriormente, es designado Juez o Magistrado, correspondiéndole conocer de ese mismo negocio. Los consejos u opiniones que, en su carácter de consultor, haya emitido, constituirán franco impedimento para que como Juez o Magistrado administre justicia dentro de dicho proceso...”.

“...Cosa diversa es cuando un Juez ha tramitado un proceso, en sus dos etapas del sumario y del juicio, dentro de cuyo trámite ha ido haciendo calificaciones, como lo son la que formula al dictar auto cabeza de proceso, al proferir auto de detención, al revocar o mantener esta decisión, al calificar el mérito del sumario, etc., etc. Las opiniones jurídicas que el Juez expresa en las providencias enumeradas, y en otras similares, no son las que el numeral 4º del artículo 78 eleva a la categoría de causal de impedimento, por tratarse de conceptos emitidos en función jurisdiccional, en tanto que las de la causal cuarta implican el ejercicio de la abogacía...”.

“...En cambio, si al Magistrado se le reparte un asunto para revisar una providencia que había dictado anteriormente como Juez, tiene que separarse del conocimiento, no porque haya emitido opinión sobre el asunto, sino porque dictó el proveído. No proceder en esa forma equivaldría a desconocer el sistema de las dos instancias y a cercenar el derecho de defensa que asiste al recurrente...”.

“...En el presente caso no se trata de ninguna de las hipótesis antes mencionadas, sino de otra distinta, como lo es la de que, siendo Juez, calificó el mérito del sumario, y le ha correspondido como Magistrado formar parte de la Sala de Decisión que debe decidir un recurso de apelación contra la sentencia con que finalizó la primera instancia. Como no se cuestiona el auto de proceder, sino una providencia diversa, (la sentencia, emanada del Juez *a quo*), no se podría echar mano de la causal 7ª de recusación (haber dictado la providencia de cuya revisión se trata), y como el magistrado doctor (...) no aconsejó, como abogado en ejercicio, a ninguno de los acusados, ni tampoco en tal calidad emitió opinión sobre el asunto materia del proceso, sería inaplicable la causal 4ª...”.

“...Los conceptos jurídicos que los funcionarios judiciales exponen a lo largo de los procesos penales, por lo regular no tienen la característica de ser vinculantes en forma absoluta, porque son de esencia mudable. Solo las sentencias implican el carácter de ser definitivas. En el proceso penal no hay propiamente verdades forma-

les. De allí que los conceptos jurídicos del auto de proceder no sean definitivos, porque si revisieran esa condición, la sentencia sería inútil y superflua, ya que el auto de enjuiciamiento decidiría la responsabilidad o la inocencia. Pero como el auto de proceder contiene apenas la acusación que el Estado formula al procesado, el nuevo caudal probatorio allegado al proceso durante el juicio, o una mejor interpretación de los elementos de información, puede conducir a una absolución. La revisión de la sentencia no puede entenderse en el sentido de que auto de proceder y sentencia se identifican, en cuanto a su contenido jurídico, ya que son providencias que responden a situaciones procesales que no se equivalen. Acertadamente expresan los otros dos Magistrados de la Sala de Decisión que, si ello se concibiera en tales términos, el Juez que califica el mérito del sumario, por esa circunstancia quedaría automáticamente impedido para tramitar el juicio y dictar la sentencia...”.

“...La mejor demostración de que las opiniones emitidas sobre el asunto materia del proceso se refieren a quien como abogado expresa conceptos sobre pleitos o controversias, que tienen la consecuencia de crearle una causal de recusación cuando, posteriormente, como Juez o Magistrado debe conocer del asunto sobre el cual produjo una opinión jurídica, radica en que el recurso de reposición le corresponde decidirlo al mismo funcionario que ha proferido la providencia reclamada. Si la opinión o concepto jurídico que el funcionario expuso en la providencia impugnada, pudiera constituirse en la causal 4ª de recusación atinente a dicha opinión, el recurso de reposición dejaría de existir, porque le compete resolverlo al mismo funcionario que ha dictado el auto contra el cual se esgrime tal recurso...”.

“...Las razones expuestas son suficientes para concluir que los escrúpulos del Magistrado doctor (...) son la expresión de delicadeza suma y del plausible afán de administrar justicia en forma correcta, pero que no constituyen causal de recusación de ninguna clase...”.

Adición, de este modo, las razones expuestas en la parte motiva de la providencia anterior que, por lo visto, comparto plenamente.

Dante L. Fiorillo Porras
Magistrado.

Abril 21 de 1980.

ESTUPEFACIENTES

Los Jueces de Instrucción Criminal tanto ambulantes como radicados pueden conocer de la instrucción de procesos que se inicien como violatorios del Decreto 1188 de 1974

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., abril 24 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 39, abril 24 de 1980.

Vistos

El procesado Nolasco Alfonso Duque Arroyave, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la de primera instancia por la cual el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa, condenó al recurrente como infractor al Decreto 1188 de 1974, sobre estupefacientes, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de presidio.

1. Los antecedentes.

Según lo revela el expediente, en pesquisas que realizó la Policía Judicial el 1º de febrero de 1978, fueron capturados Nolasco Alfonso Duque Arroyave, Víctor David Vélez Vélez y Carlos Alvarez (se dice que estaba allí también el individuo llamado Jesús Ríos o Rivas y que huyó) en terrenos de la finca denominada Titiribí, por los lados del Corregimiento de La Esperanza en comprensión del Municipio de La Mesa. Se encontró allí un laboratorio para procesamiento de cocaína y se decomisaron dos (2) kilos y medio (½) de dicha sustancia.

2. La actuación judicial.

La investigación fue abierta por el Juzgado 1º de Instrucción Criminal de Bogotá, el día 7 de febrero siguiente. Por el día 8 el Director Seccional de Instrucción Criminal designó para

continuar la investigación al Juez 34 de Instrucción Criminal Ambulante.

El proceso fue entregado al Juzgado Penal del Circuito de La Mesa y allí se declaró cerrada la investigación. La calificación se produjo el 31 de agosto del mismo año y los indagados Duque Arroyave y Vélez Vélez, fueron llamados a responder en juicio, el primero como autor del delito de que trata el Decreto-ley número 1188 de 1974 "referente al tráfico de sustancias que producen dependencia física y síquica", y el segundo como cómplice no necesario de dicho delito. Para Carlos Alvarez Alvarez, se sobreseyó temporalmente y ninguna diligencia se practicó en orden a individualizar e identificar el que se dice responde al nombre de Jesús Ríos o Rivas.

Duque Arroyave, fue condenado en primera instancia por el delito de "tráfico de estupefacientes" (artículo 38 del Decreto 1188 de 1974), a la pena de treinta y seis (36) meses de presidio en su calidad de autor de la infracción por la cual fue llamado a responder en juicio y a Vélez Vélez, considerado como cómplice no necesario, se le impuso la pena de diez y ocho (18) meses de presidio. Esta decisión fue totalmente confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia de 2 de marzo de 1979 que aparece impugnada.

3. La demanda.

Al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, dice el demandante que todo en este proceso es nulo porque la investigación fue iniciada por un Juez de Instrucción Criminal que no podía cumplir dicha tarea. Lo dicho porque se trata aquí de un delito contra la salubridad pública que no aparece en la enumeración de aquellos cuya investigación pueden iniciar tales Jueces (artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, 10 de la Ley 22 de 1977). Lo que es más, agrega el demandante,

ni siquiera pueden los Jueces de Instrucción Criminal, iniciar investigaciones por dicho tipo de delito, aunque reciban comisión para tal efecto. La nulidad, por este aspecto, arranca desde el auto cabeza de proceso inclusive. Para rebatir una posible contra argumentación fundamentada en el inciso 2º del artículo 48 del Decreto 1188, sobre Jueces de Instrucción Criminal, cita el artículo 2º de la Ley 153 de 1887 y afirma que los artículos 48 y 71 del Decreto 1188 de 1974 fueron tácitamente derogados por la reforma que el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal introdujo el 10º de la Ley 22 de 1977.

Un segundo cargo, al amparo de la misma causal, lo hace consistir en la imprecisión, anfibia, contradicción y aun ilegalidad e inconstitucionalidad de la formulación del cargo en el auto de proceder. Examina aquí los verbos rectores que se encuentran en el artículo 38 del Estatuto Nacional de Estupefacientes para concluir que dichos verbos "se reconocen y limitan fácilmente, cada uno en su sentido peculiar y no se identifican los unos con los otros, ni siquiera se enlazan parcialmente". De allí concluye que no se cumple con lo preceptuado por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, sobre auto de proceder, cuando se dice allí que se trata de violación del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, en forma indiscriminada cuando lo que se exige es claridad y precisión, y cuando se habla de "tráfico" y "consumo" que son palabras que la ley no utiliza. Además, en la parte resolutive del auto de proceder se hizo expresa referencia a que al sindicado se le llama a responder por "tráfico de sustancias que producen dependencia física y síquica", cuando lo indicado era dar cumplimiento al artículo 483 y no determinar "dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que considera aplicable". En consecuencia dicho auto se redactó sin sujetarse a las previsiones del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal de lo cual se desprende que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional. La sentencia debe invalidarse, de prosperar este segundo cargo, y anular lo actuado para que se reponga el trámite desde el auto de proceder.

4. El concepto del Ministerio Público.

Considera el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que no existe la nulidad que en primer término alega el demandante, por que a pesar de que es cierto que el artículo 10º de la Ley 22 de 1977 modificó el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, no puede olvidarse que el Decreto 1188 de 1974, trae normas de carácter

especial complementarias de las disposiciones sustantivas y adjetivas en materia penal sin originar incompatibilidades, y porque, ya se sabe, la ley especial prevalece sobre la general (Ley 57 de 1887). Además, por razón de la naturaleza de las normas y de su contenido, no hay incongruencia u oposición entre el Decreto 1188 de 1974 y la Ley 22 de 1977, lo que hace posible la coexistencia de los dos conjuntos de normas. Por tanto, no es dado predicar la incompetencia de jurisdicción en el funcionario que inició la investigación y menos deducir la derogatoria del Decreto. Considera el Ministerio Público que la demanda no puede prosperar por este aspecto.

En relación con el segundo cargo sostiene el Procurador que se ubicó genéricamente la infracción en la parte motiva de la providencia de calificación al incluirla entre aquellas que prevé el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 y la agregación de "por tráfico, conservación o consumo" no implica la adición de cargos nuevos o la imputación de conductas no tipificadas, ni tampoco la exclusión de las efectivamente desarrolladas. Aunque reconoce que puede existir impropiedad en la redacción del auto de proceder afirma que al citar en forma expresa el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 garantizó sin reservas la defensa del sindicado y cerró las puertas a la posibilidad de anulación. Por otra parte, se observó rigurosamente el precepto contenido en el inciso último del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, pues el Estatuto Nacional de Estupefacientes es codificación especial que no asigna denominación genérica a las distintas conductas que describe en su Capítulo V.

Por estas consideraciones el Ministerio Público opina que no pueden prosperar los dos motivos de nulidad alegados y que, en consecuencia, no puede casarse la sentencia impugnada.

5. Las consideraciones de la Sala:

Sostiene la demanda que todo este proceso resulta viciado de nulidad porque sin facultad alguna, en tema de estupefacientes, abrió la investigación un Juez radicado de Instrucción Criminal.

El cargo carece de consistencia y fundamento si se tiene en cuenta que el Decreto 1188 de 1974, por el cual se expidió el "Estatuto Nacional de Estupefacientes", que constituye ordenamiento de carácter especial, sin duda alguna, establece mediante su artículo 48, que:

"El conocimiento de los delitos a que se refiere este Estatuto corresponde en primera instancia,

en forma exclusiva, a los Jueces Penales y Promiscuos del circuito.

“Para su investigación se utilizará de preferencia personal especializado de Policía Judicial y Jueces de Instrucción Criminal radicados o ambulantes”.

Debe apuntarse que la única modificación a la competencia funcional y por la naturaleza del hecho que consagra el inciso primero de la disposición transcrita la introdujo la Ley 17 de 1975 en el numeral 4º de su artículo 5º, que asigna a la competencia de los Jueces Penales Municipales, en primera instancia, el conocimiento “de los delitos a que se refiere el inciso segundo del artículo 38 del Decreto 1188 de 25 de julio de 1974, cuya instrucción estará a su cargo”. Se refiere esta disposición, que también incide en el campo de la instrucción como se ve en los dos incisos que la integran, a la controvertida “dosis personal” en materia de drogas o sustancias que produzcan dependencia física o química.

La preferencia en la utilización de personal especializado de Policía Judicial y Jueces de Instrucción Criminal, subsiste y se concreta además en artículos como el 68, inciso final y 71 del mismo Estatuto, que guardan relación con los artículos 290 y 303 del Código de Procedimiento Penal, que tratan de la Policía Judicial y se refieren al Juez de Instrucción y al Funcionario de Instrucción, respectivamente.

El artículo 48 del Decreto 1188 de 1974, no hizo cosa distinta de perfeccionar el artículo 8º de la Ley 17 de 1973, que se refería de manera general a “Jueces de Instrucción Criminal” y que fue pretexto, en su tiempo, para que los Jueces radicados de Instrucción Criminal alegaran que no les correspondía la instrucción de procesos por estupefacientes ya que los “Jueces de Instrucción” a que se refería la disposición tenían que ser los ambulantes que sí podían investigar delitos de competencia de los Jueces de Circuito, sin exclusión, por mandato del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971), al paso que los delitos contra la salubridad pública previstos en leyes o decretos anteriores y posteriores al actual Estatuto no figuraban en el elenco de los que señala el artículo 55 del mismo Código que dice de la competencia para instruir que tienen los Jueces radicados.

Lo mismo, palabras más, palabras menos, plantea el censor en su demanda y coincide, por su apoyo en la Ley 22 de 1977, con nuevas alegaciones que sobre el mismo tema formulan los

Jueces radicados de Instrucción Criminal que de tal manera se muestran reacios a la investigación por estupefacientes.

Acontece, sin embargo, que el artículo 10º de la Ley 22 de 1977, modificó el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal y para nada tocó el artículo 48 del Decreto 1188 de 1974 que había precisado el artículo 8º de la Ley 17 de 1973 al decir “Jueces de Instrucción Criminal radicados o ambulantes” en lugar de “Jueces de Instrucción Criminal”, expresión esta última que a pesar de su claridad dio paso a diversas interpretaciones, como ya se ha dicho.

Además, el primitivo artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, no se refería a estupefacientes y, en consecuencia, nada tenía que modificar en este campo el artículo 10º de la Ley 22 de 1977. Debe tenerse en cuenta también que dicha ley se expidió para la modificación de “las cuantías para el señalamiento de la competencia en materia civil, penal, laboral y contencioso-administrativa” y para dictar “otras disposiciones sobre recursos procesales” y que, por el primer aspecto, los delitos previstos en el Decreto 1188 de 1974, no se rigen por la cuantía para efectos de fijar la competencia instructora o falladora, y, por el segundo, que son mecanismos de impugnación que nada tienen que ver con el problema que la demanda plantea para este caso.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por el segundo de los cargos el problema se reduce un poco si se tiene en cuenta que cuando el Juez del conocimiento habló de “tráfico, conservación o consumo de drogas que producen dependencia física o psíquica”, lo hizo de una manera general (página 24 del auto de calificación, folio 550) para significar que todo eso se investigaba en este proceso, pero al efectuar la concreción de cargos para el procesado que recurre, dijo en la parte motiva y luego de analizar la prueba, como es de rigor, lo siguiente: “Por esta razón, el Estado le formulará pliego de cargos por el delito contentivo (sic) en el Decreto Ley 1188 de 1974 que trata del tráfico de estupefacientes o de drogas que producen dependencia física o psíquica, etc.” (páginas 26 y 26 bis del auto de proceder, folios 552 y 553).

De esta manera quedó eliminada toda alusión a conservación y consumo y la calificación, aunque no constituya un dechado de perfecciones, se concretó a lo que el Juez denominó tráfico, con lo cual cumplió lo establecido por el num. 3 del primer inciso del artículo 483 según el cual la parte motiva debe contener: “La calificación

genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especificuen". Por tanto, sobra en este caso la distinción entre todos los verbos que aparecen en la demanda cuando cita el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974.

Se concreta el asunto a la palabra "tráfico" que como bien lo dice el demandante no aparece en el texto del ya citado artículo 38 y sí se encuentra en la calificación. Tanto el censor como el Ministerio Público apuntan que se trata de un vocablo común y popularmente utilizado, pero al paso que el primero la rechaza porque, y son sus propias palabras: "al aceptarlo se ha venido creando un tipo delictivo que la ley no contiene" con violación del "principio de reserva y por ende el artículo 26 de la Carta en cuyo contenido se encuentra implícitamente consagrado", el segundo no le da tanta importancia y afirma que se usa a cambio de comerciar.

Tráfico es acción de traficar y traficar, del italiano *trafficare* y éste del latín *transfigicare*, equivale, según el Diccionario de la Lengua Española a "comerciar, negociar con el dinero o las mercaderías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos", y resulta fácilmente comprobable, que los verbos vender y adquirir (que bien puede ser por compra, trueque o pago, etc.), sí aparecen en el artículo 38 comentado. Exigir el uso exacto del vocablo es rigorismo y literalismo excesivos en este caso. Hablar de tráfico a cambio de venta o adquisición del tóxico no altera en nada la fisonomía del delito.

Ni su inclusión en la parte motiva genera nulidad. Bien está que para la correcta redacción de la providencia de calificación se cite la in-

fracción de que se trata por su ubicación en alguno de los capítulos, títulos y libros del Código Penal, pero la inobservancia de esta disposición que trae el inciso último del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, no está sancionada con nulidad en el artículo 210 del mismo. Y si se busca para la nulidad alegada una fuente de origen constitucional (artículo 26 de la Carta) sería menester demostrar que ello anuló o por lo menos dificultó la defensa del procesado, labor ésta que no cumple la demanda y que tampoco encuentra asidero en el proceso pues basta examinar el acta de audiencia para darse cuenta exacta de la amplitud con que la defensa se produjo.

Tampoco prospera el segundo y último de los cargos formulados.

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.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Aljonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NATURALEZA DEL PERJUICIO EN EL DELITO DE FALSEDAD

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., abril 29 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 40.

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Sincelejo su providencia de 16 de noviembre de 1979, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Carlos Barros Salguedo, ex Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad (Sucre), en razón de los cargos que, por falsedad en documentos, le fueron atribuidos.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la decisión consultada.

Hechos y actuación procesal

La investigación tuvo su origen en la queja formulada, ante la Procuraduría Regional de Sincelejo, por Alfonso Martínez Martínez, Flor María Ortigón de Román y José María Román de la Ossa, contra el doctor Carlos Barros Salguedo, ex Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad.

El Procurador Regional se abstuvo, mediante la resolución número 107 de noviembre 29 de 1977, de formular cargos en contra del funcionario acusado. Decidió, sin embargo, remitir la actuación disciplinaria al Tribunal Superior de Sincelejo, a fin de que se investigara el presunto delito de falsedad denunciado por los quejosos (fl. 46 edno. de la Procuraduría).

En el curso de la investigación decretada por el Tribunal de instancia se establecieron los siguientes hechos:

El Juzgado 1º Civil del Circuito de Montería (Córdoba) comisionó mediante despacho número

(sic) de 7 de junio de 1976, al Juzgado Promiscuo Municipal de San Benito Abad a fin de que practicara la diligencia de secuestro provisional sobre la finca El Descanso, ubicada en esa jurisdicción, la cual había sido ordenada dentro del juicio sucesorio intestado de Roberto Montes de la Ossa, por auto de 1º de junio de 1976. Los linderos de la finca fueron señalados de modo preciso en el despacho comisorio, según se desprende de las trascripciones que, al respecto, se hacen en diferentes actuaciones que obran en el expediente.

El día 5 de julio de 1976, el Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad, doctor Carlos Barros Salguedo, en cumplimiento de la comisión impartida por el Juzgado 1º, Civil del Circuito de Montería, llevó a cabo la diligencia de secuestro provisional sobre el inmueble rural mencionado. Para tal actuación, sin embargo, no tuvo en cuenta los linderos indicados en el despacho comisorio, sino otros, tomados de las versiones de varias personas que habitaban el lugar, quienes, de algún modo, tenían interés en la diligencia.

En la transcripción que, de una parte de esta diligencia quedó consignada en el acta de visita practicada al juzgado por la Procuraduría Regional de Sincelejo, se observa que el Juez hizo entrega real y material del inmueble materia de la misma al secuestre, Marco Benítez Muñoz, quien la recibió a entera satisfacción (fl. 19 del edn. de la Procuraduría). Allí mismo se lee lo siguiente: "Se deja expresa constancia que al momento de practicar la presente diligencia se puso de presente el objeto de la misma al señor Alfonso Martínez Martínez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1555960 de Chinú, quien accedió a la práctica de la misma".

El Juzgado comitente, mediante proveído de 13 de noviembre de 1976, decretó la nulidad de la diligencia de secuestro practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Benito Abad, por cuanto "si el bien materia del secuestro para el cual se comisionó al señor Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad, en la finca denomi-

nada 'El Descanso', la cual está comprendida dentro de los linderos expresados en el Despacho Comisorio y en la diligencia de secuestro, se describe otra finca, es claro deducir que el bien secuestrado por el comisionado no es el mismo que aparece en la diligencia de secuestro, pues los linderos no son los mismos señalados en dicho Despacho". Y además, porque "el funcionario comisionado no cumplió con los requisitos mínimos de que habla la ley para esta clase de diligencias, pues al comienzo de la misma nada se dice a quién se le informó que se iba a practicar la misma, ya al final en donde se dice que se le puso de presente el objeto de la misma al señor Alfonso Martínez Martínez, pero no se dice en calidad de que se le puso de presente esa diligencia" (fl. 20 del cdno. de la Procuraduría).

Al ordenar una nueva diligencia de secuestro, se señalan los mismos linderos que se habían indicado en el primer despacho comisorio y se advierte al Juez que no se aparte de ellos al identificar el bien. En esta ocasión, el Juez comisionado, que lo fue el secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de San Benito Abad, encargado del despacho por vacaciones del titular, se atuvo estrictamente a los términos de la comisión.

La acusación se contrae, por tanto, a atribuir al ex Juez Barros Salguero el hecho de haber consignado, en la diligencia de secuestro practicada por él sobre la finca "El Descanso", como linderos de ésta los que no son, pues no coinciden con los que le fueron suministrados para ese efecto en el despacho comisorio. Se le acusa también de haber manifestado, en esa misma diligencia, que previno a los ocupantes del inmueble acerca del objeto de la misma, sin que así se hubiera hecho.

El sindicado explicó su actuación en los siguientes términos: "Yo me enteré que la finca materia del secuestro era y es 'El Descanso', porque así me lo comunicó el Tesorero Municipal de San Benito Abad, señor Hernán Román Montes, quien también se cree heredero en el juicio de sucesión del difunto Roberto Montes, la señora Fulgencia Abad, y el señor Carlos Montes, quienes son personas conocedoras de la región y de cierta edad que les permite tener un conocimiento exacto de la zona. En cuanto a los linderos, los que figuraban en la primera diligencia determinamos los actuales, y no recuerdo si señalé los linderos antiguos" (fl. 67).

Apreciaciones del Tribunal

"No ha habido dolo en la conducta del funcionario acusado, desde luego que lo afirmado en la

diligencia ya era una falsedad, pues, todo lo afirmado en la diligencia es cierto, sólo que los linderos que correspondían a la fecha, pero ello se debió a desconocimiento de la región y no a mala fe del funcionario" (fl. 100).

Concepto de la Procuraduría

El Ministerio Público considera que debe confirmarse la providencia consultada por cuanto "el documento público tachado de falso no surtió efectos jurídicos dentro del juicio civil por haber sido oportunamente invalidado en consideración a que el comisionado excedió las precisas facultades del comitente (artículo 34 del Código de Procedimiento Civil); y como quiera que la errónea delimitación del inmueble secuestrado se debió a equivocada información de personas conocedoras de la región o interesadas en el resultado de la misma, y no a mala fe o capricho del funcionario inculcado, infiérese que los hechos a él imputados y por los cuales fue oído en indagatoria no son constitutivos de infracción penal".

Consideraciones de la Corte

En el delito de falsedad en documento público basta, respecto del perjuicio, que este tenga la aptitud para generarlo, o lo que es lo mismo, que el documento sea potencialmente dañoso.

Esa idoneidad para causar daño no puede deducirse únicamente de la efectiva realización de éste, aunque no puede negarse que ello constituye su mejor comprobación, sino de la intrínseca aptitud para ocasionarlo, la cual se puede apreciar desde el momento mismo en que el documento es creado.

Por eso un documento público afectado de nulidad puede ser objeto material de un delito de falsedad, pues en tanto no sea invalidado puede producir, además del daño que entraña a la fe o confianza públicas depositadas en esta clase de documentos y a su valor probatorio, perjuicio a los intereses particulares en él amparados.

En el caso que se estudia, la diligencia de secuestro produjo de inmediato efectos jurídicos, como la entrega real y material al secuestro del fundo mal delimitado, el cual lo dio por recibido y al parecer ejerció efectivamente sus funciones, pues en el expediente hay fotocopia de las comunicaciones que dirigió a Eugenio Martínez Percy y a Rafael Román (fls. 15 y 16), en las cuales los conmina para que, en el término de dos días, saquen de la finca "El Descanso" los ganados de su propiedad y la desalojen junto con sus familias.

El texto de la nota dirigida a Eugenio Martínez Percy, es el siguiente:

“Con la presente manifiesto a usted que tiene un término de dos días para que evacue o saque los ganados que son de su propiedad, de la finca ‘El Descanso’, nombrada por usted como la finca San Juan. Esta advertencia se la hago en mi calidad de secuestre o administrador judicial de dicha finca, por cuanto por razón de mi cargo debo entregar cuentas a los herederos de Roberto Montes de la Ossa, finado *que fue el dueño* de dicha finca que usted ocupa.

De igual manera le prevengo que debe usted desocupar, junto con su familia la mentada finca ‘El Descanso’; por último le prevengo que si voluntariamente no desalojan el inmueble en cuestión, no tendré otra alternativa que la de acudir al auxilio de la fuerza pública para que sea ésta quien lo haga en forma legal. Atentamente. Marco Benítez M. Secuestre. Cédula de ciudadanía número 950182 de San Benito”.

Acerca de esta nota y de algunas de sus consecuencias, expresan los denunciantes del Juez acusado:

“No sobra informar al señor Procurador que con ocasión del primer ‘secuestro’, el del año pasado, al finado Eugenio Leopoldo Martínez le enviaron una carta, dándole un plazo para que desocupara la finca, y ese hecho lo llevó a la cama y se dice que murió a consecuencia del impacto emocional que le ocasionó la carta. Esta carta reposa, junto con otra en el mismo sentido enviada al suscrito José María Román, dentro del citado proceso de sucesión” (fls. 3 y 4 del cdno. de la Procuraduría).

De tal manera que no puede afirmarse que esa diligencia fue inocua por cuanto el juzgado comitente la anuló y ordenó practicar una nueva.

La nulidad fue decretada a los cuatro meses de haberse realizado el secuestro, y lo fue a instancias de quienes empezaron a ver que los venía perjudicando y que seguramente iba a causarles daños de mayor consideración. La mejor comprobación de que ese acto, viciado de nulidad en su origen, sí tenía potencialidad dañosa, en la que suministra su petición de nulidad, formulada por las personas cuyos predios quedaron afectados por la delimitación que el Juez hizo del inmueble objeto del secuestro.

Respecto de la naturaleza del perjuicio en el delito de falsedad ha dicho la Corte:

“Finalmente debe tenerse en cuenta que el perjuicio propio de la falsedad documental no es sólo el real y efectivo que se causa a las relacio-

nes jurídicas de que se viene hablando sino el que las amenace de una manera cierta y directa. En otras palabras, el delito en cuestión no es, para usar una terminología tradicional no muy acatada en la actualidad, de daño concreto sino de daño potencial o de peligro concreto.

“Significa esto que aun cuando no se establezca que se ha perjudicado a una determinada persona, el delito de falsedad documental existe si se puede aceptar razonadamente que el documento falso tiene aptitud para perturbar una relación jurídica, bien sea contribuyendo a negar un derecho a quien lo tiene o atribuírselo a quien no lo tiene ya en el campo de las relaciones entre particulares o bien en el de éstos con el Estado” (casación de 27 de agosto de 1976).

Tal vez, por cuanto se partió de la base de la inocuidad de la falsedad que afectada a la diligencia en mención, no se hizo mayor esfuerzo para aportar al expediente todos los elementos probatorios indispensables para valorar en su integridad la conducta del funcionario acusado.

De allí que no exista en este momento la prueba requerida para llamarlo a responder en juicio, pero tampoco la que pueda sustentar un sobreseimiento de carácter definitivo.

Se habrá de sobeseer temporalmente, con el objeto de que en al nuevo período probatorio se practiquen las siguientes pruebas, echadas de menos en el expediente:

a) Ampliación de indagatoria del procesado, a fin de que explique en forma concreta y pormenorizada porqué motivo no tuvo en cuenta los linderos especificados en el despacho comisorio y prefirió determinarlos con base en las versiones de las personas asistentes a la diligencia. Dirá si esta determinación la tomó por iniciativa propia, o por sugerencia de alguno o algunos de los presentes y, en ese caso, de quién o quiénes. Especificará qué personas concurrieron a la diligencia y cuál la razón de su presencia;

b) Declaraciones y careos pertinentes que permitan establecer si a Alfonso Martínez Martínez y demás afectados por la diligencia se les puso de presente el objeto de la misma y en qué términos. Se establecerá si los que hubieren concurrido formaron o no la actuación;

c) Allegar copia auténtica o íntegra de las siguientes piezas procesales: despacho comisorio número (sin) de 7 de junio de 1976, originario del Juzgado 1º Civil del Circuito de Montería; diligencia de secuestro practicada, con base en él, por el funcionario acusado; auto que invalidó

dicha diligencia; memorial por medio del cual solicitaron decretar la nulidad los interesados;

e) Declaración de los firmantes del memorial dirigido a la Procuraduría Regional de Sincelejo, Alfonso Martínez Martínez, Flor María Ortegón de Román y José María Román de la Ossa, a fin de que especifiquen cuáles de esos cargos formulan al ex Juez Carlos Barros Salgado y cuáles atribuyen al ex Juez encargado Alvaro Pérez Morales, pues uno y otro practicaron en ocasión diferente, la diligencia de secuestro y al Juez encargado se le siguió investigación por separado (fls. 75 a 79).

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

1º *Revocar* la providencia consultada.

2º Sobreseer temporalmente por segunda vez, en favor del doctor Carlos Barros Salgado, ex

Juez Promiscuo Municipal de San Benito Abad (Sucre), en razón de los cargos que le han sido atribuidos en este proceso.

3º Dentro del término establecido en el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal, se practicarán las pruebas que de manera precisa se puntualizan en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY POR ERROR DE HECHO

Sus modalidades

Formas de falsedad documental descritas en los artículos 240 y 242 del Código Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., abril 29 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 40.

Vistos

El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia del once de julio de mil novecientos setenta y nueve confirmó la condena a treinta y dos meses de prisión que el Juzgado Quinto Superior impuso a Saúl Galindo Soler y modificó para rebajarla a doce meses de prisión, la que en la misma providencia el Juzgado emitió contra José Roberto Sotelo Grimaldo, a quienes se había llamado a juicio por delito de falsedad en documentos privados. El defensor oficioso de Galindo interpuso recurso extraordinario de casación.

Hechos

En el mes de febrero de mil novecientos setenta y siete Saúl Galindo y Roberto Sotelo, auxiliares de servicios bancarios y de cartería, respectivamente, de la Caja Agraria de Tunja, decidieron abrir una cuenta ficticia en la misma oficina donde trabajaban a nombre de Marco Fidel Suárez; hecho ésto, Sotelo elaboró un formato de retiro por la cantidad de ocho mil pesos (\$ 8.000.00), que, con la colaboración de Galindo, hicieron efectivo y luego se repartieron por partes iguales; con el fin de cubrir el faltante alteraron luego los registros de varias cuentas de ahorro, para debitar de ellas sumas de dinero cuyo total coincidiera con la cantidad apropiada. Descubierto

el hecho —que los empleados confesaron— se inició la investigación respectiva.

Actuación procesal

El Juzgado de instancia llamó a juicio a los dos sindicados por delito de falsedad en documentos privados, habiendo ubicado la conducta de uno y otro en la modalidad delictiva del artículo 240 del Código Penal; sin que la situación procesal se modificara, profirióse sentencia de condena contra ambos. Al ser consultada esta providencia, el Tribunal decretó la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder por considerar que se había hecho una “calificación incompleta” de los hechos ya que, a su juicio, el comportamiento de los procesados quedaba subsumido en la figura del artículo 242 del Código Penal en cuanto habían utilizado los mismos documentos por ellos falsificados.

El Juzgado Quinto Superior, cumpliendo la decisión del Tribunal, llamó nuevamente a juicio y condenó luego a los encartados a la pena de treinta y dos meses de prisión en su condición de coautores del delito de falsedad descrito en el artículo 242 del Código Penal. Esta fue la sentencia que el Tribunal confirmó respecto de Galindo Soler y modificó en relación con Sotelo a quien solamente impuso doce meses de prisión.

Demanda

El recurrente invoca las causales primera y cuarta, así:

Causal primera. La sentencia “es violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea de las pruebas, por haberse incurrido en error de hecho, lo que condujo a la violación de los artículos 241 y 242 del Código Penal y 19 de la

misma obra, y por efecto de esta violación se dejó de aplicar para mi defendido el artículo 80 del Código Penal y el numeral 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal”.

Para sustentar este cargo sostiene que ambos sindicados son coautores del delito de falsedad en documento privado en la modalidad prevista por el artículo 241 del Código Penal porque se limitaron a usar los documentos falsos con ánimo de lucro y que, por consiguiente, mal hizo el Tribunal en condenar al uno por este delito y al otro (su cliente) por el del artículo 242. Para corroborar esta conclusión cita apartes del dictamen grafológico del Instituto de Medicina Legal, según el cual Galindo falsificó la firma de Marco Fidel Suárez, en las tarjetas de apertura de la cuenta de ahorro, y Sotelo, a su vez, falsificó los comprobantes de consignación y retiro de la citada cuenta. Igualmente cita apartes de la diligencia de careo en la que ambos se inculpan.

Hecho esto concluye: “Así las cosas, se ve muy claro un error de hecho al apreciar las pruebas por el honorable Tribunal, pues teniendo idéntica responsabilidad ambos encausados, todo lo que favorezca al uno debe favorecer al otro; por ello no pido aquí que le aumenten la pena a Sotelo Grimaldo, sino que le den el mismo tratamiento al señor Galindo Soler. Ambos sabían que las tarjetas eran falsas y se situaron dentro del artículo 241 del Código Penal; pero decir que el uno usó de los documentos que elaboró y el otro no, no es justo; pero este error se puede corregir, casando la sentencia y reformándola, en el sentido de imponer un año de prisión a mi defendido, como es lo justo y equitativo”.

Causal cuarta. La enuncia así: “Acuso la sentencia de acuerdo con la causal cuarta de casación, pues la sentencia se ha dictado en un juicio viciado de nulidad, la que pido decrete la honorable Corte”.

Luego de transcribir parcialmente la determinación del Tribunal en que dispuso nulidad de lo actuado por “calificación incompleta” de los hechos, dice, a manera de sustento: “En mi concepto, la nulidad que decretó el Tribunal no tiene acogida o no está contemplada en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, pues allí no se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Luego el Tribunal ha debido entrar a dictar sentencia de mérito y no anular el procedimiento. Al haberse anulado el proceso o juicio sin causa, lo que es verdaderamente nulo es toda la actuación subsiguiente a partir del auto de dieciséis de noviembre de 1978”.

Concepto de Procuraduría

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita que se rechace el cargo de nulidad porque el recurrente no lo demostró y porque el Tribunal al invalidar el proceso por considerar incompleta su calificación no incurrió en vicio alguno.

En relación con la causal primera, la considera improcedente por falta de técnica, en razón de que el demandante no precisa ni demuestra el cargo y se limita a cuestionar la calificación dada a los hechos “con los mismos argumentos ampliamente debatidos en las instancias”.

Agrega que “el fallo impugnado, en lo que respecta al procesado recurrente se dictó en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y la circunstancia de que en él se haya favorecido la situación jurídica del no recurrente, no puede aducirse válidamente para fundar en tal evento la acusación hecha a la sentencia puesto que la responsabilidad penal es personal”.

Considerandos

a) *Causal cuarta.*

1. Sabido es que cuando se alega esta causal no le basta al recurrente enunciarla; debe señalar concretamente en qué se hace consistir y demostrar su aserto. Si de nulidad constitucional se trata, habrá de referirla al artículo 26 de la Constitución Nacional e indicar la naturaleza de su violación; si, en cambio, apunta hacia una de carácter legal, imperativo le es señalar en cuál de las señaladas en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, incurrieron los juzgadores. Si, en vez de ésto, se limita a invocarla y la deja huérfana de precisión y de prueba, habrá de desecharse el cargo.

2. En esa falla incurre el demandante; su aseveración de que el Tribunal erró al anular la actuación del juzgado de instancia y su conclusión de que todo lo repuesto por el *a quo* es, entonces nulo, no pasa de ser una mera afirmación, sin poder suficiente para permitir el reconocimiento de una causal que genera tan extremas consecuencias.

3. Aunque sea discutible el fundamento jurídico de una nulidad decretada por “calificación incompleta” de los hechos en el auto de proceder, como la que dispuso el Tribunal de Tunja, la verdad es que una tal determinación no está prevista, a su vez, como nulidad por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal que las enuncia taxativamente, ni configura, de otra

parte, nulidad constitucional porque con ello no se viola ninguna de las garantías ínsitas en el artículo 26 de la Carta Fundamental.

Como bien lo anota la Procuraduría, el procesado recurrente fue llamado a juicio por delito de falsedad en documento privado (artículo 242 Código Penal), y por ese mismo delito se le condenó, lo que no evidencia irregularidad alguna; el que al otro procesado no recurrente se le hubiese impuesto pena menor, con fundamentación jurídica cuestionable, es asunto que en nada modifica la situación procesal del primero.

No prospera, pues, el cargo.

b) *Causal primera.*

1. *La violación indirecta de la ley por error de hecho comprende tres modalidades, a saber:*

a) *El juzgador otorga valor probatorio a un hecho inexistente;*

b) *El juzgador omite considerar una prueba que aparece evidente en el proceso, y*

c) *El juzgador falsea los hechos que conforman una prueba legalmente producida y por esta vía le desconoce el valor jurídico que realmente tiene.*

Cuando se alega esta causal, el recurrente debe remitirla a una de dichas modalidades y demostrar por modo fehaciente el error en que incurrió el juzgador; su mera enunciación resulta insuficiente para lograr éxito en la pretensión.

2) *En el presente caso, el demandante no precisa en qué consistió la fáctica equivocación del fallador, y desde luego, no la demuestra; se limita a señalar que ambos procesados fueron coautores de un mismo delito y que por eso han debido ser sancionados de idéntica manera. Y en relación con su patrocinado sostiene, en esencia, que la conducta por él realizada aparece integralmente recogida por el artículo 241 del Código Penal que describe la falsedad por uso y que por eso erró el Tribunal al condenarlo con base en el artículo 242 ibídem, que sanciona la utilización del documento falsificado por el mismo actor; pero entonces, lo que ha debido proponer es la primera parte de la causal primera, es decir, violación de la ley sustancial por infracción directa en cuanto considera que el juzgador erró en el proceso de adecuación típica de la conducta ejecutada por su poderdante.*

3) *Estas consideraciones bastan para desechar el recurso. No obstante, como quiera que Juzgado y Tribunal al realizar análisis jurídico sobre los hechos, hacen controvertibles afirmaciones sobre la aplicabilidad de las formas de falsedad docu-*

mental descritas en los artículos 240 a 242 del Código Penal y sus relaciones con la estafa, cree conveniente la Sala consignar su punto de vista sobre esta materia.

4) *Para el mejor estudio de la cuestión, se examinarán varias hipótesis, así:*

a) *Una persona comete falsedad en documento privado "con perjuicio de tercero o con intención de causarlo", en cuyo caso su comportamiento encuadra solamente en el tipo legal previsto por el artículo 240 del Código Penal;*

b) *Una persona, con perjuicio de terceros o con propósito de lucrarse, usa documento privado que otra ha falsificado; tal comportamiento encaja plenamente en el tipo legal descrito por el artículo 241 del Código Penal, dispositivo este que se diferencia del anterior no solo por la naturaleza de la conducta sino por la diversidad de agentes;*

c) *La persona que usa el documento privado falsificado por otra, lo utiliza como ardid, como parte de una mise en scene y en virtud de su engaño orientado hacia otra persona, obtiene provecho económico en perjuicio ajeno. Surge en este caso concurso aparente entre los tipos de falsedad y estafa, colisión que ha de resolverse mediante la aplicación del principio de consunción, en virtud del cual el tipo de mayor contenido jurídico absorbe al de menor riqueza descriptiva; en esta hipótesis el tipo de falsedad (artículo 241), subsume al de estafa (artículo 408) porque mediante él tutela el legislador el bien jurídico de la fe pública de mayor trascendencia social que el de la propiedad privada amparado por el de estafa; y porque siendo este un tipo cerrado (circunstancia modal) y de resultado (obtención de provecho) y aquél, abierto y de mera conducta, es capaz de absorber dichas circunstancias y resultado, como que el uso del documento falso constituye de por sí engaño y la simple obtención del provecho buscado es evento natural del ardid;*

d) *La misma persona que falsifica el documento privado lo usa; tal uso, como quiera que está referido por el artículo 242 del Código Penal al artículo 241 ibídem, ha de reunir los requisitos de esta última figura. En este caso hay concurso aparente entre estos dos tipos legales (artículos 240 y 242 del Código Penal), que se resuelve por mandato del propio legislador mediante la aplicación del segundo de ellos, en la medida en que, además de comprender la conducta descrita en el artículo 240, le adiciona nuevo comporta-*

miento que consiste, como ya se vió, en utilizar el documento falso.

Sin embargo, la forma como el artículo 242 plasma la sanción aplicable, al referirla al artículo 233 que describe la falsedad sobre escrituras, documentos públicos y oficiales e instrumentos negociables, causa en verdad extrañeza porque la norma en cuestión ha debido apuntar inequívocamente hacia el tipo legal con el cual se creó el aparente conflicto, vale decir, el artículo 240. Todo parece indicar que estamos frente a lapsus calami del legislador, porque en el seno de la comisión redactora este artículo se aprobó en su parte pertinente así: "... la sanción será la establecida en el artículo..." (el de la falsedad en documentos), aumentada de una tercera parte a la mitad". A renglón seguido la comisión dejó constancia de que esta disposición, aprobada a instancias del doctor Cárdenas, tenía por objeto evitar que "la pena de la falsedad se acumulare a la pena por el uso del documento, lo que haría elevar de un modo muy severo la sanción" (cfr. acta número 219 de la comisión redactora del Código Penal); esto indica con meridiana claridad que la "falsedad en documentos" a que se refería el artículo aprobado para los efectos de la pena, no era la del artículo 233 (artículo 23 del proyecto), sino la del artículo 240 (30 del proyecto), dado que resulta imposible la acumulación punitiva que se quiso evitar, entre los tipos legales descritos en los artículos 233 y 242 porque el objeto material sobre el cual recaen las conductas señaladas en uno y otro es diverso; en aquél escrituras, documentos públicos u oficiales e instrumentos negociables y en este, documentos privados solamente.

El documento al cual se refería la constancia no podía ser otro que el privado puesto que sobre ese documento versaba la fórmula aprobada y, como acaba de indicarse, la razón de ese texto era la de evitar la imposición de pena propia de un concurso material cuando el autor de falsedad sobre documento privado usase tal documento. Debíó ocurrir, entonces, que al traducir en números la expresión "el de la falsedad en documentos" utilizada en esta fórmula (artículo 31 bis del proyecto) se escribió "el artículo 233" cuando ha debido estamparse el 240.

Pero es que, además, siendo presidio la sanción aplicable en la falsedad del artículo 233 y apenas prisión la del artículo 240, la remisión que el 242 hace al primero de estos dispositivos, transforma, agravándola, la pena prevista en el tipo legal que es subsumido por éste, con manifiesta

injusticia punitiva para el procesado. Por estas razones, la Sala considera que la sanción aplicable en el caso del artículo 242 ha de referirse al 240 y no al 233; con esta interpretación se satisface la finalidad buscada en el origen de la norma, se encuadra plenamente el fenómeno dentro del concurso aparente de tipos ya explicado, se logra una solución jurídica y socialmente adecuada a la naturaleza del fenómeno que con estos dos preceptos se creó y se aplica la sanción más justa entre dos legalmente posibles, consideración esta última que en materia penal debiera constituir ratio essendi de hemenéutica jurídica;

e) La misma persona que falsifica el documento privado, lo emplea en maniobra artificiosa para engañar a otro y lograr por esta vía ventaja patrimonial indebida. Como quiera que la única diferencia entre esta hipótesis y la distinguida con el literal c) es la de que aquí el mismo agente que falsifica el documento lo utiliza fraudulentamente y en el caso del artículo 241 otro es el falsario, y como en ambos casos se usa el documento para inducir en error a otra persona y en virtud de tal maniobra se obtiene provecho económico, el conflicto planteado es idéntico y ha de resolverse, consecuentemente, de la misma manera; significa esto que también se da en esta situación un concurso aparente de tipos con predominio del de falsedad (artículo 242) sobre del de estafa (artículo 408).

5. Aclaradas estas cuestiones y volviendo a los planteamientos de la demanda, reitérase que, mal enfocado el recurso, ha de ser resuelto negativamente.

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

Resuelve:

DESECHAR el recurso de casación interpuesto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

MARIHUANA

LA DOSIS PERSONAL LA INDICA EL DECRETO 1188 DE 1974 EN SU ARTICULO 6º

Competencia de los jueces para instruir los procesos mientras se produce la peritación médico legal a que hace referencia el artículo 39 del Decreto 1188 de 1974

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 6 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 41, de mayo 6 de 1980.

Vistos

En sentencia de seis de septiembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, impuso tres (3) años de presidio y multa por valor de cinco mil pesos (\$ 5.000.00), a Germán Enrique Bermúdez Quintero, como coautor del delito que define y sanciona el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, vale indicar llevar consigo 36 gramos de marihuana.

En tiempo oportuno se impugnó la sentencia y también en ocasión procesal debida se formuló la correspondiente demanda, la cual se declaró ajustada a las formalidades de ley.

Hechos y antecedentes procesales

1. El 16 de marzo de 1978, horas de la noche, en la localidad de Puerto Rico de la Intendencia Nacional del Caquetá, fueron capturados Aster José Galván Liévano y Germán Enrique Bermúdez Quintero, aquél estudiante y éste fotógrafo, porque el primero de ellos llevaba en su chaqueta 36 gramos de marihuana.

2. A sus capturadores ambos dijeron que les gustaba la marihuana y dejaron entrever que la portaban para consumo personal. En indagatoria

ya aseveraron que un desconocido la suministró diciéndoles que la guardaran que "después se dan cuenta qué es", verificando posteriormente que se trataba de marihuana.

3. El Juzgado 2º Penal del Circuito de Florencia enjuició a Galván Liévano y sobreseyó definitivamente a Bermúdez Quintero (junio 30 de 1978). Para el primero se siguió la causa y terminó, en el original, con sentencia condenatoria. El Tribunal, al revisar el sobreseimiento definitivo, lo mudó por enjuiciamiento. Se declaró reo ausente a Bermúdez Quintero y con defensor de oficio se adelantó la causa. En fallo de 16 de febrero de 1979, el Juzgado le impuso tres (3) años de presidio, multa por cinco mil pesos (\$ 5.000.00), así como las accesorias pertinentes, proveído que el superior, como se dejó visto, confirmó integralmente.

4. Tres días después de la sentencia se dispuso la captura por parte del F 2, comunicando la dirección que este procesado había suministrado en su indagatoria. (fl. 39). Aquellas respondieron (abril 20) negativamente indicando que la misma no existía. (fl. 40). Pero el 10 de julio el DAS logró su aprehensión en la dirección que la policía tuvo por falsa. La sentencia de primer grado le fue notificada personalmente y apeló de ella, a la vez que nombraba a su defensor de oficio como su representante de confianza.

Fundamentos de la demanda

Se invoca, como primer motivo de censura, una nulidad constitucional pues se omitió la aplicación del artículo 70 del Decreto 1188 de 1974, ya que "ninguna acta se levantó sobre el decomiso de la marihuana de que da cuenta un simple informe que la autoridad pasó a la justicia". Esa

diligencia hubiera demostrado que, en poder del sentenciado, no se encontró la marihuana.

Como segundo cargo se dice que se aplicó indebidamente el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, al imponerse una pena privativa de la libertad "por hecho que no ha cometido, a lo cual se llegó por violación directa del artículo 11 del Código Penal". Y al respecto se anota: "...si como se desprende de los autos, el joven Bermúdez Quintero, no llevaba consigo la marihuana decomisada, pues concretamente aparece que el estupefaciente fue hallado en la prenda ya citada, que usaba el joven Galván Liévano, ni tampoco resulta ni objetiva, ni subjetivamente imputable de ninguna de las otras conductas señaladas en el transcrito artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, mal puede resultar responsable y ser objeto de la condena que le fue impuesta..."

"El simple hecho de ser compañero de viaje de otra persona, o de haber presenciado cuando otro individuo le entregó a ese compañero de viaje el obsequio de que lo quiso hacer "víctima" (cuestión no tan inverosímil, puesto que hay corredores del estupefaciente que buscan incrementar el mercado de la nefanda mercancía, propiciando su uso y el incremento del vicio o hábito), no permite trasladar, comunicar el dolo ajeno, para que sea responsabilizado penalmente quien no ha cometido el hecho previsto como infracción punible.

"¿Que tal que toda persona que vea cometer un delito, resulte responsable del ilícito que presencia? Todos los testigos en materia penal serían llevados a la cárcel, no por un supuesto falso testimonio (en caso de falta de verdad en lo que declaren) sino por ser testigos".

Opinión del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Desestima el primero de los reproches porque "la inaplicación del precepto contenido en el mencionado artículo 70, si puede calificarse de falla en la instrucción del negocio, en el menor grado vicia la validez de la sentencia recaída contra Bermúdez Quintero. En primer lugar, porque en ella figura claramente reconocido que la porción de marihuana incautada la llevaba consigo Aster José Galván Liévano, solo que la responsabilidad del porte de la sustancia fue asumida al unísono por ambos sujetos agentes, respaldada con la plena comprobación de que estaba destinada al consumo personal del par de condenados en igualdad de circunstancias, cuya adicción a tales drogas tampoco se puso en tela de juicio por el fallador; en segundo término la

prueba o documento que echa de menos el opugnantante está básicamente encaminada a asegurar las huellas iniciales del hecho punible, sin que ello signifique que constituya el único cauce legal para la demostración de su existencia o de uno de sus elementos estructurales y en el expediente aparecen acreditados a cabalidad los eventos que debía enseñar el acta con medios de convicción de similar credibilidad como son las propias confesiones de los procesados, la peritación médico legal sobre la naturaleza del objeto decomisado, los pertinentes informes policiales y varios indicios que los comprometen y suplen suficientemente lo dispuesto en aquella disposición".

Y del segundo no se ocupa porque encuentra que hay otro motivo de mayor jerarquía (nulidad constitucional), que obliga a "casar la sentencia demandada y decretar la nulidad del proceso desde el auto de cierre de investigación, inclusive, ordenando su restablecimiento con la corrección del vicio" que extensamente comenta. Esta decisión debe acompañarse del decreto de libertad de Bermúdez Quintero.

El razonamiento es como sigue:

La marihuana se destinaba, por los dos sentenciados, al consumo "conjunto personal". Si la cantidad era de 36 gramos, ello quiere decir, que a cada uno, para el fin indicado, le correspondían 18 gramos de marihuana. No se sabe si esta porción constituía o no "dosis personal".

"Este tópico crea mayor perplejidad si se toma como punto de referencia la tarifa que para superar las ingentes dificultades que siempre han surgido en la precisión de lo que debe entenderse por 'dosis personal' elaboró el legislador en el artículo 4º del Decreto 701 de 1976 reglamentario, entre otros, del artículo 38 del Decreto-ley 1188 de 1974, fijado como tal 'hasta 28 gramos', que si bien es cierto el Consejo de Estado mediante sentencia de marzo 21 de 1977 lo anuló, no fue por estar apoyado en criterios anticientíficos sino porque rebasó los límites de la ley original, no pierde importancia para dilucidar el problema planteado, pues muestra a las claras de qué manera 18 gramos están muy por debajo de esa cifra.

"La determinación de la dosis personal a que hace referencia el inciso 2º del artículo anterior deberá hacerse por peritación médico legal, teniendo en cuenta la calidad y cuantía de la sustancia y la historia y situación clínica del sindicado", expresa el artículo 39 del Decreto 1188 en mención.

“No obstante el mecanismo procesal indicado para obtener la prueba anterior, como la trascendencia y procedencia de la misma, nada hizo la justicia para practicarla, con incuestionable perjuicio para la defensa del procesado, sin que pueda pensarse argüir que fue culpa del condenado como surgiría de la declaratoria de reo ausente que lo hace aparecer en estado de rebeldía, ya que cuando fue llamado a juicio por el Tribunal Superior se ordenó la captura al Municipio de Puerto Rico siendo que allí se encontraba de tránsito cuando fue apresado inicialmente y por tanto era de esperarse un resultado negativo. En cambio no se tuvo en cuenta que al rendir indagatoria había registrado la dirección correcta de su residencia en Bogotá y fue así como al producirse la sentencia allí se le aprehendió sin la menor resistencia, indicativo de que estaba en condiciones de ser citado al proceso en todo momento.

“Y no era de poca monta la definición previa a la condena de si realmente se trataba de ‘una dosis personal’ o de una cantidad superior de marihuana porque se procedía, pues que en uno u otro caso variaba la competencia del juzgamiento, así solo existiera la duda, lo mismo que la clase de sanción imponible. En el primero aquella radicaría en el Juzgado Municipal y en el segundo en el del Circuito respectivo, a términos de los artículos 48 del Decreto 1188 de 1974 y 5º numeral 4º de la Ley 17 de 1975, mientras que la pena, siguiendo idéntico orden sería de 1 mes a 2 años de arresto o de 3 a 12 de presidio, conforme al artículo 38 del decreto sobre estupefacientes.

“En tratándose de falta de competencia por existir duda sobre si se daba la primera o la segunda hipótesis, se origina nulidad legal prevista en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal o, en su defecto, de no acogerse sería de orden constitucional por falta al debido proceso lesiva del derecho de defensa del procesado”.

Consideraciones de la Sala

Muy juiciosas aparecen las reflexiones del señor Procurador 3º Delegado. Acierta en la calificación de la importancia y efectos de la diligencia que señala el artículo 70 del mencionado Decreto 1188 de 1974, sus razones, a este respecto constituyen suficiente réplica a este cargo. Y, en cuanto a la incidencia que pueda tener el anulado Decreto reglamentario 701 de 1976, ofrece una orientación que la Sala desarrollará en todas sus consecuencias. Pero conviene antes

señalar que el emplazamiento del procesado no correspondió a las exigencias legales. Este modo de juzgar a los ausentes no lo prevé el legislador para aparentar diligencia cuando se ha exteriorizado simple incuria, ni menos para sorprender a nadie con el pronunciamiento de sentencias que se ignoraron en absoluto y a las cuales no se pudo enfrentar por falta de oportuno conocimiento. En este punto la Corte ha sido enfática en sostener que si bien la ausencia voluntaria o involuntaria del procesado no impide la prosecución del juicio, no es menos cierto que este adelantamiento tiene que satisfacer requisitos básicos que no pueden omitirse. La ley ordena que se cite al procesado y que se empleen adecuados medios de búsqueda artículo 484 Código de Procedimiento Penal. Cuando la autoridad correspondiente no imparte la orden adecuada para ello, o los comisionados no gestionan su realización, no puede darse un emplazamiento legítimo porque éste se produce cuando los medios normales se han utilizado. El Juzgado 2º Penal del Circuito de Florencia se limitó (fl. 13 v. y ss.), a oficializar la captura al Alcalde Municipal de Puerto Rico (Florencia) y al Corregidor Intendencial de Cartagena del Chairá, pero se olvidó por completo buscarle en la dirección que en indagatoria había suministrado como residencia habitual. Este cometido sí pudo efectuarse cuando se remitió la sentencia condenatoria, materializándola con facilidad el DAS. Esto quiere decir, que la comparecencia del enjuiciado no se obtuvo porque el Juzgado omitió su búsqueda en donde dijo y resultó ser su habitual vivienda y dirigió esta actividad incompleta a lugares que, en un tiempo, fueron pasajera estancia de Bermúdez Quintero.

Pasa la Sala a analizar lo relacionado con la cantidad de marihuana, que el sentenciado “llevaría consigo” y que acertadamente el Ministerio Público estima en un máximo de 16 gramos.

La noción de “dosis personal” la indica el Decreto 1188 de 1974, en su artículo 6º, como la que corresponde a “la cantidad de fármaco o droga que ordinariamente una persona ingiere, por, cualquier vía, de una sola vez”. Trátase pues, de un consumo personal, limitado en el tiempo. La conducta, no sobra reiterarlo, es totalmente ajena a situaciones que involucran o insinúen su tráfico. El agente activo de aquél comportamiento suele ser la víctima de ese comercio y no propiamente el explotador económico de tan reprobable negocio. La ley, que dispone a este respecto un tipo atenuado, mira a su autor como lo que comunmente es, vale decir, un

enfermo, susceptible más bien de recibir un tratamiento médico que una pena. El Decreto 1188 de 1974, reconoce esta distinción y de ahí que dispense una disciplina penal relativamente benévola (arresto y multa — artículo 38, inciso 2º—), claro que no en la exacta y debida orientación que destaca el Decreto 1136 de 1970, artículo 4º, y reserva, si todo el peso de su merecido rigor sancionatorio y el profundo y franco reproche social, para el que negocia con plantas, drogas o sustancias productoras de dependencia química o física, cualquiera sea su forma, v. gr. cultivo, porte, conservación, transporte, almacenamiento, suministro a terceros, elaboración, importación, exportación.

La locución "dosis personal" de por sí fija un significado. No se trata de cantidades considerables sino de porciones mínimas, destinadas al uso propio, desechándose como extraña a esta figura el suministro a terceros, aunque sea gratuito, y, con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica. Ese consumo individualizado se enfatiza con la expresión legal de ingerir o injerir (introducir una cosa en otra), por una sola vez, la sustancia o droga pertinente. Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unitariamente, de modo integrado o total. No, la ley considera que esa máxima porción es lo que, de modo usual y por una ocasión, puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por "dosis personal" tanto el consumo total de esa cantidad como el consumo fraccionado de la misma, cuando no se excede el volumen total que es propio a esta noción, buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas (consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal) se insinúa como más apropiada la locución "dosis de aprovisionamiento para uso personal". (Proyecto de Ley número 13 de 1978, artículo 1º. Anales del Congreso de 9 de agosto de 1978). Pero no se quiere con esta última expresión ni ampliar la cantidad del consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines distintos al consumo personal, actividades estas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas.

Tan es esto así que el aludido proyecto precisa el concepto de "dosis personal" como "la cantidad de sustancia, droga o fármaco que una persona porta para su propio consumo", y señala diez gramos para marihuana, cinco gramos para

marihuana hachis y un gramo para cocaína, siempre y cuando que esta última tenga una concentración que no exceda del 10% y no se trate de pasta o base de coca.

Entonces, se repite, no se pretende una fundamental diferencia entre "dosis personal" y "dosis de aprovisionamiento para uso personal", ni menos se busca su aplicación a situaciones distintas y encontradas. Refiérense ambas a la misma cuestión y suscitan un idéntico tratamiento del tema. La segunda locución procura evitar interpretaciones demasiado restrictivas, tal el caso de una pequeña porción que se utiliza en parte y en parte se reserva para intensificar, prolongar o repetir su inicial aplicación o uso.

En definitiva las dos expresiones se refieren a un porte destinado al consumo personal, directo, de escasa cantidad y ajeno por completo a propósito de suministrarla a terceros gratuitamente, por dinero o por cualquier otra utilidad.

Analizado ya lo que el legislador ha querido señalar como "dosis personal" y el término equivalente de "dosis de aprovisionamiento para uso personal", conviene desvirtuar un común e inveterado yerro de interpretación del artículo 39 del Decreto 1188 de 1974, consolidado a partir del fallo proferido por el Consejo de Estado, en relación con el Decreto 701 de 1976 (marzo 21 de 1977, aparte en que se trata lo atinente al artículo 4º), desacierto que consiste en advertir que, sin peritación médica, no es posible concluir que algunas porciones puedan entenderse, por sí, como propias al concepto de "dosis personal".

El citado Decreto 701 de 1976, buscó dilucidar esta equivocada valoración. De ahí que en su artículo 4º indicase: "Siempre que no se demuestre que se trata de una dosis terapéutica o que sea imposible determinar mediante los criterios científicos anotados, la dosis personal del sujeto se tendrá conforme a la siguiente tabla:

marihuana hierba hasta 28 gramos
marihuana hachis hasta 10 gramos".

El Consejo de Estado no consideró antitécnica esa apriori y generalizante fijación. De ahí que dijera que "si en realidad las dosis máximas consagradas en la norma acusada son criterio científico, con seguridad serán adoptadas por quienes se presumen personas idóneas para desempeñar el delicado encargo de determinar "dosis personales", mas en la actualidad y ante la existencia del artículo 39 del Decreto 1188, la mencionada "dosis personal" en cada caso deberá establecerse de conformidad con los criterios señalados en

en esa norma... De todas formas, si los estudios llevados a cabo por las autoridades administrativas son serios y sus conclusiones científicas, debe el Gobierno proponer al legislador la adopción de las "dosis personales" "máximas presuntivas".

Pues bien, el artículo 39 del Decreto 1188 de 1974, no impone la existencia previa de un dictamen médico legal como presupuesto inexcusable para que un Juez pueda reconocer un caso de "dosis personal". Este incorrecto criterio ha podido prosperar porque suele decirse que esta calificación (dosis personal), es muy particular e individualizante y su delimitación varía en cada caso. Al respecto se mencionan, para apoyar esta variabilidad, factores como la calidad (pureza) del fármaco, cantidad, vía de aplicación (inyectada, tomada, fumada, inhalada, fricciónada, etc.), tolerancia, condiciones psicológicas, biológicas o fisiológicas y ambientales del usuario o consumidor. Entonces, se dice, si ésto es así, si es imposible llegar a una precisión abstracta en este sentido, no es dable ni al Juez ni al legislador mismo establecer una regla fija, hacer una precisión concreta anticipada y determinar de antemano cuál es el máximo de porción que pueda considerarse como tal.

Pero el error de esta argumentación estriba en creer que esos aspectos mudables e inasibles desde un punto de vista teórico, se refieren a fracciones mínimas, cuando lo cierto es que los mismos se involucran en discusiones de cantidades excesivas que ordinariamente, para el común de los usuarios, no suelen corresponder a "dosis personal" y que solo de manera excepcional podrían entenderse dentro de esta noción, a expensas de motivos tan especiales como los que se dejaron reseñados, esto es, tolerancia, calidad, vía de aplicación, etc. En otras palabras y acudiendo a un esclarecedor ejemplo, no es dable negar ni dudar que 0.5 gramos de marihuana deben siempre estimarse como "dosis personal", cualquiera sea la calidad de ésta, las condiciones del usuario, su medio de aplicación; pero, en cambio, 50 gramos de la misma hierba ya no responden, generalmente, a "dosis personal", a no ser que una pericia que consulte la información procesal existente y el resultado de los exámenes clínicos que se practiquen, demuestre que, en determinado caso, en una situación especial, se trata de una "dosis personal".

Confirma lo dicho lo preceptuado en el artículo 37-4, inciso 2º, que conviene reproducir y subrayar; "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".

O sea que hay situaciones en las cuales, aun sin peritación médica, puede aparecer como indubitante que se está frente a un caso de "dosis personal", por la mínima porción que lleva consigo el usuario de esa planta o sustancia que produce dependencia física o psíquica. Y que, en otros, principalmente por su volumen, puede surgir duda al respecto, la cual disipará el respectivo dictamen médico legal.

Conviene reiterar que tratándose de fracciones mínimas de esta clase de sustancias, drogas o plantas, determinables, por la consulta de cualquier farmacopea, manual o tratado sobre el tema, es legalmente factible, sin necesidad de pericia médica, afirmar un caso de "dosis personal", ausente como debe estar toda insinuación de comercio de esas sustancias o productos. Los conocimientos de medicina legal que posee el Juez, así como la experiencia y preparación especializada del funcionario penal, le permiten en no pocos eventos llegar a una determinación de esta naturaleza, sin paralizar la administración de justicia, o negar un tratamiento penal o médico adecuado y oportuno al procesado, o recargar innecesaria y perjudicialmente los organismos auxiliares de la justicia en el campo de la medicina legal, tan escasos en nuestro medio judicial. En circunstancias dudosas, bien por las características individuales del inculcado, bien por la cantidad, calidad, etc., de la droga o sustancia decomisada, será de obligación acudir a la pericia médico forense.

Aquí es donde las apreciaciones del Ministerio Público juegan un papel indicador de importancia. Cuando él se remite a las regulaciones del Decreto 701 de 1976, así haya sido anulado, no está incurriendo en un desatino sino afirmando una realidad técnica de imperiosa acogida y observación. Si ese decreto se expidió después de oír al Consejo Nacional de Estupefacientes, que valoró aspectos científicos y pulsó la realidad nacional, no es aventurado y sí sensato aceptar que las porciones limitativas allí señaladas pueden, doctrinariamente, tomarse como guía general. Entonces, no yerra y sí acierta el Juez que tiene por "dosis personal" el decomiso de marihuana hierba, hasta 28 gramos, o 10 gramos si se trata de marihuana hachis, no entreviéndose en esa posesión un propósito de venta o gratuito suministro a terceros, o sea, evidenciándose un

consumo particular y propio. En el caso de porciones superiores a las indicadas, no puede tomarse como situación inherente a la noción de "dosis personal", a no ser que se respalde esta distinta conclusión con dictamen médico legal que así lo demuestre y acredite.

Consecuencia de lo analizado es advertir que en este proceso el Juez 2º Penal de Circuito de Florencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, carecían de competencia para conocer y fallar este proceso. Esta clase de nulidades, así no la aleguen los recurrentes, debe estimarlas y reconocerlas la Corte de manera oficiosa. Al menos esta es la tesis acogida por mayoría.

La casación extenderá sus efectos al proceso que culminó con sentencia condenatoria en el mismo despacho, y por la misma infracción, con idéntico respaldo probatorio e igual situación jurídica, contra Aster Galván Liévano.

De ahí que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acogiendo parcialmente la opinión del Procurador 3º Delegado, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. CASAR el fallo pronunciado contra Germán Enrique Bermúdez Quintero, indicado ya en su fecha y origen.

2. Extender los efectos de esta decisión a la condena emitida contra Aster José Galván Liévano, pronunciada por los mismos Juzgado y Tribunal.

3. Anular esos procesos desde el auto de cierre de investigación, inclusive, y ordenar que sean remitidos al Juzgado Penal Municipal de Florencia, y

4. Ordenar la inmediata libertad de Bermúdez Quintero y Galván Liévano, si éste estuviere detenido, y no exista contra ellos otro motivo de privación de libertad. Deben constituir, cada uno, fianza por valor de cien pesos (\$ 100.00).

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

Pedro Elías Serrano Abadía, Alvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes

Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Gustavo Gómez Velásquez, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

1. Estamos de acuerdo con la resolución tomada por la Sala en este caso y lo estamos también con la interpretación hecha a los artículos 6º y 39 del Decreto 1188 de 1974. Nuestro disenso apunta a las consideraciones de la providencia en relación con un proyecto de ley que introduciría modificaciones a las normas precitadas.

2. Creemos inconveniente e innecesario que la Corte se ocupe, como Tribunal de instancia, de casación o de revisión, de un proyecto de ley para acogerlo o rechazarlo total o parcialmente; en esta área de sus funciones, ha de orientar su actividad a la interpretación de normas jurídicas.

3. No compartimos, además, el acogimiento de la mayoría de la Sala al nuevo concepto de "dosis de aprovisionamiento para uso personal" con que el proyecto (artículo 1º) pretende reemplazar el de "dosis personal" de la actual legislación, porque entendemos que es bien diverso "usar" una sustancia estupefaciente que "aprovisionarse" de ella para usarla; en la primera hipótesis el sujeto dispone de aquella cantidad de sustancia que usualmente se puede ingerir "de un sola vez", como lo dice el actual artículo 6º del Estatuto Nacional de Estupefacientes, aunque realmente sea ingerida en varios momentos, como acertadamente lo reconoce la providencia de la Sala; en la segunda, en cambio, el sujeto posee determinada cantidad de sustancia para utilizarla en el futuro en su propio consumo, sin determinación temporal. Es verdad que el proyecto (artículo 2º) limita a 10 gramos de marihuana, 5 de hachís y uno de cocaína con pureza no mayor del 10%, la cantidad que entiende como "dosis de aprovisionamiento para uso personal"; pero lo que realmente está limitado allí es la "dosis personal"; a ésta le da con manifiesta impropiedad, el nombre de aquélla.

4. Nos parece que la providencia ha debido aclarar —para que de ello no quede duda alguna—, que la omisión judicial de peritación médico legal cuando la cantidad que alguien porta

sea igual o inferior a la fijada por el artículo 4º del anulado Decreto 701 de 1976, se refiere solamente al concepto de que se trata o no de una dosis personal; de tal manera que el reconocimiento sobre la identidad, calidad, peso o cantidad de la sustancia, exigirán concepto pericial, a menos que el Juez posea los conocimientos es-

pecializados y los elementos técnicos que se requieren para precisar inequívocamente aquellos aspectos.

Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

NULIDAD - CASACION

Error en la denominación jurídica de la infracción

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 6 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 41, de 6 mayo 1980.

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia de 18 de marzo de 1979, del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se confirmó con modificaciones respecto de la pena la condena que por un delito de robo con agravantes había dictado el Juzgado 21 Penal del Circuito en el proceso seguido a Gustavo Cristancho Joya, Alberto y Vicente Cristancho Domínguez y Hugo Ramiro Beltrán Ubaque.

1. Los antecedentes:

A eso de las cuatro (4) de la mañana del día cuatro (4) de agosto de 1977, viajaban en un camión marca "Dodge", modelo 1976, color verde acuarela, placas AJ-4810, destinado al repartimiento y expendio de leche, José Antonio Salinas que lo conducía y Humberto Canasteros Clavijo.

A la altura de la carrera 29 con calle 3ª Sur y cuando el conductor se vió precisado a disminuir la velocidad del aparato para salvar un obstáculo, fueron asaltados él y su compañero por un grupo de unos ocho (8) hombres que armados con revólveres y cuchillos los despojaron del vehículo, de algún dinero y de objetos de su personal pertenencia.

Maniatados y amordazados Canasteros y Salinas fueron abandonados en un potrero. El camión ya desbaratado fue hallado por miembros del DAS en Ramiriquí, Departamento de Boyacá.

2. La actuación procesal siguiente:

El mismo día de los hechos el Juzgado 80 de Instrucción Criminal inició la investigación. El asunto correspondió, por competencia, al Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá. Allí fue cerrada la investigación y Gustavo Cristancho Joya, Alberto Cristancho Domínguez y Hugo Ramiro Beltrán Ubaque, fueron llamados a responder en juicio como coautores de un delito agravado de robo y a Vicente Cristancho Domínguez, como cómplice en el mismo. Temporalmente fueron sobreseídos los indagados Ignacio Huertas Jiménez, Eliseo Jiménez Moreno y Luis Alejandro Jiménez Moreno.

Se abrió la segunda instancia por apelación de los enjuiciamientos que fueron confirmados por el Tribunal de Bogotá, que revocó los sobreseimientos temporales para convertirlos en definitivos.

Celebrada la audiencia pública se profirió la sentencia de primera instancia (30 de noviembre de 1978) y Gustavo Cristancho Joya, Hugo Ramiro Beltrán y Alberto Cristancho Domínguez, fueron condenados a penas de presidio de sesenta y dos (62) meses para los dos primeros y de sesenta y un (61) meses, como coautores del delito deducido. José Vicente Cristancho fue condenado como cómplice no necesario a la pena de quince (15) meses y quince (15) días.

En la segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la providencia que es ahora objeto de casación (18 de marzo de 1979) confirmó la sentencia de primer grado modificándola únicamente en el sentido de aumentar en un (1) mes la pena correspondiente a cada uno de los condenados.

3. Demanda y causales que invoca:

Por la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal dice al principio que "hay error de hecho con referencia a la exis-

tencia de la prueba, cuando se tiene como probado un hecho por considerar pruebas que no existen materialmente y que obrando en autos demuestran de manera evidente lo contrario". Después de un examen sobre el criterio evaluador de la prueba por parte del juzgador, dice: "Se está, pues, ante un error de derecho, muy protuberante por demás, que es causal de la presente demanda. ... "Más tarde y para comprobar que se refiere a las dos clases de error, apunta: "¡Lógico sería analizar y alegar cualquier otro error de derecho o error de hecho que con toda seguridad existen dentro del plenario, porque basta uno solo que esté demostrado, para que case la demanda de la providencia impugnada!". La transcripción es textual.

Los errores que el demandante halla, son: el haber sentenciado al procesado Alberto Cristancho Domínguez como coautor cuando está plenamente demostrado que solo perseguía ganarse una comisión con la venta de partes del camión robado ignorante del origen de dichos objetos. Tal vez por este aspecto asegura que Alberto Cristancho debió ser absuelto por dudas (artículo 216 del Código de Procedimiento Penal); el haber extendido la presunción legal del artículo 233 al procesado Alberto Cristancho cuando comprobado está que no tiene antecedentes penales como Gustavo Cristancho y Hugo Ramiro Ubaque y por considerar, equivocadamente que tenía "asociación con éstos, ya que a pesar de habersele hallado en posesión de objetos provenientes del robo, "indicio gravísimo" como lo califica, solamente se le podía condenar como cómplice no necesario; porque se consideró innecesaria la práctica de una diligencia en fila de personas, y, finalmente que la conducta de Alberto, posterior a la consumación del robo, es igual a la de su hermano Vicente y, por tanto, debió ser condenado como cómplice no necesario.

En segundo lugar y al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, afirma que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad porque se incurrió en el auto de proceder en error relativo a "la denominación jurídica de la infracción" (ord. 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), pues Alberto Cristancho fue condenado como autor cuando debió condenársele como cómplice no necesario, error éste que se reflejó en el incremento de la pena. Considera, y lo dice muy claramente por cierto, que la denominación jurídica se refiere no solamente a la infracción sino también al grado de responsabilidad que por ella pueda deducirse para cada individuo.

Termina por pedir que se case la sentencia porque:

a) Si alguna responsabilidad existe para su mandante, debió imponérsele la pena del cómplice no necesario;

b) Debió ser absuelto por falta de pruebas; y,

c) Debió aplicarse en su favor la condena condicional y el perdón judicial. Finalmente reitera que hay "error de derecho" y "nulidad".

4. Concepto del Ministerio Público:

Tal como la técnica del recurso lo exige, el Procurador Primero Delegado en lo Penal se refiere en primer término al planteamiento de la nulidad y observa que la demanda no discute la calificación del delito pues acepta que se trata de robo, sino al grado de responsabilidad de su poderdante, problema éste que no afecta la denominación jurídica de la infracción. De esta manera el cargo no debe prosperar.

En relación con el otro cargo, el que se fundamenta en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, destaca la imprecisión y confusión de la demanda, pues el actor empieza por plantear un error de hecho, para argumentar en seguida sobre insuficiencia de la prueba para condenar y reconocimiento de la duda para absolver y, dentro del mismo cargo habla de error de derecho en la denominación jurídica de la infracción.

Agrega que el demandante no logra concretar el error que alega. Se equivoca cuando dice que se aplicó a su poderdante la presunción del artículo 233 del Código de Procedimiento Penal cuando sólo fue mencionada para destacar el poder de convicción que tiene el hecho de encontrar en poder del procesado el objeto de la infracción. Se le cargó este hecho como indicio y se le juntó a otras pruebas para deducir la responsabilidad.

Ni errores de hecho, ni errores de derecho demuestra el demandante. Sólo, y con el propósito de sostener que su poderdante no es coautor sino cómplice no necesario, opone su propio criterio al del juzgador. Solicita, en consecuencia, que no se case la sentencia impugnada.

5. Las consideraciones de Sala.

Los errores que pueden producirse en el auto de proceder y en cualquiera de los cuales puede incurrir el juzgador competente para dictarlos, son los relativos a:

1. La denominación jurídica de la infracción.
2. La época en que se cometió.
3. El lugar en donde se realizó.

4. El nombre o apellido de la persona responsable, y

5. El nombre o apellido del ofendido. A cualquiera de estos errores la ley ha dado fuerza suficiente para generar la nulidad del acto que lo contiene y de la tramitación siguiente.

De todos ellos el demandante escogió el primero para atacar la sentencia por la vía que indica el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el numeral 5º del artículo 210 del mismo estatuto, pero cometió el error de no desconocer la denominación, robo, que le dieron al hecho los juzgadores en las instancias y enderezó todo su esfuerzo en demostrar que al procesado se le cargó con un grado de responsabilidad mayor del que le corresponde. En estas condiciones y como bien lo apunta el Ministerio Público, el cargo no puede prosperar.

El error en la denominación jurídica de la infracción se refiere a la deducción misma del delito de que se trata con base en la prueba recogida durante la sumaria y con su exacta referencia al correspondiente "nomen iuris" que aparece en los diferentes títulos y capítulos en que la parte especial del Código Penal se divide, y que toma para su clasificación la noción de "bien jurídico" tutelado. A esta operación consistente en establecer y ubicar el delito se la llama: "La calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", según se ve en el numeral 3 del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, y en obediencia de las reglas que sobre "requisitos formales" del auto de proceder trae la norma en cita, debe consignarse en la parte motiva de dicha importante providencia, así como en la parte resolutive y como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio se hará "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", tal como aparece en el inciso final de la disposición que se indica.

También se debe efectuar, en la providencia de calificación, el análisis de las pruebas "en que se funde la imputación al procesado"; pero el posible error del calificador en este campo no genera la nulidad del acto porque no se halla incluido en el señalamiento taxativo del numeral 5º del

artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. El error de que se habla puede ser enmendado en la secuela de la causa o en la sentencia, pero si persiste y se agotan las dos instancias, no puede invocarse la causal cuarta de casación sino que el ataque a la sentencia de segunda debe intentarse por la vía del cuerpo primero de la causal primera del artículo 580 por un posible error de hecho.

Tal cosa no sucede aquí y, por tanto, el cargo no prospera.

Por el segundo de los cargos la demanda resulta a más de imprecisa y confusa como la llama el Ministerio Público, caótica y contradictoria en sus planteamientos y errada en su desarrollo y concreción. No se sabe en definitiva si lo que plantea el censor es un posible error de hecho o un posible error de derecho, porque a uno y otro se refiere indiscriminadamente desde el principio hasta el final del escrito. A lo dicho mezcla argumentaciones sobre la total inocencia del procesado al lado de afirmaciones de que fue cómplice no necesario en el delito y no coautor del mismo y, al lado de todo esto se refiere a que debió ser absuelto por deficiencia en la prueba e invoca el principio del "in dubio pro reo" (artículo 126 del Código de Procedimiento Penal), mientras termina por solicitar condena condicional (artículo 80 del Código Penal) y, lo que es peor, perdón judicial (artículo 91 del Código Penal). En estas condiciones de absoluta falta de técnica en la demanda este segundo cargo, formulado en primer término por el demandante, 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Naturaleza de la acción penal. Tesis principales. El poder punitivo y el poder de la acción del Estado. Circunstancias que impiden el ejercicio de la acción penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 6 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 40.

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín, consulta su providencia del 18 de enero de 1980, en la que declaró prescrita la acción penal iniciada contra el ex Juez Penal Municipal de Ciudad Bolívar, doctor Gustavo Antonio Escalante Sánchez, por supuesto delito de concusión.

Hechos

Dice el denunciante que entre los meses de marzo y mayo de 1973, el doctor Escalante, quien a la sazón investigaba un robo de café a la Cooperativa de Caficultores del Municipio de Bolívar, lo constriñó repetidas veces para que le entregara dinero y le sugirió como fórmula que se sustrajera café de la Cooperativa que gerenciaba, lo vendiera, se repartieran el dinero e hiciera aparecer el café así vendido como parte del que se habían robado. Las propuestas fueron rechazadas.

Resultandos

1º El Tribunal considera que como hasta la fecha (enero de 1980), ha transcurrido lapso superior a seis años —pena máxima imponible en caso de responsabilidad por concusión— necesario es declarar que la acción penal ha prescrito en este caso.

2º El honorable Magistrado José Aguilar Paro, integrante de la Sala que hizo tal pronun-

ciamento, aclara su voto para que la Corte precise los alcances de su providencia del 6 de noviembre de 1979, sobre el fenómeno de la prescripción.

3º El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que se confirme el auto consultado.

Consideraciones de la Corte

No se remite a duda que la acción penal se encuentra prescrita en el presente caso.

En efecto, el posible ilícito que se investiga en este proceso se denunció como cometido entre los meses de marzo y mayo de 1973 y el tiempo corrido desde entonces, o sea, más de seis años, supera el máximo de la pena que el artículo 156 del Código Penal señala para la concusión que es, precisamente, de la cuantía anotada.

Ocurre, empero, que se han planteado dudas sobre la oportunidad de declarar prescrita la acción penal en aquellos casos, distintos del presente, en que se ha establecido, cuando ya ella estaba enervada por el transcurso del tiempo, la inexistencia del ilícito por el cual se inició el proceso o la inocencia del sindicado.

De acuerdo con doctrina que esta Sala sostuvo por largo tiempo, en esas circunstancias debe reconocerse la presencia de una de tales situaciones, es decir, se hace necesario liberar al acusado de toda sospecha a fin de que quede en claro su inocencia, interés que se consideró de máxima importancia.

Posteriormente se dijo que cuando ha prescrito la acción penal no cabe otra declaración distinta a la de reconocerlo así, única manifestación para la que se conserva competencia, habiéndose perdido para cualquiera otra decisión.

El fundamento de esas dos posiciones antagónicas de la doctrina reside en la consideración de si solo hay acción penal cuando se está frente

a la posibilidad de un hecho delictivo pero no cuando la investigación demuestra que no ha existido conducta punible bien sea porque no se haya ejecutado ningún comportamiento o porque el investigado no pueda subsumirse en una norma penal. O bien la acción penal es independiente de esa situación y persiste aun en el caso de que se demuestre el extremo planteado en último término.

La cuestión solo puede resolverse al establecer la naturaleza de la acción penal.

Sobre este particular se han enunciado dos tesis principales: una que la considera como manifestación de la pretensión punitiva del Estado, es decir, como un derecho de éste a sancionar los delitos y que se vincula necesariamente a la existencia de un ilícito penal.

Y otra, que la estima independiente de la pretensión punitiva y encaminada sólo a poner en movimiento la función jurisdiccional del Estado, con miras a obtener de las autoridades correspondientes un pronunciamiento en cualquier sentido. Es esto lo que Chiovenda denominó "derecho potestativo" para diferenciarlo del llamado "derecho subjetivo" o facultad de perseguir en juicio lo que se debe y que en el procedimiento penal se traduce por la actuación del Estado, dirigida exclusivamente a la sanción de un delito.

En cambio el derecho potestativo llevado al campo del procedimiento penal se expresa, al decir de Leone, "no como requerimiento de condena y tampoco de absolucón; sino, en sustancia, como petición de una decisión sobre una notitia criminis, sobre un hecho determinado correspondiente a una hipótesis penal".

En otras palabras la acción penal se ejerce no para demostrar la existencia de un delito y proceder a su sanción, si no para averiguar si existió o no una conducta punible.

No se dirige hacia determinada persona y puede perfectamente iniciarse sin que aparezca contra quién debe encaminarse la actuación del Estado, (negocios averiguatorios). Lo único que se necesita para ponerla en movimiento es la notitia criminis esto es, el conocimiento dado a las autoridades correspondientes de la posible comisión de un hecho delictuoso.

Por eso se ha dicho que la acción penal es abstracta pero que tiene un contenido concreto (Leone).

Este planteamiento se opone al que pretende darle a dicha acción un contenido de mérito, es decir, de requerimiento de una decisión de condena.

De ahí la diferencia que se hace entre acción penal y pretensión punitiva pues mientras aquella se dirige, como queda dicho, a obtener un resultado cualquiera, la segunda va hacia el ejercicio del jus puniendi, es decir, en busca de un delito y de un delincuente.

Sobre esta distinción entre el poder punitivo y el poder de acción del Estado, dice lo siguiente un autor argentino (Jorge Claria Olmedo):

"Mientras el poder punitivo del Estado, tiende al castigo del culpable y se ejercita administrativamente aun cuando con el control jurisdiccional, el poder de acción persigue que la jurisdicción, con un criterio imparcial, establezca si el Estado, debe o no hacer valer aquél poder punitivo en un caso concreto; tiende a la verificación jurisdiccional de la posibilidad o imposibilidad de castigar, instando la declaración de inocencia o de culpabilidad, que hará posible el restablecimiento del orden si hubiere sido alterado; lo que en caso de condena ocurrirá cuando se haya agotado el cumplimiento de la pena o interrumpídose legalmente, durante cuyo momento el poder de acción sigue pendiente para exigir el control de ese cumplimiento.

"Por eso el poder de acción penal existe, aun cuando para el caso concreto se persiga por el titular de su ejercicio la absolucón del imputado, o sea, cuando se exija la declaración en concreto de la inexistencia del poder punitivo del Estado. Todo esto justifica cómo la acción penal se habrá ejercitado válidamente, cumpliendo con su finalidad específica, aun cuando el Juez concluya absolviendo al imputado, y también que el órgano de la acción tenga poderes procesales para peticionar decisiones del órgano jurisdiccional en favor del imputado. Todo eso tiene su fundamento en la existencia de una zona coincidente de los intereses público y privado que el proceso tutela; cuando el órgano del Estado ejercita el poder de acción penal, pone frente a la jurisdicción el interés social, el cual, en su forma general, se traduce en la persecución de castigo para el verdadero culpable; pero el inocente es protegido también por el público y autónomo poder sustancial de acción penal" (Derecho Procesal Penal, vol. I, págs 299 y 300).

De lo anterior surge directamente que la acción penal se pone en movimiento, por parte del Estado, cuando un hecho que aparentemente coincide con una descripción delictiva es llevado a conocimiento de las autoridades las cuales ejercitan la jurisdicción que les ha sido otorgada buscando, al hacerlo, el retorno de la paz jurídica alterada bien sea que se logre sancionar al de-

linciente, ora que se consiga demostrar que no ha habido alteración de la tranquilidad colectiva, esto es, que no se ha cometido ningún delito.

Ocurre, empero, que a veces se presentan circunstancias que impiden el ejercicio de la acción penal.

Una de ellas es el transcurso del tiempo: cuando el Estado no logra, en un determinado lapso, establecer la existencia o inexistencia de un hecho delictuoso, la responsabilidad o inocencia de una persona, la ley considera que hay intereses superiores que hacen imperativa la extinción de la acción penal, v. gr. el derecho del imputado (si lo hay) a que se le libere de persecución penal, el de la sociedad a que se defina la situación etc.

Haciendo aplicación al caso de autos de los conceptos que se dejan expuestos se concluye que no hay en él otra decisión posible que la adoptada por el Tribunal de Medellín, o sea la de declarar prescrita la acción penal pues a esa ineludible conclusión lleva el hecho de haber transcurrido, como se deja dicho, más del máximo del tiempo fijado como pena, límite que señala el enervamiento de la acción penal y sin que pueda hacerse pronunciamiento distinto al de reconocer la existencia de tal fenómeno.

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

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

De acuerdo con la resolución tomada por la Sala en este caso, me aparto, sin embargo, de las consideraciones que atañen a los alcances del fenómeno prescriptivo, por las siguientes razones:

1. La prescripción constituye causal de extinción de la potestad punitiva del Estado y opera

cada vez que ha transecurrido determinado lapso entre la fecha de comisión de un hecho previsto en la ley como infracción penal y aquella en que por ministerio del propio legislador caduca el poder-deber que el Estado tiene de pronunciarse sobre la responsabilidad de un autor o partícipe.

2. Suelen indicarse como razones de tal institución las siguientes: la sensación de alarma e inseguridad social que todo ilícito lleva consigo, disminuye en proporción directa al tiempo transcurrido entre su realización y aquél en que se emite pronunciamiento judicial sobre el mismo; el proceso penal busca, ante todo, la verdad sobre los hechos y tal finalidad se hace cada vez más difícil en la medida en que decorre el tiempo, porque las huellas del delito no son imperecederas y las pruebas que lo confirmarían, irremediablemente se desvanecen con el de curso de los años; a los ojos del grupo social una sanción tardía tiene más sabor de venganza que de justicia; la relación procesal y sustantiva que se traba entre el Estado y el ciudadano a quien se imputa la comisión de un ilícito no puede ser indefinida en el tiempo porque frente al *poder-deber* que aquél tiene de sancionar el crimen se levanta el *poder-derecho* que a este le asiste de obtener pronunciamiento judicial definitivo dentro de los términos legalmente fijados.

3. La naturaleza misma de la prescripción y los fundamentos que la justicia descansan sobre el supuesto de que ella nace como fenómeno jurídico allí donde alguien ha realizado un hecho punible o, por lo menos, una conducta susceptible de encuadrarse en un tipo penal determinado; bien podría decirse que la prescripción sigue al hecho típico como la sombra al cuerpo, por tal modo que si aquel no surge a la vida jurídica ésta jamás se mostrará. Quiérese significar con esta afirmación que cuando alguien ejecuta un comportamiento atípico, es decir, imposible de ser calificado como infracción penal y tal hecho está plenamente demostrado, no cabe hablar de prescripción por falta del *substratum* sobre el cual ésta descansa. Frente a una tal situación es deber ineludible del Estado, declarar la inexistencia del delito o de la contravención sin consideración al tiempo corrido desde la fecha en que ocurrió el hecho investigado.

Verdad es que cumplido el lapso prescriptivo pierde el Estado la jurisdicción que le permitía pronunciarse sobre la responsabilidad del autor o cómplice del hecho punible, pero esa inhibición, como ya se indicó, supone necesariamente que en verdad se haya cometido una infracción penal

o que, por lo menos, la conducta *sub indice* tenga siquiera apariencia delictiva. Cuando el proceso demuestra lo contrario, vale decir, que la conducta ejecutada es claramente lícita porque ni siquiera subsume en un tipo penal, un mandato imperativo de conciencia, de justicia y de ley impone al Juez precisa declaración de inexistencia de delito o contravención, según el caso. El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal ordena un tal pronunciamiento cuando *la ley no considera el hecho como infracción penal*, cuando *“el hecho imputado no ha existido”* o cuando el procesado no lo ha cometido, situaciones éstas que muy bien distingue de aquélla otra en que *“la acción penal no podía iniciarse o proseguirse”* y respecto de la cual sí es imperioso declarar caducidad o prescripción.

No se trata simplemente de una decisión de *favor rei*, sino de un imperativo categórico, cuyo fundamento constitucional descansa en el precepto que establece como misión suprema de las autoridades la de garantizar, entre otros bienes inalienables de la persona, su honra, (artículo 16), que resultaría maculada cuando judicialmente se reconoce que el tiempo ha tenido piadosa cortina de silencio sobre una conducta supuestamente ilícita porque mereció investigación penal.

Si lo que la prescripción extingue es la potestad punitiva del Estado frente a un comportamiento susceptible de sanción penal y dentro de esa esfera ha de enmarcarse tal institución, no es dable extenderla a aquellas situaciones en las que, siendo penalmente irrelevante la conducta (atípica) o no habiendo existido el Estado no puede renunciar a su deber de declarar que no se ha vulnerado ningún interés penalmente tute-

lado, ni el sindicado pierde nunca el derecho a que su inocencia sea públicamente reconocida.

4. Si en los casos precedentes se aceptan la vía de la prescripción, no sería posible concretar los lapsos prescriptivos a que se refiere el artículo 105 del Código Penal por ausencia de la *“respectiva disposición penal”* que fije el monto de la pena imponible, como que, no habiéndose realizado el hecho, o no estando descrito en ningún tipo penal, faltaría la necesaria figura delictiva o contravencional cuyo marco punitivo permitiese determinar si se ha cumplido o no el término de prescripción correspondiente; para lograrlo en cualquiera de estos eventos, el Juez tendría que escoger arbitraria e ilegalmente cualquier hecho punible y suponer que en él se encuadraría la conducta investigada.

5. Situación diversa se presenta cuando la conducta que se investiga es típica pero no ha logrado concretarse responsabilidad penal, aun por razones de justificación o inculpabilidad, y en ese estado procesal surge el fenómeno —prescriptivo; se impone, entonces, declararlo a menos que el propio sindicado haya renunciado a tal pronunciamiento, como lo establece el artículo 112 del Código Penal, por cuanto en esta hipótesis la conducta investigada tiene relevancia jurídico penal pues que está descrita en la ley como delito o contravención; entonces sí es imperioso que el Estado reconozca la imposibilidad jurídica de continuar la acción incoada contra el autor o cómplice de un hecho susceptible de ser sancionado penalmente.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

VALOR DEL TESTIGO UNICO

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., mayo 7 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 41, mayo 6 de 1980.

Vistos

Resuelve la Corte acerca de la consulta del sobreseimiento de carácter definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en providencia de doce de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, a favor de Nevardo de Jesús Tirado Sánchez, en razón de los cargos que, por el delito de concusión, le fueron deducidos de la acusación que le formuló Gilberto Enrique Muñoz Blandón, respecto de actuaciones cumplidas como Juez Promiscuo Municipal de Campamento.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que se confirme la decisión.

La totalidad de los cargos de que se ocupa la providencia son los siguientes, de acuerdo con la enumeración y descripción que de los mismos se hace en su parte motiva (fls. 220 y 221):

“a) Constreñimiento del señor Juez para determinar a Gilberto E. Muñoz B., a aceptar la transacción desfavorable;

b) Constreñimiento al mismo ciudadano para obligarlo a cumplir la transacción o convenio celebrado con Darío Agudelo Londoño;

c) Retención de Gilberto E. Muñoz B. en el mes de agosto de 1976;

d) Arresto de Muñoz B. entre los días 3 y 8 de septiembre de 1976;

e) Captura y detención de Muñoz B. y sus consanguíneos, de este, dispuesta en el sumario por el delito de abuso de confianza y otras defraudaciones, con desconocimiento de los términos procesales;

f) Cobro de tasas no autorizadas por la ley y costas no justificadas”.

El Tribunal sobreseyó definitivamente por las hipótesis delictivas contenidas en los literales a), b) y d), y ordenó la consulta en relación con las dos primeras, no respecto de la tercera, por no ser procedente este grado de jurisdicción dada la penalidad imponible en el delito de detención arbitraria.

En cuanto a la hipótesis delictiva referida en el literal c), sobreseyó temporalmente, y respecto de las descritas en los literales e) y f) dispuso que continuara la investigación, pues en relación con ellos no fue indagatorio el ex Juez Tirado Sánchez.

La investigación por todos estos hechos, se originó en otra que adelantó también el Tribunal contra el mismo Juez y de la cual ordenó que se tomaran copias para seguirla por vía separada (fl. 2).

Hechos

Así los narra en su concepto el colaborador fiscal de la Corte:

“Por el año de 1972 los señores Gilberto Enrique Muñoz Blandón y Javier Darío Agudelo Londoño celebraron un contrato verbal por medio del cual Agudelo Londoño le entregó a Muñoz Blandón una parcela rural, semilla y abonos, lo mismo que le prometió suministrarle alimentación, mientras éste último se obligó a plantar mejoras que serían de propiedad de ambos por mitades, igual que los rendimientos de los cultivos. Durante varios años todo funcionó conforme lo pactado sin que se presentaran trastornos de consideración en el reparto de las utilidades. Empero, a mediados de 1976, esa armonía desapareció debido a que surgieron discrepancias insalvables entre las partes de carácter pecuniario, que los empujó a buscar la solución del diferendo en distintas dependencias oficiales.

Primeramente recurrieron a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Municipio de Yarumal en donde, como medida inicial, se pro-

cedió a verificar el precio de las mejoras en pugna, mediante una diligencia de inspección ocular efectuada el 10 de mayo de 1976. Los dos peritos evaluadores, uno designado por cada contendiente, dictaminaron individualmente, en su orden, \$ 363.600.00 y \$ 105.900.00, como valor de ellas. Sobre la base anterior, durante la audiencia pública llevada a cabo en junio 14, Gilberto Muñoz expresó su aspiración así: "Yo pido la suma de \$ 150.000.00 por todas mis mejoras sembradas en la finca de propiedad del señor Darío Agudelo, no es más lo que tengo que reclamar". A su turno, Agudelo Londoño, le ofreció comprar en \$ 100.000.00, o venderle por la misma suma, prometiéndole la titulación del terreno. Como no fue dable el acercamiento de los interesados, el inspector declaró rota la etapa conciliatoria, advirtiéndoles de la libertad que tenían para acudir a la justicia laboral ordinaria. Muñoz rehusó firmar el acta, haciéndolo otra persona en su lugar (fls. 42, 43, vto.).

En la Alcaldía Municipal de Campamento, tampoco lograron zanjar las diferencias que los distanciaban. Entonces, Darío Agudelo Londoño, en la coadyuvancia del doctor Julio L. Martelo Oliver, optó por apelar a la vía judicial demandando a Gilberto Muñoz Blandón, en el Juzgado Promiscuo Municipal de la antecedida población para que por los trámites de un proceso verbal se diera por terminado "el contrato de aparcería que existía entre demandante y demandado" con los efectos jurídicos del caso. A su vez, Gilberto Muñoz Blandón apoderado por el doctor Hernán Restrepo Builes, con fecha julio 24 de 1976, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones en ellas invocadas (fls. 39 a 42).

Mientras seguía su curso el juicio anterior, exhortadas las partes a transigir por el Juez Nevardo Tirado, suscribieron un "Acta de arreglo amigable" el 12 de agosto de 1976, en la cual Gilberto Muñoz manifiesta que le vende su derecho en las mejoras a Javier Darío Agudelo Londoño por \$ 130.000.00, recibiendo \$ 60.000.00 el 24 de agosto siguiente, \$ 10.000.00 dos meses después y el resto con plazo de un año (fl. 150).

A pesar de que por el lado del comprador se empezó a cumplir lo estipulado en dicho documento poniendo en el Juzgado a disposición del vendedor la primera cuota, Muñoz Blandón, pretextando haber sido víctima de coacciones indebidas por el Juez, ignoró el compromiso adquirido rehusando la entrega de los cultivos que debía realizar en ese momento, sin que valieran apremios judiciales para hacerlo entrar en razón, limitándose a lanzar improprios contra los funcionarios.

La incierta situación creada con motivo de la conducta asumida por Muñoz Blandón, rompiendo inexcusablemente y de modo unilateral lo convenido de manera expresa, excitó al Juez Tirado Sánchez a ponerle punto final a la litis entrando a decidir mediante auto interlocutorio, el proceso verbal en juicio de demanda por entrega de mejoras en que es demandante el señor Darío Agudelo representado por el doctor Julio L. Martelo Oliver y el demandado Gilberto Muñoz Blandón representado por el doctor Hernán Restrepo Builes...", el mismo que profirió en agosto 20 de 1976 (fls. 43, 45).

La parte dispositiva de la referida providencia, a más de consignar algunos mandatos fuera de lugar, contiene, en esencia, la orden terminante al demandado Gilberto Muñoz B., para que cumpliera lo que le corresponde con relación "a lo transado por las partes", so pena de hacerlo directamente la autoridad. Muñoz B. nuevamente rehusó firmar la notificación personal, reemplazándolo un testigo a ruego.

En vista de la actitud tomada por Muñoz Blandón, refractaria al acatamiento voluntario del susodicho mandamiento judicial, reduciendo los medios de defensa a amenazas de oponerle resistencia física y lanzamiento de dietarios contra los funcionarios judiciales que lo expidieron, pero sin proponer ninguno de los remedios procesales que la ley autoriza en tales situaciones, el Juzgado procedió, agotados los procedimientos persuasivos, a practicar una diligencia de lanzamiento el 3 de septiembre siguiente, tras lo cual puso en posesión del predio y de los cultivos allí sembrados al señor Darío Agudelo, no sin que antes se suscitaran serios enfrentamientos entre el afectado y sus familiares con la fuerza pública (fls. 85, 86).

También estos familiares (madre y hermanos) fueron posteriormente detenidos por orden del Juzgado a cargo del doctor Nevardo de J. Tirado, en razón de la denuncia que les formuló el mismo Javier Darío Agudelo Londoño, por haber vuelto a ocupar las mejoras que le habían sido entregadas por el Juzgado en la diligencia de lanzamiento.

Consideraciones de la Corte

No hay reparo que formular a la decisión del Tribunal Superior de Medellín, de sobreseer definitivamente a favor del doctor Nevardo de J. Tirado Sánchez, por el delito de concusión e que se contrae la hipótesis que describe en el literal a) de su providencia, consistente en haber sido

constreñido Gilberto Enrique Muñoz Blandón, por el acusado para que aceptara la transacción referente a la compraventa de las mejoras, pues la prueba permite afirmar que Muñoz Blandón, obró voluntariamente y no coaccionado por el Juez.

En efecto, ya venía él en búsqueda de un arreglo con Agudelo acerca de las mejoras vinculadas al contrato verbal que ambos celebraron, pues fue Muñoz quien acudió ante la Inspección del Trabajo, con sede en Yarumal, para tratar de conciliar sus puntos de vista opuestos en cuanto al valor de las mismas, sin haberlo logrado pues los distanciaba la suma de \$ 50.000.00; Muñoz pidió por ellas \$ 150.000.00 y Agudelo le ofreció \$ 100.000.00 (fl. 42 y vto.).

Fracasada la diligencia de conciliación, la cual se efectuó el día 14 de junio de 1976, fue Agudelo quien tomó la iniciativa, para lo cual demandó a Muñoz ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Campamento, con el objeto de que se diera por terminado el contrato existente entre ellos, se secuestraran las mejoras y se lanzara de ellas a Muñoz, si fuere el caso (fls. 39 a 40 vto.).

Esta demanda la presentó con base en la Ley 6ª de 1975, que regula el contrato de aparcería, previo el requerimiento ante autoridad policiva que la misma ley prevé en su artículo 17, e invocando el procedimiento verbal del título XXIII del Código de Procedimiento Civil que es el que establece la ley en su artículo 31.

La presentación de la demanda, su contestación, la primera diligencia de secuestro de las mejoras y la entrega de estas al secuestro se verificaron ante el Juez a quien sucedió Tirado Sánchez (fls. 39, 40 vto. 43 vto. y 44).

Posesionado éste el día 1º de agosto de 1976 (fl. 4), le correspondió, apenas a los doce días del comienzo de su judicatura en ese despacho, presidir y llevar a cabo la diligencia de arreglo amigable protagonizada por Gilberto Enrique Muñoz Blandón y Javier Darío Agudelo Londoño.

En el acta que al respecto se suscribió, Muñoz acordó vender sus mejoras a Agudelo, por ciento treinta mil pesos (\$ 130.000.00), que se pagarían en la siguiente forma: Sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) el día 24 de ese mes de agosto de 1976, diez mil pesos (\$ 10.000.00) en un mes, contado a partir del 25 de septiembre de ese año, y los sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) restantes con plazo de un año, contado a partir de esta última fecha, garantizados en una letra de cambio a cargo de Agudelo, la cual quedó en poder de Muñoz (fls. 44 vto. y 59 vto.).

Esta acta fue firmada por Muñoz, según consta en la transcripción que de ella se hace en el folio 44 y vto. y de acuerdo con constancia en ese mismo sentido dejada por el funcionario de la Procuraduría que practicó visita de carácter especial al Juzgado (fl. 196).

Cabe anotar que es esta la única actuación firmada por Muñoz, pues ni antes de esta diligencia ni con posterioridad a ella autorizó nada con su forma desobligante y por lo regular soez a firmar las muchas notificaciones que le fueron hechas.

Por ejemplo, el acta de conciliación ante la Inspección del Trabajo de Yarumal, no obstante que fue él quien promovió la actuación, no la firmó y se retiró de la oficina antes de que concluyera la audiencia (fl. 42 vto.). Tampoco firmó la notificación de las siguientes providencias judiciales; del auto que puso fin a la actuación por la demanda que le había instaurado Agudelo (fl. 45 vto.); de la resolución que lo sancionó con cinco días de arresto por irrespeto al Juez en el ejercicio de sus funciones (fl. 46); del auto por medio del cual se le apremió para que diera cumplimiento a su obligación de entregar las mejoras como consecuencia del arreglo amigable (fl. 155 vto.); de la resolución de imposición de multa por dicho incumplimiento (fl. 156 vto.); de la providencia que dispuso el lanzamiento (fl. 160); ni del auto de detención dictado en contra suya en la investigación que se adelantó por la denuncia penal que le formuló Agudelo por violación de los artículos 424 y 425 del Código Penal (fl. 60 vto.).

De manera que tan permanente manifestación de remisa voluntad a toda decisión del juzgado, permite afirmar que cuando suscribió el acta de transacción lo hizo sin apremio ni coacción de parte extraña, menos del titular del despacho.

Es más, debió haber sido tan espontánea esa determinación que el Personero Municipal, da cuenta en su declaración de la satisfacción de quienes se enteraron de ella: "me tocó ver y oír los aplausos de la gente del pueblo el hecho de que el señor Juez con avenencia de las dos partes se estrecharon las manos, se felicitaron porque el señor Juez les había arreglado el problema" (fl. 103 vto.).

A lo anterior se debe agregar que la distancia entre las pretensiones económicas de ambas partes, manifestadas en la fallida diligencia de conciliación que se intentó ante la Inspección del Trabajo de Yarumal, no es tan considerable como

para pensar que no se trató de un acto voluntario sino impuesto. Es más, hubo concesión de ambas partes, pues Muñoz había pedido \$ 150.000.00 y Agudelo había ofrecido cien mil pesos \$ 100.000.00. La transacción se realizó por \$ 130.000.00.

Quizás las cavilaciones en cuanto a la capacidad de Agudelo para cumplir el resto de la obligación que quedaba pendiente, o el desencanto de la madre y sus hermanos a quienes dicha negociación los privaba del lugar donde venían viviendo y trabajando, o tal vez malos consejos y torcidas sugerencias que recibió por haber hecho ese arreglo, lo llevaron a desconocer lo que había pactado y a tratar de amparar su incumplimiento en una presunta coacción que atribuyó al Juez Tirado Sánchez (fls. 2 y 3).

Las afirmaciones del denunciante Muñoz, no tienen otro sustento que su propio testimonio, pues ni siquiera su apoderado las respalda con decisión: "Preguntado: ¿Cuál sería el interés que tenía el Juez Nevardo Tirado para que se transaran Gilberto Enrique Muñoz Blandón y Darío Agudelo en perjuicio de este último (sic)? Contestó: No alcanzo a imaginar qué interés directo pudo haber tenido el señor Juez para obligar a que se hicieran estas transacciones"... "Bajo juramento sírvase decir si tuvo conocimiento de que el doctor Nevardo Tirado le exigiera dinero al señor Gilberto Enrique Muñoz, en caso afirmativo por qué motivo y en qué cuantía? Contestó: No me consta. No recuerdo si por comentarios se decía que Agudelo le podía suministrar algún dinero al señor Juez" (fl. 13).

No es que quiera descartarse, solo por hacerlo, el testimonio único, sea que proceda de un tercero o del propio ofendido, pues cuando reúne características tales que no dejan la menor duda en cuanto a su veracidad y credibilidad puede ser suficiente para servir de fundamento a una decisión judicial. Estaríamos en presencia del llamado testigo "clásico", o, en todo caso, de características excepcionales.

A este respecto ha dicho la Corte: "Débese advertir, por último, que si a la luz de nuestro sistema probatorio resulta no controvertible que el testimonio único puede ser elemento bastante para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado, no lo es menos que para merecer suficiencia ha de ostentar ponderación en el declarante, ser razonado, coherente y no vacilante, confuso y contradictorio en sus términos". (Casación de 9 de septiembre de 1976).

Pero en sana crítica testimonial se admite que la declaración del testigo único, y sobre todo si tiene además la calidad de ofendido o perjudicado con el delito, es sospechosa, por cuanto el marcado interés que pueda tener por sacar adelante sus pretensiones, puede deformar sus percepciones y apreciaciones llevándolo a decir "su verdad", no la verdad, cuando no es que lo induce a mentir abiertamente.

Frente a esta clase de testimonios presenta sus reservas la universal presunción de la veracidad humana, que constituye el fundamento abstracto de la credibilidad testimonial.

A Gilberto Enrique Muñoz, le convenía buscar un pretexto para no tener que cumplir una negociación que vino después a considerar o a encontrar desventajosa. Y por eso llegó hasta mentir cuando aseveró que lo habían obligado a firmar (fl. 2 vto. y 3), siendo que, como se dejó analizado, todo conduce a sostener que él procedió voluntariamente en ese acto de transacción o arreglo amigable.

Si a ese interés se agrega su carácter desapacible, exteriorizado en más de una ocasión en el proceso, no es aventurado concluir que carece de la serenidad y ponderación que suelen llevar a una persona intachable a olvidar su propio provecho por sacar adelante la verdad.

No existe prueba que desvirtúe las manifestaciones del Juez de haber actuado en virtud del requerimiento de las partes, dentro de un procedimiento que lo faculta para exhortarlas a que concilien sus diferencias e, inclusive, para proponerles las fórmulas de advenimiento que estime equitativas (numeral 3º del artículo 445 del Código de Procedimiento Civil).

Por ello, se confirmará el sobreseimiento definitivo referente a la hipótesis delictiva considerada en el literal a) de la providencia objeto de consulta.

Por lo que respecta a la otra modalidad delictiva, la descrita en el literal b), acerca de la cual el Tribunal profirió también sobreseimiento definitivo, la Sala hará las siguientes consideraciones para modificarlo por uno de carácter temporal.

Es verdad que el procedimiento adelantado para hacer cumplir coactivamente a Muñoz lo que voluntariamente había transigido, y que concluyó en una diligencia de lanzamiento a la que él, según su costumbre, se opuso también en forma insolente, quedó consignado en providencias debidamente motivadas, de las que se puede discrepar por algunas de sus decisiones, pero

que fueron oportunamente notificadas, sin que el sindicato accediera a firmar las notificaciones, ni interpusiera recurso alguno contra las providencias, ni menos se allanara a cumplirlas (fls. 43 a 45 vto.; 156 y vto.; 157 a 160; 160 vuelto a 163).

También se puede aceptar, en principio, como lo dice el Tribunal y lo comparte el Ministerio Público que "hasta el presente no se ha probado, por prueba distinta al dicho del ofendido, que el Juez Tirado Sánchez, con las decisiones en cuestión, buscara un resultado distinto al de la solución definitiva del litigio" (fl. 223).

Pero es conveniente que el procesado aclare el siguiente punto, acerca del cual no se le interrogó ni él ha suministrado explicación:

En la providencia de 20 de agosto de 1976, por medio de la cual dio por terminado, en virtud del arreglo amigable, la actuación que se venía adelantando con fundamento en la demanda que Javier Darío Agudelo Londoño, había instaurado contra Gilberto Muñoz Blandón, entre otras decisiones adoptó el juzgado las siguientes: "Sexto: Póngase a partir de la fecha el término de dos días para que desocupe el señor Gilberto Muñoz Blandón y le haga entrega real y material del terreno y las mejoras a su contrincante. Séptimo: Si no se cumple lo anterior, impóngase la multa de mil pesos pagaderos en este despacho que en caso de incumplimiento serían convertibles en arresto. Octavo: En caso de renuencia por dos oportunidades y mediante multa convertible en arresto por no posesión real y material y de no el pago de multas sírvase hacer efectiva ésta mediante medida policiva. Noveno: En caso de incumplimiento del numeral anterior póngase real y materialmente en posesión de lo litigado al señor Darío Agudelo Londoño mediante protección policiva" (fl. 45 y vto.).

Como puede observarse, se necesitaba comprobar que Muñoz, había sido renuente por dos ocasiones a la entrega de las mejoras y que había pagado la multa o su equivalente en arresto para poder entrar a hacer efectiva la entrega a través de medida policiva.

La primera renuencia está comprobada y, en virtud de ella, fue sancionado con multa de mil pesos, mediante la resolución número 002 de

agosto 30 de 1976 (fl. 156 y vto), mas no la segunda, ni el cumplimiento de sus consecuencias.

En esas condiciones parece que todavía no procedía decretar el lanzamiento, como lo hizo el Juez por medio del auto del día siguiente (31 de agosto de 1976 fls. 157 a 160), ni menos pasar a cumplirlo, como lo verificó a los tres días (3 de septiembre de 1976 (fls. 161 vto. a 163)).

El ex Juez Tirado Sánchez, debe explicar estos hechos, al igual que el procedimiento que adoptó para ordenar el lanzamiento (fls. 157 y ss.), siendo que el juicio relacionado con las mejoras había concluido con la diligencia de transacción o arreglo amigable, y con el fin de que tenga oportunidad de hacerlo se sobreeserá temporalmente respecto de la hipótesis delictiva contemplada en el literal b) de la providencia motivo de consulta.

En vista de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en parte con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º *Confirmar* el sobreesimiento de carácter definitivo proferido a favor del doctor Nevardo de J. Tirado Sánchez, por el delito de concusión a que se refiere el literal a) de la providencia motivo de consulta.

2º *Revocar* el sobreesimiento de carácter definitivo dictado a favor del mismo procesado por el delito de concusión examinado en el literal b) de la misma providencia y, en su lugar, sobreeser temporalmente en su favor.

3º *Reabrir* la investigación hasta por el término de seis meses, para que en el nuevo período probatorio se practiquen las pruebas indicadas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Error de hecho, error de derecho. Apreciación de las pruebas

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

La demanda

Bogotá, D. E., mayo 8 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bothero*.

Aprobado: Acta número 42.

Expediente número 25260

Vistos

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación oportunamente propuesto y sustentado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 24 de enero de 1979, mediante la cual confirmó la del Juzgado dieciséis Penal del Circuito fechada el 16 de septiembre de 1978, que condenó a Luis Roberto Pacheco García, por el delito de peculado en perjuicio de la Empresa Distrital de Transportes Urbanos, a la pena principal de 48 meses de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

Quedaron sintetizados en estos términos:

“...El Almacenista General de la Empresa de Transportes Urbanos señor Luis Roberto Pacheco García, para mayor seguridad logró la orden de traslado de unos rollos de cable, de las instalaciones del Minuto de Dios, a las de San Fernando y de la calle 14 con carrera 36, pero al cumplir dicha orden utilizando una grúa particular, conducida por el señor Gustavo Alarcón, sólo llevó a su destino uno solo de los rollos, y el otro lo condujo a una chatarrería ubicada en el barrio Pastranita, diagonal 46 número 80-80 Sur...”.

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, (artículo 580-1 del Código de Procedimiento Penal), formula a la sentencia dos cargos por error de derecho y dos por error de hecho, en la apreciación probatoria para demostrar que el cuerpo del delito de peculado y la responsabilidad de Luis Alberto Pacheco García, no fueron en este proceso plenamente acreditadas.

1. *Error de derecho*. Lo plantea sobre la prueba documental contentiva de las declaraciones recibidas a raíz de la correspondiente investigación administrativa que hizo la empresa con motivo de los hechos; la inspección ocular que en ese mismo expediente se practicó por empleados de la misma empresa; el acta de entrega a Efraím Fajardo de los elementos adjudicados; la Resolución de nombramiento de Pacheco García como Jefe de Almacén y de la respectiva acta de posesión; el pliego de cargo de la licitación, acta de apertura de la urna, la comunicación a Efraím Fajardo; y, finalmente, la copia de los Estatutos de E.D.T.U., o sea, de la Empresa Distrital de Transporte Urbano.

Advierte que todos esos documentos se incorporaron al proceso “sin autenticar legalmente”, por lo que expresa:

“...No reuniendo los requisitos de ley los documentos ya relacionados, por no obrar en autos la prueba de su autenticidad, no es posible afirmar que se encuentra por dicho medio documental, plenamente comprobada la responsabilidad penal del sindicado, ni tampoco la prueba de la existencia del cuerpo del delito. Esto así, lo consignado en los tales documentos no presta fe de acuerdo con lo establecido por las leyes vigentes. Esta prueba documental así recaudada, entonces, constituye apenas un principio de prueba por escrito, que debe ser auxiliada por la

prueba testimonial para ser apreciada correctamente...".

Luego, precisa:

"...He ahí el error. El error de derecho en la apreciación de la prueba. Ni el *a quo* ni superior notaron la fallida recaudación de los documentos tantas veces mencionados y pasaron por alto el lleno de los requisitos legales...".

2. *Error de hecho*. Aduce falta de apreciación de las declaraciones de Efraím Fajardo, Alvaro Zapata y Raúl Olaya "...las cuales a duras penas fueron relacionadas como pruebas de cargo, a pesar de ser claras, concordantes, contestes y suficientes para variar la convicción y certeza de cualquier Juez de la República...".

Sostiene el actor que por ignorar esta prueba, o mejor desestimarla, el Tribunal desconoció la existencia de una sociedad de hecho entre esos declarantes y, por ende, que cualquiera de los tres representaba legalmente a la sociedad para retirar en su nombre los objetos leitados.

Que por esta vía también soslayó la indagatoria del procesado y el testimonio de Hugo Ortega Cárdenas, funcionario de la Empresa y de Gustavo Molano Coronado, pruebas que sumadas a las anteriores permiten concluir que los elementos no le fueron totalmente entregados a la citada sociedad. Hecho que establece que el acta de entrega se firmó aceptando haber recibido todos los objetos cuando en realidad faltaba parte de ellos.

Entonces, lo que posteriormente hizo Pacheco García, fue entregar a sus legítimos dueños el faltante como se ha venido alegando.

3. *Error de derecho*. Consistente en que para el actor no tienen valor de indicio, los siguientes hechos: la solicitud de Pacheco García para el traslado del cable y la contratación de una grúa particular para esa labor, pues de todas maneras la afirmación del procesado de que el cable fue entregado en el depósito de San Fernando quedó confirmada por el propio Daniel Acosta Romero, testigo de cargo.

4. *Error de hecho*. Lo hace recaer sobre la prueba pericial mediante la cual se hizo el avalúo del cable que se venía afirmando tenía una extensión de 500 metros por carretel, pues el juzgador desconoció que allí se dijo con toda claridad que la cantidad era solamente de 150 metros.

Sólo al final de la demanda cita las normas violadas con todos estos errores que propone. Como sustanciales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de

Derechos Civiles, la Ley 74 de 1968 que lo ratificó, y el artículo 26 de la Constitución Nacional. Además, los artículos 215, 216, 217, 230, 262 y 278 del Código de Procedimiento Penal.

El Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que la Corte no case la sentencia acusada porque sustancialmente los cargos contra ella formulados no tienen fundamento. En efecto:

El primer reproche lo desbarata señalando que los documentos que obran en fotocopias y cuya autenticidad pone en duda el censor "...son documentos públicos y como tales, de conformidad con las previsiones del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal constituyen plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe, cuando han sido expedidos con las formalidades legales, y para demeritarlos es preciso redargüirlos de falsos...".

La segunda tacha edificada sobre la falsa apreciación de los testimonios de Efraím Fajardo, Raúl Olaya y Alvaro Zapata, que establecen, según el impugnante, la sociedad de hecho alegada, la rebate demostrando que el tema fue propuesto en varias oportunidades no sólo ante el Juez *a quo* sino también ante el propio Tribunal habiéndose debatido exhaustivamente, lo que indica que ese posible error de hecho no sería ostensible y manifiesto como trata de hacerlo ver el actor.

El tercer ataque que lo centra en que a unos hechos se les dio el valor de indicios sin tener esa significación probatoria, lo desborda porque no precisa el demandante, como lo exige la técnica del recurso, los indicios derivados de los hechos por él señalados y porque, además, se limita a plantear interrogantes sin respuesta.

El cuarto cargo encaminado a demostrar que el sentenciador dejó de apreciar el dictamen pericial mediante el cual se comprobó que el carretel estaba en mal estado y tenía solamente ciento cincuenta metros de cable, lo rechaza con la transcripción de las razones que tuvo el Tribunal para no darle crédito, lo que significa que fue considerado y que el recurrente pretende simplemente hacer prevalecer su personal criterio al del juzgador.

Consideraciones de la Corte

En vista de, que todos los cargos contra la sentencia los hace el recurrente dentro de la causal primera de casación por violación indi-

recta de la ley sustancial, porque el juzgador incurrió en errores manifiestos de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, se agruparán para facilitar su estudio.

1. Errores de derecho.

a) Antes de afirmar el impugnante que la prueba que obra en fotocopias se encuentra "... sin autenticar legalmente...", no obstante la cual fue apreciada por el Tribunal, concreta: "... estos documentos que tienen el carácter de privados, para que sean tenidos como auténticos, es preciso que se pruebe dentro del proceso su autenticidad...".

Sin lugar a dudas las copias o fotocopias de documentos públicos o auténticos hacen las veces de sus originales y participan integralmente de la naturaleza de aquéllos cuando han sido, en legal forma autorizadas por funcionario competente.

Si los documentos fotocopiados a que se refiere el contradictor fuesen de carácter privado, el fallador habría incurrido evidentemente en un falso juicio de legalidad, porque se valoraron sin haberse allegado al proceso la prueba de su autenticidad. Desafortunadamente para el actor, por ser copias de documentos públicos debidamente autorizadas por funcionario competente (el Secretario General de la Empresa Distrital de Transportes Urbanos), son en sí mismas documentos públicos o auténticos contra los cuales no se admite prueba alguna, salvo la que acredite la falsedad del original o de la fotocopia respectiva.

Esta confusión inexcusable del casacionista descalifica la censura porque lo lleva a reclamar una formalidad que los citados documentos, por su especial naturaleza, la tienen de suyo;

b) Los hechos que asegura el recurrente se tuvieron por el fallador como indicios dándoles ese valor, constituyen hechos indicadores de algo que, precisamente, no menciona el censor por parte alguna.

Si no se señala el hecho indicado, no se integra el indicio. Entonces, no es posible saber si el Tribunal los tuvo como tal ni determinar si éste cayó en un falso juicio de convicción por haberles negado el valor que la ley les atribuye o por haberles otorgado el que no les corresponde.

Fue, justamente, lo que no hizo el actor para demostrar el cargo, cuestión que la Corte no puede hacer de manera oficiosa, porque le está vedado ser Juez y parte en el proceso y, desde luego, en este recurso extraordinario.

2. Errores de hecho.

a) No se dejaron de apreciar los testimonios de Efraím Fajardo, Raúl Olaya y Alvaro Zapata, en cuanto con ellos se quiso demostrar que los tres conformaban para entonces una sociedad de hecho, porque el asunto fue ampliamente debatido en las instancias, concluyéndose, por parte de los falladores, que Efraím Fajardo concurrió a la licitación privada como persona natural y no como representante de la pretendida sociedad, licitando y recibiendo en su propio nombre, como consta en las correspondientes actas, los objetos que finalmente le fueron adjudicados.

No habiéndose logrado establecer que esa conclusión judicial es absurda, no se puede calificar de manifiesto el error de hecho deprecado y, por ende, la impugnación fatalmente se convierte en un criterio opuesto y personal del censor sobre la prueba, sin relevancia alguna en sede de casación;

b) Tampoco es de recibo la afirmación de que se ignoró el dictamen pericial que señaló en mal estado el carretel y en ciento cincuenta metros el cable, porque es de resalto que a ese experticio se le hizo una crítica severa y justa en el auto de proceder, natural fundamento de la sentencia recurrida, quedando en tal virtud considerado por el Tribunal, de manera razonada, como lo dispone el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, dijo esa Corporación:

"... Es una realidad que el perito nombrado avaluó una cantidad ínfima del carretel, en la cantidad de cuarenta mil pesos (fl. 354), pero debe tenerse en cuenta que el cable tuvo que haber sido sustraído, ya que se encontraba a la intemperie, a más de que su cantidad fue calculada a simple vista, y su valor se justipreció con base en el valor del cable inservible o de segunda mano, por el que se sacó a remate un año antes de los hechos, sin que se especificara en el experticio, si se trataba de cable usado o nuevo, circunstancia que impide acoger como definitivo el experticio así rendido...".

En consecuencia, carece de seriedad este último reproche.

No obstante haber alegado violación indirecta, el demandante jamás traspasó el ámbito de la violación media, pues por ninguna parte indica en su libelo de qué modo se conculcó por el sentenciador la ley sustancial: si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. Se quedó simplemente en la mitad del camino.

Esta sola observación bastaría para tachar de inepta la demanda.

Por fuerza de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria fechada el veinticuatro de enero del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Copiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

¿Cuáles son los motivos válidos?

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 13 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porras*.

Aprobado: Acta número 043.

Expediente número 26094

Vistos

El señor Magistrado Carlos J. Díaz Méndez, del Tribunal Superior de Aduanas, se ha declarado impedido para conocer de este asunto en la consideración de que, con anterioridad, había “(rendido) concepto de fondo, visible folio 367 del cuaderno número 2, en su calidad de Fiscal Segundo de Aduanas”, lo que a su juicio, constituía la causal de recusación contemplada en el ordinal 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Los restantes Magistrados del Tribunal, por el contrario, estimaron infundado el impedimento alegado porque la actuación cumplida por el doctor Díaz Méndez en la que fundaba su pretendida separación del conocimiento, “no tiene el carácter que exige la ley, pues allí no se hizo estudio sobre el fondo de la cuestión materia del proceso sino que se pidió la aplicación del artículo 46 del E.P.A. para que el Juzgado ordenara la práctica de pruebas” y porque “revisados, además, otros conceptos emitidos por el doctor Díaz Méndez (fls. 341 y 343), tampoco se refieren a los hechos investigados sino a un somero análisis de las pruebas que se deben recoger, de modo que no se presenta la causal invocada y por ello no puede aceptarse el impedimento manifestado”.

Considerandos

Como se advierte nítidamente del texto de la causal 4ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, los motivos de recusación allí indicados se refieren de manera exclusiva a actuaciones de particulares que más tarde, como Jueces o Magistrados, tienen que conocer de asuntos en los que intervinieron con anterioridad o, sin haber intervenido en ellos, respecto de los cuales dieron su consejo o manifestaron su opinión:

a) Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes o contraparte de cualquiera de ellas no es, por supuesto, el motivo alegado en este asunto;

b) Tampoco puede serlo la circunstancia de haber dado consejo, como funcionario, sobre el asunto materia del proceso, desde luego que a los empleados del orden judicial y a los Agentes del Ministerio Público les está expresamente prohibido “aconsejar a cualquiera de las partes litigantes”, so pena de incurrir en delito (artículo 179 del Código Penal), y.

c) Ni puede ser motivo de recusación, finalmente, el hecho de que el funcionario haya cumplido con sus deberes oficiales en el proceso, porque el ejercicio de la función es obligación impuesta al empleado por disposición expresa de la ley y de su inexcusable cumplimiento no puede derivarse, simultáneamente, una inmediata o posterior inhabilidad, incapacidad, o impedimento en su contra para conocer del asunto.

La causal de que se trata, en efecto, fue tomada del artículo 64 del Código italiano y tratadistas tan eminentes como Giovanni Leone dice, respecto de ella, que solo puede darse en las personas que, fuera del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, han dado su consejo o han manifestado su opinión sobre el asunto “objeto

del procedimiento de que más tarde vienen a conocer como Juez o Magistrado”.

“...Debe tratarse de consejos o de pareceres expresados abusivamente, esto es, a título particular, fuera del ejercicio de las funciones...”.

“...Dar consejos significa “dar sugerencias o hacer advertencias acerca del comportamiento personal que la parte debe observar en el procedimiento, ya en orden a la elección de la defensa, ya en orden a los medios para combatir las deducciones contrarias...”.

“...Manifestar el propio parecer acerca del objeto del procedimiento significa dar “un juicio formal, una opinión acerca de las que podrán ser las definitivas decisiones sobre el procedimiento o sobre el modo cómo podrán resolverse las cuestiones jurídicas conexas a él...” (Tratado de Derecho Procesal Penal, E.J.E.A. Buenos Aires, 1963, t. I, pág. 374).

Por esa razón el mismo tratadista dice que “no constituye motivo de recusación a base de los criterios indicados:

“.....”.

“...g) El haber dado el Juez una providencia en el curso de la instrucción o del juicio...” (ob. cit. pág. 375).

Así lo había ya reconocido recientemente la Corte, de otra parte, como puede verse en providencia de 3 de enero de 1978 y de 29 de marzo de 1979, entre otras en las que en lo pertinente dijo la Sala:

“... (La causal 4ª) se refiere al abogado que, dentro del proceso, ha asumido alguno de los papeles enumerados por el numeral 4º del artículo 78 citado, y, posteriormente, es designado Juez o Magistrado, correspondiéndole conocer de ese mismo negocio. Los consejos u opiniones que, en su carácter de consultor, haya emitido, constituirán franco impedimento para que como Juez o Magistrado administre justicia dentro de dicho proceso...”.

“...Cosa diversa es cuando un Juez ha tramitado un proceso, en sus dos etapas del sumario y del juicio, dentro de cuyo trámite ha ido haciendo calificaciones, como lo son la que formula al dictar auto cabeza de proceso, al proferir auto de detención, al revocar o mantener esta decisión, al calificar el mérito del sumario, etc., etc. Las opiniones jurídicas que el Juez expresa en las providencias enumeradas, y en otras similares, no son las que el numeral 4º del artículo 78 eleva a la categoría de causal de impedimento, por tratarse de conceptos emitidos en función jurisdiccional, en tanto que las de la causal cuarta implican el ejercicio de la abogacía...” (auto de 3 de enero de 1978).

“.....”.

“...Los actos ejecutados por los jueces y Magistrados en cumplimiento de sus deberes oficiales no pueden constituir, al propio tiempo, motivo de impedimento para su posterior conocimiento del asunto, afirmación tanto más cierta entre nosotros cuanto que la legislación procesal colombiana entrega de tal modo a un mismo funcionario el conocimiento de la totalidad del proceso, que bien puede éste (actuar en un proceso desde el auto con que se inicia, hasta la sentencia que le pone término)...” (auto de 29 de marzo de 1979).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el señor Magistrado Carlos J. Díaz Méndez, en este asunto.

Notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, abrevia las dificultades que puedan presentarse cuando existe la circunstancia de que dos Jueces puedan conocer del mismo negocio penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 20 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porrás*.

Aprobado. Acta número 045.

Vistos

El Tribunal Superior de Santa Marta, por auto de 6 de diciembre del año pasado, se declaró incompetente para conocer de este proceso, que envió al Juzgado 21 Superior de Bogotá, por repartimiento, fundado en la consideración de que por razón de los hechos investigados el Juzgado 84 de Instrucción Criminal con sede en la última ciudad había manifestado en alguna ocasión al Juez 3º Superior de Santa Marta “que los delitos imputados (...) tuvieron su perfeccionamiento y culminación en la ciudad de Bogotá” y que, además, “como (eran) delitos conexos le correspondía la competencia a prevención, de acuerdo con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, o los Jueces Superiores de la ciudad de Bogotá y no a los de la ciudad de (...) Santa Marta”; en la misma providencia declaró el Tribunal nula la calificación del sumario, por incompetencia del Juez de esa ciudad, no obstante que para entonces no podía saber si el de Bogotá aceptaría conocer del asunto ni, tampoco, si la Corte habría de dirimir el conflicto de competencia que promovía, atribuyéndola a este funcionario.

El Juzgado 21 Superior de Bogotá, por el contrario, consideró que la competencia concernía al Tribunal de Santa Marta, pues, a su juicio, “si bien es cierto (que) en principio los Juzga-

dos Primero, Cuarto, Sexto, Quinto, Noveno y Diecisiete Superiores de Bogotá avocaron conocimiento por competencia, por el delito de falsedad contra varios parlamentarios, más tarde encontraron la competencia radicada ora en Santa Marta, ya en Mocoa (Putumayo) según constancias allegadas al negocio que nos ocupamos, por investigaciones iniciadas con posterioridad, esto es, en julio 31 del año 1978, luego si de competencia a prevención se trata según el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, esta sigue recayendo en el Juez Tercero Superior de Santa Marta y por consiguiente en el honorable Tribunal que nos plantea la colisión de competencia, ya que en ese Distrito Judicial el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal abrió investigación con anterioridad, el 20 de mayo de 1978”.

Considerandos

1. *Es claro que ambos funcionarios, como se advierte de las motivaciones expuestas por cada uno de ellos, concuerda con los hechos fundamentales, debidamente acreditados, que aparecen en el proceso, esto es, en que la falsificación se perpetró en las localidades de Santa Marta, El Banco y Ciénaga, en jurisdicción del Distrito Judicial del Magdalena y en que el uso de los documentos falsificados, como medio para perpetrar la estafa, se realizó en la ciudad de Bogotá, en jurisdicción del Distrito Judicial de Cundinamarca; luego ambos concuerdan en que en este asunto se presenta una conexidad de delitos, con conexidad ideológica, dado que entre las infracciones cometidas existe una relación de medio a fin, aceptado que una de ellas aparece realizada como instrumento de la ejecución de la otra y ambas, consideradas como una unidad, cometidas en lugares sometidos a diversas competencias, evento en el cual resulta preciso dar aplicación*

de la regla del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

“...La norma (artículo 42) obvia las dificultades que puedan presentarse cuando existe la circunstancia de que dos jueces puedan conocer del mismo negocio penal en consideración a la naturaleza del hecho punible pero que por presentarse en distintos lugares los acontecimientos que reflejan las diferentes fases del acto delictuoso desde que este surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena se presenta la duda de saber cual de esos Jueces es el competente para conocer del proceso duda que la norma penal despeja señalando unos determinados eventos los que al cumplirse o bien todos conjuntamente o bien unos por separado otorgan jurisdicción territorial al Juez en donde tales hechos se hayan operado...” (autos 17 de junio 1952 LXXII, 615; 4 julio 1952, LXXII, 644).

No sobra recordar también, que el fundamento para establecer la competencia territorial no se determina por la finalidad u objeto que persigue el delincuente, ni por el lugar donde se encuentren las víctimas, sea permanente o transitoria, ni por el sitio donde se produzca el resultado buscado con el delito, sino, como lo establecen los artículos 41 y 42 del Código de Procedimiento Penal, por “el territorio donde se cometió la infracción”, que es, en tratándose de delitos conexos, o continuados o crónicos, perpetrados en varios lugares, el territorio de todos estos si, por otra parte, se da el presupuesto de una misma competencia por razón de la naturaleza del hecho.

Y como cuando la infracción se comete “en varios lugares”, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del sitio en que primero se formule la denuncia, la competencia concierne en este asunto al Tribunal Superior de Santa Marta, aparte de las razones que se dejan expuestas porque, además, de la investigación de los hechos a que se remite este proceso no ha conocido, por razón de competencia, ni pretendido hacerlo, Juez alguno diferente al Tercero Superior de esa ciudad, que avocó su conocimiento, cerró la investigación y calificó el mérito del sumario.

Del texto del oficio número 194 de 27 de octubre de 1978, dirigido por el Juez 84 de Instrucción Criminal, radicado en Bogotá, al Tercero Superior de Santa Marta, sólo se desprende que aquél despacho “fue comisionado por la Seccional de Instrucción Criminal de Cundinamarca, para adelantar todas las investigaciones que surjan de (los) mismos hechos” y que, por ello, para

entonces estaba adelantando “en forma separada más de quince investigaciones y entre ellas (...) procesos separados contra los parlamentarios Ricardo Barrios Zuluaga, Francisco Fuentes Noguera, Miguel Pinedo Vidal y Mamuel Octavio Lara Martínez, junto con los médicos que a ellos les hubiesen certificado sus incapacidades” (fl. 140), pero, como lo certifican los Jueces Noveno y Primero Superiores de Bogotá, las investigaciones correspondientes fueron enviadas por éstos a los Juzgados Superiores de Santa Marta, por razón de competencia (fls. 331 y 333), habiendo sido ambos iniciados por el Juzgado 84 de Instrucción Criminal el 31 de julio de 1978, esto es, con posterioridad a la iniciación de este de que se trata, que lo fue el 20 de mayo del mismo año (fl. 161).

De otra parte, como con justa perplejidad lo anotó el señor Fiscal Segundo del Tribunal de Santa Marta:

“...aceptando que a los parlamentarios señores Ricardo Barrios Zuluaga, Miguel Pinedo Vidal, Joaquín Fernández de Castro y a Francisco Fuentes Noguera, se les resolvió la situación jurídica en algún Juzgado en Bogotá, ¿dónde hay constancia de éello? Si estando en esas mismas circunstancias, por qué se le resolvió la situación jurídica tan solo a los señores Octavio Lara y a Gonzalo López Rodríguez, aquí en Santa Marta en el Juzgado Tercero Superior a sabiendas de que éellos también son parlamentarios y, por consiguiente, debió definírseles el caso también en la capital de la República...”

“...Por último, si los doctores —médicos— Marceliano Brugez Escárraga, Guillermo Valencia Piedrahíta y Luis Aurelio Vives Echeverría, actuaron aquí en este Distrito del Magdalena, tal como lo hicieron los doctores Dionisio Ruiz Meza y Abdala Guerra López, por qué estando en las mismas circunstancias no se les resolvió la situación jurídica a los tres nombrados sino que tan solo se hizo con los dos últimos...” (fl. 311).

2. Está bien que el Juez que admite su competencia para conocer de un asunto, declare la nulidad de lo actuado por otro que no lo era para proferir las determinaciones anuladas; pero cuando el Juez declara que no es él sino otro el competente y, por consiguiente, cuando suscita una colisión negativa, no le es permitido adoptar determinación alguna relativa a esa competencia que se controvierte, mientras no se cumplan, al menos, los trámites que la ley señala para dirimirla y, portando, mientras el superior encargado de hacerlo no diga a quién compete: la razón

se muestra claramente en este asunto en el que el Tribunal Superior de Santa Marta, dispuso la nulidad de lo actuado por el Juez 3º Superior de esa ciudad a tiempo que provocaba colisión de competencia a un funcionario de otro distrito judicial, anticipándose de este modo al que habría de ser el criterio de la Corte sobre la materia, que como se ha visto, le ha sido adverso y como resultado de lo cual la competencia corresponde al Juez 3º Superior de esa ciudad, quien, por lo tanto, no incurrió en nulidad, por incompetencia de jurisdicción al cerrar la investigación y calificar su mérito.

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

1º *Dirime* la colisión de competencia negativa presentada en este asunto, en el sentido de que el conocimiento corresponde al Tribunal Superior

de Santa Marta, al que, en consecuencia, se enviará el proceso, dando cuenta de lo aquí resuelto al Juzgado 21 Superior de Bogotá, y

2º *Revalida* las actuaciones cumplidas por el Juez 3º Superior de Santa Marta, infundadamente anuladas por el Tribunal Superior de esa ciudad.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DOCUMENTOS

No puede admitirse que exista en nuestra legislación una especie de documentos distinta a los públicos y a los privados

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 22 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 45, de mayo 20 de 1980.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación propuesto por Carlos Julio González y Melba Villa de González, en contra de la sentencia de 19 de mayo de 1978, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, les condenó a la pena principal de diez y ocho (18) años de presidio como autores responsables de un delito de falsedad documental.

1. Los antecedentes:

Fueron resumidos por el Ministerio Público en la segunda instancia, en fragmento que se produce en la demanda y en el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, de la siguiente manera:

“Por los años de 1970 a 1972, funcionaba en esta ciudad, en la carrera 17 número 15-04, el Instituto nocturno “Iván Petrovish Pavlov”, del cual era Rector y propietario el señor Emigdio Orjuela Bulla. El precitado establecimiento era de carácter privado, pero contaba con la licencia de funcionamiento expedida por el Ministerio de Educación Nacional. En el año de 1970 y mediante la Resolución número 6749, de diciembre 21, el citado Ministerio autorizó al plantel educativo en cuestión para expedir el título de bachiller a un reducido grupo de alumnos (15), que habían cursado el último año, y cumplido con todos los requisitos indispensables

para hacerse acreedores al prementado diploma. Posteriormente, esto es, en 1971, el Ministerio de Educación expidió la Resolución número 6581, autorizando al “Instituto Iván Petrovish Pavlov”, para la expedición de títulos de Bachiller, lógicamente a los alumnos que tuviesen derecho a él. Tal Resolución aparece expedida, según constancia visible al folio 5 del cuaderno primero, con fecha 5 de noviembre de 1971. Ocurrió, entonces, que los directivos del colegio expidieron en el año de 1971, doscientos sesenta (260) diplomas de bachillerato a igual número de personas, documentos éstos que fueron enviados a las entidades oficiales correspondientes, para el trámite obligado de revisión, aprobación, etc. Sucedió entonces que, ante ese crecido número de diplomas expedidos, se entró en sospecha de que se estaba traficando con esta clase de documentos, y por ello la División de Inspección y Evaluación Educativa del Ministerio de Educación, dispuso la investigación correspondiente, en desarrollo de la cual se vino a establecer que sólo treinta y cinco (35) de tales diplomas se habían expedido legalmente, esto es, a alumnos que efectivamente habían cursado el último año lectivo y cumplido los reglamentos del caso, y lógicamente, los restantes eran completamente apócrifos”.

2. La actuación procesal subsiguiente:

Este proceso se inició en el Juzgado 28 de Instrucción Criminal por auto de 9 de enero de 1974. Fueron indagados: 1º José Emigdio Orjuela Bulla (fl. 40); 2º Amira Castro Cárdenas (fl. 48); 3º Mariela Orjuela Bulla (fl. 81); 4º José Casimiro Pardo Daza (fl. 98); 5º José Angel Segura Jiménez (fl. 162); 6º Jesús María Mosquera Gutiérrez (fl. 182); 7º Fernando Rico Santanilla (fl. 224); 8º Melba Villa de González (fl. 289); 9º Rosalba Aarón Rojas (fl. 326); 10. Ottoniel Orjuela Bulla (fl. 333); 11. William Domingo Barbosa Castellanos (fl. 505); 12. Alonso

Vásquez Melo (fl. 531); 13. Darío Cardona Cardona, (fl. 572); 14. Lily Kure Kattah (fl. 577); 15. Héctor Augusto Pineda Vargas (fl. 588); 16. Epaminondas Acosta Neira (fl. 605); 17. María Hilda Correal Torres (fl. 612); 18. Yolanda Correal Torres (fl. 615); 19. Carmen Cecilia Ruiz Bernal (fl. 676); 20. Guillermo Aristizábal Aristizábal (fl. 703). Existe emplazamiento para 234 personas, salvo error u omisión, y subsiguiente declaratoria de reos ausentes y provisión de un apoderado común a todos.

Fueron llamados a responder en juicio (abril 6 de 1976): José Emigdio Orjuela Bulla y Amira Castro Cárdenas por los delitos de falsedad y estafa; Carlos Julio González, Melba Villa de González y Fernando Rico Santanilla, por falsedad como cómplices no necesarios y estafa como coautores; William Domingo Barbosa Castellanos, por falsedad, y a Fernando Rico Santanilla, por asociación para delinquir; instigación y apología del delito. La audiencia pública empezó el 11 de octubre de 1977. La sentencia de primera instancia se produjo el 29 de noviembre siguiente y en ella se condenó a Orjuela Bulla y a la Castro Cárdenas, por falsedad y estafa, a las penas de 46 y 44 meses de presidio, respectivamente, a González, Melba Villa de González y Rico Santanilla, a la pena de 25 meses de presidio para cada uno, a Barbosa a 15 meses de presidio. Rico Santanilla, fue absuelto por el cargo de asociación, etc.

En la segunda instancia (mayo 19 de 1978), se absolvió a todos los condenados por estafa pero se confirmó lo relativo a la falsedad y en todo lo demás, dicha sentencia.

3. La demanda:

Al amparo del cuerpo primero de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula dos cargos a la sentencia impugnada, ambos por violación directa por aplicación indebida de la ley.

Por el primero dice que los hechos investigados no permiten deducir un delito de falsedad en documentos mediante combinación de los artículos 233 y 234 del Código Penal. Esto porque el certificado o título que expide un colegio privado es documento privado y, por tanto, no corresponde a lo que se entiende en el artículo primeramente citado como: "documentos públicos, documentos oficiales, escrituras o instrumentos negociables", ni el hecho de que funcionarios oficiales estampen allí sus firmas y sellos, con posterioridad a su expedición, les da carácter distinto. En consecuencia, alega, hubo error en

la selección de la norma pues a la falsedad en documento privado se refiere el artículo 240 del Código Penal.

Por el segundo, agrega, se desconoció el principio "*nulla poena sine lege*". Los hechos averiguados, reafirma, no permiten tipicar el delito previsto en el artículo 233 del Código Penal, pero, agrega, tampoco ninguna otra de las figuras del Capítulo III, Título 6º Libro 2º del Código Penal y, ante esta ausencia de delitos, se violó el principio enunciado y se dió una mala aplicación al artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. Repite que la falsedad que surge del caso concreto lo es en documento privado y que este tipo delictuoso requiere perjuicio a tercero o intención de causarlo, perjuicio éste que no es el daño público de todo delito, sino un daño específico, exigencia ésta que diferencia a la falsedad en documento privado de la falsedad en documento público. Este daño fue descartado en la sentencia impugnada cuando eliminó la estafa perfecta o imperfecta, de esta manera, concluye, se condenó por una infracción no definida en la ley.

Solicita que de tenerse por probado el cargo segundo, que coloca como principal, se absuelva. Y, en subsidio, que se acepte el primer cargo y se imponga la pena del artículo 240, en concordancia con el 33, pero en la modalidad prevista en el 20 del Código Penal.

4. El concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que la demanda debe desecharse y para llegar a esa conclusión, sobre la base de que el demandante alega que se consideró que los documentos tenidos como públicos u oficiales son en verdad documentos privados, dedica toda su atención a comprobar que sí se trata de documentos oficiales y, por tanto eran aplicables al caso los artículos 233 y 234 del Código Penal. En uno de los apartes citables de su concepto, dice así: "También tienen la categoría de documentos oficiales los provenientes de los particulares, cuando por disposición legal se les ha facultado para certificar o para expedir títulos académicos o de idoneidad en representación del Estado".

Para el caso concreto, expedición de falsos títulos de Bachillerato, cita el artículo 41 de la Constitución Nacional, que consagra para el Estado la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, "en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos", a pesar de que se garantiza "la libertad de ense-

ñanza". Trae a colación los artículos 39 y 76, numeral 12 de la misma Constitución Nacional. Sobre exigencia de títulos de idoneidad y reglamento de las profesiones, y la capacidad que se otorga al Presidente de la República para "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional". También el artículo 2º Decreto 3157 de 1965 sobre facultades que tiene el Ministerio de Educación en este mismo orden de cosas. Afirma que nadie discute que la falsedad en tratándose de títulos de bachiller emitidos por planteles oficiales, es delito que tiene su ubicación en el artículo 233 en consonancia con el 231 del Código Penal. Y absurdo resultaría que los expedidos por un colegio privado pero legalmente aprobado tuvieron tratamiento distinto.

En cuanto al segundo cargo, limitado a un restringido concepto de daño que no puede aceptarse, no lo estudia por considerar que "la adecuación típica que de la conducta se hizo en la sentencia no merece objeción alguna". Al final solicita "desechar la demanda a estudio".

4. Las consideraciones de la Sala.

Al indicar los fundamentos y las argumentaciones de la demanda se dijo que los dos cargos que se formulan a la sentencia impugnada se refieren a una pretendida violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de la misma. Es decir, que se apoya el censor en el cuerpo primero de la primera causal de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Bien se ve por el examen de los dos cargos que la demanda resulta contradictoria y que, por este grave defecto de técnica en la sustentación del recurso y ante la imposibilidad de escoger entre uno y otro porque tal cosa implica una enmienda del libelo que no puede hacer el juzgador, debe concluirse que no puede casarse la providencia protestada.

El defecto surge del hecho consistente en afirmar, por el primero de los cargos, que sí cometieron delito los procesados, aunque no en la modalidad deducida por el sentenciador, y sostener, con el mismo énfasis, en el segundo de los cargos, que los procesados no infringieron la ley penal y, a pesar de tan absoluta inocencia se les condenó.

En las anteriores circunstancias es claro que el recurso no puede prosperar. Pero ello no obsta para que se precisen los contenidos y alcances de las alegaciones en torno al carácter que debe atribuirse a los diplomas de bachiller expedidos por institutos privados de enseñanza. Sobre di-

cho tema se consignan las consideraciones siguientes:

Plantea el censor la tesis de que las posibles falsedades cometidas en diplomas de bachiller expedidos por colegios privados deben considerarse como falsedades en documentos privados. El Procurador Delegado que conceptuó considera que fue bien aplicado el artículo 233 del Código Penal, al caso de autos porque los diplomas expedidos por los establecimientos de enseñanza fundados y dirigidos por particulares, tienen el carácter de documentos oficiales. Ni uno, ni otro, ni los juzgadores en las instancias los consideran documentos públicos.

No explica el Procurador si la calidad de oficiales la ostentan dichos documentos por cuanto quienes los expiden, o sea los rectores o directores de planteles privados son delegatarios del Estado, o representantes del mismo. Tampoco dice si la instrucción pública es una función del Estado cuyo ejercicio concede éste a los particulares, o en qué forma llegan a ejercer éstos la función certificadora propia de aquél para conferir a los documentos que expiden, en ejercicio de la misma, el carácter de oficiales.

Se limita a sostener, en el fondo, que el mencionado artículo 233 del Código Penal Colombiano establece una tercera especie de documentos, los oficiales, que vendrían a constituir una categoría intermedia entre los públicos y los privados y cuya característica esencial sería la de tener mayor importancia que los últimos y menos que los primeros; además, claro está, de ser expedidos por personas habilitadas legalmente para ello. Agrega que, de no ser así, el legislador habría incurrido, al redactar esa norma, en uso inútil de un término: el de oficiales.

Sobre el particular es preciso decir, en primer lugar, que la función certificadora (llamada también de pública certificación, función certificadora del Estado, etc.), es de carácter público, privativa de los entes estatales ya que por ella se confiere, a determinados documentos, el carácter de públicos término que significa en este caso, no que estén destinados a uso público sino que provienen de los entes estatales, es decir, que tienen un origen oficial. A lo cual va anexo su especial valor probatorio ya que prueban no solamente "erga omnes" sino también "adversus omnes"; es decir, no solamente frente sino contra todos.

Esta facultad certificadora puede, ciertamente, ser cedida. Pero sólo mediante expresa autorización legal y con los requisitos que la ley impone

en cada caso. Lo que significa que no es dable pensar que haya delegación donde no existe autorización legal expresa en tal sentido. Y no debe confundirse la concesión o delegación de la función certificante con otras concesiones que el Estado puede otorgar.

Aun cuando se aceptara que la instrucción pública es una función estatal, lo que no dejaría de ser contrario al artículo 41 de la Carta que consagra la libertad de enseñanza y que se limita a reservar para el Estado la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, no por ello podría admitirse que junto con esa concesión se traslada a los particulares el poder de pública certificación para que expidan documentos oficiales, ya que se trata de dos cosas perfectamente distintas que requerirían, cada una de ellas, mención expresa del legislador.

Por otra parte, no puede admitirse que exista en nuestra legislación una especie de documentos distinta a los públicos y a los privados. Sobre este particular puede considerarse que las disposiciones penales son normas en blanco en cuanto el concepto de documento lo suministran otras en especial la de carácter procesal. Y basta examinar las que tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el de Procedimiento Penal reglamentan la materia para convencerse de que no hay sino las dos especies de documentos mencionados.

En efecto, el de Procedimiento Civil en su artículo 251, después de definir lo que es documento público, dice: "Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público". Ni esta disposición ni otra del citado ordenamiento menciona, ni mucho menos define, al documento oficial.

Otro tanto ocurre con el de Procedimiento Penal: El artículo 261 del mismo dice lo que debe entenderse por documento público y determina su valor probatorio. Y esto último hace, sin definirlo, el artículo 262, en relación con el documento privado.

Tampoco en el Código Civil se encuentra mención alguna de los documentos oficiales sino que en los artículos 1758 y siguientes se trata solo de documentos públicos y documentos privados.

Significa lo anterior que, como se había expresado antes, cuando el legislador menciona, en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, los documentos públicos u oficiales, no está haciendo referencia a dos clases de documentos sino a una sola. Es decir, que la conjunción, en esa expresión por ser explicativa, significa que lo que hizo el legislador fue equiparar los dos adjetivos.

No está por demás señalar que dicha expresión proviene del Código Penal Español, por copia directa que hiciera el Colombiano del artículo 303 de dicho ordenamiento. Y debe agregarse que la doctrina española, en particular la del Tribunal Supremo no ha podido hasta ahora, hacer diferencia entre unos y otros, definiéndolos, en numerosas providencias como una misma especie de documento.

Cabría, finalmente, hacer esta observación: Si documento público y documento oficial son dos cosas distintas, según lo pretende la Procuraduría, como quiera que el artículo 231 del Código Penal no menciona esta última clase de documentos y el artículo 233 sí lo hace, se tendría que un funcionario público que con abuso de sus funciones falsificara un documento oficial, no estaría sujeto a sanción alguna. Y en cambio sí lo estaría el particular y el funcionario público que obrara fuera del ejercicio de sus funciones y que falsificara uno de dichos documentos. Lo cual envuelve un verdadero contrasentido. Porque debiera no solamente sancionarse sino hacerlo con mayor rigor al funcionario que tal cosa hace con abuso de las funciones de su cargo pues en tal caso no sólo se lesiona la fe pública sino la fidelidad debida al Estado, fuera de los demás bienes vulnerados.

El diploma de bachiller expedido por instituciones privadas de enseñanza sólo se publicita, en cuyo caso adquiere la calidad de documento público en su totalidad, o de documento mixto (en parte público y en parte privado) según otros, cuando se logran las inscripciones en las oficinas estatales correspondientes que, según el régimen imperante se encuentran en las Gobernaciones Departamentales.

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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALTA DE TECNICA EN LA PRESENTACION DE LA DEMANDA DE CASACION

No se puede confundir la violación directa con la violación indirecta

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., mayo 27 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Boto*.

Aprobado: Acta número 48.

Expediente número 25719

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, proferida el 19 de julio de 1979, mediante la cual confirmó la que el 1º de agosto de 1978, dictó el Juzgado Once Superior de esa ciudad condenando a Oscar de Jesús Morales López y otro, por los delitos de falsedad y fuga de presos, dejándole al primero la pena principal de treinta y cuatro meses de presidio y las accesorias de rigor, pero modificándolas para el otro condenado no recurrente.

Hechos

Se han venido relatando de la siguiente manera:

“Reseñado bajo el número 50104, Oscar de Jesús Morales López se encontraba recluso en el pabellón 4º de la cárcel del Distrito Judicial, desde el 28 de abril de 1975, a órdenes del Juzgado 14 Penal del Circuito. El 30 de septiembre del mismo año dicho Juzgado lo condenó a seis años de presidio como responsable del delito de “robo agravado”. Al ser notificado de dicha sentencia, interpuso contra ella el recurso de apelación, lo mismo hicieron dos compinches suyos afectados con la decisión. En tal virtud el hono-

rable Tribunal Superior revisó la sentencia y al impartirle aprobación el 19 de noviembre, le aumentó la pena a siete años de presidio. Contra esta última decisión interpuso el sindicado el recurso extraordinario de casación. El 11 de diciembre, cuando aun no se había desatado el recurso extraordinario, apareció involucrada entre las numerosas boletas de libertad remitidas a la cárcel por los diversos funcionarios y sometidas a los trámites preexcrcelatorios, una relativa al recluso Morales López, del siguiente tenor:

“Juzgado 14 del Circuito Penal — Medellín Colombia — Señor Director Cárcel Judicial La Ladera — La Ciudad — Por el presente informo a usted que el Juzgado 14 del Circuito, mediante providencia de fecha 9 de diciembre del corriente, ordenó la libertad provisional e inmediata del detenido Oscar de Jesús Morales López, sindicado de ‘robo agravado’. — En consecuencia sirvase proceder de conformidad. — (Fdo.) Jorge Isaza Mesa”. Encima de la firma aparece un sello que dice: “República de Colombia — Juzgado (Sic) 14 del Circuito Penal — Medellín — Juez”.

“En la boleta anterior, confeccionada totalmente falsa, se simularon además las firmas de Mariela Galvis Martínez, (encargada de recibir y radicar la correspondencia), Marleny Urrego Présiga, (Secretaria de dactiloscopia), Guillermo Angel Torres (dactiloscopista) y Gonzalo Córdoba Orrego (Asesor Jurídico) y los correspondientes sellos de radicación, dactiloscopia y Asesoría Jurídica.

“A pesar de que la boleta se hizo aparecer como radicada bajo el número 40128 o 40428, realmente no fue radicada ni sometida a la confirmación telefónica por parte del respectivo Juzgado, como rigurosamente, en circunstancias normales, debe hacerlo Mariela Galvis M. Tampoco fue incluido el nombre de Morales López en la lista que con posterioridad a la radicación suele ela-

borar el empleado Javier Graciano Hurtado con los nombres de todos los detenidos cuya libertad está en trámite. A pesar de ello, el guardián Medardo Marulanda Echeverri, cumpliendo funciones que se le habían asignado desde diez meses atrás, lo incluyó en el llamado que con base en las respectivas boletas se hace de los detenidos en trance de libertad y en el traslado que de ellos hizo hasta el recinto de reseña, contiguo a la Asesoría Jurídica; al sacarlo del pabellón número 4, comandado por el Sargento de Prisiones Guillermo Roza Valderrama, éste lo alertó, diciéndole "que tuviera mucho cuidado con él, porque presumía que estaba sentenciado", puesto que "estaba con vigilancia especial". No obstante, lo sometió a reseña, estampando las huellas de sus dedos pulgar e índice derechos en el reverso de la boleta, como era de rigor. Pero ya en el sitio de las huellas aparecía una firma que supuestamente correspondía al dactiloscopista, cuando era lo normal que tal firma se pusiera encima de las huellas con posterioridad a la confrontación dactiloscópica, como prueba de que correspondían a las impresas en la tarjeta de reseña.

"Prosiguieron los trámites y ya en el comando de guardia los detenidos fueron reseñados de nuevo por el guardián Marulanda Echeverri. Cuando el dactiloscopista Guillevardo Pinzón Peña, sometió la boleta de Morales López a la última confrontación para dar el último visto bueno y la orden de libertad, advirtió con extrañeza que la boleta estaba ajada y que la firma de su compañero Guillermo Angel Torres, no correspondía realmente a él. Por tanto impidió la salida del recluso y ordenó su aislamiento".

La demanda

Se formula en ella un solo cargo a la sentencia bajo la causal primera de casación, cuerpo primero (artículo 580-1 del Código de Procedimiento Penal), por violación directa de la ley sustancial al aplicar indebidamente el fallador el artículo 16 del Código Penal en concordancia con el 203, 231 y 233 del mismo estatuto, pues el caso concreto materia del juzgamiento se subsume según el actor en el artículo 18 y disposiciones concordadas de dicho código. En otras palabras: no se trata de una tentativa inacabada de falsedad y fuga de presos como lo entendieron las instancias sino de una tentativa imposible.

Para demostrar la censura precisa que cuando "...la imitación o falsedad salta a la vista, (*ictu oculi*), estaremos frente al delito imposible de falsedad documental...". Luego, afirma que en el caso presente la boleta de libertad falsifica-

da, extendida a favor de Oscar de Jesús Morales López, constituye en sí misma un medio inidóneo para crear la apariencia de verdad, como se desprende de los testimonios del Juez Jorge Isaza Mesa que presuntamente la suscribía, de la Secretaria de Dactiloscopia Mariela Galvis Martínez, de la empleada de la Sección Jurídica Marleny Urrego Présiga, del Asesor Jurídico Gonzalo Córdoba y de los Dactiloscopistas Guillermo Angel Torres Orrego y Guillevardo Pinzón Peña, ya que calificaron de "burda" la imitación de sus firmas o señalaron que "a la legua" se notaba la impostura.

De aquí concluye:

"...que el señor Oscar de Jesús Morales López, a pesar de su voluntad y de los actos ejecutados por él, los delitos de falsedad en documento público y fuga no los pudo consumir por inidoneidad del medio utilizado y no por circunstancias ajenas a su voluntad, como lo malinterpretaron los juzgadores de Primera y Segunda Instancia, en consecuencia, nos encontramos ante el concurso de delitos imposibles de falsedad documental y fuga...".

El Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal para solicitar que la Corte no case la sentencia recurrida rebate el cargo único propuesto por el demandante anotando la falta de técnica en su formulación, pues en su concepto, éste lo basa en la equivocada apreciación de la prueba testimonial, lo que no es posible discutir en el ámbito de la violación directa que expresamente propone; y, demostrando finalmente que no es atendible la aseveración de inidoneidad del medio empleado porque la falsedad de la boleta de libertad no se limitó a las firmas sino que se extendió a sus signos autenticadores (sellos y siglas) para imprimirle mayor credibilidad.

Se considera:

No cabe duda que la Procuraduría Delegada tiene razón al rechazar el cargo propuesto.

En efecto:

1) No resulta evidente que los testigos Jorge Isaza Mesa, Mariela Galvis Martínez, Marleny Urrego Présiga, Gonzalo Córdoba Orrego, Guillermo Angel Torres y Guillevardo Pinzón Peña, expresen que la falsificación de la boleta de libertad fue burda o grotesca, salvo el primero de los nombrados, pero los demás simplemente advierten que la firma no es la suya propia o la de otro compañero. Esto significa que el actor ha exagerado el alcance de esas declaraciones y que,

por consiguiente, no puede sostenerse que es manifiesta la inidoneidad del medio empleado para la delincuencia e inocultable el error del fallador al no llegar a esa conclusión.

2) De otra parte, el censor incurre en grave falta de técnica en su libelo al alegar violación directa de la ley sustancial y al apoyarse para demostrarla en impugnaciones de la prueba constitutiva de error en su apreciación fáctica o jurídica. Por esta vía cae en el desatino de confundir la violación directa con la indirecta, situación que no permite la prosperidad del cargo. Así lo ha dicho la Corte de la siguiente manera:

“...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 cometido, 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, ésto 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).

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 concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia de fecha diez y nueve de julio del año pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este proceso y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INDAGATORIA

Es la diligencia procesal donde el instructor pregunta al sindicado sobre los hechos que se le imputan pero no es la única oportunidad que el sindicado tiene para aceptarlos o negarlos

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., mayo 27 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 48.

Vistos

Mediante sentencia del 21 de septiembre de 1979, el Tribunal Superior de Aduanas confirmó la de primera instancia que dictara el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Medellín, en virtud de la cual Efraín Rodrigo Arias Sierra, fue condenado a la pena principal de 30 meses de presidio como responsable de los delitos de contrabando y falsedad documental. Contra tal providencia su defensor oficioso interpuso recurso de casación.

Hechos

El 6 de diciembre de 1975, agentes del F 2 aprehendieron en la ciudad de Medellín, el automóvil Ford Mustang, modelo 1967, de placas LD-0665 en poder de Efraín Rodrigo Arias Sierra; dicho vehículo había sido introducido ilegalmente al país mediante falsificación de la documentación correspondiente; igualmente falsos resultaron los documentos exhibidos por Arias Sierra, para demostrar la compra del automotor.

Actuación procesal

Iniciada la investigación de rigor, oído en indagatoria el sindicado, ampliada ésta y realizadas otras diligencias, el Fiscal 2º del Juzgado

Superior de Medellín, formuló acusación contra Arias Sierra, por los delitos de contrabando por fuera de las aduanas y falsedad documental (uso). El Juzgado 1º Superior acogió esta acusación y profirió auto de detención contra el sindicado. Como no fuese posible la presencia del acusado, se le emplazó en legal forma, se le declaró reo ausente y con su defensor de oficio oportuna y debidamente nombrado, prosiguió el juicio que culminó con la sentencia condenatoria e indicada.

Demanda

Invoca el recurrente la causal cuarta de casación, con el cargo de haberse proferido sentencia en juicio viciado de nulidad constitucional por inobservancia de sus ritualidades.

Concreta la acusación al hecho de no haberse interrogado al señor Arias Sierra "sobre la comisión del delito de falsedad por el que se le acusó y condenó", en la diligencia de indagatoria ni en la de ampliación de la misma. Por esta vía se pretermitió lo dispuesto en los artículos 386 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y se le conculcó al sindicado su derecho de defensa. Recordando varias decisiones de la Corte en el sentido de que la diligencia de indagatoria es, ante todo, un medio de defensa, concluye que no habiéndosele preguntado concretamente sobre la supuesta falsificación de los documentos del carro, no podía acusársele de ese delito ni proferirse contra él sentencia condenatoria por el mismo.

Concepto de Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal rechaza la pretensión del recurrente, pues considera que en la indagatoria no se le pregunta

al sindicado sobre fenómenos jurídicos sino sobre hechos. Advierte, además, que el derecho de defensa no está referido a la etapa sumarial de la investigación, menos aún a la mera diligencia de indagatoria, sino que se extiende a todo el proceso y adquiere una dimensión más cabal en la fase del juicio. Observa que si en la indagatoria no se le preguntó al sindicado sobre la falsedad del certificado de Paz y Salvo que amparó la transacción del vehículo, ello se debió a que para entonces no se conocía aun tal hecho, como se desprende de las fechas en que se aportó aquel documento y en que Arias rindió injurada y ampliación de la misma (fls. 154 y 26 y 106, respectivamente).

Considerandos

1. *La indagatoria es una diligencia procesal en la que el instructor pregunta al sindicado sobre los hechos que se le imputan y en la que éste responde sin limitación alguna sobre ellos; si lo niega o los acepta bajo condiciones que le favorecen, está ciertamente defendiéndose de la imputación; pero no es esa, desde luego, la única oportunidad que tiene de hacerlo; ella se extiende, como bien lo anota la Procuraduría a todo el proceso y adquiere la plenitud de su relieve jurídico cuando en el auto de proceder la jurisdicción penal lo acusa formalmente de ser autor o cómplice de un delito, porque a partir de entonces se le hacen cargos concretos y puede, así, defenderse con mayor eficacia.*

2. *En la diligencia de indagatoria —también lo recuerda el colaborador fiscal— no se interroga propiamente por denominaciones jurídico-penales sino sobre hechos, comportamientos de acción o de omisión que se atribuyen al sindicado y que la ley penal describe como delitos; tal denominación jurídica comienza a perfilarse en el auto de detención, adquiere contornos más precisos aunque normativamente amplios en el auto de proceder y se enmarca en definitiva nomenclatura legal en la sentencia de condena. Por eso el ámbito del derecho de defensa dentro del que ha de moverse el procesado, va haciéndose más definido en sus lineamientos a partir de la diligencia de indagatoria y adquiere su verdadera y limitada dimensión durante el período de la causa.*

3. *No cabe duda, entonces, que si al sindicado no se le interroga en la diligencia indagatoria o en la de careo por determinado hecho penalmente relevante, ni se le atribuye en el auto de detención, ni de él se le acusa en el llamamiento a juicio, pero por él se le condena en la sentencia,*

habrase incurrido en nulidad constitucional por violación del derecho de defensa. Pero si la imputación no aparece evidente en aquellas primeras diligencias, ni aun en el auto de detención preventiva, pero se plasma inequívocamente en el de proceder y durante el plenario se le da al acusado la oportunidad de contestarla sin limitaciones y luego se le condena porque sus explicaciones no lograron desvirtuar las pruebas que lo señalan indudablemente como responsable de los hechos que se le atribuyeron, entonces ha de concluirse que se respetaron las formas ajenas al proceso, que se garantizó el derecho de defensa y que la condenación fue legítima.

4. *En el presente caso, se le preguntó al sindicado en la diligencia de indagatoria por el documento de compraventa del vehículo, suscrito por él y con su firma autenticada por Notario de Bogotá, y al responder reconoció que lo firmó sin haberse enterado siquiera dónde se elaboró y autenticó (fl. 28); aceptó, además, que nunca viajó a Bogotá con quien le vendió el carro (fl. 29); en esa misma diligencia se le preguntó si había conocido la documentación que amparaba el vehículo y concretamente él manifestó que demostraba su nacionalización, pregunta cuya respuesta eludió (fl. 28 vto.); se le preguntó enseguida si leyó los documentos que le entregó el vendedor del carro y si en la matrícula figuraba o no el número del manifiesto; respondió negativamente (fl. 28 vto.). En la diligencia de ampliación de indagatoria se le preguntó cómo había hecho la solicitud de revisión del vehículo ante la Aduana para garantizar su legalización y respondió que toda la tramitación la había realizado el vendedor a pesar de que la respectiva solicitud aparecía presentada por él (fls. 106 vto.). Los documentos por los cuales se le interrogó en estas diligencias fueron considerados como falsos en el proceso.*

Llamado a juicio por contrabando y falsedad documental en su modalidad de uso de documentos falsos, Arias Sierra hubo de ser emplazado y declarado reo ausente con el lleno de los requisitos legales pertinentes (fls. 209 y 20). Se le nombró entonces defensor de oficio; posesionado este, y abierto el juicio a pruebas, solicitó la práctica de varias y en la parte final de su memorial dijo: "estas pruebas son conducentes por cuanto que al señor Arias Sierra se le imputa el delito de falsedad en documentos públicos" (fl. 225). Tales pruebas se practicaron (fls. 226 a 231). En su oportunidad el mismo defensor presentó al Juzgado alegato de conclusión en el

que hizo extensa referencia al delito de falsedad documental por el que se acusó al procesado, para demostrar su inocencia (fls. 233 a 235).

Resulta, así, evidente que al señor *Arias Sierra* se le juzgó y condenó con la plenitud de las formas propias de esta clase de procesos y que su derecho a defenderse del delito de falsedad documental le fue garantizado satisfactoriamente, así hubiese voluntariamente eludido su comparecencia al juicio.

Consecuencialmente no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República, de acuerdo con la Procuraduría,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Danté L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA

Principales y suplentes numéricos

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., mayo 29 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 49, mayo 29 de 1980.

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Bernardo Gómez Castillo, contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 1978, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual, al confirmar la de segunda instancia del Juzgado 5º Superior de esta ciudad, le condenó a la pena principal de ocho años de presidio, a más de las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en Obdulio Calderón.

Hechos

En las horas de la noche correspondiente al 7 de mayo de 1977, Obdulio Calderón, se encontraba con Bernardo Gómez Castillo, en una cancha de tejo ubicada en el barrio Santa Lucía, de esta ciudad. De pronto surgió una discusión entre los dos, y entonces el primero le propinó al segundo tres cuchilladas, por lo cual fue denunciado por éste.

El 3 de julio siguiente, encontrándose Calderón tomando bebidas embriagantes en una cantina situada en la calle 19 A Sur número 20-13 de la misma ciudad, sorpresivamente se le acercó Bernardo Gómez Castillo y le asestó una cuchillada en el corazón, a consecuencia de la cual falleció.

Adelantada la investigación, culminó con la sentencia condenatoria a las cuales se ha hecho

referencia en los vistos de la presente, contra la última de las cuales se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda

Luego de la presentación de los hechos que la hace el censor ciñéndose a la manera como los trae el auto calificadorio y de una relación de la actuación procesal, con invocación de la causal cuarta de casación consagrada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", formula un cargo contra la sentencia impugnada, para cuya demostración plantea dos argumentos:

1º Se está frente a una nulidad de rango constitucional pues "no hubo plena observancia de las formas propias del juicio porque en los procesos en que interviene el Jurado de Conciencia, conforme al artículo 541 del Código de Procedimiento Penal "serán jurados principales aquellos cuyos nombres correspondan a las tres primeras fichas extraídas y suplentes numéricos aquellos cuyos nombres correspondan a las tres últimas". Y de acuerdo con el 556, "cuando al iniciarse la audiencia faltare alguno o algunos de los tres jurados principales, serán reemplazados por el suplente o suplentes siguiendo el orden de extracción de las fichas".

Dentro de este proceso fueron sorteados como jurados principales: Hugo César Rodríguez Aya, Emérito Blanco Torres y Roberto Gómez G.; como suplentes: Octavio González, Jorge Orjuela y Guillermo Barato. "No hay constancia en el acta de la audiencia pública de quienes fueron los jurados que comparecieron para que se hubiera escogido a los señores Guillermo Barato, (tercer suplente) Hugo César Rodríguez Aya (primer principal) y Octavio González Delgado (primer suplente). Ese es un procedimiento

extraño pues no se da cuenta que otros jurados asistieron o si los tres últimamente nombrados fueron los únicos que concurrieron. "Lo lógico es que si el segundo principal fue reemplazado por el primer suplente, el tercer principal Roberto Gómez G., debía ser reemplazado por el señor Jorge Orjuela y no por el señor Guillermo Barato, quien sí intervino en la audiencia. En estas condiciones el señor Guillermo Barato, no podía intervenir como jurado sino ante la demostración de la ausencia del jurado Jorge Orjuela y el Juzgado Superior en el acta de la audiencia no da ninguna explicación respecto a si el señor Jorge Orjuela se presentó o no al Salón de las audiencias. Y sería necesario acreditar la ausencia efectiva del segundo suplente para que entrara a actuar el tercer suplente como se hizo en este caso". Luego se violó el artículo 556 del estatuto procesal penal, con lo cual se viola las formas propias del juicio.

2º El segundo reparo se hace consistir en que "El juicio se encuentra viciado de nulidad por haberse dictado la sentencia con violación del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal por "haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal, que no puede saberse exactamente quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado".

Para demostrarlo expone que en la diligencia de sorteo total, resultó elegido como principal Roberto Gómez G., a quien correspondería la ficha número 49, pero se notificó a Roberto Gómez Lizarralde, con lo cual se incurrió en la nulidad prevista en el ordinal 3º del artículo 211 citado. Agrega que no se trata de homónimos y que, en consecuencia, hubo violación de los numerales 2 y 3 de la mencionada disposición, lo cual, repite, genera nulidad.

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita en su concepto de rigor que no se case la sentencia, porque la primera objeción "es informalidad que no está conminada con sanción de nulidad ni constituye forma propia del juicio por jurados cuya inobservancia desconozca la garantía constitucional del debido proceso".

Y en cuanto a la segunda, si bien es cierta la confusión en que se incurrió, tampoco tiene la trascendencia que se le atribuye, puesto que quienes integraron el tribunal popular "figuran en la lista de jurados correspondientes al Juzgado Quinto Superior de Bogotá y respecto a los cuales no se adujo ninguna equivocación en cuanto a su identidad".

Consideraciones de la Corte

Primero. Sobre el primer argumento, el cargo no está llamado a prosperar. En efecto:

De acuerdo con el artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, "serán jurados principales aquellos cuyos nombres correspondan a las tres primeras fichas extraídas y suplentes numéricos aquellos cuyos nombres correspondan a las tres últimas".

Según el 549: "Declaratoria de Jurados y su notificación". Agregada al expediente el acta, el Juez ordenará tener como jurados a los seis ciudadanos sorteados, y dispondrá la notificación personal de dicha designación.

"En el acto de la notificación se les hará entrega de una copia del auto de proceder".

Y estatuye el 556: "Reemplazo de jurado al iniciarse la audiencia. Cuando al iniciarse la audiencia faltare alguno o algunos de los tres jurados principales, serán reemplazados por el suplente o suplentes siguiendo el orden de extracción de las fichas. El jurado con el cual se inicie la audiencia actuará hasta la terminación de ella".

La institución de los jurados suplentes tiene por objeto evitar, en cuanto sea posible, la demora en la celebración de la audiencia pública, previa y legalmente decretada. Como también el evitar cierta clase de sorteos parciales que llevaban a la misma demora. Pero dentro del caso en que son sorteados, en que han sido declarados jurados y han sido notificados de la designación, los suplentes adquieren la misma categoría de jueces de conciencia de que están investidos los principales. Ya lo ha dicho la Corte: "Tanto los principales como los suplentes escogidos en un mismo acto, tienen hoy la misma categoría y la misma función sin que pueda establecerse diferencias entre ellos, según el artículo 25 del citado decreto, que dispone "tener como jurados a los seis ciudadanos sorteados" y hacerles entrega de una copia del auto de proceder, precisamente para que todos estén en condiciones de intervenir en el juzgamiento, sin llamados especiales o requerimientos de última hora. Desde que se les notifica la designación a los seis miembros todos y cada uno de ellos quedan obligados a concurrir a la audiencia, en el día y hora señalados. Es natural que si para este último efecto cualquiera de los principales no puede estar presente, por cualquier circunstancia de la cual él debe responder ante el Juez según el artículo 29 del Decreto 1358 de 1964, en relación con el

3º del Decreto 242 de 1951, debe ser reemplazado por un suplente en orden numérico. Sería absurdo que si un miembro del jurado muriera o enfermara gravemente en el lapso comprendido entre su elección y la audiencia, ésta no pudiera llevarse a cabo sin el sorteo parcial para reemplazar al impedido. La institución de los suplentes perdería todo valor, fuera de que se les negaría arbitrariamente una intervención que les corresponde desde el momento en que fueron escogidos. No existe, pues, irregularidad en el hecho de que se hubiera integrado el jurado con uno de los suplentes, faltando el principal, aun en el caso de que éste no hubiera alcanzado, por cualquier motivo, a notificarse del auto que señala la fecha para la audiencia.

“4º Pero, si se admitiera que este proceder es indebido, no alcanzaría a configurar nulidad del proceso porque no está previsto como tal en el artículo 38 del Decreto 1358 de 1964, como lo subraya el Agente del Ministerio Público. Las causas para invalidar el procedimiento son taxativas, lo cual significa que no pueden ser completadas análogamente por el juzgador”. (Gaceta Judicial, Tomo CXXXVIII, números 2340 a 2345, pág. 572).

Lo anterior es suficiente para rechazar la primera argumentación propuesta.

Segundo. En cuanto hace a la segunda, es decir, a que está de presente una nulidad por haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal, que no pueda saberse exactamente quienes fueron las personas designadas que debía formar el jurado”, es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que en el momento del sorteo no se incurrió en equivocación ninguna y; en segundo, que el censor no demostró que alguna o algunas de las personas que intervinieron como jurados, no aparecieran en la lista correspondiente.

Así las cosas y recordando que de acuerdo con la norma 549 del estatuto procesal penal los seis ciudadanos sorteados —principales y suplentes— quedan investidos del carácter de jurados y que quienes intervinieron en este proceso como tales, se encontraban dentro de los sorteados y fueron notificados de ello, no se ve por parte alguna que

se haya incurrido en la causal de nulidad planteada sobre la irregularidad anotada y, además, porque Roberto Gómez Lizarralde no intervino como jurado en esta causa.

Finalmente, como ya lo ha sostenido la Corte, en sentencia que recuerda el Tribunal, “Mal puede extenderse esta causal de nulidad en cuanto a quienes, sea como principales o como suplentes, no han cumplido ninguna función juzgadora, por no haber hecho parte del tribunal popular que intervino en la audiencia pública respectiva.

“Buscan los preceptos transcritos que, quienes efectivamente cumplan la función de jueces de hecho lo hagan con el lleno de los requisitos señalados para su designación, entre los cuales está, es cierto, el de que figuran en la lista de jurados entre los cuales se haga el sorteo.

“Y las personas que integraron el jurado en este negocio y quienes dieron respuesta al cuestionario que les fue propuesto en la audiencia de juzgamiento, sí formaban parte de la lista de jueces de hecho” (casación, 5 - VII - 1972).

En consecuencia, por este segundo aspecto, el cargo tampoco puede prosperar.

Sin lugar a más consideraciones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

NO CASA la sentencia impugnada, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de septiembre de 1978.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la Corporación de origen. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS PROCESOS SEGUIDOS CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA, AUN CUANDO EL PAIS ESTE EN ESTADO DE SITIO, POR DELITOS COMUNES

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 2 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 49, mayo 29 de 1980.

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, (julio 31/79), en contra de Ramón Emilio Nova Mendoza, por el delito de homicidio en Edgardo Escorcía Meza, fallo en el cual le impuso ocho años de presidio, así como las accesorias correspondientes.

La impugnación se introdujo en tiempo oportuno y fue declarada admisible en auto de 4 de octubre del citado año. Luego, en proveído de cinco de febrero, la demanda presentada se declaró ajustada a las formalidades indicadas en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

De los primeros se toma la siguiente versión que aparece en la decisión recurrida: "... En Sabanalarga, el día 16 de octubre del pasado año, a eso de las tres y media de la tarde, en el interior de la cantina de propiedad del señor Vicente Gómez, fue herido mortalmente, con arma de fuego (revólver) el señor Edgardo Escorcía Meza, por parte del agente de la policía nacional Ramón Nova Mendoza, quien vestido de civil se dedicaba al consumo de bebidas alcohólicas. Como circunstancia antecedentes a este infeliz suceso, pueden señalarse el que el sindicato Nova Mendoza, previamente había sido desarmado por

la víctima, quien como amigo de él, y al verlo armado, le quitó el arma y se la entregó a Orlando Avila para que éste la llevara a casa de la madre de Ramón Nova Mendoza y le fuera entregada cuando estuviese sin trago, sin que esto se consiguiera toda vez que Alberto Ramos, amigo del sindicato, quitó el arma a Orlando Avila y la entregó a su propietario, quien, ya en posesión del arma, entró nuevamente a la cantina, disparando a corta distancia contra Edgardo Escorcía Meza, hiriéndolo en la parte media del cuello, interesándole la región requimedular-cervical, produciéndole parálisis de los miembros superiores e inferiores (cuadruplejía)".

Y en cuanto a los antecedentes procesales, la Delegada los sintetiza fielmente en estos términos:

"Los hechos que se dejaron relacionados dieron lugar a que el Juzgado Penal Municipal de Sabanalarga, dispusiera la apertura de la investigación en providencia del 29 de noviembre de 1977.

"Adelantada la etapa sumarial se recibió diligencia de indagatoria al sindicato Nova, el 27 de diciembre de 1977, contra quien se dictó auto de detención precautelativa el día 11 de enero del siguiente año por el delito de lesiones personales. No obstante ante el deceso de la víctima, demostrado con el acta de defunción que aparece al folio 154, el expediente fue enviado al Juzgado 2º Superior de Barranquilla.

"En este estado del proceso se suscitó una colisión de competencia entre el Juez 2º Superior de Barranquilla y el Comandante del Departamento de Policía de Bolívar, habida cuenta de que el procesado, para el momento de los hechos era miembro de la Policía Nacional, dependiente de ese Comando y, por lo tanto, el Juez Superior consideró que la competencia para el juzgamiento correspondía al Comandante del Departamento de Policía mientras que el Comandante expresó opinión contraria.

“El Tribunal Disciplinario al resolver el conflicto en providencia fechada el 28 de agosto de 1978, reiteró su tradicional criterio según el cual cuando los hechos delictivos cometidos por personal de la policía son de la competencia de la Justicia ordinaria cuando no haya acaecido con ocasión del servicio o de las funciones inherentes al cargo, y, por lo tanto dirimió la colisión en el sentido de atribuir a la justicia ordinaria el conocimiento del proceso.

“En estas condiciones el Juzgado 2º Superior de Barranquilla, declaró cerrada la investigación en providencia de 19 de octubre de 1978 y con fecha 15 de noviembre del mismo año dictó auto de proceder en contra del sindicado por el delito de homicidio en el grado de tentativa acabada, con la aclaración de que si bien es cierto el 22 de marzo de 1978, se produjo el deceso de la víctima, a falta de diligencia de necropsia, no se había establecido la relación de la causalidad entre el comportamiento del agente y el deceso de la víctima.

“Apelado el auto enjuiciatorio mereció confirmación integral por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en auto del 7 de febrero de 1979, oportunidad en la cual se dijo que el auto de detención continuaría vigente pero por el delito de homicidio y no de lesiones personales que era la denominación que el instructor había dado inicialmente al comportamiento delictivo.

“Tramitada la causa y verificado el correspondiente sorteo de jurados, se celebró diligencia de audiencia pública el 7 de junio de 1979, al término de la cual los miembros del jurado popular respondieron afirmativamente el cuestionario que les había sido propuesto por el Juzgado del Conocimiento.

“Finalmente el Juez 2º Superior de Barranquilla, dictó sentencia el 12 de junio de 1979, mediante la cual condenó al procesado por el delito que había dado lugar al enjuiciamiento y le impuso la pena principal de 8 años de presidio, además de las pertinentes penas accesorias.

“La sentencia condenatoria fue confirmada por el Tribunal Superior de Barranquilla, el 31 de julio de 1979, con la modificación de que la pena principal se redujo a cinco años y 4 meses de presidio. Además, en tal oportunidad se denegaron las pretensiones del defensor que había solicitado que se aclarara la nulidad de lo actuado, por incompetencia del Juez”.

La demanda

Se invoca la causal 4ª del artículo 580 (“cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”) y a su amparo se presenta un único cargo, vale decir, que ni el Juez 2º Superior ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, tenían competencia para conocer de este proceso, lo que correspondía a la Justicia Penal Militar, al caso el Comando Departamental de Policía de Barranquilla. Al respecto cita en extenso un pronunciamiento de la Corte (ponencia del magistrado Pedro Elías Serrano Abadía), acogido por unanimidad y que está fechado el 22 de febrero de 1979, resolución que recomienda el reconocimiento de un fuero absoluto de la policía, durante el estado de sitio, el mismo que da lugar a que no se distinga si el delito cometido por miembros de ésta se cumple en ejercicio de sus públicas funciones o por fuera de éstas, tesis que no acogió el extinguido Tribunal Disciplinario, y que el Consejo Superior de la Judicatura ya ha tenido ocasión de analizar y reiterar.

Consideraciones de la Sala y opinión de la Procuraduría 1ª Delegada para lo penal

El Ministerio Público estima que “la verdad entendida como conformidad de la idea con el objeto es deidad proteica, y aun cuando ella es una sola, el diverso ángulo de apreciación permite distintos enfoques de la realidad. Concretamente en relación con estos quehaceres del derecho podemos hacer referencia a una “verdad jurídica”, ocuparnos de la verdad probatoria “tratar de una” verdad procesal”, pues todas ellas tienen su propia entidad, aun cuando para aprehenderlas sea menester utilizar una óptica no coincidente.

“La verdad jurídica surge de la apreciación racional que del derecho hacen quienes se dedican a su investigación científica y como ciencia normativa que es, resulta del estudio de la normatividad (fuentes formales), a través de un método de interpretación. Ocurre, empero, que el derecho es ciencia valorativa del cual no puede demandarse la exactitud que tienen las ciencias de la naturaleza que obedecen a las leyes de la causalidad; por ello un mismo punto jurídico puede tener varias respuestas ya que para resolverlo puede tomarse como punto de partida distinta fuente o, aun escogida la misma, utilizarse otro método de interpretación. De todas maneras es característica de la investigación científica en materias jurídicas, el que la verdad emana de la

persuasión, la cual a su vez procede del estudio racional y sistemático del punto que ha sido tratado. Ella es impersonal y propia de teorizantes y funcionarios judiciales.

“La verdad probatoria se predica de cada persona en particular cuando sobre ella debe recaer una decisión judicial; es, en consecuencia, personal y busca una certeza histórica que admite grados en cuanto a su capacidad persuasiva, habida cuenta de la calidad y número de los medios de convicción de que se disponga y de la concatenación lógica que haya entre ellos. La prueba puede conducir a la probabilidad, a la verosimilitud, a la certeza plena, a la evidencia, pero siempre referidas a unos hechos y a una persona en particular.

“La verdad procesal puede no tener nada que ver con los aspectos anteriormente tratados, pero surge como una necesidad impuesta por el imperativo de alcanzar seguridad jurídica. Son razones de conveniencia las que la imponen y dice relación con casos o procesos en concreto. Es por ello que la decisión en firme de un superior jerárquico, en el caso de las instancias debe prevalecer, así la verdad jurídica o la verdad probatoria no la asista; se trata simplemente de dar firmeza y ejecutoria a las actuaciones judiciales a fin de no permitir que las discusiones sobre las otras manifestaciones de la verdad se hagan interminables.

“En el caso presente se resolvió un problema de competencias por la autoridad a quien la constitución y la ley han encomendado esa misión y esa decisión es ley del proceso que no puede desconocerse ahora; se trata en consecuencia, de una verdad procesal cuyo cumplimiento representa una necesidad en aras de la seguridad jurídica. Por ello esta Delegada comparte los argumentos expuestos por el Tribunal para no decretar la nulidad y que ahora pueden reiterarse para pedir que no se acceda a la solicitud del recurrente”.

Muchas de las transcritas reflexiones sirven como respuesta adecuada a los argumentos del recurrente. Conviene agregar que la Corte, no obstante patrocinar un criterio diferente al emitido por el desaparecido Tribunal Disciplinario y ratificado ahora por el Consejo Superior de la Judicatura (providencia de 26 de enero y 15 de febrero de 1980), tiene por doctrina permanente el que no es posible, cuando se ha definido una colisión de competencia por el organismo competente, más si se trata del citado Consejo Superior de la Judicatura, invocar un criterio distinto al

que se ha aplicado en el caso concreto para deducir de allí una posible nulidad.

En el caso sub examine, el extinguido Tribunal Disciplinario (hoy Consejo Superior de la Judicatura) decidió que la competencia en este caso correspondía a la justicia ordinaria y así se tramitó el proceso hasta su conclusión en la doble instancia. Resulta improcedente entonces, tratar de cuestionar el criterio aplicado y que se produjo como pleno ejercicio de una atribución legal.

Ahora bien, que se tenga opinión distinta y esta pueda evaluarse en decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte, es cuestión que no tiene el influjo que quiere otorgarle el censor. Estas posibles discrepancias, que en ocasiones tienen eficacia cada una por su lado, no dejan de suscitar inquietud y extrañeza, pero deben admitirse en su realidad tanto por las explicaciones que al respecto anota la Delegada como por la circunstancia de adscribir a diferentes organismos la facultad de tomar decisiones sobre aspectos muy coincidentes o comunes. Lo deseable sería que un solo organismo fuera el encargado de asumir en forma exclusiva la función de definir en la cúspide de la administración de justicia, las colisiones de competencia y acordar a sus resoluciones la necesaria y conveniente supremacía.

El cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve NO CASAR el fallo impugnado, mencionado ya en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

El suscrito, tal como lo manifestara en el salvamento de voto presentado en el proceso seguido contra Hernando Huertas Vargas, por homi-

cidio, y en el cual actuó como ponente el Magistrado Luis Enrique Romero Soto (mayo 21 de 1980), reitera su criterio en el sentido de advertir que la Jurisdicción Penal Militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de normalidad, solo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo, entendiéndose por militares a quienes sirven en el ejército, fuerza aérea y marina. Los artículos 27-2, 61 y 168 de la Constitución Nacional, según su interpretación exilológica, histórica y gramatical, no dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, ni menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene recalcar que la policía no puede calificarse de entidad militar y, por tanto, está por fuera de la jurisdicción penal castrense (artículo 21, 166 y 167, Constitución

Nacional; Código Nacional de Policía, artículos 1, 2, 34, 47; y Decretos 1835 y 1776 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de septiembre de 1973, en la cual se origina la viciosa asimilación de la policía a los organismos estrictamente militares y la no menos perjudicial facultad de permitir a la justicia penal castrense que conozca de procesos seguidos contra los civiles o la policía, ha perdido eficacia por la derogatoria de algunos de los textos sobre los cuales se hizo tal pronunciamiento.

Hasta tanto se produzca este ansiado cambio de doctrina, y a motivarla se encamina esta aclaración, debe acatarse la decisión de la Corte Plena. Por ello se concurre a la adopción de esta providencia.

Gustavo Gómez Velásquez.

1º ASPECTO TECNICO DEL RECURSO DE CASACION. 2º COMPETENCIA PARA JUZGAR A UN SOLDADO CUANDO CUMPLE SU SERVICIO MILITAR EN ACTIVIDADES DE POLICIA

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 3 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 51, de junio 3 de 1980.

Vistos

El Tribunal Superior Militar, en fallo de 25 de septiembre de 1979, impuso al Auxiliar de la Policía Nacional Gustavo Díaz, por un delito de homicidio en José del Carmen González Barrios, ocho años de presidio, así como las accesorias pertinentes.

En debida oportunidad se interpuso el recurso de casación, declarado admisible en auto de 31 de enero del año en curso. Luego, en proveído de 10 de abril, la demanda presentada para sustentar la impugnación, se reconoció como ajustada a las formalidades del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

Del siguiente modo los expone el Procurador Delegado para la Policía Nacional.

“... El 28 de agosto de 1978, cuando los Auxiliares de la Policía Nacional José del Carmen González Barrios Gustavo Díaz y Luis Alfredo Jiménez Aranda regresaban en las horas de la tarde del paraje denominado ‘Minabuco’, jurisdicción del Municipio de Muzo (Boyacá), al atravesar la quebrada ‘Palo Blanco’, Gustavo Díaz, quedó enterrado en el lodo de tambre construido por explotadores de las minas, lo que provocó que requiriera con palabras de grueso calibre a sus compañeros para que lo ayudaran a salir, ofreciéndoles ‘plomo’ si no lo hacían y desase-

gurando la carabina disparó yendo a herir a González Barrios quien falleció.

“Fue iniciado mediante auto cabeza de proceso proferido por el Juzgado 60 de Instrucción Penal Militar, el 18 de septiembre de 1978, despacho que oyó en declaración al particular eduardo Arroyave Peña y al Auxiliar de la Policía Nacional Luis Alfredo Jiménez Aranda así como al Subteniente Henry Gustavo Calderón, oído en indagatoria Gustavo Díaz, el 15 del citado mes se dispuso su detención preventiva, providencia que fue más tarde aclarada por la del 18 del mismo mes en el sentido de calificar el hecho como de ‘homicidio ultraintencional’. Una vez incorporadas el acta de defunción y la diligencia de autopsia el proceso se remitió al Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General, despacho que comisionó para la práctica de diligencias tendientes a perfeccionar el sumario y surtidos algunos incidentes relacionados con solicitudes de libertad e incorporado el informativo disciplinario que por los mismos hechos se adelantó, el Auditor de Guerra Auxiliar número 56 produjo el concepto de que trata el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar, en el sentido de la convocatoria de Consejo de Guerra Verbal para juzgar al inculcado Gustavo Díaz. Por resolución número 05 del 26 de enero del año próximo pasado el Juez de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía convocó a Consejo de Guerra Verbal para el juzgamiento de Díaz, diligencia que se inició el 14 de febrero del mismo año y culminó con la sentencia del 15 de los mismos mes y año que acogió al veredicto mayoritario, condenando a ocho (8) años de presidio a Gustavo Díaz, como responsable del delito de homicidio.

“Apelada la sentencia el honorable Tribunal Militar dispuso la práctica de algunas diligencias, entre ellas la inspección ocular con reconstrucción de los hechos y el careo entre el procesado y el testigo Jiménez Aranda. Finalmente y de acuerdo con el concepto fiscal, por sentencia

del 25 de septiembre de 1979, confirmó la de primera instancia, decisión aquella objeto del trámite del recurso de casación actualmente”.

La demanda

Con fundamento en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, causal 1ª, aparte 2º, se formula un único cargo y se desarrolla así:

“...La sentencia dictada por el honorable Tribunal Superior Militar de Bogotá, calendada en septiembre veinticinco de mil novecientos setenta y nueve, es violatoria de la ley por ‘falta de apreciación de determinada prueba’ pues cuando se profirió la sentencia en referencia ya existía dentro del proceso una prueba que varía indiscutiblemente la situación procesal de mi defendido y ésta nueva prueba no es otra que la diligencia de careo entre el testigo Jiménez Aranda y el sindicado Gustavo Díaz, verificada en el propio escenario de los hechos el doce de julio anterior a la fecha de la sentencia...”

Esa segunda actuación, para el memorialista, destaca hechos de suma importancia que, de considerarse adecuadamente, no dan lugar a deducir la responsabilidad que se ha determinado para el sentenciado. En efecto, en esa confrontación niega que el procesado desasegurara su arma, apuntara con ella a la víctima y lanzara insultantes e inusuales voces reveladores de un propósito de acudir a la violencia. Las expresiones vulgares que pudo gritar traducían un bajo pero corriente trato de camaradería y buscaba excitar la amistosa ayuda en el difícil trance que afrontaba. Revela, además, que los comprometedores términos de su primera versión respondieron a la coacción ejercida sobre él por parte de sus superiores, que buscaban perjudicar a todo trance a Gustavo Díaz.

Resulta “raro”, comenta el censor, que el Tribunal Militar no le diera credibilidad a las nuevas manifestaciones de Jiménez Aranda y las demeritara diciendo que tal retractación “en nada afecta” las afirmaciones precedentes por cuanto las causas en que la sustenta resultan irreales e infantiles frente al acervo testimonial que obra en el expediente y por carecer de espontaneidad”.

Concluye observando que “de nada sirvió al honorable Tribunal Superior Militar, haber ordenado el cumplimiento del careo y la reconstrucción. De nada valió la diligencia del Juez sesenta de Instrucción Penal Militar, al cumplir la comisión en el escenario de los hechos todos los sufrimientos por llevar al expediente mejo-

res pruebas fueron infructuosas y el honorable Tribunal no creyó en las últimas pruebas cumplidas y siguió creyendo en las primeras verificadas, no hay que olvidar que en la vida militar desafortunadamente vale más la coacción, la orden superior que la verdad. El honorable Tribunal Superior Militar desafortunadamente no acepta esto.

“Yo sigo sosteniendo que estamos frente a un proceso mal instruido donde hay dudas (artículo 216 del Código de Procedimiento Penal), que no hay plena prueba (artículo 215 del Código de Procedimiento Penal) y hay falta de apreciación de determinada prueba (careo y reconstrucción). Circunstancias éstas que me han llevado, pese a mi inexperiencia, a tan ilustre Corporación, máxima Autoridad Judicial de Colombia, tratando de buscar justicia para mi defendido”.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada.

El Tribunal Superior Militar no dejó de mencionar y analizar cuidadosamente el testimonio de Luis Alfredo Jiménez Aranda y de indicar las razones que le llevaban a atender preferencialmente, su primera versión restándole importancia a la diligencia de careo que tanto crédito le gana al recurrente.

Fue así como aludió a la inmediatez de la primera de las atestaciones, circunstancia que permitía deducir que, en esa ocasión, no mediaron factores para deteriorar su dicho. Y además, el núcleo de su declaración la corroboró Eduardo Arroyave Peña, armonizando plenamente con “la versión que dio el testigo el mismo día de los hechos y de que da cuenta el Sargento Henry Gustavo Calderón”. Por último se destaca el largo término transcurrido para llegarse a la variación producida en el careo (once meses).

Surge de lo dicho, tal como lo anota el Ministerio Público, que el Tribunal no dejó de apreciar injustificadamente ni interpretó de modo erróneo las pruebas, en especial la diligencia de confrontación. Sobre la explicación suministrada por el testigo, para dar visos de veracidad a la coacción de que fuera objeto, se anota que éste no pudo determinar los nombres de los superiores que obraron tan ilícitamente. Y no es que el temor lo dominase porque si ya estaba en plan de revelar todo lo ocurrido bien podía determinar a los autores de esas presiones.

Resumiendo se puede comentar:

1. *El recurrente da a entender, en un principio, que el Tribunal omitió considerar una prueba de decisiva influencia en el veredicto, vale decir, el careo de Jiménez Díaz con el procesado.*

2. Pero luego anota, y no era para menos ante la realidad del proceso, que sí la estimó pero equivocadamente.

3. Ya en plan de reconocer esta evidencia, no acierta a concretar su cargo en el aspecto técnico que el recurso le exige, o sea, inclinarse por un error de derecho o de hecho ostensibles.

4. Parece que sea lo último, aunque no suministra factores que demuestran por qué el Tribunal desacertó en su apreciación por haber omitido, ignorado o distorsionado un elemento existente o reconocido uno inexistente.

5. Se limita a contraponer, en un ámbito meramente enunciativo, su personal opinión al criterio del Tribunal, llevando éste a su favor no solo la presunción de acierto y justicia de su fallo, sino también la indicación de la razón de sus deducciones, que coinciden a cabalidad con la realidad probatoria.

6. Aunque el censor pudiera superar estas deficiencias, restaría en su contra otro aspecto de decisiva importancia. En efecto, la veredicción de los vocales y el fallo condenatorio emitido, no tuvieron por única fundamentación el testimonio repudiado. Al respecto obró el mérito de la inspección judicial, que como acertadamente lo comenta el Procurador Delegado, concuerda con la declaración inicial de Jiménez, con la versión juramentada del testigo Arroyave y con la del subteniente Calderón. "Esa diligencia demostró comenta el Ministerio Público, que las circunstancias en las que Gustavo Díaz dio muerte a su compañero José del Carmen González Barrios, no son distintas de las que aparecen demostradas con el resto de las pruebas incorporadas al proceso".

Debe, entonces, desestimarse el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, atendiendo la opinión de su colaborador Fiscal, resuelve NO CASAR el fallo mencionado ya en su origen, fecha y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

1. El artículo 165 de la Constitución Nacional crea el servicio militar obligatorio. La ley no podrá entonces imponer a los particulares la prestación de servicios obligatorios distintos del militar, sin perjuicio de que aquella o los reglamentos dispongan que durante el período de prestación de tal servicio militar, los conscriptos puedan realizar actividades distintas de las puramente castrenses, en la medida en que ellas tengan relación con la finalidad de aquel servicio que no es otra que la defensa de la soberanía nacional.

2. En este orden de ideas, cuando el artículo 1º de la Ley 2ª de 1977 señaló que "para efectos de la prestación del servicio militar obligatorio, se establece un servicio especial *equivalente* con el carácter de Auxiliar de la Policía Nacional", no creó —porque no podía hacerlo— un servicio distinto del militar obligatorio constitucionalmente impuesto, sino que dispuso que durante el período de prestación de tal servicio, los reclutas soldados podrían desempeñar tareas de policía, como Auxiliares de esta Institución.

3. Su calidad exclusiva de militares nace con la orden de incorporación y culmina con la de alta al vencimiento del término legalmente establecido para el cumplimiento de tal servicio. Porque son militares, el artículo 3º de la citada ley ordena que estarán "sometidos a las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, cuyo artículo 308 regula la competencia de los Tribunales Militares para el juzgamiento de sus pares.

4. El artículo 309 de aquella codificación señala que "por regla general los sindicados serán juzgados por los miembros de la misma Fuerza a que pertenecen salvo las excepciones de este código..."; y el 347 *ibidem*, agrega que "los Comandantes de Unidades de Policía conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los suboficiales y personal de tropa y civiles de las compañías de la respectiva Unidad...". Pues bien, los soldados que fungen de auxiliares de policía por mandato del artículo 1º de la Ley 2ª de 1977 no pertenecen a dicha institución; simplemente prestan su servicio militar en actividades de policía, como pudieran prestarlo en menesteres de sanidad en hospital oficial, sin que por ello se deba concluir que pertenecen al Ministerio de Salud Pública.

5. La única dependencia legal de tales personas a la Policía Nacional, es la que establece preteritoriamente el artículo 5º del Decreto reglamentario de la ley en examen (Decreto 750 de

1977); conforme a ella "para todos los efectos operativos, las unidades del cuerpo auxiliar en servicio quedarán sometidas a la jurisdicción y mando de los Comandantes de Departamentos de Policía a donde sean destinados". Por lo que hace al régimen disciplinario, el mismo decreto en su artículo 27 dispone que se continúe aplicando el de las fuerzas militares mientras se dicta un especial estatuto.

No puede dudarse que la jurisdicción militar no se refiere a cuestiones operativas, ni siquiera a disciplinarias; ella apunta exclusivamente al juzgamiento de delitos vinculados a una función militar.

6. De las consideraciones precedentes concluyo que cuando un soldado que cumple su servicio militar en actividades de policía comete delito relacionado con ellas, ha de ser juzgado por la jurisdicción castrense de las fuerzas militares y no por la de los Comandos de Policía.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

Aclaración de voto

El suscrito, tal como lo manifestara en el salvamento de voto presentado en el proceso seguido contra Hernando Huertas Vargas, por homicidio y en el cual actuó como ponente el Magistrado Luis Enrique Romero Soto (mayo 21 de 1980), reitera su criterio en el sentido de advertir que

la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de anomalía, solo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo, entendiéndose por militares a quienes sirven en el ejército, fuerza aérea y marina. Los artículos 27-2, 61 y 168 de la Constitución Nacional, según su interpretación axiológica, histórica y gramatical, no dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, ni menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene recalcar que la policía no puede calificarse de entidad militar y, por tanto, está por fuera de la jurisdicción penal castrense (artículos 21, 166 y 157 Constitución Nacional; Código Nacional de Policía, artículos 1, 2, 34, 47; y Decretos 1835 y 1776 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de septiembre de 1973, en la cual se origina la viciosa asimilación de la policía a los organismos estrictamente militares y la no menos perjudicial facultad de permitir a la justicia penal castrense que conozca de procesos seguidos contra los civiles o la policía, ha perdido eficacia por la derogatoria de algunos de los textos sobre los cuales se hizo tal pronunciamiento.

Hasta tanto se produzca este ansiado cambio de doctrina, y a motivar se encamina esta aclaración, debe acatarse la decisión de la Corte Plena. Por ello se concurre a la adopción de esta providencia.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

CUESTIONARIO PARA EL JURADO DE CONCIENCIA

Deben estar acordes con el auto de proceder

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 3 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Boto*.

Aprobado: Acta número 51.

Expediente número 25138

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 10 de noviembre del año pasado, mediante la cual confirmó la que dictó el 16 de mayo de 1978, el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, condenando a Oscar Francisco Moncayo Realpe a veintitrés años de presidio como responsable de los delitos de homicidio agravado y secuestro y absolvió a los procesados José Rafael López López y Gilberto Granja Bermúdez.

Hechos

Los resumió el Tribunal de la siguiente manera:

“A eso de las dos de la tarde del 29 de abril de 1975, en esta ciudad, el menor Gilberto Hernando Martínez Patiño, de 12 años de edad, salió de su casa de habitación con rumbo a la de Oscar Francisco Moncayo Realpe, a fin de recibir de este unos discos para uno de sus hermanos. El niño no regresó. En las horas de la noche su señora madre, en el zaguán de su casa, encontró un manustrito, cuyos autores se denominaban a sí mismo “Los calaveras”, en el cual se afirmaba

que él había sido secuestrado y por su rescate se exigía la suma de \$ 50.000.00, dinero que debía llevarse al restaurante “Los Arrieros”. La señora denunció el hecho al día siguiente ante la autoridad; posteriormente se recibieron mensajes similares al anotado y como sitio para la entrega del dinero se fijaron las residencias “Rosby”. Días después, en la madrugada del 6 de mayo siguiente, en virtud de información dada por Moncayo Realpe, se encontró el cadáver del pequeño, mimetizado entre los matorrales de una zanja en el predio “La Encañada”, ubicado en la Sección Mocondino de este Municipio”.

La Demanda

El Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Pasto acusa la sentencia proferida por la misma Corporación al amparo de la causal 4ª prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo único

El recurrente lo desarrolla de la siguiente manera:

“...en la causa que se debe revisar extraordinariamente y más concretamente en la elaboración de los cuestionarios que se sometieron a consideración de los jueces populares, no se puntualizó de manera clara, concreta y específica la conducta que los procesados Moncayo y López López ejecutaron, esto es, no se hizo énfasis en que uno de ellos, López López, dio el botellazo de que dan cuenta los autos, y el otro, Moncayo, produjo el ahorcamiento. Esta situación de tanta importancia debió quedar especificada para cada caso y para que los jurados puedan mirar y estudiar más de cerca la realidad de lo acontecido.

“...Y es que del análisis del auto de proceder, que por cierto tiene fundamento en la confesión

de Oscar Moncayo, y en la diligencia de necropsia practicada por los facultativos de la Oficina Médico Legal, sale a relucir el hecho cierto y concreto de que José Rafael López López, fue la persona que asestó el tremendo botellazo en la cabeza de la pequeña víctima, con la consiguiente fractura de los huesos parietales, así como la circunstancia también muy cierta, de que Francisco Moncayo, fue quien produjo el ahorcamiento y la consecuen- cial asfixia. Pero estas conductas separadas e independientes de los dos procesados no se puntualizaron como era de rigor, y por esta razón, el jurado de conciencia nunca tuvo un concepto claro y nítido sobre la actuación de cada acusado. Y en otros términos: Se omitió por parte del Juez de Primer grado, hacer referencia en los cuestionarios respectivos a estos tópicos. Pues como puede verse y observarse de las pruebas recaudadas, no hay duda alguna de que las fracturas del cráneo fueron producidas por efectos de un impacto o golpe contuso, así como el hecho concreto de que la fractura de las vértebras cervicales y las 'huellas de comprensión en el cuello, con erosiones de la piel...', fueron también las secuelas dejadas por la acción de un cuerpo extraño que apretó o presionó esa parte del cuerpo. Estas dos conductas como ya se dijo, están plenamente definidas en el auto de proceder, al imputar al procesado López López, la contusión, por efectos de haber asestado un 'botellazo' en la cabeza del pequeño niño, concretamente en la región 'interparietal posterior' y al imputar a Oscar Moncayo el haber apretado en el cuello del muchacho el saco rojo que fuera encontrado.

"... Y es que si bien, los cuestionarios aludidos hacen mención a las circunstancias anotadas, es decir, a que se encontró en el cuerpo de la víctima huellas visibles de heridas con fractura 'en el cuerpo cabelludo de la región interparietal posterior' y luxofractura de las vértebras cervicales, segunda y tercera...', no se concretó nada con respecto a la propia acción externa ejecutada por cada uno de los procesados. Pues la serie Primera es exactamente igual a la Serie Tercera, siendo que hubo acciones distintas y ejecutadas por personas también diferentes.

"... Las preguntas concernientes a la responsabilidad de Moncayo y de López, por el homicidio en Gilberto Hernando Martínez Patiño, subvierten la realidad procesal y no se avienen con los términos del procedimiento. Verdad es, pues, que la misma escala en la responsabilidad puede incumbir a los dos procesados en caso de condena, pero no es lo menos que los presumpues-

tos jurídicos y de hecho de una y otra forma de participación en el delito son diferentes y no es dable injertar en una actuación externa tal las condiciones de la otra, so pena de exponer a los procesados al trance de ser vencidos en juicio por una acción ajena a su personal comportamiento y el modo como puso de manifiesto su culpabilidad. Y esto, sin hacer consideración alguna a la circunstancia de que Moncayo fue también autor intelectual de los hechos imputados. En resumen, estos dos cargos a que nos venimos refiriendo quedaron repetidamente consignados en el contenido del auto de proceder y sin embargo no se hizo alusión de ninguna especie en los cuestionarios que se formularon. Fueron entonces tales piezas, incompletamente elaboradas.

"... En la formulación de los cuestionarios no se hizo reflejar la situación concreta de cada uno de los procesados en cuanto a participación se refiere y con referencia a cada uno de los ilícitos. Se hizo un molde para el homicidio y otro para el secuestro, pero no se preguntó al jurado describiendo en lo posible la actividad de cada uno y para cada delito. Y es que el no hacerlo así, trajo como consecuencia la circunstancia concreta de una alteración de la realidad. Pues mientras Moncayo, sólo actuó en el ahorcamiento, resulta también condenado por las graves lesiones del cráneo, que como se dejó dicho, fueron obra del otro procesado. El igual cosa sucede con el cuestionario para López, porque en términos generales, a éste también se atribuye el hecho o actuación de Moncayo.

"... Pues la claridad que al respecto predicamos y que debía hacerse en la formulación de tales cuestionarios, hubiesen permitido igualmente concretar por parte del jurado en lo atinente al delito imposible de homicidio que ya planteó la defensa. Pero como tales circunstancias no se concretaron en los cuestionarios correspondientes, difícil le queda al jurado popular analizar particularmente esa posibilidad que lógicamente pudo influir en el fallo en conciencia que hubo de producirse, sin que valga la explicación del Tribunal cuando afirma que los jurados estaban prácticamente ilustrados sobre tales pormenores con las exposiciones de los abogados y la lectura de las diversas piezas procesales. Explicaciones de tal índole no pueden servir para justificar omisiones como las criticadas, ya porque la habilidad de los oradores hace concentrar la atención de los jurados en hechos más concretos y notorios, olvidándose de pormenores como los anotados, ya porque la lectura de las piezas procesales se hace muy a la ligera. No es lo mismo entonces, que los

jurados escuchen piezas oratorias o la lectura de un auto enjuiciatorio, a que ellos mismos una y otra vez lean y releen las frases consignadas en un cuestionario que habrá posteriormente de contestar.

“...De esta manera resulta y como ya lo hemos sostenido desde ocasión pasada cuando pedimos la declaratoria de nulidad ante el honorable Tribunal, que los cuestionarios elaborados y propuestos a los jueces de hecho, respecto al comportamiento de Oscar Francisco Moncayo y José Rafael López, no guardan armonía con los cargos que se sustentaron en el auto de proceder. Y es que, si en tal pieza procesal se hizo alusión a cada una de dichas actuaciones delictuosas por parte de los dos procesados, lo lógico y racional era, que en las dos series, no figuraran confundidas la acción de uno y del otro, sino perfectamente delimitadas como corresponde a la realidad procesal que predica el tantas veces nombrado auto enjuiciatorio, de tal manera que al sentenciarse, cada procesado aparezca respondiendo por lo que él precisamente hizo y no por lo que otra persona ejecutó...”

Invocando algunas decisiones de esta Sala el Fiscal recurrente solicita la infirmación del fallo recurrido y en su lugar se decreta la nulidad desde la diligencia de audiencia pública para que a un nuevo jurado se le someta a consideración los cuestionarios de rigor de conformidad con las normas del Procedimiento Penal que rigen la materia.

Corrido el traslado de ley, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se abstuvo de hacer uso del traslado que ordena el artículo 571 del Código Procedimental.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado Tercero Superior de Pasto, mediante providencia del 8 de marzo de 1976, llamó a responder en juicio criminal por los delitos de homicidio y secuestro en la persona del menor Gilberto Hernando Martínez Patiño, a los procesados Oscar Francisco Moncayo Realpe, José Rafael López López y Gilberto Granja Bermúdez. Recurrida esta providencia mediante auto de 21 de mayo siguiente el Tribunal Superior de dicha ciudad confirmó en cuanto a los dos primeros y reformó en relación con el tercero en el sentido de revocar el enjuiciamiento por el delito de homicidio para dejarlo únicamente por el delito de secuestro.

En la audiencia pública el Juez de instancia sometió a consideración del jurado sendos cuestionarios redactados en los siguientes términos:

“...*Serie primera.* El procesado ... es responsable penalmente *si o no*, de haber dado muerte violenta al menor Gilberto Hernando Martínez Patiño, quien presentaba una herida de 3 centímetros de longitud, transversal, en el cuero cabelludo de la región interparietal posterior, con fractura amplia de los huesos parietales, y hemorragia cerebral, con movilidad exagerada de la cabeza por luxofractura de las vértebras cervicales, segunda y tercera, y huellas de comprensión en el cuello, siendo la causa del deceso la asfixia por ahorcamiento y hemorragia cerebral con fractura del cráneo. Hecho éste que fue perpetrado con intención de matar, en circunstancias de inferioridad, e indefensión de la víctima, y valiéndose de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, con sevicia, y después de haber cometido otro delito para ocultarlo... En hechos ocurridos en horas de la tarde del 29 de abril de 1975, en la sección Mocondina de este Municipio”.

“...*Serie segunda.* El procesado ..., es responsable penalmente, *si o no*, de haber secuestrado al menor Gilberto Hernando Martínez Patiño, para obtener provecho o utilidad ilícita de los mismos. En hechos acaecidos la tarde del 29 de abril de 1975, en el barrio Santa Bárbara de esta ciudad y agotados en la sección Mocondina de este Municipio”.

El jurado los contestó afirmativamente para el procesado Oscar Francisco Moncayo Realpe y negativamente para José Rafael López López y Gilberto Granja Bermúdez.

Sostiene el actor que con estos cuestionarios se violaron las formas propias del juicio y se conculcó el derecho de defensa porque en ellos no se puntualizó en forma clara, concreta y específica la conducta que los procesados Moncayo y López ejecutaron respectivamente, ésto es, que el primero produjo el ahorcamiento mientras que el último causó las fracturas del cráneo, pues al no contener estas precisiones el jurado fue confundido por el Juzgado en cada caso, situación que impidió un mejor desempeño de la defensa.

La censura carece de todo fundamento como pasa a demostrarse:

Es cierto que el cadáver del menor Gilberto Hernando Martínez Patiño, presentó las heridas de que hablan los cuestionarios y que la causa de su deceso, como en ellos se expresa de acuerdo también con la necropsia, fue la asfixia por estrangulamiento y la hemorragia cerebral por fractura del cráneo. De suerte que allí nada nue-

vo se dijo, ni por nada contrario a la verdad procesal se interrogó al jurado.

Si en tal virtud se aduce que, por no haberse señalado independientemente en cada cuestionario la conducta de cada procesado, se preguntó al jurado sobre la responsabilidad de los enjuiciados en forma indeterminada creando confusión en el juzgamiento, cabe observar todo lo contrario: en efecto, las partes y concretamente el defensor, debatieron en la audiencia de manera detallada la conducta que se le imputó a cada uno de los procesados en el auto de proceder, pieza procesal que, además, fue conocida por los jurados con antelación y leída posteriormente en la misma audiencia pública, como lo manda la ley; y, al agregar el impugnante que en cada cuestionario se totalizó indebidamente la conducta de todos los procesados, con tal observación paradójicamente aceptó que los acusados fueron también juzgados, sin lugar a dudas, por la suya propia de acuerdo con la imputación individual que le fue hecha a cada quien en el pliego de cargos.

El argumento capital para desbaratar la censura emerge del propio auto de proceder, pues allí se llama a responder en juicio, con intervención del jurado, a Moncayo y López como coautores de los delitos de secuestro y homicidio en la persona del menor Gilberto Hernando Martínez Patiño, lo que indudablemente significa que la actividad atribuida a cada uno ocurrió a la consumación efectiva de los delitos imputados,

siendo ella y sus efectos tolerados, buscados y queridos por ambos. Si ésto es de resalto, de la totalidad debían responder los dos por separado y si así se redactaron los cuestionarios hay que concluir finalmente que éstos se ajustaron a los artículos 533 y 537 del Código de Procedimiento Penal.

No se ve por parte alguna que se hayan omitido formas propias del juicio u obstaculizado el derecho de defensa. En suma, no se demostró que por algún modo se hubiere faltado al debido proceso.

El cargo no prospera.

En consecuencia, 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 fechada el 10 de noviembre de 1978, proferida 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PECULADO

El peculado culposo ocurre, no solo cuando los caudales o efectos se pierden sino también cuando se extravían

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 12 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 54.

Expediente número 25892

Vistos

A virtud de apelación oportunamente interpuesta por el defensor del procesado, bien concedida en el efecto suspensivo, corresponde a la Corte revisar el auto del Tribunal Superior de Cali, de 19 de julio del año próximo pasado, por medio del cual llamó a juicio al doctor Virgilio Valencia Chávez, bajo el cargo de ser autor de un delito de peculado culposo cometido en ejercicio del cargo de Juez Superior de Buenaventura.

El recurrente no sustentó el recurso.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, por su parte, ha solicitado a la Corte que revoque la providencia recurrida y que, en su lugar, sobresea temporalmente al procesado pues, a su juicio, mientras no se practique inspección en el sitio donde se afirma que se hallan las armas extraviadas y se hagan las confrontaciones para establecer si se han perdido o deteriorado, no resulta procedente “ni desvincular de la investigación al doctor Valencia Chávez, mediante un sobreseimiento definitivo, ni tampoco dictar en su contra auto de proceder.

Resultandos

1. Los hechos fundamentales materia del proceso y la actuación procesal aparecen correcta-

mente resumidos por la Procuraduría Delegada en los siguientes términos:

“...El doctor Virgilio Valencia Chávez, desempeñó el cargo de Juez Superior de Buenaventura, hasta el 8 de septiembre de 1975, fecha en la que se posesionó el nuevo titular, doctor Jesús Zapata Duque, quien procedió de inmediato al nombramiento de los empleados del Juzgado, distintos a quienes venían prestando sus servicios. Hubo dificultades en la entrega del Despacho Judicial, expedientes, muebles y enseres, así como de títulos judiciales, los que apenas fueron recibidos por el nuevo titular el 4 de octubre de 1976. Las armas pertenecientes a procesos penales diversos hasta la fecha del auto impugnado —19 de julio de 1979—, no se habían recibido, habida cuenta de que el doctor Valencia Chávez días antes de la posesión de su sucesor y alegando inseguridad de los locales en donde funciona el Juzgado, las confió para su guarda en la casa de habitación al su entonces secretario, señor Ariel Montes Soto, quien al momento de la entrega y posteriormente ha manifestado estar presto a llevarlas al Juzgado, sin que el actual titular las haya querido recibir, alegando que la entrega de esos elementos debe hacerla el doctor Valencia Chávez...”

“...Por su parte el doctor Zapata Duque denunció penalmente al doctor Valencia Chávez y al señor Ariel Montes Soto ante el Juzgado 4º Penal del Circuito de Cali, el 15 de diciembre de 1975, toda vez que hasta esa fecha el primero no le había hecho entrega ni de los títulos judiciales ni de las armas y el segundo ha hecho caso omiso de los oficios enviados por el señor Procurador Seccional de Buenaventura, para que presente los títulos judiciales y el libro correspondiente, todo lo cual dificulta la marcha del Juzgado...”

“... Al conocer el Tribunal Superior de Cali, del proceso así originado ordenó compulsar copias para investigar separadamente la conducta del doctor Valencia Chávez, dada su calidad de funcionario por la época de los hechos, y, luego de algunas diligencias previas, dictó auto cabeza de proceso el 29 de agosto de 1977...”

“... El Juzgado 24 de Instrucción Criminal radicado en la ciudad de Buenaventura, comisionado al efecto, practicó diversas pruebas y el Tribunal Superior de Cali, previo concepto del señor Fiscal 4º en que se solicitaba sobreseer definitivamente al ex funcionario, dictó auto de proceder contra el doctor Valencia Chávez, por el delito de peculado culposo, consistente en la retención indebida de las armas pertenecientes a procesos que cursaban en el Juzgado Superior de Buenaventura, al no haber sido entregadas al momento de la posesión del nuevo titular del despacho y haber confiado, días antes, su custodia al Secretario Ariel Montes, al parecer en su casa de habitación y sin que hayan sido entregadas al Juzgado. La anterior determinación se tomó en auto del 19 de julio de 1979 y en el actual momento procesal es objeto de la impugnación...”

2. El Tribunal de Cali, apartándose del criterio expuesto por el Fiscal 4º de esa Corporación, quien estimó que los hechos no eran delictuosos, consideró plenamente demostrado el cuerpo del delito de peculado y la autoría del procesado, fundado para ello en las siguientes consideraciones:

“... Nada más negligente y descuidada que la conducta del acusado referente a los hechos contra él denunciados, lo que constituye el peculado culposo, pues ese proceder irregular ha dado lugar al faltante de 17 armas de fuego que estaban bajo su custodia y que aparecen relacionados al folio 90 del cuaderno original...”

“... No sirve de excusa la manifestación del sindicado en el sentido de que dichas armas están en poder de Ariel Montes Soto, cuando no es él quien debe tenerlas, sino el Juez Superior de Buenaventura actualmente y entregadas no por Ariel, sino por el acusado a aquél. El señor Ariel Montes Soto como el inculpaado dejaron de ser empleados de la rama Jurisdiccional desde el 8 de Septiembre de 1975 y desde esa fecha para acá no hay documento alguno que indique que las armas reclamadas por el titular del Juzgado Superior de Buenaventura, estén legalmente en poder de Ariel Montes Soto. No se sabe a título de qué ni por qué razón este particular posee dichas armas, si es que las tiene...”

“... Para ser exculpable la conducta del doctor Virgilio Valencia Chávez, en la forma que él lo quiere hacer, tendría que acreditar legalmente, con la copia de la denuncia y la demostración de investigación consiguiente, en el sentido de que antes de hacer dejación del cargo, es decir, antes del 8 de septiembre de 1975, Ariel Montes Soto, o cualquiera otra persona extraña, se apoderaron ilícitamente de dichas armas. Pero, se repite, no le basta la manifestación de que es Ariel Montes Soto, el que debe responder por las armas, cuando no fue a él a quien se le confiaron, por mandamiento de la ley, para su custodia...”

“... Los presupuestos que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para dictar auto de proceder contra el doctor Virgilio Valencia Chávez, están satisfechos en el plenario, pues ellos son la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad que le asista al acusado en la comisión de la infracción imputada. En cuanto al primer requisito, o sea, los elementos objetivos o externos señalados por la respectiva disposición penal, no le queda ninguna hesitación a la Sala sobre su comprobación, ya que no han sido entregadas al titular del Juzgado Superior las 17 armas relacionadas en el expediente (fl. 90) por parte del acusado, desconociéndose su existencia real en la actualidad y sitio donde puedan encontrarse, todo ello por negligencia y descuido absolutos del inculpaado. Y sobre la responsabilidad que le asiste al denunciado, tampoco hay ninguna duda, por cuanto era él, por mandamiento de ley, el encargado de cuidar y custodiar con la debida responsabilidad, de todos los elementos y efectos que por razón del cargo le fueron entregados antes del 8 de septiembre de 1975...” (fls. 136 vto. a 137 vto. cdno. princ.).

Considerandos

1. *Las razones por las cuales el señor Fiscal 4º del Tribunal de Cali, y ahora el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, han solicitado que se sobresea al procesado, ya definitiva, bien temporalmente, no conducen, sin embargo, a ninguna de tales determinaciones, en el primer caso porque el hecho es delictuoso y, como lo dice el Tribunal, constitutivo del delito de peculado culposo; y, en el segundo, porque no es necesario demostrar ni la pérdida, ni el deterioro, ni la cuantía, para la consumación de la infracción que se imputa al Juez Superior de Buenaventura, que, como lo estatuye el artículo 154 del Código Penal, no siempre se produce con la des-*

trucción de los caudales o efectos puestos al cuidado del funcionario, sino también con su simple extravío, sin que, ni aun en el caso de perderse o destruirse sufra agravación alguna la pena, que es siempre la misma, en tanto que la cuantía del daño, cualquiera sea su monto, si se produce, no es elemento del delito, sino factor para determinar el valor de la obligación al pago.

El peculado culposo ocurre, por consiguiente, no solo cuando los caudales o efectos se pierden, sino también cuando se extravían, luego si esto último ocurre, el delito se consuma, así las cosas extraviadas lleguen a ser más tarde recuperadas.

Perder y extraviar una cosa no son, en efecto, voces sinónimas; de la primera dice el Diccionario de la Academia Española de la Lengua que significa dejar de tener, o no hallar, una la cosa que poseía, en tanto que respecto de la segunda señala que consiste en hacer perder el camino y, también, en poner una cosa en otro lugar que el que debía ocupar, que es, para el asunto concreto de que se trata, la definición que más se aviene a la naturaleza del delito culposo de peculado y la que corresponde, hasta ahora, a la conducta del Juez Valencia Chávez, desde luego que éste puso las armas cuya custodia le había sido encomendada por razón de sus funciones, en manos de un tercero ajeno al juzgado y, luego, en las de un empleado de la oficina que las llevó a su domicilio, en uno y otro caso, por tanto, fuera del lugar donde tales efectos debían permanecer por disposición legal.

Por lo demás, como lo advierte el Tribunal Superior de Cali, de acuerdo con las pruebas que aparecen a folio 69 vto. (declaración del Secretario Montes Soto); a folio 89 (declaración de Vargas Vega), al 90 (fotocopia del recibo de las armas), al 105 (certificación jurada del Juez Zapata Duque), y de la propia indagatoria del procesado (fls. 126 vto. a 127), las armas de que se trata no solo se encuentran extraviadas, sino, al parecer, perdidas.

“... No se explica la Sala cuál la razón para no haber dejado en el Juzgado las armas que recibió del señor Fabio Vargas, después de éste haberlas tenido en custodia varios meses, el día 29 de agosto de 1975, fecha para la cual ya tenía conocimiento de su reemplazo en el Juzgado, el doctor Virgilio Valencia Chávez, si se debía a inseguridad, por qué la existencia de otras armas en el Despacho o por qué no las depositó en el Banco Cafetero, como lo habían hecho anteriormente otros Jueces? Si le fueron confiadas a Ariel Montes para su custodia, como Secreta-

rio que lo era del Juzgado, por qué no las llevó éste el 8 de septiembre y las entregó al nuevo titular del Juzgado? Si el Juez Superior que lo reemplazó, doctor Jesús Zapata Duque, no recibía dichas armas sino el acusado, doctor Virgilio Valencia Chávez, por qué éste no se apersonó del asunto, que era lo lógico y trasladó las armas en comento desde la casa de Ariel Montes Soto hasta el Juzgado, máxime teniendo conocimiento de la iniciación de una investigación en su contra por su conducta irregular...”.

“... Nada más negligente y descuidada que la conducta del acusado referente a los hechos contra él denunciados, lo que constituye el peculado culposo, pues ese proceder irregular ha dado lugar al faltante de 17 armas de fuego que estaban bajo su custodia y que aparecen relacionadas al folio 90 del cuaderno original...” (fls. 136 a 136 vto).

La providencia recurrida ha sido, en consecuencia, correctamente proferida y habrá por ello de ser confirmada por la Corte.

2. Debe observarse a la providencia revisada, sin embargo, la incorrección en que incurrió el Tribunal al indicar en la parte resolutive del auto de proceder la especie a que pertenece el delito imputado al procesado, con violación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal en el que, de manera expresa se precisa que la parte resolutive de esa providencia contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la 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 (en este caso del peculado, Capítulo I), o en el correspondiente título cuando éste no se divide en capítulo, 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”.

Como la sentencia, si llega a proferirse, debe estar en consonancia con la parte resolutive del auto de proceder, no puede cerrarse desde ahora la posibilidad de que durante la etapa probatoria del juicio lleguen a practicarse pruebas en virtud de las cuales resulte debidamente demostrado que no fue culposo sino intencional o doloso el delito cometido por el procesado, modificación que no podría hacerse de circunscribirse la imputación al peculado puramente culposo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRMA el auto

de proceder apelado, modificándolo en el sentido de que la imputación se hace, genéricamente, por el delito de peculado definido y sancionado en el Capítulo 1º del Título III del Libro 2º del Código Penal.

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

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACIA POR LOS EMPLEADOS DEL ORDEN JUDICIAL O DEL MINISTERIO PUBLICO

Interpretación y aplicación del artículo 179 del Código Penal

Recuento y análisis de las doctrinas sostenidas por la Corte. Tipicidad y atipicidad de conductas

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 17 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 53, de junio 9 de 1980.

Vistos

El Tribunal Superior de Ibagué, en providencia de 5 de noviembre del año pasado resolvió, en forma negativa, la solicitud que le hiciera el apoderado de la doctora Ruth Sánchez Angarita, de dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en el presente proceso que, por el delito de abuso de autoridad, en la forma prevista por el artículo 179 del Código Penal, se viene adelantando contra dicha profesional por hecho ocurrido cuando desempeñaba, el año pasado, el cargo de Juez Primero Penal Municipal de Armero (Tolima).

De esta providencia apeló el Fiscal Primero del Tribunal y el recurso le fue concedido en el efecto suspensivo.

Hechos y actuación procesal

Dio comienzo al presente proceso lo dispuesto por el mismo Tribunal mencionado que, en auto de 3 de mayo del año pasado, ordenó sacar copia de lo pertinente para que se iniciara, de ser el caso, un proceso a fin de investigar si la doctora Ruth Sánchez Angarita, había cometido el delito de que trata el artículo 179 del Código Penal, por cuanto, siendo sindicada en un proceso que

por infracción del Decreto 1135 de 1970, se le venía adelantando, presentó ante el Juez del conocimiento, un memorial, en que abogaba en su defensa solicitando la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

El proceso a que acaba de hacerse referencia se inició por denuncia que Yolanda Galindo presentara contra la doctora Sánchez Angarita, quien giró en favor de Fernando Peña, un cheque por la suma de \$ 2.900.00, contra el Banco de Colombia de Armero, que el beneficiario entregó a la denunciante para pagarle un ventilador y que, al ser presentado por ésta ante la entidad girada, no le fue pagado por cuenta cancelada.

El memorial mencionado aparece en copia auténtica a fl. 11 y siguientes del presente proceso y en él la doctora Sánchez Angarita hace un análisis de las pruebas que obran en el referido proceso para concluir que existe diferencia entre "saldar" y "cancelar" una cuenta y que como el Decreto 1135 de 1975 sanciona girar un cheque sobre cuenta cancelada y no sobre cuenta saldada, debe considerarse que ella no cometió el ilícito a que se refiere el artículo 1º de dicho ordenamiento.

Agrega que si esa argumentación no fuere aceptada, tendrá que admitirse que la cuenta había sido cancelada no por ella misma sino por el banco y que como el cheque se giró antes de que tal cosa ocurriera, lo más que puede imputársele es haber girado sobre cuenta con fondos insuficientes.

El mencionado memorial se extiende sobre estas circunstancias y termina, manifestando que la conducta no se adecúa típicamente a ninguna de las acciones que describe el estatuto citado.

El Tribunal, en la providencia de que se viene haciendo mérito y en que se revisaba la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armero por medio de la cual daba aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y ordenaba cesar todo procedimiento contra la mencionada profesional, consideró que ésta no ha debido ser oída cuando presentó el aludido memorial pero que, como de todos modos, se había proferido una providencia no viciada de nulidad, procedía examinarla pero considerando como posible que dicha funcionaria hubiera incurrido en la falta de que trata el artículo ... del Decreto 196 de 1971 y, además, en el delito que tipifica el ya mencionado artículo 179 del Código Penal.

La providencia termina revocando la del Juez y ordenando la práctica de algunas pruebas, además de la expedición de copias para que se examinara si era del caso iniciar proceso por el delito que se acaba de citar.

A una conclusión afirmativa sobre el particular llegó el Tribunal que, por auto de 9 de junio de 1979, abrió el presente proceso al cual se trajeron las constancias de la calidad de funcionario público en la sindicada, a saber, copia del acuerdo de nombramiento y del de confirmación de la mencionada doctora Sánchez Angarita, en el cargo que se deja mencionado.

Se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial en el proceso adelantado contra la doctora Sánchez Angarita por denuncia de Yolanda Galindo de Bustos, para constatar la existencia del memorial suscrito por la primera y que se deja atrás mencionado, lo que, en efecto, fue verificado en tal diligencia.

Además, dicho memorial fue desglosado y aparece a fls. 34 y siguientes del presente proceso.

Se oyó sin juramento a la doctora Sánchez Angarita quien, al preguntársele por la razón que tuviera para presentar el escrito en referencia dijo que todo sindicado tiene derecho a hacer solicitudes ante el funcionario donde se encuentra un proceso en su contra. "Así que al hacer la solicitud ante el Juzgado del Circuito, dice, solo consideré, que, como sindicada, gozaba de los derechos a que hace relación la ley penal respecto a los sindicatos. Así que envié el memorial mejor, lo presenté en ejercicio del derecho de petición a que hace relación la Constitución Nacional y el mismo Código Penal" (fl. 79).

Una nueva diligencia de inspección judicial (fls. 115 vto.), constató que desde la indagatoria a que fue sometida en el proceso referido la doc-

tora Sánchez Angarita, había designado al doctor Julio César Serna Orozco, como su apoderado y que este profesional se dirigió al Juez del conocimiento solicitándole que aplicara el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por considerar que las pruebas que el Tribunal había ordenado practicar ya estaban en el expediente.

El Fiscal Primero del Tribunal, en su vista de fondo, solicitó que se diera aplicación a la norma que acaba de mencionarse por considerar que en la interpretación del artículo 179 del Código Penal deben tenerse en cuenta no criterios generales sino los de carácter específico como el de que no es posible sancionar a quien teniendo la profesión de abogado la ejerce en un proceso que se sigue en su contra a pesar de ostentar el carácter de Juez por cuanto el derecho de defensa no es de estirpe privada sino pública y es evidente que el procesado puede ejercitarlo en forma plena y sin cortapisas en un proceso que se siga en su contra. "Es decir, expresa, el pleno ejercicio del derecho de defensa, conlleva el que el procesado pueda por sí mismo por la sola y simple circunstancia de tener dicho carácter, cumplir todo un variado e interminable catálogo de actuaciones mediante las cuales las normas de procedimiento desarrollan y dan vida al complejo de garantías individuales y sociales que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Estos razonamientos pide el Fiscal se tengan en cuenta en la presente instancia.

El Tribunal, empero, no los aceptó y consideró, por el contrario, que en el presente caso la conducta juzgada es subsumible en la norma que se deja atrás mencionada y que obliga, a juicio del *a quo*, a no asumir personalmente la defensa cuando se tiene la calidad de funcionario público sino que impone el deber de confiarla a un abogado.

Agrega a esa consideración la de que la norma en cita no exige dolo específico y que, como por otra parte, la sindicada era profesional en derecho, no podía desconocer claros y elementales mandatos de carácter constitucional que no le permitan abogar en causa propia sino por medio de un apoderado constituido en legal forma y de quien es de presumir que es apto para defender los intereses y la persona de su cliente.

Termina manifestando que, como lo afirma el mismo Fiscal, el precepto contenido en el artículo 30 del Decreto 522 de 1971, y que tiene como una simple contravención el ejercicio ilegal de una profesión u oficio no puede ser sino de aplicación subsidiaria para aquellos casos que no estén es-

pecíficamente sancionados como delitos o contravenciones de mayor gravedad.

Por todo lo cual concluye negando la aplicación del artículo 163 al caso de autos, por improcedente.

En la presente instancia y al serle corrido en traslado el proceso al Procurador Segundo Delegado Penal, lo devolvió sin conceptuar sobre el recurso por considerar que éste había sido mal concedido ya que lo fue en el efecto suspensivo debiendo serlo en el devolutivo "contrariando, dice, los mandatos del artículo 196 del Código de Procedimiento Penal" por lo cual la Corte, en su concepto, no ha adquirido competencia y el expediente debe ser devuelto al Tribunal de origen para que conceda el recurso en el efecto que corresponde.

Corregido el error y hecha en forma adecuada la notificación de la providencia apelada, se corrió nuevamente traslado al Procurador Segundo Delegado Penal quien en su concepto solicita que se revoque la decisión del Tribunal y que se acojan los planteamientos del apoderado de la sindicada, esto es, se dé aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene, en síntesis, el Ministerio Público, que el derecho de defensa, aun en el funcionario público, es inalienable y que por ello no hace el Código de Procedimiento Penal distingos entre éste y quien no lo es.

Agrega que en el presente caso no hubo intención criminosa por parte de la acusada al alegar una causal de improcedibilidad y que si esto mismo lo puede plantear un sindicado en el acto de la indagatoria con el mismo derecho puede hacerlo en cualquiera de las circunstancias contempladas en el artículo 116 del estatuto en mención.

Considera, en conclusión, que falta uno de los elementos estructurales de la infracción y que por eso debe adoptarse la solución que propone.

Consideraciones de la Corte

El artículo 179 del Código Penal vigente sanciona con arresto de un mes a dos años e interdicción en el ejercicio de funciones públicas por el mismo término a "los empleados del orden judicial o a los Agentes del Ministerio Público, que fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogaren en ellos, aunque estén en uso de licencia o que aconsejaren a cualquiera de las partes litigantes".

Esta disposición se inspiraba, posiblemente, en el artículo 17 del Código Judicial anterior (Ley

105 de 1931), según el cual "los empleados del orden judicial y los del Ministerio Público no pueden ser mandatarios de profesión en negocios de ninguna especie, ni abogar en asuntos judiciales o administrativos, ni ejercer el cargo de albaceas o ejecutores testamentarios, aunque estén en uso de licencia. Cuando tengan que litigar en causa propia, deben constituir apoderado. Tampoco pueden hacer parte de directorios políticos, ni intervenir en debates de este carácter".

Esta disposición no fue reproducida en el nuevo Código de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 1019 de 1970).

Esto no obstante, durante la vigencia de la norma transcrita, esto es, el artículo 17 del Código Judicial anterior, la Corte, venía aceptando que, en determinadas circunstancias, no cometían el delito en cuestión los jueces que intervenían en los procesos penales seguidos contra ellos.

Entre esas circunstancias estaban la de que el funcionario acusado hubiera constituido apoderado para su defensa, no obstante lo cual actuara en ella.

Así en providencia de cinco (5) de julio de 1948, en que se presentaba la situación que se acaba de mencionar, la Corte dijo:

"Aplicados estos principios al caso sub judice, se concluye que las peticiones del Juez acusado, dirigidas al funcionario que le había embargado el sueldo, para que —con vista en el certificado de depósito anexo al memorial— lo desembargara y para que pusiera a disposición del acreedor la suma depositada en el Banco y, como consecuencia, le entregara cancelada la letra de cambio, tales peticiones —se repite— no constituyen la acción de 'abogar' (defender en juicio) en asuntos judiciales que sanciona la ley penal; la habrían constituido si, planteada la controversia con la negativa del acreedor a recibir el pago o con la presentación de la demanda ejecutiva, el Juez Pachón, no hubiera otorgado —como lo otorgó— poder especial para su defensa y la hubiera asumido en persona" (Gaceta Judicial, tomo LXIV, números 2060—2061, pág. 572).

En otra oportunidad la Corte consideró que tampoco se daba la infracción penal comentada, esta vez por haber pedido el sindicado, en un memorial dirigido al Tribunal, se practicaran las pruebas que había solicitado en su indagatoria.

Dijo así la Corte en aquella oportunidad:

"En cuanto al delito de abuso de autoridad, consistente en el hecho de que el acusado, en su conducción de Juez y sindicado hubiera presenta-

do un memorial para que se recibieran las pruebas solicitadas en su indagatoria, estima la Sala que el hecho no es constitutivo de delito, porque no habiéndose practicado las pruebas por parte del funcionario investigador y siendo ellas una consecuencia directa de su declaración indagatoria, nada más natural que ese hecho se cumpliera de oficio y sin petición de parte, pero como ese deber fue omitido, la solicitud para que ellas se practiquen no implica necesariamente una intervención para alegar sino simplemente el requerimiento de un deber para que el funcionario cumpla lo solicitado en su indagatoria" (auto de junio 21 de 1957, Gaceta Judicial, Tomo 2183 LXXXV, pág. 455).

Empero, con posterioridad la Corte expresamente rectificó esas doctrinas, lo que hizo en providencia de 15 de septiembre de 1971 en la que dijo:

El inciso primero del artículo 179 del estatuto represor describe tres formas específicas de abuso de autoridad que se manifiestan cuando el agente (no cualquier funcionario público, sino exclusivamente los de las ramas Judicial y del Ministerio Público) acepta la ajena representación para actuar ante los Jueces o las Autoridades Administrativas de las distintas esferas o cuando simplemente aboga ante ellos; o cuando aconseja a alguna de las partes vinculadas por la acción o la pretensión. Todas estas actividades violan la independencia de la administración pública general, la fidelidad debida al servicio que se presta y la rectitud del comportamiento oficial, que debe mantenerse al margen de preferencias y desvíos.

"En lo que concierne concretamente al hecho de abogar, la norma compromete al funcionario Judicial o del Ministerio Público que sin recibir poder ni convertirse en consejero de éste u otro litigante, actúa en interés propio o ajeno, con instrucciones especiales o sin ellas, como ocurren en la agencia oficiosa, tratando de obtener determinada resolución, cualquiera que sea el empleado público a quien se dirija (nacional, departamental, municipal, de establecimientos públicos o instituciones de utilidad común). No es necesario ni mucho menos indispensable, que esa labor se cumpla dentro de un proceso civil, penal, laboral o administrativo, ya que la ley no establece esta suerte de restricciones. Por el contrario, su sentido es amplísimo e incurre en la prohibición al agente especialmente señalado en su texto que se empeñe en gestión o gestiones ante cualquier autoridad, de cualquier dependencia y sea cual fuere el fin perseguido o del reclamo en curso.

"El precepto no establece limitaciones y por eso habla de 'asunto', o lo que es igual, de los negocios de que conocen los empleados públicos, a través de un proceso o de una situación determinada, cuestión que refrenda con el verbo 'abogar', que no solo significa defender en juicio, sino también interceder por alguien, alegar en su favor, reclamar algo, prestar auxilio o protección a personas o cosas. Mas aun, la acción de abogar no tiene el sentido parcial de defender verbalmente o por escrito, sino igualmente, la de impugnar una conducta o una aspiración, ya que uno y otro extremo son manifestaciones del derecho y la justicia se ejerce a través del conflicto planteado por ellos. Detenerse en las acepciones del diccionario de la Academia de la Lengua, que reducen a la acción sin tener en cuenta el artículo 27 del Código Civil, según el cual las palabras técnicas deben tomarse en el sentido que les den los que profesan la ciencia o el arte en que esas palabras se emplean, es tanto como negar a la norma su extensión y finalismo tutelares. Aboga, pues, el que defiende y el que acusa, el que intercede y el que se opone, el que habla en pro de alguno y el que pide se niegue el favor, el que reclama una cosa y el que niega la legitimidad u oportunidad de la reclamación.

"... Para el derecho, como quedó expuesto, aboga quien interviene ante cualquier autoridad con fines defensivos o de impugnación. En otra forma se dejaría de aplicar el artículo 179. Para la Academia, solo aboga el que defiende. El artículo 27 del Código Civil obliga a acoger la significación lógico jurídica, según la cual la norma se construye para que opere, y donde ella no distinga tampoco corresponde distinguir al intérprete. Además, se repite que la norma no habla de abogar en juicio, sino en 'asuntos', expresión esta de mayor significado gramatical y de más amplios alcances jurídicos" (Gaceta Judicial, CXXXIX, págs. 367 y 368).

Como se observa por las anteriores transcripciones la Corte ha sostenido dos puntos de vista sobre la intervención de un Juez de la República en causa propia: la una (contenida en las doctrinas primeramente transcritas), que permiten esa intervención en causa penal que se le siga al funcionario y cuando éste se halla debidamente representado por apoderado o defensor constituido al efecto, limitándose la actuación del funcionario a coadyuvar o corroborar la del defensor o a insistir en algo que ha solicitado verbalmente en las oportunidades que para hacer tal clase de intervenciones ha tenido en el proceso v. gr. durante la indagatoria.

La otra, sostenida en la doctrina cuyos apartes pertinentes se han transcrito en último término y en la cual se afirma la ilicitud de la intervención del funcionario en asuntos de cualquier clase y ante cualquier autoridad, así lo haga en defensa de sus propios intereses.

Conviene, a efectos de la decisión que debe tomarse en el presente proceso, precisar que la Corte no se ha detenido a examinar específicamente el derecho de defensa que corresponde a toda persona acusada ante autoridades judiciales o de policía y que, a juicio de la Sala, ostenta particularidades que es preciso examinar.

Porque aun cuando la Constitución Política no consagra expresamente ese derecho, como sí lo hacen otras, v. gr. la de la República Argentina, es indudable que existe y no solo en calidad de derecho natural, inherente a todo ser humano, sino como derecho subjetivo, reconocido explícitamente por normas legales.

Esto último es lo que hace el artículo 116 del Código de Procedimiento Penal, que señala las facultades del procesado en su defensa, expresando que éste puede "sin necesidad de apoderado, solicitar la práctica de pruebas, interponer recursos, desistir de los mismos, solicitar la excarcelación, la condena y la libertad condicionales, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los casos que autorice la ley".

O sea que el derecho de defensa en los procesos en asuntos penales está expresamente consagrado por la ley, de un modo concreto, referido a los actos procesales más importantes y a los demás que autoricen las normas legales pertinentes y con un titular claramente definido.

Sentada esta premisa se debe entrar a examinar si puede ejercerse aun en los casos descritos por el ordenamiento penal como delito, esto es, si también es justificado su ejercicio aun cuando revista formas exteriores típicamente delictuosas.

Esto conduce el análisis a la existencia de la causal de justificación conocida como ejercicio de un derecho que muchas legislaciones, entre ellas la italiana, la española, la argentina, etc. consagran en los códigos penales.

Entre nosotros si bien aparece en el de 1980 (artículo 29, aparte 3º), no ocurre lo mismo con el de 1936, que guarda silencio sobre el particular.

Ocurre, empero, que este ordenamiento penal siguió respecto a la existencia de esta causal de justificación, los lineamientos del italiano de 1889, a tal punto que copió, casi al pie de la letra, el numeral primero del artículo 49 que dice: "No es punible quien ha cometido el delito: 1º por

disposición de la ley u orden, que estaba obligado a obedecer, de autoridad competente".

En la disposición de la ley vieron los autores italianos que comentaron el mencionado código, la consagración de la causal de justificación consistente en el legítimo ejercicio de un derecho.

Allí deben buscarla también los colombianos ya que la ley es fuente no solo de deberes sino también de derechos.

Ya se ha visto cómo la legislación colombiana (artículo 116 del Código de Procedimiento Penal), consagra expresamente el derecho de defensa.

Se cumple así uno de los primeros requisitos para que se justifique el hecho a través de esta causal, a saber, que se trate uno de una pretensión abstracta sino de un derecho concreto, subjetivo o sea consagrado por la ley, perteneciente a quien pretende ejercerlo.

Por lo que hace a los otros dos factores que condicionan a dicho ejercicio, a saber, la capacidad y el ejercicio legítimo, no hay duda de que quien tiene capacidad penal, es decir, puede ser sometido a las leyes penales, tiene también la de defenderse bien sea directamente ora por intermedio de apoderado, en los casos que la ley ordena debe constituirse (v. gr. artículo 386 Código de Procedimiento Penal).

En cuanto a la legitimidad de su ejercicio, se refiere este requisito a que la facultad de defenderse es limitada, como lo son las demás causales de justificación, y debe ejercitarse dentro de las condiciones que la ley consagra.

Es de advertir que en esta causal no obra, con el mismo imperio que en las demás, la limitante de la necesidad ya que el ejercicio del derecho no está sometido a ella pues quien es titular del mismo puede ejercerlo cuando a bien lo tenga.

Esto hace que no deba requerirse para su ejercicio la imposibilidad de que intervenga un apoderado bien porque en determinado momento no haya sido designado, ya porque, habiéndose nombrado, no pueda obrar en cualquier caso.

Los límites del derecho de defensa dentro de los procesos penales, están señalados por las normas del Código de Procedimiento de la materia y a ella debe ajustarse el procesado.

Intimamente relacionado con el derecho de defensa, se encuentra el de petición que puede ejercitarse, ciertamente, dentro de un proceso, pero también fuera de él, debiendo distinguirse la facultad que tienen las partes en un juicio de ejercer los derechos que la ley les concede en su

carácter de tales, de la que tiene todas las personas de dirigirse a las autoridades formulándoles peticiones respetuosas consagradas por el artículo 45 de la Constitución Nacional y que reglamentan varias normas legales.

Pertenece esta última, como lo dice la disposición constitucional citada, a todos y se ejercita, según se expresa en el mismo artículo "ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular".

Su ejercicio no implica, en forma alguna, litigación. No se pone en acción en situaciones de contención aun cuando se haga, algunas veces, dentro de diligencias que no implican enfrentamiento de partes o de intereses en litigio.

De ahí que mientras el derecho de defensa solo puede ejercerse directamente por un funcionario de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público dentro de un proceso penal seguido en su contra en tanto que para toda otra clase de litigios debe constituir apoderado, el de petición puede ejercerlo en forma personal en cualquier oportunidad no contenciosa.

Les es posible, por ejemplo a dichos funcionarios formular peticiones dentro de un diligenciamiento de prestaciones sociales, o para asuntos puramente administrativos o fiscales, siempre y cuando, se repite, que no se trata de juicios laborales, ni administrativos ni fiscales, casos, estos últimos, en que deben constituir apoderado.

De no ser así incurrirán en las sanciones previstas por el tantas veces citado artículo 179 del Código Penal.

Para saber cuándo se está o no dentro de las circunstancias que menciona esta norma, es muy importante tener en cuenta el derecho protegido a través de ella.

Se trata, como lo ha dicho la Sala, de la independencia de la administración pública y la rectitud del comportamiento oficial, en cuanto los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, no deben intervenir en asuntos en que se debaten intereses enfrentados, echando el peso de la autoridad en favor de una de las partes. Porque la intervención de quien está investido de tales funciones oficiales, rompe el necesario equilibrio que debe haber, en esos casos, entre las partes.

Pero donde no hay ese enfrentamiento y no existe, por lo tanto, posibilidad de que se perturbe una situación de igualdad no se lesiona el bien jurídico tutelado y no puede decirse que exista el daño que ha querido evitar el precepto que rige la disposición penal.

Esto implica dos cosas:

a) Que el ejercicio de un derecho, ya sea el de defensa o el de petición, justifica el hecho;

b) Que dicho ejercicio hace atípica la conducta.

No hay oposición entre ambas situaciones.

Ciertamente, se ha sostenido como regla general, que las causales de justificación no hacen atípica la conducta sino que solo le quitan el carácter antijurídico. Son comportamientos típicos justificados por normas permisivas que son aquellas que seleccionan entre las conductas prohibidas o castigadas algunas que pueden ser ejecutadas.

Pero el ejercicio de un derecho tiene naturaleza especial hasta el punto de que se ha sostenido que no es una verdadera causal de justificación porque no está precedido de ninguna norma prohibitiva. No tiene, por lo tanto, carácter permisivo: quien ejerce un derecho lo hace en forma directa e inmediata a la fijación del mismo en cabeza suya y sin más requisitos que los que señala la ley, cuando lo hace.

No se puede hablar en estos casos de enfrentamiento de bienes, como ocurre con las demás causales de justificación, en presencia de las cuales la ley señala el más valioso para permitir que se preserve con sacrificio del que se le opone.

Por ello se dice que el ejercicio de un derecho aunque asuma aparentemente una forma típica y antijurídica es, en realidad, una conducta atípica.

Lo es porque la tipicidad legal se compone de la formal más la llamada "conglobante" que consiste en la oposición de la conducta al orden jurídico general.

Este es unitario. Vale decir: no puede una norma cualquiera de dicho orden declarar ilícitos lo que otra tiene como lícito, prohibir una lo que la otra permite, v. gr. lo que es legítimo para el derecho constitucional, no puede ser ilícito para el penal.

Cuando una norma jurídica hace lícito un hecho, se dice que este es atípico penalmente porque no puede ser típico lo que constituye el ejercicio de un derecho y no vulnera, por lo tanto, ningún bien jurídico (que jure suo utitur neminen laedit).

En otras palabras: en estos casos falta, para que se integre el tipo delictivo, la lesión a un interés jurídicamente protegido.

Este, según lo que se deja dicho, hace parte del tipo en cuanto no puede haber tipo delictivo

sin lesión a un bien o interés preservado por el derecho penal.

Por eso se ha dicho que cuando se ejerce un derecho, la conducta se torna atípica por falta de lesión al bien protegido.

Procesalmente esto tiene consecuencias significativas: en efecto, el régimen de casación del procedimiento por ejercicio de un derecho no debe ser igual al de las demás causales de justificación ya que en éstas el hecho sigue siendo típico aunque justificado.

Debe aplicársele entonces el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal que es la norma en que se contempla la situación a que se hace referencia en los apartes anteriores, o sea, que el hecho no puede ser considerado como infracción penal por carecer de tipicidad.

En estas circunstancias y como conclusión de todo lo que se deja expuesto, se llega a la de que es preciso revocar la decisión revisada para proceder conforme a la norma en cita a ordenar cese la acción penal que se ha venido ejercitando en contra de la acusada.

Aplicadas estas normas al caso de autos, se tiene que la doctora Ruth Sánchez Angarita, al dirigirse dentro de un proceso penal, que seguía en contra suya, al Juez de la causa pidiendo que se le aplicara el artículo 163 y que se ordenara el cese de la acción penal, por no considerar delictuoso el hecho que se le imputaba, estaba ejerciendo un derecho consagrado legalmente y reglamentado por normas expresas del Código de Procedimiento Penal.

Ese ordenamiento, en el tantas veces citado artículo 116 concede al sujeto pasivo de la acción penal el derecho de intervenir en su propia defensa, en los casos que allí enumera y en todos los demás que autoriza la ley y aun cuando no señala los límites de la intervención, debe entenderse que son los que el código en referencia especifica a través de sus normas.

La doctora Sánchez Angarita, no excedió esos límites pues su intervención se hizo en la forma legalmente adecuada a ese tipo de manifestaciones.

En consecuencia se dan en su caso los elementos atrás señalados para el correcto ejercicio de un derecho, a saber, que la ley lo consagre, que se fije en un sujeto activo determinado, que éste tenga capacidad para ejercerlo por sí mismo o por otra persona y que ese ejercicio se haga dentro de los límites señalados por la ley.

Dentro de ese marco jurídico y teniendo en cuenta lo dicho sobre la atipicidad de la conducta

consistente en el ejercicio legítimo de un derecho, se tiene que concluir que la doctora Sánchez Angarita, no ha ejecutado un hecho que la ley penal considere delictuoso por lo que debe aplicarse el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, ordenando cesar la acción penal que se ha venido ejerciendo en contra suya.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, acorde con el Procurador Segundo Delegado Penal,

Resuelve:

Primero. Revocar la providencia apelada.

Segundo. Disponer que cese el procedimiento contra ella por el hecho a que se refiere el presente proceso, por no constituir infracción penal.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

De acuerdo con la determinación resolutive de la providencia, disiento de aquella parte de su motivación en la que se sostiene que *el ejercicio de un derecho constituye, al propio tiempo, causal de justificación y de atipicidad.*

He aquí las razones de mi desacuerdo con la mayoría de la Sala:

1. Las causales de justificación —sin excepción alguna— se refieren a todas aquellas situaciones en las que adecuándose el comportamiento humano a un tipo penal determinado, la vulneración ocasionada por el actor al interés jurídicamente protegido, no es contraria a derecho.

2. El fenómeno de la atipicidad se presenta, en cambio, cuando la conducta del agente no se subsume en un tipo penal determinado porque la ley no lo ha descrito como hecho punible (atipicidad absoluta) o porque no hay coincidencia con uno cualquiera de sus elementos estructuradores (atipicidad relativa); tales elementos son

los sujetos (activo y pasivo), los objetos (jurídico y material) y la conducta (verbo rector y circunstancias cualificantes).

3. Si entre los elementos del tipo está su objeto jurídico, vale decir, aquel bien o interés individual, social o estatal que el legislador pretende tutelar con la amenaza de sanción penal, es obvio que la adecuación típica no será plena si la conducta del sujeto activo no vulnera, por lesión o puesta en peligro, dicho interés jurídico.

4. No debe, pues, confundirse la vulneración del bien jurídico penalmente tutelado, necesaria para que pueda afirmarse que la conducta es típica, con la ilicitud de tal vulneración; esto último es lo que conforma el fenómeno de la antijuridicidad en cuanto el agente lesionó efectivamente o puso en peligro, sin derecho alguno, tal interés jurídico y generó, por eso, en contra suya un juicio de reproche.

5. Aunque teóricamente es posible la existencia de una conducta antijurídica que no sea penalmente típica —como la de adulterio— tal antijuridicidad es irrelevante para el derecho penal, que no puede ocuparse de ella precisamente porque no ha sido recogida en un tipo penal; la tipicidad es, pues, *ratio essendi* de la antijuridicidad y, al propio, indicio de la misma, en cuanto toda conducta típica es antijurídica, a menos que se demuestre que el agente realizó el hecho dentro de alguna causal de justificación. En este orden de ideas, si se evidencia en un caso concreto que la conducta del actor es atípica, resulta innecesario afirmar que está, además, justificada; mucho más cuando la razón de su atipicidad sea la falta de vulneración del interés jurídico que el tipo protege.

6. Quien actúa en ejercicio de un derecho puede o no afectar un bien jurídico penalmente tutelado; si lo primero, su conducta será típica pero no antijurídica en la medida en que la realice dentro de los límites propios de su derecho; si lo segundo, carecerá de relevancia penal por falta de tipicidad. Cuando el padre de familia encierra a su hijo en la alcoba para castigarlo por alguna falta, está privándolo de su libertad de locomoción; cuando el depositario de una cosa se niega a devolverla a su dueño mientras no le pague los gastos ocasionados por su custodia, está vulnerando su derecho de propiedad; en ambos casos las conductas son típicas pero no antijurídicas porque a los derechos de libertad personal y de propiedad se oponen los de corrección y retención a los que el propio legislador ha dado preponderancia. Es claro que cuando el titular de tales derechos se excede en su ejercicio, habrá

de responder por tal exceso; cuando ello ocurre su comportamiento se torna antijurídico.

7. En relación con los derechos de petición y de defensa, bien puede ocurrir que al ejercerlos su titular no vulnere un bien penalmente tutelado, en cuyo caso su comportamiento será penalmente atípico; y como eso fue lo que ocurrió en este proceso, bien estuvo la solución dada, por la Sala.

8. Dice, además, la providencia —variando su tesis inicial—, que el ejercicio de un derecho es en realidad causal de atipicidad “porque la tipicidad legal se compone de la formal mas la llamada conglobante que consiste en la oposición de la conducta al orden jurídico general”; lo que ocurre con esta afirmación es que la mayoría de la Sala llama “tipicidad conglobante” a lo que la doctrina viene denominando *antijuridicidad*.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

Aclaración de voto

I. El Código de Procedimiento Penal, entre otras, contempla las siguientes situaciones básicas, de naturaleza y consecuencias totalmente diferentes e inconfundibles entre sí:

- a) *El hecho no ha existido;*
- b) *Ha existido, pero la ley no lo considera como infracción penal;*
- c) *Ha existido, la ley lo considera como delito, pero no lo ejecutó el procesado;*
- d) *Ha existido, la ley lo considera como infracción penal, lo cometió el procesado, pero la acción no ha debido iniciarse o no puede proseguirse;* y
- e) *Ha existido, la ley lo considera como delito, lo cometió el procesado, pero éste actuó inculpable o justificadamente.*

Cada una de estas diversas situaciones corresponde también a diferentes elementos fácticos, jurídicos y doctrinarios y tiene, según su naturaleza, distinto tratamiento en el procedimiento penal, tanto por la precisa oportunidad en que puede resolverse, cuanto por la especial providencia que, en cada caso, puede ser adoptada por los jueces:

1. *El auto inhibitorio* (artículo 320 del Código de Procedimiento Penal), sólo puede proferirse cuando el hecho no ha existido: (a) cuando no está previsto en la ley como infracción; (b) y cuando la acción no puede iniciarse; (c) no procede en consecuencia, cuando aparece ejecutado pero no por el denunciado; (d) ni cuando se dice cometido por éste inculpable o justificadamente; (e) . . . :

“... Artículo 320. Auto inhibitorio. El Juez instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse . . .”.

Esta determinación, como se advierte del texto, sólo puede adoptarse luego de la denuncia o de la práctica de las diligencias preliminares (artículo 320 Bis *ibídem*).

En salvamento de voto suscrito por el Magistrado Reyes Echandía y por mí, precisamos de este modo los fundamentos jurídicos y doctrinarios de esta disposición y su aplicación:

“.....”.

...4. Este último supuesto (cuando el hecho en cuestión o la conducta atribuida a alguien no corresponde a la genérica descripción que de ella hace un tipo penal), apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa; aquélla, cuando el hecho o conducta no está recogida en ningún tipo legal, como ocurriría en el caso del adulterio; ésta cuando a pesar de existir uno o varios tipos se describe abstractamente tal comportamiento, el que concretamente se ha indagado no se adecúa a ninguno de tales marcos típicos por falta de correspondencia con uno cualquiera de sus elementos integradores (sujetos, objetos, conducta), como cuando alguien se apodera de cosa propia, creyendo que es ajena. Tal es el alcance de la expresión ‘no está previsto en la ley como infracción’ que utiliza el legislador en su artículo 320, materia de este comentario analítico . . .”.

“...5. Como quiera que delito o (contravención), es la realización de conducta típica, anti-jurídica y culpable, el auto inhibitorio se impone solamente cuando de las diligencias preliminares practicadas se concluye que el hecho examinado no es típico. Las notas o caracteres de la antijuridicidad —con sus causales de justificación— y de la culpabilidad —con sus causales de inculpabilidad—, han de ser necesariamente examinadas dentro del proceso, es decir, a partir del auto cabeza de proceso y hasta la sentencia, porque se trata de complejos problemas jurídicos

que exigen comprobaciones fácticas y exhaustivos análisis y porque en la aportación de los hechos y en su examen han de intervenir las partes, interesadas en su reconocimiento o repudio . . .”.

“... Pretender la solución del auto inhibitorio por razones de justificación o de inculpabilidad es no sólo desconocer el limitado alcance que precisa el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, sino decidir la ausencia de responsabilidad penal de alguien, sin que exista aun proceso y sin que, por lo mismo, las partes interesadas (ministerio público, sindicado, apoderado), hayan podido intervenir con la aportación de pruebas, en la controversia de las mismas y en su análisis . . .”.

“.....”.

“...8. Que la expresión ‘no está prevista legalmente como infracción’, utilizada por el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, únicamente se refiere a la tipicidad de la conducta, lo demuestra el hecho de que ella se reitera en el artículo 491 de la misma codificación, como causal de sobreseimiento definitivo, causal que esta norma separa nítidamente de una segunda que consiste en la demostración de que ‘el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal’, y que no son otros, ciertamente que los de inculpabilidad y justificación . . .”.

2. *El auto de cesación del procedimiento* (artículo 163 *ibídem*) a su turno, sólo puede proferirse cuando el hecho no ha existido: (a) cuando ha existido, pero el procesado no lo ha cometido; (b) cuando ha existido, lo ha cometido el sindicado, pero la ley no lo considera como infracción penal; (c) y cuando, aún existiendo, siendo delictuoso y habiendo sido cometido por el procesado, la acción no ha debido iniciarse o no puede proseguirse; (d) no procede, en consecuencia, cuando de causales de inculpabilidad o de justificación se trata; (e) . . . :

“... Artículo 163. Auto de cesación de procedimiento. En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el Juez, previo concepto del Ministerio Público, procederá aun de oficio, a dictar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado . . .”.

Esta determinación, como se advierte del texto, puede adoptarse en cualquier estado del proceso, a partir del auto con el que éste se inicia, (artículo 319).

3. *El auto de sobreseimiento definitivo* (artículo 491 *ibídem*), finalmente, sólo puede proferirse cuando el hecho no ha existido (a); cuando ha existido, pero no lo ha cometido el procesado (b); cuando ha existido, lo cometió el procesado, pero la ley no lo considera como infracción penal (c); y cuando el procesado lo realizó en cualquiera de los casos de inculpabilidad o de justificación (d); no procede, en consecuencia, cuando la acción no ha debido iniciarse o no puede proseguirse (e):

“...Artículo 491. Sobreseimiento definitivo. El sobreseimiento será definitivo:...”

“...1. Cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, y...”

“...2. Cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal...”

Esta determinación sólo puede adoptarse una vez vencido el término de instrucción y luego del cierre de la investigación (artículo 480).

En providencias del Tribunal de Barranquilla, con ponencias elaboradas por mí, precisé de esta manera los diferentes fundamentos jurídicos y doctrinarios que impiden dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 163 del Procedimiento Penal, cuando de eventos de inculpabilidad o de justificación se trata, la más reciente de fecha 15 de marzo de 1973 (proc. rad. número 37055).

“...No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de la declaración de haberse cometido el homicidio en uno cualquiera de los casos de los artículos 23 y 25 del Código Penal, pues tal declaración sólo puede hacerse al momento de la calificación del sumario por disposición expresa del ordinal 2º del artículo 491 del Código de Procedimiento Penal...”

“...Es fácil observar, en efecto, que aun cuando las causales para ordenar el cese del procedimiento y para sobreseer definitivamente son las mismas en los artículos 163 y 491 del Procedimiento Penal, la referente a los casos de (in)culpabilidad, o de justificación del hecho fueron incluidas, de manera expresa, entre las que dan lugar al sobreseimiento definitivo del procesado (artículo 491), y excluidas de las que dan lugar

a la cesación de la investigación (artículo 163)...”

“...Las razones de esta evidente diferencia son bien sencillas y consisten en el hecho de que los actos realizados en las circunstancias de los artículos 23 y 25 son constitutivos de delito y así debe considerárseles hasta tanto no aparezca plenamente comprobada la justificación legal, la cual, por disposición de la ley, quita al hecho el carácter delictuoso que posee...”

“...Al efecto es interesante transcribir apartes de una muy sabia jurisprudencia:...”

“...quien, defendiéndose legítimamente, da muerte a alguien, comete una acción cuyos caracteres internos o subjetivos y externos u objetivos se acomodan a una norma del Código Penal y reúne todos los elementos que constituyen el precepto legal: propósito de matar y muerte consecuenencial (artículos 362 del Código Penal y 272 del Código de Procedimiento Penal)...” (sentencia, 16 de junio de 1944, LVII. 634).

“...De allí que se diga con propiedad que la declaración de hallarse justificado el hecho le quita el carácter delictuoso que posee, pues sólo en virtud de tal declaración que el hecho deja de ser sancionable penalmente...”

“...Por ello y por otras razones que sería prolijo y dispendioso analizar en este sencillo auto, no puede decirse de quien comete homicidio, así sea en legítima defensa mientras ésta no se declare procesalmente, que no ha realizado acto delictuoso alguno, para concluir que debe cesarse todo procedimiento en contra del agente por inexistencia del delito (artículo 163 del Código de Procedimiento Penal)...”

“...El homicidio es un delito definido en el Código Penal y así debe considerársele mientras no se acredite plenamente que estaba justificado, declaración ésta que, se ha visto, sólo puede hacerse una vez cerrada la etapa investigativa y por medio del correspondiente auto de calificación sumarial, sobreseimiento definitivo en tal evento...”

“...Ejecutoriada la providencia que hace la declaración, deja de ser considerado como delictuoso el hecho que hasta entonces lo era clara y objetivamente. Mientras tanto no...”

II. En este proceso, tanto el Fiscal del Tribunal de Ibagué, como esa Corporación, actuaron con acertada sujeción a estos ordenamientos procesales.

Para el Fiscal del Tribunal de Ibagué, en efecto, la doctora Ruth Sánchez Angarita, no actuó

como Juez, ni como mandataria, ni como abogada, ni como consejera, sino, simplemente, como sindicada que lo era para entonces: luego la conducta que se le atribuye no corresponde a la descrita en el artículo 179 del Código Penal (atipicidad del hecho), y así ha debido declararse, ordenando la cesación del procedimiento seguido en su contra:

“...en los casos en que alguien que tiene las calidades a que se refiere el artículo 179 del Código Penal en su primer inciso aboga en su defensa dentro de un asunto penal no está ejerciendo la profesión de abogado sino ejecutando actos propios de procesado...” (fl. 85 cdno. princ.).

El Tribunal, a su vez, consideró que los hechos atribuidos a la Juez, correspondían al tipo penal, indicado en el artículo 179, por haber “abogado” ésta en asunto judicial; luego estimó improcedente la declaración de inexistencia del delito:

“...como quiera que en el presente caso la conducta que se investiga es subsumible en el tipo legal que describe el artículo 179, del Código Penal, como lo ha entendido la jurisprudencia, a través de los tiempos y lo han acatado los funcionarios judiciales y del Ministerio Público al no asumir su defensa en forma personal sino por medio de apoderado cuando tienen que afrontar un proceso penal, sin que hasta ahora se haya demandado la norma por inconstitucional, es preciso concluir que no es el caso de ordenar la cesación del procedimiento con base en que se supone la demostración plena de que el comportamiento que se imputa a la sindicada no puede subsumirse en ningún tipo penal, vale decir, es absoluta o relativamente atípico...” (fl. 94 id.).

La Corte, por el contrario, confunde dos causales diferentes, una de las cuales, relativa a la justificación de la conducta de la procesada (artículo 25, ord. 1º del Código Penal), no podía ser estudiada ni reconocida mediante el auto de cese de procedimiento que profiere, ni declarada “en cualquier estado del proceso”, como lo hace, (artículo 163 del de Procedimiento), sino, como queda visto, luego del cumplimiento de los términos, de los trámites y de las condiciones precisamente señalados en la ley (perfeccionamiento del sumario, cierre de la investigación, traslados y concepto fiscal) y a través de

sobreseimiento definitivo (artículo 491 ord. 2º *ibidem*).

Esta confusión se agrava, además, por que el reconocimiento de la justificante no se hace, ni es utilizada, ni se invoca por la Corte como fundamento de la determinación que adopta en la parte resolutive (que por fundarse en uno de los casos que enumera el artículo 25 del Código Penal, no podía concluir con la declaración de ser inexistente el delito ni con la orden de cesación de la acción), sino que la emplea y aduce en las motivaciones del fallo únicamente y, por ello, con el exclusivo propósito de afirmar allí que el hecho dejó de ser delictuoso (artículo 491, ordinal 2º del Código de Procedimiento Penal) y, producido este resultado previo, con el fin de concluir, entonces sí sin contratiempos doctrinales, aplicando la disposición legal correspondiente (artículo 163 *ibidem*).

El razonamiento de la Corte es éste:

- a) El ejercicio de un derecho justifica el hecho;
- b) La justificación del hecho hace atípica la conducta;
- c) Luego si el hecho es atípico debe declararse así y ordenarse la cesación de procedimiento.

La segunda premisa de este razonamiento es, sin embargo, falsa; luego la decisión se apoya en un sofisma. Pero de ser cierto que las justificantes hacen atípica la conducta, tampoco sería procesalmente posible invocarlas en la motivación del auto de cesación de la acción, por expresa prohibición legal y porque hacer lo contrario equivaldría a motivar un sobreseimiento definitivo (artículo 491, ord. 2º), en una providencia que concluye declarando la inexistencia del delito y la cesación del procedimiento (artículo 163), que es, lo que a mi modo de ver, muy incorrectamente, ha hecho la Corte.

Comparto la decisión, en consecuencia, porque a mi juicio el hecho investigado, no es delictuoso y no, como se afirma en la providencia, porque se cometió justificadamente.

En estos términos aclaro mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

Fecha ut supra.

JUZGAMIENTO DE LOS AGENTES DE POLICIA, CUANDO COMETEN DELITOS COMUNES, FUERA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESTABLECIDAS POR EL DECRETO 2347 DE 1971 Y ENCONTRANDOSE EL PAIS EN ESTADO DE SITIO

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 17 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 54 de junio 12 de 1980.

Vistos

El Tribunal Superior de Ibagué, condenó a José Raúl Mendoza, como responsable de homicidio a la pena de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, al confirmar la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Superior de aquella ciudad. Contra tal decisión se interpuso recurso de casación.

Hechos

En las horas de la madrugada del 7 de enero de 1978, Alvaro Orjuela Sanabria, fue mortalmente herido con arma cortopunzante en desarrollo de trifurca caecida en la población de Viejo Caldas, Municipio de Alvarado; el lesionado murió poco después; como autor del hecho fue señalado el agente de policía José Raúl Mendoza Sotelo.

Actuación procesal

Iniciada la correspondiente investigación y decretada la detención preventiva del sindicado—quien fue separado de la Institución Policial—el Juzgado Tercero Superior de Ibagué, lo llamó a juicio por delito de homicidio. Realizada la audiencia pública correspondiente y obtenido veredicto condenatorio con las atenuantes de los artículos 28 y 384 del Código Penal, profirió sentencia de condena de conformidad con la respuesta del jurado popular. Apelada tal determinación por la fiscalía, el Tribunal declaró con-

traevidente el veredicto y dispuso celebración de nueva audiencia; en el curso de ésta el jurado reconoció responsabilidad por homicidio en estado de embriaguez; la sentencia que entonces dictó el Juzgado fue revisada por el Tribunal Superior de Ibagué con el resultado que ya se indicó.

Demanda

Plantea el actor como único cargo el de nulidad —causal cuarta— por incompetencia del Juez (artículo 210, número 1º Código de Procedimiento Penal).

Señala, para fundamentar el cargo, que estando el país en estado de sitio cuando ocurrieron los hechos, siendo el procesado agente de la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones en el momento de la comisión del delito que se le imputa (aunque no estaba en servicio) y teniendo la calidad de militar por mandato del artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, ha debido ser juzgado por la jurisdicción castrense y no por la ordinaria. Recuerda pronunciamiento en tal sentido de esta Sala en providencia del 22 de febrero de 1979.

Concepto de Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal —de acuerdo con criterio expresado inicialmente por el Tribunal Disciplinario y luego por el Consejo Superior de la Judicatura— sostiene que los delitos cometidos por miembros de la Policía fuera de servicio mientras el país se halla en estado de sitio, han de ser juzgados por la jurisdicción ordinaria. El argumento central de su exposición es el de que el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar ha sido tácitamente derogado por los Decretos 1705 de 1960 (artículo 40), 1355 de 1970 (artículo 34) y 522 de 1971 (artículo 112), normas estas que califican a la policía como cuerpo civil; sostiene, en consecuen-

cia, que la norma que actualmente regula el juzgamiento de policía es el artículo 8º del Decreto 2347 de 1971, en virtud del cual la jurisdicción castrense solamente se las aplica cuando cometen un delito "con ocasión del servicio, o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo", lo que significa que fuera de estos casos corresponde su juzgamiento a la jurisdicción ordinaria aunque el país se halle en estado de sitio.

Conforme a este razonamiento y como quiera que el procesado dio muerte a Alvaro Orjuela Sanabria, en momentos en que no prestaba servicio policial, considera que estuvo bien juzgado por los Jueces comunes y que, por lo tanto, la sentencia no debe casarse.

Consideraciones de la Corte

Se ha planteado en el presente caso, una vez más, la cuestión de la competencia para el juzgamiento de los Agentes de la Policía Nacional, cuando cometen delitos comunes, fuera de las circunstancias establecidas por el Decreto 2347 de 1971 y encontrándose el país en estado de sitio.

Sobre este particular existen dos tesis encontradas: la que propugna esta Sala y según la cual dicho juzgamiento corresponde a la justicia castrense y la sostenida antes por el Tribunal Disciplinario y ahora por el Consejo Superior de la Judicatura en el sentido de que son competentes para juzgar en esos casos a los agentes de policía los Jueces ordinarios.

Prolijos análisis de las legislaciones anteriores y de la actual se han hecho por cada una de esas entidades en orden a sostener sus respectivos conceptos.

Pero puede decirse que ellos (y la discrepancia que de ellos resulta), girar al rededor de si la policía es un cuerpo de carácter civil o militar.

Así lo planteó la Corte (Sala Penal), al decir, en sentencia de 22 de febrero de 1979, que "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 trate de delitos comunes cometidos fuera de la precisión del artículo 8º del Decreto 2347 de 1971".

Más categórico sobre el particular ha sido el Consejo Superior de la Judicatura al decir, en providencia de 15 de febrero de 1980 que "tales puntos de vista circunscriben el debate a la de-

terminación de si los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional tienen o no la calidad de militares. En caso afirmativo no habría duda de que, aún tratándose de delitos comunes, serían justificables con apego a las normas del Código Castrense, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 308 de este Estatuto, por hallarse turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional por Decreto 2131 del 7 de octubre de 1976, aserción inaceptable si se llegara a la conclusión de que el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, está derogado".

Ahora bien, ¿qué es lo que dice esa norma?

Su texto es el siguiente:

"Artículo 284. Para 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".

Esta norma fue declarada ceñida a la Constitución por sentencia de Sala Plena que lleva fecha 29 de septiembre de 1973.

Empero, se la tiene por una de las doctrinas que se citan atrás, como derogada con base en la consideración, de que califica de "militares" a los miembros de la Policía siendo así que disposiciones posteriores les dan el calificativo de civiles.

Es verdad esto: así se desprende especialmente de lo dispuesto por el artículo 34 del Decreto 1335 de 1970 (Código Nacional de Policía), en que se dice (inciso segundo) que "los cuerpos de policía son civiles por la naturaleza de sus funciones", norma que no ha sido derogada.

Sin embargo, no se ha parado mientes en que el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, transcrito atrás no ha dicho que los miembros de la policía nacional son militares sino que "para efectos" de dicho código, tales denominaciones (militar o militares) se les aplican.

Ahora bien: ¿cuáles son esos efectos? Lo dice claramente el artículo primero de dicho ordenamiento así:

"Artículo 1º El Código de Justicia Penal Militar regula las siguientes materias, en cuatro libros:

1º De los delitos y de las sanciones en general.

2º De los delitos y de las penas militares.

3º Jurisdicción, competencia y organización de la Justicia Penal Militar.

4º Procedimientos que debe seguirse en la investigación de los delitos y aplicaciones de las sanciones penales militares".

Es decir, que solo para los efectos de saber si han cometido o no delitos, qué penas corresponden aplicarles en caso afirmativo y cuál el procedimiento a seguir en cada caso, ha hecho el código en referencia la aplicación del término "militar o militares" a los miembros de la Policía Nacional.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, no es oportuno el debate sobre si los agentes de policía son o no militares.

Basta saber que una disposición que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la guarda de la Constitución, ha declarado exequible, establece que donde el Código de Justicia Penal Militar dice "militar o militares" está sometiendo a esa jurisdicción también, por un simple proceso de extensión terminológica, a los miembros de la Policía Nacional.

Y como quiera que las denominaciones (militar o militares), citadas en primer término no se encuentran en el artículo 308 de dicho ordenamiento, significa que esa norma es aplicable también a la Policía Nacional.

En consecuencia, los miembros de este cuerpo armado son justiciables, bien sea civil o militar su naturaleza, por los tribunales castrenses cuando cometen delitos "establecidos por las leyes comunes... en tiempos de guerra, turbación del orden público o conmoción interior", porque el encabezamiento de esa disposición establece que, entre otros delitos, la Justicia Penal Militar conoce de tal clase de infracciones penales.

Aplicando esos principios el caso de autos se tiene que el agente de policía José Raúl Mendoza Sotelo, cometió, fuera de las circunstancias especificadas en el Decreto 2347 de 1971, un delito de homicidio, encontrándose el país en estado de sitio a virtud de lo dispuesto por el 2131 de 1976, luego su juzgamiento corresponde a la Justicia Penal Militar.

Es así que fue juzgado por la ordinaria, luego se incurrió en la causal de nulidad señalada en el primer numeral del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal o sea por incompetencia del Juez.

Eso es lo que alega el actor en el único cargo hecho en la demanda y, por lo tanto, debe declararse fundada dicha censura y proceder en consecuencia.

Por lo que hace a la solicitud de libertad provisional por haber cumplido ciento ochenta (180), días de detención preventiva el sindicado sin que se haya proferido la providencia que

califica el mérito del sumario, se observa que resolverla es competencia exclusiva del Juez de la causa, según se desprende del inciso 2º del aparte 9º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal ya que aquél es el único que puede decidir si en ese momento o sea al pronunciarse sobre la susodicha petición, hay o no mérito para llamar a juicio.

Por lo tanto, no corresponde dicha decisión a la Sala Penal de la Corte, en esta oportunidad, y, por ello, habrá de abstenerse de hacerlo.

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

Resuelve:

Primero. CASAR la sentencia recurrida.

Segundo. Declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive, y ordenar que se rehaga al proceso, desde ese momento en adelante, por el Juez competente.

Tercero. Abstenerse de resolver, por las razones expresadas en la parte motiva, sobre la solicitud de libertad provisional.

Cuarto. Ordenar que el envío de este proceso al Juez competente se haga por intermedio del Tribunal Superior de Ibagué, al que se dispone remitir el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese la sentencia.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Como quiera que en el presente caso la mayoría de la Sala dispone casar la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué por haber juzgado a un Agente de Policía, por delito cometido fuera del ejercicio de sus funciones y como en tal caso considero incorrecta la decisión del Tribunal, he de apartarme de dicha providencia por las razones que a continuación preciso:

1. Señala el artículo 61 de nuestra Carta Fundamental que "ninguna persona o corporación

podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar”.

Los eminentes filólogos Rafael Torres Quintero y Luis Flores del Instituto Caro y Cuervo, han hecho de esta norma un riguroso análisis gramatical y semántico. He aquí su contenido:

“Se trata de una oración simple de sujeto y predicado que puede descomponerse así:

Sujeto: ninguna persona o corporación”.

Predicado: “podrá ejercer”, etc. . . , hasta el final.

Este predicado, cuyo núcleo es el sintagma verbal “podrá ejercer”, tiene a su vez dos complementos advverbales:

a) “simultáneamente”; y

b) “en tiempo de paz”: Tiene además un complemento directo, que es “la autoridad política o civil y la judicial o la militar”.

El complemento directo, analizado sintácticamente, presenta: 1. Un núcleo sustantivo, “la autoridad” (una vez expreso y dos veces tácito), y 2. Un modificador complejo de dicho núcleo, constituido por:

a) una primera coordinación, “[autoridad] civil o política”; y

b) una segunda coordinación, “[autoridad] judicial o [autoridad] militar”; y

c) una tercera coordinación (esta copulativa) que, por medio de la conjunción y, enlaza a las dos anteriores, “la autoridad política o civil y la [autoridad] judicial o la [autoridad] militar”.

Ahora bien: si relacionamos el análisis puramente formal con el de orden semántico para tratar de hallar el sentido o intención de toda la oración, tendremos que fijar particularmente la atención sobre este complemento directo, pues en él reside fundamentalmente lo que es objeto del precepto.

Es necesario antes tener en cuenta que en español existen tres principales tipos de coordinación disyuntiva, o sea aquella en que el nexos coordinante es la conjunción o. Tales son:

1ª Contradictoria o dilemática. Los miembros enlazados por la conjunción o se excluyen mutuamente. Si se realiza uno, no se puede realizar el otro. Es el dilema de la lógica.

2ª Alternativa. Cada uno de los miembros de la disyunción expresa una posibilidad que no invalida necesariamente la otra.

3ª Explicativa. El segundo miembro explica de algún modo el contenido del primero. Hay

equivalencia entre ambos aunque estrictamente no lleguen a ser sinónimos.

Evidentemente, la primera coordinación (a), en la que se enlazan los miembros política y civil por medio de la conjunción o, es una coordinación de la tercera clase, ya que el término civil, sin ser exactamente sinónimo de política, explica a éste o lo aclara. Según el Diccionario de la Academia Española y según el uso común, civil “dícese de las disposiciones que emanan de las potestades laicas”; y políticas en una de las acepciones, hace referencia a las cosas del gobierno y negocios del estado. De suerte que “autoridad política o civil” vienen a ser una misma autoridad, la que ejerce las funciones de mando en cuanto hace cumplir las leyes y decretos del gobierno.

En cambio, la segunda coordinación (b), en que se enlazan mediante la conjunción o, la [autoridad] judicial y la [autoridad] militar, es del primer tipo arriba mencionado, pues judicial significa “perteneciente a la administración de justicia” y militar quiere decir, según el mismo Diccionario, “relativo a la milicia o a la guerra por contraposición a civil”. Deberá entenderse, pues, que las funciones de la autoridad judicial son de orden distinto a las funciones de la autoridad militar.

Entendidas así las coordinaciones 1ª, y 2ª (a) y (b), queda por interpretar la coordinación copulativa realizada por el nexos y que encadena entre sí a (a) y (b).

En las copulativas se unen elementos de la misma categoría que se afirman o se niegan pero que hay que tomarlos como partes de un todo. En este caso los elementos análogos enlazados son: de una parte, los adjetivos civil y política, y de otra los adjetivos judicial y militar, todos referidos al núcleo sustantivo autoridad. Como hemos visto, civil y política son prácticamente sinónimos en este caso, o sea, que determinan un tipo de autoridad; en cambio, judicial y militar son antagónicos, es decir, determinan dos autoridades distintas; la [autoridad] judicial y la [autoridad] militar. Si relacionamos ahora el sentido parcial del complemento directo con el sentido general de la oración, tendremos que en ella el autor quiso decir, que no se pueden ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, de una parte la autoridad civil y la judicial, y de otra, la autoridad civil y la militar.

“En síntesis, si nos atenemos a la letra de la disposición constitucional y a su formulación gramatical, tendremos que concluir que en ella

se prohíbe a cualquier persona o corporación ejercer, en tiempo de paz, las funciones de la autoridad civil simultáneamente con las de la autoridad judicial y las funciones de la autoridad civil simultáneamente con las de la autoridad militar”.

2. Del autorizado análisis precedente, resulta, pues, que si en tiempo “de paz” no puede una misma persona o corporación ejercer simultáneamente funciones política o civil y judicial, ni funciones política o civil y militar, a contrario sensu”, en tiempos “de no paz” —que podrían ser los de guerra interior o exterior y aún, con discutible amplitud, los de estado de sitio— es jurídicamente compatible el ejercicio simultáneo de la autoridad política o civil con la judicial y de aquella con la militar; en tales periodos, podría entonces un gobernador fungir de Juez o un Oficial del ejército desempeñarse como Alcalde. Esto es, evidentemente, lo que el precepto dice.

Ahora bien, como existe en la oración (artículo 61) una irreductible oposición semántica y gramatical entre lo judicial y lo militar, como que una y otra funciones son diversas y excluyentes, y como las dos categorías de autoridad que la norma enfrenta son, de un lado la política o civil y del otro la judicial y la militar, por manera que estas dos últimas no admiten complementación gramatical, lógica ni jurídica, síguese, que conforme a la norma examinada en ningún tiempo es jurídicamente posible que una misma persona o corporación puedan ejercer simultáneamente las funciones judicial y militar.

Para concluir, como hasta ahora se ha hecho, que en tiempo de no paz son jurídicamente compatible las funciones judicial y militar, sería necesario que el texto del artículo 61 estuviese redactado de la siguiente manera: Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política y la civil ni la judicial y la militar. Pero esto supondría desde el punto de vista conceptual, enfrentar como diversas las funciones política y civil, y por el aspecto gramatical, sustituir la disyuntiva “o” en su función explicativa por la copulativa “y” con función de separación antagónica, así como cambiar la actual copulativa “y” que separa las dos coordinaciones, por la negativa “ni”, y finalmente, reemplazar la disyuntiva dilemática “o” que oprime lo judicial a lo militar, por la copulativa “y” que permita separar ambos términos. Resulta, sin embargo, palmar que los dos textos son diversos y que el

imaginado aquí no corresponde textual ni conceptualmente al del artículo 61.

No sobraría recordar el principio de hermenéutica jurídica conforme al cual “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu” (artículo 27 Código Civil); valdría la pena, también, puntualizar que fue, al parecer, don Miguel Antonio Caro el autor de este texto constitucional y que tal personaje no sólo fue tenido y respetado como ilustre filólogo, sino como versado constitucionalista y político sagaz; por manera que seguramente la redacción de esta norma fue resultado de ponderada meditación.

Pero es que la prohibición del ejercicio simultáneo de las funciones judicial y militar, no se desprende meramente de la fría y calculada redacción del artículo 61, sino que surge de la naturaleza misma de una y otra. En efecto, aquella está adscrita a la rama jurisdiccional del poder público y ésta, a la rama administrativa; el Juez es por naturaleza sujeto deliberante, en tanto que al militar le está constitucionalmente prohibido el ejercicio de esa actividad mental (artículo 168) en razón de la subordinación jerárquica a que está obligado; la función judicial es autónoma y la militar, dependiente.

Bien dijeron, por eso, en conceptuoso salvamento de voto los honorables Magistrados, Salgado Vásquez, Luna Gómez, Calderón Botero, Gómez Velásquez y Bernal Pinzón, lo siguiente: “El artículo 61, durante el tiempo de guerra, autoriza a la autoridad civil o política para que, simultáneamente con sus funciones civiles, pueda asumir las que competen a la rama jurisdiccional o a la fuerza pública. Lo que no puede extraerse del contenido jurídico de esa norma es la interpretación de que los militares pueden asumir el que hacer de administrar la justicia ordinaria. Si esa interpretación fuera técnica, también se podría sostener que el artículo 61 durante el estado de sitio, confiere a los jueces la posibilidad de dirigir la guerra contra las tropas extranjeras o contra las de los rebeldes que intentan derribar al gobierno” (sentencia de Sala Plena del 2 de diciembre de 1976).

Tan evidente es el absolutismo de la prohibición constitucional del ejercicio simultáneo de las funciones judicial y militar, que el propio constituyente hubo de establecer dos perentorias excepciones; una en el artículo 27, numeral 2º conforme a la cual “los jefes militares podrán imponer penas in continenti, para contener una insubordinación o motín militar o para matener el orden hallándose enfrente del enemigo “y la

otra, en el artículo 170 que autoriza a las Cortes Marciales o Tribunales Militares para conocer "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio", conforme al Código Penal Militar.

Pero a tiempo, que la primera excepción permite a la autoridad militar ejercer función judicial sobre personas civiles o militares en la especial situación allí descrita, la segunda limita perentoriamente esa potestad jurisdiccional en cuanto solamente ha de ejercerse sobre militares en servicio activo y en relación con él. Y no resulta válido afirmar que la jurisdicción militar sobre civiles constituye un simple "traspaso de competencia" que puede hacerse por vía legal, porque este razonamiento desconoce la precisa y tajante exclusión que de la simultaneidad de estas funciones hace el artículo 61 de la Carta, y que conduce a reconocer en el artículo 170 una excepción a tal principio —que no otra cosa es el fuero militar— y no una regla meramente permisiva; y también una excepción al artículo 58 de la Carta, en cuanto señala algunas entidades que administran justicia y remite a la ley la indicación de otras.

Bien dijo la honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia —Sala Plena— del 4 de octubre de 1971: "La ley de justicia militar no puede sustraer de los jueces ordinarios el conocimiento de delitos comunes cometidos por personas que no se hallan revestidas de título castrense porque ello se opone al principio consagrado en el artículo 170 de la Carta, según el cual el régimen exceptivo sólo es aplicable a los delitos cometidos por militares en servicio. . . Por ello, sólo se concibe respecto de estos y en relación exclusiva con tal actividad y los ilícitos cometidos en desarrollo de la misma. Consagrarla involucrando personas distintas de los militares en servicio activo y delitos diferentes a los que se relacionan con el mismo servicio, equivale a suplantarse el orden constitucional, concediéndole al artículo 170 de la Carta un valor genérico y no específico, que es el que le corresponde".

3. Los militares en servicio activo a que se refiere el artículo 170 de la Carta son los oficiales, suboficiales y soldados que integran los cuerpos del ejército, la aviación y la marina nacionales. De ellos no forma parte la policía. En efecto: Los policías no son militares: porque la Constitución separa nitidamente a éstos (artículo 166) de aquéllos (artículo 167); porque el ejército ha sido constitucionalmente creado para defender la soberanía nacional (artículo 166), a tiempo que es función de la policía la protección de

los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de esta se derivan" y "la conservación del orden público interno" (artículos 1º y 2º, Código Nacional de Policía); porque en razón de la naturaleza de sus funciones, el ejército es institución bélica y la policía, organización civil (artículo 34 Código Nacional de Policía); porque los militares deben obediencia absoluta a sus superiores (artículo 21 Código Nacional), en tanto que la obediencia policial es reflexiva (artículo 47 Código Nacional de Policía); porque los agentes de policía ingresan a la institución por propia voluntad, se convierten en empleados públicos y se pueden retirar cuando así lo decidan, en tanto que los soldados son coactivamente incorporados al servicio militar, no son empleados públicos aunque reciben algún estipendio, y no pueden retirarse voluntariamente mientras no hayan cumplido el período legalmente fijado de alistamiento castrense; porque gobernadores y alcaldes son jefes de policía en sus respectivos niveles departamental y municipal, mientras los militares solo reconocen la jerarquía superior de sus Comandantes; porque Policía y Fuerzas Militares tienen su propio reglamento de régimen disciplinario, aquél normado en el Decreto 1835 de 1979 y éste en el 1776 del mismo año.

Verdad es que la Corte declaró ceñido a la Constitución el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar (sentencia de 20 de septiembre de 1973), en cuanto tal disposición califica de "militares" a los miembros de las fuerzas de policía, pero tal norma ha sido tácitamente derogada como acertadamente lo reconoce el Consejo Superior de la Judicatura (providencias de 26 de enero y 15 de febrero de 1980). En efecto aquella disposición del Código de Justicia Penal Militar forma parte del Decreto 250 de 1958, incorporado luego a la legislación ordinaria en virtud de la ley 141 de 1961; pero con posterioridad a ella se dictaron, entre otros, los Decretos leyes 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía) y 2347 de 1971 (Estatuto Reorgánico de la Policía Nacional), en los que se hace clara separación entre las categorías jurídicas de "militares" y "policías". Veámoslo: El inciso segundo del artículo 34 del Código Nacional de Policía establece que "los cuerpos de policía son civiles por la naturaleza de sus funciones; el Capítulo IX (artículos 86 a 95), del mismo Estatuto reglamenta la forma como las Fuerzas Militares deben apoyo a la Policía; dicha asistencia es reiterada por el artículo 11 del Estatuto Reorgánico precitado, al señalar que "es procedente la asistencia militar cuando la Policía Nacional no esté por sí sola en

capacidad de contener grave desorden o afrontar catástrofe o calamidad pública” y cuando indica que “en caso de empleo simultáneo de Policía y Fuerzas Militares, se procederá de acuerdo con los planes previstos...” (artículo 13).

Cierto es que la asimilación hecha por el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar tiene alcance limitado a los efectos de dicho Código; pero las normas posteriores y particularmente el artículo 34 del Código Nacional de Policía le reconocen a este Cuerpo el carácter de “Civil” sin excepción alguna, es decir, para todos los efectos legales pertinentes, incluido el de la jurisdicción penal al que, evidentemente, se refiere aquella norma del Código de Justicia Penal Militar. Ese carácter que de “civil” tiene la Policía, no sufrió modificación alguna por el Decreto 2347 de 1971 cuando en su artículo 1º la califica de “cuerpo armado de carácter permanente”, por cuanto las dos expresiones no son incompatibles; vale decir, que conforme a tales Estatutos la Policía está considerada en la actualidad como Institución Civil integrada por unidades permanentemente armadas. Y el que esta misma disposición indique que la Policía “hace parte de la fuerza pública” no implica asimilación a las fuerzas militares, porque éstas son una especie de aquélla, como que la fuerza pública comprende, además, a la Policía, al Departamento Administrativo de Seguridad y al Resguardo de Aduanas.

La desafortunada adscripción legal de la Policía Nacional al Ministerio de Defensa es meramente formal, y por lo mismo, no modifica ni podría modificar la sustancial diferencia estructural de una y otra instituciones. Sólo constituye —como lo dijera en frase afortunada el ilustre Magistrado Miguel Lleras Pizarro— “un síntoma más de nuestra débil estructura democrática.

5. Es verdad que el artículo 167 de la Carta Fundamental autoriza a la ley para establecer una Milicia Nacional (que no se ha creado aun) y para organizar el Cuerpo de Policía Nacional y que, por consiguiente, tal institución tiene origen constitucional; pero no es correcto afirmar que la extensión legal de la Justicia Penal Militar a la policía está autorizada por esta norma en cuanto es parte de la organización de dicho cuerpo (Sala Plena, sentencia de 20 de septiembre de 1973, Gaceta Judicial, Tomo CXLIX-CL (2390-91) págs. 195/6; y Sala Penal, marzo 15 de 1973); en efecto, el concepto de organizar es de carácter estrictamente administrativo y apunta al funcionamiento interno de la Institución, a

tiempo que el de jurisdicción penal pertenece a un área distinta del poder público, trasciende el cerrado ámbito de lo meramente organizacional y se refiere a la potestad de impartir justicia punitiva.

Si organizar conforme al Diccionario es “dar a las partes de un cuerpo la disposición conveniente para las funciones a que está destinado”, (como lo recuerda la Corte en la citada providencia del 20 de septiembre de 1973), las normas sobre jurisdicción penal aplicables a los miembros de la policía nada tienen que ver con la organización de dicho Cuerpo como que entre sus funciones no está —ni podría estar— la de cometer delitos.

Las normas ya criticadas que disponen juzgamiento militar para los miembros de la policía no han sido expedidas —ni explícita ni implícitamente— como parte de la organización de dicho Cuerpo, aspecto este regulado en estatutos especiales.

Si como ya se ha demostrado, conforme al artículo 61 de la Carta, el militar no puede ejercer, además y coetáneamente en ningún caso, función jurisdiccional, no tiene sentido lógico el afirmar que por la oscura vía del artículo 167 el propio constituyente hubiese autorizado extender a la policía mediante normatividad meramente legal, la precisa excepción que concretó en el artículo 170. Si su pretensión hubiese sido la de ampliar el fuero militar a la policía por delitos cometidos en servicio activo y en relación con tal servicio, lo habría señalado expresamente en esta última disposición.

6. De las precedentes consideraciones conclúyese que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, militar sobre civiles, sobre policías, o sobre militares por delitos cometidos fuera del servicio activo o sin relación con el mismo en cualquier tiempo (de paz, de guerra o de conmoción interior) es violatoria del expreso y claro contenido de los artículos 61 Tomo 170 de nuestra Constitución Nacional.

7. Reconozco que el criterio expuesto en precedencia se opone a decisiones legalmente tomadas por la Corte en Pleno, particularmente a la que declaró constitucionales los artículos 284 del Código de Justicia Penal Militar y 8º y 9º del Decreto 2347 de 1971 (sentencia del 20 de septiembre de 1973), y que tales decisiones tienen fuerza jurídica vinculante, como ciudadano y como Magistrado he de respetarlas y acatarlas,

pero no puedo renunciar al derecho inalienable de disentir de lo que mi conciencia considera erróneo o injusto.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

Aclaración de voto

El suscrito, tal como lo manifestara en el salvamento de voto presentado en el proceso seguido contra Hernando Hurtado Vargas, por homicidio, y en el cual actuó como ponente el Magistrado Luis Enrique Romero Soto, (mayo 21 de 1980), reitera su criterio en el sentido de advertir que la Jurisdicción Penal Militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de anormalidad, solo puede conocer de procesos seguidos a militares en servicio activo, entendiendo por militares a quienes sirven en el ejército, fuerza aérea y marina. Los artículos 27-2, 61 y 168 de la Constitución Nacional, según su interpretación axiológica, histórica y gramatical, no

dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, ni menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene recalcar que la policía no puede calificarse de entidad militar y, por tanto, está por fuera de la Jurisdicción Penal Castrense (artículos 21, 166 y 167 Constitución Nacional; Código Nacional de Policía, artículos 1, 2, 34, 47, y Decretos 1835 y 1776 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de septiembre de 1973, en la cual se origina la viciosa asimilación de la policía a los organismos estrictamente militares y la no menos perjudicial facultad de permitir a la Justicia Penal Castrense que conozca de procesos seguidos contra los civiles o la policía, ha perdido eficacia por la derogatoria de algunos de los textos sobre los cuales se hizo tal pronunciamiento.

Hasta tanto se produzca este ansiado cambio de doctrina, y a motivarla se encamina esta aclaración, debe acatarse la decisión de la Corte Plena. Por ello se concurre a la adopción de esta providencia.

Gustavo Gómez Velásquez.



AUDIENCIA PUBLICA

Cómo debe celebrarse. La falta de algunas firmas no constituye nulidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 24 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 56, junio 24 de 1980.

Vistos

Conoce la Corte acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Francisco Marino San Juan, contra la sentencia proferida dentro de esta diligencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, al confirmar en todas sus partes la de primera instancia del Juzgado 2º Superior de esa ciudad, lo condenó a la pena principal de 18 años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "como autor responsable del delito de 'homicidio agravado' agotado en la persona de Gustavo Aedo Reyes".

Hechos

Ocurrieron en las horas de la noche correspondiente al 21 de mayo de 1976, en la casa ubicada en la carrera 15 número 13-64 del perímetro urbano de la ciudad de Cali y según el extracto que de las diversas exposiciones del testigo Adán Velasco Hurtado, hecho, por el Juzgado del conocimiento, pueden presentarse, así:

Encontrándose el declarante presenciando un programa de televisión "penetró a su casa de habitación un hombre manifestando que lo iban a matar; que momentos después golpearon la puerta pero que las personas residentes en dicha casa no la abrieron inmediatamente en la creencia de que eran aquellas que perseguían al desconocido, estableciéndose posteriormente que se trataba de Argemiro López y Nelson Ramírez,

residentes en el mismo lugar. Respecto al hecho culminante de la tragedia, cuyas son estas frases: "...El tipo que mató al señor que estaba en el interior entró de sorpresa... y el occiso entró y se aferró a mi cintura, pero el homicida entró y le pegó un tiro en el estómago, y otro que no recuerdo donde..., me hizo la cara para un lado y le pegó el otro balazo en la garganta, saliendo de inmediato en veloz carrera, yo me quedé en el suelo...". Dice que el occiso se encuentra (sic) en su sano juicio, que no portaba arma, que los balazos fueron hechos a quemarropa, que le disparó por tres ocasiones sin haberle manifestado una sola palabra y que se cubrió con su cuerpo aferrándose a su cintura, cayendo juntos al piso, luego de los mortales disparos".

La demanda

Luego de los prólogos de rigor, el censor formula cuatro cargos contra la sentencia impugnada; los tres primeros a la sombra de la causal Cuarta de Casación y, el último, al amparo de la primera, así:

Por la Causal Cuarta:

Primer cargo. La sentencia se dictó "en un proceso viciado de nulidad por quebrantamiento del ordinal 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal denominado 'No celebrarse la audiencia pública en el día y hora señalada'". En la cual incurrió el Tribunal "por violación directa del artículo 563" del mismo Código.

En orden a fundamentarlo, argumenta:

En este caso adelantado conforme al Código de Procedimiento Penal, debían tenerse en cuenta los artículos 1º y 563 de él: que consagra la legalidad del proceso y éste que dispone que "las audiencias en juicios en que interviene el jurado *no podrán interrumpirse por lapsos* mayores de dos días" (subrayado en la demanda).

También de esa diligencia procesal de audiencia pública debe levantarse un acta, de acuerdo con lo establecido por el artículo 159 del mismo estatuto, destacando que aquélla debe ser firmada por todas las personas que han intervenido.

La audiencia se inició el 21 de mayo de 1977, se dice en su encabezamiento que concurrieron a ella, a más de los funcionarios del Despacho, los jurados, el Fiscal, el procesado su defensor y el apoderado de la parte civil y el acta correspondiente a esa primera sesión termina así: "... Concedido el derecho al uso de la palabra por primera vez, al señor defensor, dice: "Únicamente para solicitar al señor Juez con todo acatamiento la posibilidad de suspender la audiencia para nueva fecha que se dignará señalar. En este estado el jurado doctor Humberto Abadía Jaramillo, informa que, debido a su profesión debe ausentarse del país y por tal motivo le es imposible presentarse en el curso de la próxima semana y parte de la siguiente. El señor Juez, teniendo en cuenta la solicitud del señor defensor e, igualmente, la imposibilidad del jurado doctor Abadía Jaramillo de presentarse en fecha cercana por tener que viajar al exterior y que, a partir del 19 de diciembre se inicia la vacancia (sic) judicial, con duración hasta el 11 de enero de 1978, dispone señalar el día martes 17 del mismo mes y año a las nueve (9) a. m. como fecha y hora para continuar el desarrollo de la audiencia en la presente causa, quedando notificado tanto las partes como los miembros del jurado de su asistencia en la fecha y hora señalados". No aparecen firmas ninguna al final de esta primera sesión, violándose así el artículo 159 citado.

Punto aparte sigue así la

"Segunda sesión. "En Cali, en el Salón de Audiencias del segundo piso del Palacio Nacional, siendo las ocho de la mañana de hoy martes 24 de enero de 1978, hora y fecha señaladas para la continuidad del juicio público en la presente causa, se reunió el personal que debe intervenir en ella... se deja constancia que el señor representante de la parte civil, no se hizo presente".

Comenta que el acta correspondiente a la primera sesión no fue firmada por nadie y que la correspondiente a la segunda, no lo fue por representante de la parte civil.

Concluye que el acta es inexistente, puesto que no se cumplió el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal.

También alega que la audiencia no se celebró en el día y hora señalados, por lo cual está de por

meo la nulidad consagrada en el ordinal 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Suspendida la primera sesión, se ordenó continuarla el martes 17 de enero de 1978 a las 9 a. m. ; pero se continuó el martes 24 de enero a las 8 a. m. "sin que dentro de esa acta se hubiese dejado constancia del auto u orden del cambio de hora y fecha".

También se violó el artículo 563 ya que la audiencia se suspendió por más de dos días, lo cual está prohibido por esa norma.

Concluye este cargo con la afirmación de que la sentencia se dictó "en un juicio o causa viciado de nulidad procedimental, con arraigo en los artículos 210 del Código de Procedimiento Penal y 563 del Código de Procedimiento Penal, ya que la audiencia no se celebró (continuó) a la hora y fecha indicada, además de haberse proseguido a los 56 días, cuando la ley no señala sino el término de dos (2) días".

Se responde al cargo:

Consiste aquél en que la sentencia se dictó dentro de un proceso viciado de nulidad, porque la audiencia no se celebró en el día y hora señalados y por la omisión de firmas que precisa:

En cuanto a lo primero, sea considerar:

Por auto de 18 de noviembre de 1977, se señaló la hora de las 8 a. m. del día 29 del mismo mes, para la celebración de la audiencia (fl. 321), providencias que fue notificada a todas las personas que en ella eran llamadas a intervenir, excepto a uno de los jurados suplentes (fls. 321 fte, y vto.).

La audiencia se inició con sujeción a lo dispuesto (fl. 331).

Al finalizar la primera sesión, el defensor planteó al Juez la posibilidad de "suspender la audiencia para nueva fecha que se dignará señalar" y uno de los jurados "informa que debido a su profesión debe ausentarse del país y por tal motivo le es imposible presentarse en el curso de la próxima semana y parte de la siguiente".

Ante lo anterior y teniendo en cuenta la proximidad de las vacaciones judiciales, el Juez "dispone señalar el día martes 17 del mismo mes y año —(enero/78)— a las (9 a. m.) como fecha y hora para continuar el desarrollo de la audiencia en la presente causa, quedando notificados tanto las partes como los miembros del jurado de su asistencia en la fecha y hora señalados".

Pero ocurrió que, según constancia secretarial visible al folio 323, el 17 de enero no se pudo celebrar la audiencia por no haberse presentado oportunamente el defensor del procesado y por

no haber concurrido uno de los jurados que habían asistido a la primera sesión.

En consecuencia no puede afirmarse que la audiencia no se celebró en el día y hora previamente señalados.

Y, en cuanto a que la misma no puede interrumpirse por lapsos mayores de dos días, ha de anotarse:

Tal disposición tiene por objeto evitar la demora en su desarrollo. Pero nadie puede desconocer que mediando fuerza mayor, como lo era, por ejemplo, el que uno de los jurados intervinientes tenía que ausentarse del país por razones de índole profesional, la suspensión pudiera ser mayor de la consagrada por la ley. Además, con esa mayor interrupción, no se violaron los derechos del procesado ni los de la sociedad ni los de ninguna de las partes. Por lo tanto, tal observación no tiene ninguna trascendencia en el campo jurídico.

Finalmente, en cuanto hace referencia a la omisión de algunas firmas, como bien lo anota el Ministerio Público colaborador, representado en esta ocasión por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

“La audiencia pública es una sola, constituye un acto procesal autónomo e inescindible. En el caso en estudio se efectuó en dos sesiones y de lo sucedido se levantaron dos actas, lo cual no riñe con lo prescrito en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal.

“La ausencia de firmas al final del resumen de la primera sesión y de la del apoderado de la parte civil cuando se clausuró el acto, no configuran la causal de nulidad invocada ni conllevan la inexistencia del acto procesal del cual da fe el acta.

“La única firma indispensable es la del Juez quien como director del debate procesal da fe en ella de todo lo que en su presencia sucedió. En el documento referido se dejó “atestación de la asistencia tanto de las personas que suscribieron el acta como de la del apoderado de la parte civil a la primera sesión.

“Además, la irregularidad en que ciertamente se incurrió en la primera parte del acta no alcanza la trascendencia jurídica que se le pretende asignar, máxime si se tiene en cuenta que ella podía afectar en rigor los intereses de la parte civil y no los de la defensa que estuvo siempre atenta al desarrollo del debate”.

Con lo último que se viene de decir, se da también respuesta al tercer cargo, que adelante se enunciará.

Segundo cargo. “La sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad procedimental, con arraigo en lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal ordinal 5º denominado “error relativo al nombre o apellido del ofendido”.

Para demostrarlo, expone:

En el auto de detención, en el de proceder y en el cuestionario cuando se hace referencia al occiso se habla de Gustavo Aedo Reyes; pero ocurre que el verdadero nombre de él era Gustavo Aedo Panche, “el error en que se incurrió por el Juez *a quo*, es haber entendido que Gustavo Aedo era un nombre compuesto y que el apellido era Reyes pero el registro notarial de nacimiento dio el verdadero nombre y apellido”. Entonces “la autopsia se le hizo a un sujeto distinto, a Gustavo Aedo Panche y en el auto de proceder, el verdadero Gustavo Aedo Panche, no fue muerto sino otro sujeto de nombre Gustavo Aedo Reyes”. Luego de verificar unas citas en que aparece como occiso Gustavo Aedo Reyes concluye que se está frente a la nulidad propuesta.

Se responde el cargo:

La sentencia se dictó mediando la nulidad de “haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo... al nombre o apellido... del ofendido”.

Como el mismo casacionista lo anota a lo largo de la sustentación de este cargo, se trata simplemente de una confusión con relación al apellido de la víctima, pero no de un verdadero error acerca de la identidad física de ella. Desde el primer momento en que se consumaron los hechos delictuosos, la víctima fue identificada como Gustavo Aedo Reyes. Así lo identificó, por ejemplo en el momento de la diligencia de levantamiento del cadáver, su madre adoptiva quien expone: “el occiso que tenemos de presente era su hijo adoptivo, respondía al nombre de Gustavo Aedo Reyes...” (fl. 2). Igual identificación puede anotarse en el certificado notarial de defunción, en que aparece como correspondiente al occiso el nombre de “Gustavo A. Reyes”, “hijo de Ferney Aedo Reyes y de Ana Francisca Panche” (fl. 26). En los vistos del auto de detención dictado contra el sindicado Francisco Marino Sanjuán, se dice que éste fue “indagado dentro de las presentes diligencias bajo sindicación de ser el autor del homicidio de Gustavo Aedo Reyes o Gustavo Aedo Panche” (fl. 62). Y todas las piezas procesales, arrancando desde la diligencia de levantamiento del cadáver, hasta la culminación del proceso ponen de presente la

identidad física en la persona de la víctima, en cuanto a que Gustavo Aedo Reyes, es el mismo Gustavo Aedo Panche o Gustavo Aedo Reyes Panche o Panche Reyes alias "La rata".

De manera que no hay ninguna confusión en cuanto a la identidad física de la persona de la víctima, en ninguna de las etapas procesales y, la equivocación en que pudo haberse incurrido la cual por lo demás, es el mismo censor quien se encarga de explicarla satisfactoriamente, no vulneró el derecho de defensa ni los correspondientes a ninguna de las partes.

Por tanto este cargo no prospera.

Tercer cargo. La sentencia "resulta violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, en su modalidad de ausencia de la plenitud de formas propias del juicio o proceso penal".

Para sustentarlo transcribe el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, similar al 26 de la Carta, el 159 del estatuto procesal penal que señala algunos de los requisitos que deben cumplirse en la redacción de las actas y la exigencia de que sean firmadas "por el Juez o funcionario y su secretario y demás personas que intervengan...".

Pero el acta correspondiente a la primera sesión no fue firmada por nadie y en la continuación de la audiencia, no firmó el apoderado de la parte civil; "por lo cual concluye se incurrió en una nulidad ostensible y manifiesta en el proceso como lo es de que, el proceso o juicio debe estar sometido a las formas preestablecidas y darle cumplimiento a esas formalidades". Por tanto, "esos actos o diligencias no tienen existencia jurídica y la viabilidad de aplicación del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, no se hace esperar en ningún momento para cumplir con el contenido del artículo 26 de la Carta Magna".

La respuesta a este cargo se encuentra consignada en la parte final de la contestación que se dio al primero por lo cual no es necesario repetirla de nuevo.

Cargo formulado al amparo de la causal primera: "por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea".

En orden de mostrarlo expone:

"se violó en forma indirecta los artículos 37 y 363 del Código Penal, violación que consiste en error de derecho, por no haberse evaluado en realidad el contenido del acta de nacimiento de

origen notarial de Gustavo Aedo Panche, puesto que, de su contenido la demostración era plena, en cuanto a que, esta persona por su nombre real era totalmente diferente a Gustavo Aedo Reyes, ya que, la atribución como medio real y jurídico para comprobar el nombre del occiso (Decreto 1260 de 1970), el único medio probatorio era el acta de registro civil de nacimiento, de origen notarial" y no las pruebas supletorias, para los nacidos después del mes de julio de 1938, que es el caso que se contempla.

El investigador no tomó ninguna de las medidas que permite el artículo 3º del Decreto 1260 de 1970. Tanto más cuanto que en los autos "ya militaba una declaración que justificaba el nombre exacto y no un nombre compuesto (Gustavo Aedo), como se creyó por el Juez *a quo* y los funcionarios que iniciaron la investigación, los Médicos Legistas y el Notario, cuando registró el acta de defunción de Gustavo Aedo Reyes". Finaliza el cargo manifestando que "el tipo de violación es la falta de apreciación de una prueba (registro civil de nacimiento de Gustavo Aedo Panche y no Gustavo Aedo Reyes), por error de derecho (artículo 261 y 340 del Código de Procedimiento Penal)".

Se responde el cargo:

En realidad este cargo ya quedó contestado en la respuesta que se dio al segundo y que acá se tiene por reproducida.

Con todo, bueno es anotar con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que "el actor incurre en el dislate de proponer una misma situación jurídica al amparo de dos causales de casación. Ya se comentó que no hubo error o duda en la identidad de la víctima del homicidio, ya que ella se probó sin duda alguna en el proceso. Por lo demás, en la hipótesis de que se ignorara la identidad de la persona ofendida con la conducta de Marino Sanjuán, ella no desvirtúa la existencia del delito de homicidio.

"Por último, es obvio que esta pretendida glosa quebranta principios elementales de la técnica propia de este recurso extraordinario.

"En consecuencia, y como ya se anotó, la demanda carece de bases jurídicas tanto por su aspecto sustancial como por el formal".

Por lo tanto este cargo tampoco está llamado a prosperar.

En consecuencia, no habiendo tenido éxito ninguno de los reproches formulados a la demanda, no prospera el recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no CASA la sentencia recurrida, proferida dentro de estas diligencias el día 18 de mayo de 1978, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la Corporación de origen. Cúmplase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Servio Tulio Pinzón Durán, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Imperfección sustancial

No pueden proponerse errores de derecho a la prueba testimonial ni a la prueba pericial, salvo casos excepcionales

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 24 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bothero*.

Aprobado: Acta número 56.

Expediente número 25615

Vistos

Debe la Corte desatar el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 26 de junio de 1979, mediante la cual revocó la absolución proferida por el Juzgado Séptimo Superior de esta capital el 7 de febrero del mismo año a favor del ex Juez Primero Distrital de Aduanas doctor Sixto Rolando Gutiérrez Durán, para condenarlo por los delitos de falsedad y estafa a la pena de tres años de presidio, multa de \$ 10.000.00 moneda corriente, y a las accesorias de rigor.

Hechos

Lo sintetizó el Tribunal en la siguiente forma:

“...Mediante visita practicada por la Contraloría General de la República, al Juzgado Segundo Superior de aduanas, se pudo constatar, que mediante oficios librados falsificando la firma del titular del citado Despacho Judicial a cargo del doctor Alfonso Isaza García, y el empleo de sellos previamente elaborados, en los que se insertaba la parte resolutive de la providen-

cia, dirigidos al Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas, se logró la entrega de mercancías evaluadas aproximadamente en tres millones de pesos, las que habían sido decomisadas bajo la presunción de contrabando...”

La demanda

Luego de hacer un resumen de los hechos debatidos y de reseñar el curso del proceso, ataca el demandante la sentencia del Tribunal aduciendo la causal primera de casación (artículo 580-1 del Código de Procedimiento Penal), cuerpo segundo, ésto es, violación indirecta de la ley sustancial *por haber errado el fallador en la apreciación de algunas pruebas*, desatino que determinó la condenación del procesado Sixto Rolando Gutiérrez Durán.

Al amparo de esta premisa formula dos cargos, a saber:

1. Error de derecho “...al darle al dictamen pericial, al testimonio de la señora Ofelia Rueda de García, a los presuntos indicios de fuga y amistad un valor probatorio que no tienen y negarle al acta de visita de la Procuraduría el valor probatorio que sí tiene, todo contra lo dispuesto en los artículos 215, 229, 230, 231, 236, 261, 265 y 278 del Código de Procedimiento Penal...”

Después de transcribir los apartes del fallo relativos a la estimación que hace el Tribunal de cada una de estas pruebas el actor puntualiza su criterio sobre ellas en estos términos:

“...Lo único que podría ameritar la peritación sería la falsedad material de los oficios citados, no solo en lo relativo a su contexto sino en lo atinente a las firmas con las cuales fueron autorizados y a la máquina en que fueron escritos. Pero, en ninguna parte del experticio apa-

rece quién fue el autor de esa falsedad y menos que tal delito fuera perpetrado por el doctor Sixto Rolando Gutiérrez...”

“...En nada contribuye este testimonio a reforzar el mérito probatorio de aquel dictamen porque como lo dije en mi alegato presentado ante el Juez del conocimiento, la señora de García habla de tres (3) máquinas, dos grandes y una pequeña portátil marca Olivetti, esta última según su decir la que llevaba el Juez Gutiérrez, a su apartamento cuando en el acta de visita ordinaria... se relacionan como elementos de trabajo de ese Despacho entre otras tres (3) máquinas de escribir Olivetti (una dañada) y una máquina de escribir portátil (dañada) o sean cuatro máquinas lo cual contradice desde ya el dicho testimonial de esa señora...”

“...Nadie será tan osado en negar que esta acta hace plena prueba, da fe de lo que el funcionario haya visto u oído a no ser que se pruebe que es falsa en su contenido...”

Respecto de los indicios derivados de su contumacia, amistad y parentesco con los otros procesados, expresa:

“...¿Podrá alguien decir que su renuencia, bien justificada en autos, a ocurrir (sic) ante el Juzgado Séptimo Superior de este Distrito Judicial es demostrativa de responsabilidad en las imputaciones que se le formularon? en parte alguna está contradicha su explicación consignada en la indagatoria rendida en ese mismo Despacho. Muy por el contrario, se allegaron elementos de juicio que justificaban la no presencia del procesado...”

“...Lo mismo puede predicarse en lo relacionado con la amistad y el parentesco con algunos sindicados, situaciones que fueron cabalmente analizadas por mí en el curso procedimental de este negocio...”

2) Aplicación indebida de los artículos 32, 33, 233 y 408 del Código Penal, que sirvieron de fundamento a la condena, pues la responsabilidad del procesado Sixto Rolando Gutiérrez Durán en los delitos de falsedad y estafa no quedó plenamente probada.

Para fundamentar la censura vuelve a criticar el dictamen pericial, la declaración de Ofelia Rueda de García y el acta de visita de la Procuraduría.

El Ministerio Público

Anota serias fallas de técnica a la demanda, así:

En el cargo primero, señala: “...el casacionista considera error de derecho la en su opinión equivocada valoración del testimonio de Ofelia de García y del dictamen pericial que demostró la falsificación, olvidando que de haber incurrido el juzgador de segundo grado en tal equivocación, se habría viciado la sentencia por errores de hecho y no de derecho en la apreciación de la prueba, pues ni el testimonio ni el dictamen pericial tienen un valor de convicción circunscrito terminantemente a la ley ya que el primero está gobernado por las normas sobre crítica (artículo 236 del Código de Procedimiento Penal) y el segundo por la apreciación judicial (artículo 278 del mismo estatuto). Y, lo que considera error de derecho el censor por supuesta falta de apreciación del acta de visita de la Procuraduría, de haber incurrido, constituiría error de hecho...”

Respecto del segundo, advierte: “...el demandante hace una amalgama de los conceptos de violación indirecta y violación directa de la ley sustancial, sin argumentación independiente, como quiera que las premisas de ambas acusaciones son idénticas...”

En definitiva, solicita que no se case la sentencia.

Se considera

Le sobra razón al Ministerio Público cuando comprueba la imperfección sustancial de la demanda, es decir, su ineptitud para comprometer a la Corte a efectuar un estudio de fondo.

En verdad que, por regla general, no pueden alegarse errores de derecho, por falso juicio de convicción, frente al testimonio y al dictamen pericial, ya que por ninguna parte la ley le asigna a estos medios de prueba un determinado valor probatorio. Ese valor lo otorga, en cada caso concreto, el Juez, siguiendo las pautas generales que al efecto indican los preceptos respectivos. Si de testimonio se trata acudiendo a la sana crítica (artículo 236 del Código de Procedimiento Penal); si de pericias, apreciándolas razonadamente (artículo 278 del Código de Procedimiento Penal). Esto denota, sin lugar a dudas, que el legislador abandonó la tarifa probatoria remitiéndose expresamente a los conocimientos del Juez y a su capacidad razonadora, para de tal modo permitir que con estos factores, de suyo extranormativos, haga la valoración de esas dos pruebas. Entonces, si la dicha valoración deviene de factores extraños a la normatividad, porque están sustancialmente fuera de ella, no es posible

que el fallador caiga en violaciones de ley al determinarla.

Sin embargo, podría cometer el juzgador error de derecho, por falsos juicios de convicción, posiblemente los únicos, si llegare a afirmar que al testimonio o al dictamen pericial le otorga o deniega un específico valor aduciendo que la ley se lo atribuye o se lo niega, porque en tales eventos desconoce la neutralidad de las normas reguladoras del alcance probatorio de estos dos elementos de juicio.

En síntesis, ignora el censor que no pueden proponerse errores de derecho a la prueba testimonial ni a la pericial sino en los casos excepcionales arriba indicados, que no son los que precisamente alega.

De otra parte, la no apreciación por el sentenciador del acta de visita de la Procuraduría no es otra cosa que la tacha de pasar por alto una prueba, lo que comporta error manifiesto de hecho y no de derecho como lo pretende el actor.

Finalmente, en el segundo de los cargos, el recurrente incurre en una repetición absurda. Si bien precisa que formula violación indirecta de la ley por aplicación indebida de norma sustancial, al ir a la prueba para criticarla y demostrar su aserto, se remite a los argumentos presentados por él en las instancias y en el primer reproche,

reenvíos que no son pertinentes en la técnica de este recurso extraordinario; además, la última referencia, vendría en este caso a impregnar de ineptitud la censura, pues implica el traslado a ella de los mismos vicios de fondo que se le anotaron a la anterior con la consecuencia inevitable de ser igualmente rechazada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia fechada el 26 de junio de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Servio Tulio Pinzón Durán, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TENTATIVA DE ROBO - ATRACO

Sus diferencias

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., junio 24 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 56.

Vistos

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 25 de mayo de 1979, condenó a Jaime Osorio González y Efraín Argüello Quintero, a la pena principal de 40 meses de presidio como responsables de robo tentado. Contra dicha providencia interpusieron recurso de casación.

Hechos

En la mañana del 19 de diciembre de 1977, Jaime Osorio y Efraín Argüello, fingiéndose empleados de las Empresas de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, penetraron en una residencia de la ciudad so pretexto de efectuar arreglo de tuberías; una vez dentro amordazaron y maniataron a las fámulas que allí se encontraban y a tiempo que uno de ellos las amenazaba, además, con arma de fuego el otro registraba las habitaciones; entre tanto, los vecinos que se percataron del hecho, llamaron a la policía, cuya oportuna intervención permitió la captura de los antisociales dentro del inmueble.

Actuación procesal

Perfeccionada la investigación, los procesados fueron llamados a juicio por delito de robo agravado en la modalidad de tentativa acabada; consentida por aquellos tal determinación, la etapa procesal subsiguiente culminó en sentencia con-

denatoria; apelada ésta, fue confirmada por el Tribunal, aunque con la denominación de tentativa inacabada de robo agravado.

Demanda

El recurrente impugna la sentencia con fundamento en la causal primera, parte inicial, por considerar que es violatoria de la ley sustancial; como único cargo menciona el de que en su providencia el Tribunal violó directamente el artículo 405 del Código Penal por haber aplicado indebidamente los artículos 16, 402 y 404 del mismo estatuto punitivo.

Para demostrar tal cargo asevera que los hechos por los cuales se llamó a juicio y condenó a sus patrocinados configuran delito de atraco (artículo 405 Código Penal) y no tentativa de robo agravado; a tal conclusión llega mediante la afirmación de que los procesados ejecutaron violencia sobre personas para cometer un delito contra la propiedad, finalidad que no alcanzaron a lograr —tal como aparece demostrado en autos— y que ese comportamiento se acomoda plenamente a la figura del atraco, hipótesis en la cual dicha modalidad delictiva específica desplaza a la general de la tentativa de robo: cree, pues, que el atraco es una forma específica de tentativa de robo con aplicación preferencial, tesis que respalda con doctrina nacional; consecuentemente, el Tribunal ha debido condenar a sus poderdantes por delito consumado de atraco (artículo 405 Código Penal) y no por tentativa de robo agravado (artículo 16, 402 y 404 Código Penal) y como no lo hizo así violó directamente aquella norma por el camino de la indebida aplicación de éstas.

Concepto de Procuraduría

Reconoce el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que el artículo 405 del Código Penal, presenta una redacción antitécnica y que suele

refundirse esta figura en la de tentativa de robo; pero aclara que en el atraco "el delincuente recurre por sorpresa a la violencia o intimidación de la víctima poniendo en peligro su vida" y que el legislador de 1973 quiso reprimir este delito como un atentado personal, razón por la cual utilizó la expresión "por ese solo hecho"; advierte que cuando la violencia consiste en maniatar o amordazar a las personas o en colocarlas en imposibilidad de obrar, ya no es posible reconocer atraco sino robo agravado, y concluye que como fue esa la modalidad utilizada por los procesados para apoderarse de bienes ajenos, no consumaron aquel delito sino éste en su forma tentativa por la oportuna intervención de la autoridad. Solicita por lo tanto, rechazar las pretensiones del recurrente.

Considerandos

1º Aunque doctrina y jurisprudencia nacionales suelen considerar el atraco como modalidad específica de tentativa de robo y aunque también fue ese el propósito de Carlos Lozano y Lozano, cuando presentó la fórmula aprobada luego como texto del Código Penal de 1936, es posible señalar diferencias entre una y otra figura, así:

a) En la tentativa de robo, el agente orienta su conducta inequívocamente hacia la consumación de tal forma delictiva; en el atraco, tal como está plasmado en el artículo 405 del Código Penal; el actor puede dirigir su comportamiento hacia "cualquier delito contra la propiedad";

b) La tentativa de robo está constituida por la combinación jurídica de un dispositivo amplificador (artículo 16) y un tipo especial (artículo 402), en tanto que el atraco configura de suyo un tipo especial (artículo 405);

c) El atraco es un tipo especial con ingrediente subjetivo que consiste en el "propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad"; tal ingrediente no aparece plasmado en el tipo que describe el robo;

d) El atraco se consuma cuando el sujeto activo ejecuta violencia sobre una persona (la amenaza de un peligro inminente es una forma de violencia), con el propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad, sin que sea necesario que logre la finalidad proyectada, característica ésta común a todos los tipos con ingrediente subjetivo; es obvio que en la tentativa de robo no hay consumación;

e) Para que haya tentativa de robo es necesario que el agente comience a ejecutar la conducta

descrita en el verbo rector de aquel tipo, es decir, que inicie el proceso de apoderamiento de cosa ajena; el atraco puede consumarse en un estadio precedente, como cuando alguien, con la pretensión de robar un almacén amenaza de muerte al celador del mismo y hasta allí avanza en su iter criminoso;

f) El núcleo rector de la tentativa de robo es el apoderarse de cosa mueble ajena; el del atraco es ejercer violencia sobre una persona;

g) Pese a su ubicación en el código, el bien jurídico inmediatamente afectado con el atraco es el de la autonomía o el de la integridad personal, y solo potencialmente (peligro de lesión, el de la propiedad privada; en la tentativa de robo, en cambio, el bien jurídico vulnerado es primariamente el de la propiedad.

2º Es, desde luego, criticable la figura del atraco desde el punto de vista de la técnica legislativa y en razón de las consecuencias punitivas que se derivan de su reconocimiento frente a la modalidad de la tentativa referida a los demás delitos contra la propiedad y aun concretamente el del robo, como lo puntualizó la Sala en providencia del 29 de abril de 1976. Por fortuna, tales dificultades habrán de cesar al entrar en vigencia el nuevo Código Penal, que suprimió aquel tipo. Sin embargo frente a las tentativas desistida e imposible de robo, el atraco parece tener mejor sentido. En efecto, respecto de la primera, ofrece menos dificultades en punto a penalidad y a descripción típica porque liga causalmente el atentado a la integridad personal con el peligro de lesión a la propiedad privada, relación esta que se rompe en aquella figura. Por lo que respecta a la tentativa imposible de robo, ella le brinda al Juez el arbitrio punitivo de no imponer pena o de fijar una que va desde el mínimo legalmente posible hasta el máximo previsto para el delito consumado; la pena de atraco, en cambio, tiene precisos límites que atemperan aquel extenso arbitrio punitivo y permiten una más lógica dosificación.

3º En el presente caso, los procesados hicieron algo más que violentar a las fámulas (amordazamiento, maniatamiento y amenazas con arma) con el propósito de apoderarse de objetos ajenos que se hallaban en la casa a donde penetraron con engaños; de aceptarse la declaración de una de las domésticas y la de su patrona, alcanzaron a apropiarse de cuantiosas joyas (fls. 59 vto. y 68); los falladores no conerataron, sin embargo, delito consumado por este aspecto en razón de que no le fueron halladas a los procesados tales joyas a pesar de haber sido capturados y requi-

sados en el interior de la casa; pero es que además estaban listos para transportar en un vehículo que supuestamente los esperaba afuera, las cosas que lograron bajar del segundo piso de la edificación, como se desprende de la versión de la otra doméstica (fls. 58 vto.). Fue la intervención de la policía, al penetrar a la casa y capturarlos, lo que impidió que el apoderamiento de aquellos bienes, a los que pretendieron llegar mediante argucias y violencia, pudiera consumarse; y como tal violencia consistió en amordazar, maniatar y amenazar con armas a las criadas, indubitable resulta la adecuación de tal conducta a la forma agravada de robo que puntualizan los numerales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal en relación con el 402 *ibídem*; y como esa fue la adecuación dada a la acción de los procesados por el Tribunal, colígese que no incurrió en la tacha que le endilga el recurrente.

El cargo no prospera.

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.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Pinzón Durán Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PARTE CIVIL

Interés jurídico para recurrir en casación

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., junio 25 de 1980.

Magistrado, ponente: doctor *Servio Tulio Pinzón Durán*.

Aprobado: Acta número 56, de junio 24 de 1980.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el señor representante de la parte civil, contra la sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla absolvió al encausado Miguel González Núñez del delito de robo, investigado en este proceso.

La impugnación se introdujo y fue declarada admisible en auto de 5 de febrero del corriente año. Posteriormente, el 15 de abril, la demanda se declaró ajustada a las formalidades indicadas en el artículo 578 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

A primeras horas del día 17 de marzo de 1978, varios sujetos, mediante escalamiento de muro y fractura de pared, se apoderaron de mercancías del almacén Electro Redes Ltda., de propiedad del señor Nicolás Peralta Franco, situado dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla y distinguido con el número 41-43 de la calle 38.

Algunos de los objetos, materia del ilícito, fueron hallados por agentes de la policía en la casa que habitaba Miguel González Núñez, y otros en el pasillo del edificio "Caldas", en donde

González Núñez, prestaba sus servicios como celador y en el cual está ubicado el almacén afectado por el robo.

Actuación procesal

El proceso fue iniciado por el Juzgado 3º de Instrucción Criminal de Barranquilla, con base en la denuncia formulada por Nicolás Peralta Franco, y en el curso de él rindió declaración indagatoria el sindicado Miguel González Núñez, cuya situación jurídica fue resuelta por medio de auto de detención, de fecha 7 de abril de 1978. También fueron vinculados por la vía del emplazamiento y declaratoria de reos ausentes Pedro González Núñez y Arnulfo Villanueva.

El Juzgado 6º Penal del Circuito de aquella ciudad calificó el mérito del sumario, el 3 de octubre de 1978, con un sobreseimiento temporal respecto de los sindicados, el cual, recurrido en apelación, fue revocado en lo atinente a Miguel González Núñez, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Esa Corporación abrió causa criminal contra el citado González Núñez "como partícipe del delito de robo", en providencia de diciembre 18 del mismo año.

El 29 de mayo de 1979 se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública, y el 19 de junio siguiente el Juzgado del conocimiento profirió sentencia, en virtud de la cual condenó a Miguel González Núñez, a la pena principal de dos años y tres meses de prisión.

Consultado ese fallo, el Tribunal Superior de Barranquilla lo revocó y, en su lugar, absolvió al procesado González Núñez, en sentencia de noviembre 14 de 1979, que es la impugnada en virtud del recurso de casación.

La demanda

Se acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial a causa de error de derecho

en que incurrió el fallador, "por apreciación errónea del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con los artículos 230 y 231 de la misma obra". Afirma el demandante que Miguel González Núñez, cometió el delito de robo, previsto en el artículo 402 del Código Penal sustituido por el artículo 8º de la Ley 21 de 1973.

Para demostrar el cargo, el censor acude a los elementos de prueba que tuvo en cuenta el Tribunal para proferir la absolución impugnada, pero dándoles una interpretación diferente, a través de la cual llega a la conclusión de que existe plena prueba para condenar al enjuiciado Miguel González Núñez, por el delito de robo.

Los siguientes son los argumentos en los cuales hace descansar el peso de la impugnación:

"... En concepto de la parte civil, el enjuiciado González Núñez infringió la norma que configura el robo y el sentenciador incurrió en error de derecho al apreciar erróneamente las normas anotadas sobre el valor probatorio de los indicios aquí reunidos que ciertamente configuran la plena prueba requerida para proferir sentencia condenatoria.

"Sucedió en el caso que nos ocupa que el sentenciador consideró y valoró los indicios separadamente, como si ellos no tuvieran ninguna correspondencia y relación entre sí.

"El indicio por definición es un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho, tenemos que el hecho de aparecer parte de los objetos robados en la casa de González Núñez y otra parte en el sitio donde prestaba sus servicios como celador, donde nadie más que él podía estar por razón de su trabajo, al mismo sitio por donde rompió el muro que da acceso al almacén Electro Redes Ltda. y abrió un hueco por donde se sustrajeron los bienes, hay plena prueba de su responsabilidad, por constituir indicio necesario. Claro es que si estos hechos se toman aisladamente, como si no tuvieran ninguna relación entre sí, no habría prueba suficiente siquiera para dictar auto de detención, en menor grado para condenar".

Transcribe más adelante el texto del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, y, aplicándolo al caso *sub judice*, dice que Miguel González "por ser celador del Edificio Caldas, era la única persona que tenía acceso al muro que violentó para abrir el hueco por donde sustrajo la mercancía robada al Almacén Electro Redes Ltda.", y que "en su poder, en el mismo sitio donde el enjuiciado estaba prestando sus servi-

cios como celador, la policía decomisó una parte de la mercancía robada".

Anota que es tal la correspondencia y relación entre estos dos hechos que sin haber existido el uno, el otro tampoco hubiera existido. Y agrega que "otra parte de la mercancía robada fue decomisada por el F 2 en la casa del enjuiciado Miguel González Núñez", hecho éste que también tiene correspondencia y relación directa e incontrovertible con los dos primeros.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Antes de dar respuesta a los cargos formulados por el demandante, plantea la falta de interés jurídico de la parte civil para recurrir en casación contra la sentencia absolutoria, cuando ésta se ha basado en motivo diverso a los señalados en el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, ya que, en tal caso, no precluye para la parte civil la posibilidad de acudir a las autoridades civiles para intentar el pago de los perjuicios ocasionados con el delito, lo cual es predicable cuando la absolución se ha edificado en la falta de prueba de la responsabilidad.

Dando contestación a la demanda, el representante del Ministerio Público argumenta de este modo:

"En estricto sentido la demanda de casación adolece de falla de carácter técnico en razón a que se le atribuye la calidad de indicio necesario a dos hechos diversos que independientemente considerados pueden tener cada uno de ellos la calidad de indicios graves. En efecto, el recurrente reúne dos hechos en uno solo para destacar el poder de convicción que ellos tienen, al afirmar que la circunstancia de que la mercancía robada haya sido encontrada en dos lugares distintos ambos bajo el amparo de la protección del procesado, constituye indicio necesario de responsabilidad y que al desconocer la regla de valoración probatoria del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, que atribuye a tal clase de indicio el valor de plena prueba, se incurrió en error de derecho que condujo a la falta de aplicación de las normas sustanciales que definen y sancionan el delito de robo.

"Realmente el planteamiento del demandante no es descartable, a pesar de que aplicando un criterio de rigurosa exégesis, pueda llegarse a la conclusión de que cada hecho independientemente considerado es un indicio. No obstante, el hecho indebidamente probado dentro del presente proceso es que al procesado le fueron encontradas las mercancías robadas, parte en su casa de

habitación y parte en el sitio en donde trabajaba como celador, hechos estos que realmente tienen absoluto poder de convicción sobre la responsabilidad del agente. Además, es tal la correspondencia y relación entre los hechos indicadores que de ellos no puede menos que deducirse la participación del procesado Miguel González Núñez, en el ilícito de que se ha dado cuenta.

“Pero ocurre, además, que aun cuando no lo haya dicho el recurrente quizás porque ante la presencia de indicio que a su juicio es necesario lo demás sería superfluo, en el proceso obra una serie de indicios que refuerzan la prueba de responsabilidad. En efecto, el procesado confesó ante las autoridades de policía la participación en el delito en el cual había sido sorprendido en estado de flagrancia (véase declaración del folio 39), y fue precisamente por esta confesión que los agentes de la autoridad pudieron saber que la mercancía se hallaba en la casa de habitación del procesado y por ello que pudieron recuperarla. Además, el robo fue cometido con escalamiento y con ventosa, si esto es así resulta obvio que el procesado tuvo participación en el delito investigado, pues la fractura de pared ocurrió justamente en el edificio que precisamente estaba encargado de cuidar, a pesar de que diga que en tal fecha no estaba de turno. De otra parte la versión dada por el procesado en su indagatoria resulta extravagante e increíble, pues nadie saca mercancías de un almacén para entregarlas a desconocidos, en las horas de la madrugada y menos aun en día festivo y tampoco saca las mercancías utilizando fractura y escalamiento del sitio aledaño al que le correspondía vigilar”.

De ahí deduce que los plurales indicios anotados hacen plena prueba de la responsabilidad y que, por lo tanto, la sentencia absolutoria deba ser casada, para proferir en su lugar la sentencia de condena contra Miguel González Núñez, por el delito de robo, que motivó su enjuiciamiento.

En esta conclusión coincide con el recurrente, aclarando que la discrepancia con ésta “podría estar en que para esta Delegada el error es de hecho, mientras que para el demandante el error fue de derecho”.

Consideraciones de la Corte

Debe la Corte referirse en primer término a la falta de derecho de la parte civil para impugnar en este caso la sentencia absolutoria, por el camino del recurso extraordinario de casación.

El interés jurídico de la parte civil está marcadamente dirigido a obtener la indemnización

de los daños y perjuicios causados con el delito. Por lo tanto, para que la parte civil pueda recurrir en casación, es indispensable que la sentencia contenga un desconocimiento o una disminución de ese derecho, siendo entendido que la titularidad, para impugnar por esta vía la sentencia del Tribunal, no es solamente genérica, en cuanto lo autoriza la ley, sino que debe ser también específica, en cuanto, por virtud del perjuicio recibido con ella, surge el interés directo en combatirla.

Sabido es que el delito puede originar acción civil, la cual puede ejercerse dentro del proceso penal por la persona perjudicada o por sus herederos, mediante la constitución de parte civil. Cuando esto ocurre, la parte civil necesariamente está interesada en la sentencia que finalice el proceso, ya que de ella depende que en ese proceso, dentro del cual ha venido interviniendo, se le indemnice de los perjuicios causados con la infracción, pues, por lo demás, el esclarecimiento de éstos es uno de los objetivos de la investigación, según así lo indican los artículos 319 y 334 del Código de Procedimiento Penal.

Por ende, a pesar de que a la persona perjudicada con el delito o a sus herederos les quedara abierta la puerta para demandar la indemnización por la vía civil, es innegable que la ley les otorga el derecho de hacerlo dentro del proceso penal, donde la gratuidad y mayor rapidez en el desenlace de la pretensión puede significarles menos costas y una superior eficacia. Por lo mismo, si en el proceso penal se toman por los jueces decisiones que le son adversas a la parte civil, tendrá interés jurídico para hacer uso de los recursos legales, ordinarios y extraordinarios, para impugnarlas.

“Los recursos son remedios jurídicos para lograr la eliminación del agravio inferido por la decisión de un Juez. Como remedios jurídicos constituyen derechos procesales atribuidos a las partes, cuyo ejercicio tiende a remover un pronunciamiento judicial que lesiona sus intereses particulares, provocando una nueva resolución del mismo, o de un Juez superior...” (Fabio Calderón Botero: Casación y Revisión en Materia Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1973, pág. 133).

No sobra recordar que, con arreglo a lo que disponía el anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), la parte civil no tenía capacidad para recurrir en casación cuando el procesado había sido absuelto in integrum, ya que el artículo 559 de aquel Estatuto tan sólo la facultaba o para hacerlo contra las sentencias condenatorias en lo referente a la indemnización de

perjuicios cuando la cuantía era o excedía de tres mil pesos. En tal sentido se recuerda la providencia de la Corte, de fecha diez de abril de mil novecientos cincuenta y nueve (Gaceta Judicial, Tomo XC número 2210 pág. 381).

El Decreto 528 de 1964, otorgó ese derecho de impugnación a la parte civil contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores en causas cuyo conocimiento había correspondido a los Jueces Superiores, o a los Jueces Municipales, cuando el delito tenía señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo era o excedía de cinco años, o cuando se trataba de sentencia proferida en única instancia por el Tribunal, sin distinguir en ningún caso si la sentencia era condenatoria o absolutoria.

Y el artículo 570 del Decreto 409 de 1971 (actual Código de Procedimiento Penal), al referirse a los titulares del recurso de casación, dice que puede ser interpuesto por el agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la parte civil. Las sentencias impugnables son las de segunda instancia, dictadas por los Tribunales Superiores, por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, según el artículo 569 *ibidem*. No se distingue que sea condenatoria o absolutoria, pero cuando es condenatoria y el recurso versa sobre la indemnización de perjuicios decretados en ella, sólo procederá si la cuantía es o excede de cincuenta mil pesos (artículo 572). Esta cuantía fue elevada a ciento cincuenta mil pesos por el artículo 3º de la Ley 22 de 1977.

De ello resulta que, a diferencia de lo que acontecía en la Ley 94 de 1938, el Estatuto que rige en la actualidad (Decreto 409 de 1971), concede a la parte civil el derecho impugnativo, por la vía de la casación, cuando la sentencia es absolutoria.

Este ha sido el criterio de la Corte, como puede verse en providencia del 17 de noviembre de 1966 (Gaceta Judicial, Tomo CXVIII Bis número 2283 Bis, págs. 81 y ss.) y del 8 de agosto de 1967 (Derecho Colombiano Tomo XIV). También, para no citar sino algunas, en la que lleva fecha de 13 de febrero de 1975 (Gaceta Judicial, Tomo CLI número 2392, pág. 38), dijo al respecto:

“... En efecto, la naturaleza de la intervención de esta en el proceso penal está claramente señalada por el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal según el cual la acción civil, en el proceso penal tiene como objeto el resarci-

miento del daño causado por la infracción de la ley penal.

“Este objetivo señala, al mismo tiempo, los límites dentro de los cuales puede moverse dicha parte de sus diversas actuaciones dentro del proceso, entre otras, en el ejercicio de la facultad de impugnación de las decisiones que en él se tomen.

“Es así como si bien tiene derecho de interponer el recurso de casación, solo puede hacerlo cuando persiga finalidades que se relacionen con la indemnización de perjuicios, siendo ajena a sus facultades la persecución de otros objetivos como los relacionados con la especie del delito, la naturaleza y calidad de la pena, la personalidad del procesado, etc.

“Dentro de estas ideas deben ser interpretados los artículos 570 y 572 del Código de Procedimiento Penal, particularmente el primero de ellos que, aun cuando enumere a la parte civil entre los titulares del recurso de casación sin hacer advertencia o salvedad alguna al respecto, no le está concediendo la plenitud de la facultad de impugnar sino solo una limitada a los fines expuestos.

“De ahí por qué solo puede recurrir en casación si se ha dictado sentencia absolutoria en favor del procesado, o si, como ocurre en el caso de autos, habiéndose sancionado por el ilícito que se juzga, no se le ha condenado, también, al pago de perjuicio, o si, condenado a tal pago no lo ha sido en la cuantía que la parte civil pretende, caso en el cual debe tenerse en cuenta que solo es admisible el recurso si se da el interés para recurrir, o sea cuando la diferencia entre lo pedido por la parte como indemnización y lo fijado por el Juez, es o excede de cincuenta mil pesos (artículo 572 Código de Procedimiento Penal), o, en fin, si se ha violado directa o indirectamente la ley penal y tal quebranto afecta, de modo inmediato, los intereses privados de la parte civil...”

Sentadas estas premisas, en virtud de las cuales es procedente el recurso de casación de que aquí se trata, pasa la Sala a ocuparse del cargo formulado por el impugnador, quien se ampara en el cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto por vía indirecta el fallador incurrió en violación de la ley, por error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ya se ha visto cómo demandante y Ministerio Público, aunque concuerdan en que la sentencia debe ser casada llegan por caminos diferentes a esa conclusión. Se identifican en que el senten-

ciador erró en la apreciación de la prueba y produjo el fallo absolutorio, afectado por esa equivocación, pero, mientras que para el primero el error fue de derecho, para el segundo el error fue de hecho.

Acercas de tema y de distinción tan importantes, copiosa ha sido la jurisprudencia de la Corte. Así, por ejemplo, en fallo de 1º de septiembre de 1977, dijo lo que a continuación se transcribe:

Error de hecho

Tres son las formas posibles del error de hecho:

“1º El sentenciador ignora la existencia de una prueba que, si la hubiese valorado, habría definido al proceso en sentido diferente.

“2º El sentenciador presume la existencia de una prueba de naturaleza preponderantemente conclusiva.

“3º El sentenciador distorsiona o falsea el sentido de la prueba en que funda su juicio de forma que su interpretación por él vale lo mismo que haberla supuesto o suprimido.

Error de derecho

“Son dos las versiones del error de derecho en en la apreciación de las pruebas:

“1º El sentenciador admite y le concede valor probatorio a un hecho aducido al proceso, irregularmente, con omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción.

“2º El sentenciador valora un hecho probatorio y le otorga mérito superior o inferior al que le fija el legislador.

“En ambos casos la incidencia del error en las conclusiones de la sentencia debe mostrarse con fuerza inobjetable.

“De lo dicho se tiene que el error de hecho manifiesto y el error de derecho obedecen a presupuestos distintos que no deben predicarse al tiempo, respecto de unos mismos hechos. El error de hecho manifiesto recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona. El error de derecho, en cambio, recae directamente con la norma que regula la forma de su aducción al proceso, o le fija su mérito legal de convicción.

“En su primera hipótesis, el error de derecho consiste en que el sentenciador aprecia un hecho real del proceso al que el legislador niega todo valor por haber sido aportado a él sin la observancia de sus requisitos procedimentales.

“En la segunda, el sentenciador otorga a un hecho real del proceso, bien aducido a él, un valor diferente del que le ha sido precisado legalmente.

“Por sus especiales características —el error de hecho manifiesto y el error de derecho— deben ser alegados separadamente, en capítulos especiales, pues los dos surgen como resultado de premisas distintas, mutuamente excluyentes...”

El libelista hace provenir el error de derecho en que el sentenciador “consideró y valoró los indicios separadamente, como si ellos no tuvieran ninguna correspondencia y relación entre sí”, yendo, por contera, a apreciar erróneamente el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 230 y 231 de la misma obra.

Un examen de la realidad procesal permite afirmar que se han establecido los siguientes hechos:

1. Que Miguel González Núñez, se desempeñaba como celador del edificio Caldas, en el cual está situado el almacén Electro Redes Ltda. Así lo afirman el denunciante Nicolás Peralta Franco y su compañero de trabajo Adolfo Silvera de la Hoz y lo admite el propio sindicado.

2. Que Adolfo Silvera de la Hoz, celador nocturno del mismo edificio, no fue a trabajar durante la noche del 16 al 17 de marzo de 1978, y que era costumbre que en sus ausencias lo reemplazara el celador diurno, que lo era Miguel González Núñez, y viceversa. De ese modo declara Silvera de la Hoz.

3. Que el celador Miguel González Núñez estuvo presente en el lugar de los hechos, en los precisos momentos en que éstos tuvieron ocurrencia. Se infiere de lo declarado por el agente de la policía José Pájaro Ramos y por el enjuiciado González.

4. Que, cuando el agente José Pájaro Ramos acudió al escenario de los sucesos e inquirió al celador González acerca de lo que se estaba cargando en una camioneta aparcada al frente del edificio Caldas, no supo dar una explicación concreta. Lo asevera el declarante citado.

5. Que, habiendo entrado el agente José Pájaro Ramos al edificio, asistido de otros policiales de la patrulla número 28, según éste lo testimonia, encontraron varias cajas grandes cerca de la puerta, las cuales, de acuerdo con lo que se acreditó posteriormente, contenían parte de las mercancías materia del delito.

6. Que Miguel González Núñez, una vez capturado, aceptó ante las autoridades de policía su

participación en el delito, pues manifestó "que él en compañía de un hermano suyo de nombre Pedro González Núñez, había hecho un hueco en la pared del edificio Caldas que comunica con el almacén de artefactos eléctricos Electro Redes Ltda. y que había sido capturado con una parte y que la otra la tenía en su residencia situada en la calle, más o menos 45 B o 45 C del número de la casa es 3-40, donde reside la señora madre del sujeto". Son palabras textuales del agente de la policía Edilberto Enrique Tapias Zapata.

7. Que, habiéndose trasladado a la dirección indicada por Miguel González Núñez, lugar de residencia de éste, los agentes de la policía hallaron dentro de la casa otras cajas, contentivas también de mercancías sustraídas al almacén. Lo afirma el mismo agente Tapias Zapata.

8. Que el delito fue cometido con escalamiento y ventosa, según así lo indican el denunciante y la diligencia de inspección judicial que se practicó en el lugar del robo.

9. Que el sindicado Miguel González Núñez, en versión dada en su indagatoria, al contestar que sabía el motivo de esa diligencia manifestó:

"... Porque unos señores que dijeron que ser agentes vendedores del señor Nicolás Peralta, se llevaron una mercancía, el sábado antepasado, me encontraba yo como de costumbre prestando yo mis servicios como celador en el edificio "Caldas", como a las 3 de la tarde aproximadamente, llegaron dos señores altos, de color bastante, con corbata, con maletines debajo del brazo, yo me levanté y les pregunté que qué deseaban, a quién buscaban, y le dijeron que ellos eran agentes vendedores del señor Nicolás Peralta, en vista de ello, yo me quedé tranquilo. Como a los diez minutos, se me acercó el más alto, y me dijo que si yo no podía recomendarle un muchacho para que les ayudara a cargar una mercancía en las primeras horas del día siguiente, o sea, el domingo antepasado, yo le dije que yo no conocía a nadie de confianza así. Pero que si ellos querían, yo me podía ganar esa maraña. Entonces me dijeron que magnífico que estaba bien. Y que me iban a pagar ciento cincuenta pesos. Entonces, me dijeron que les diera la dirección de mi casa, para ir a recogerme a las primeras horas del día siguiente, y yo se la dí. El domingo como a las cinco y veinte de la mañana, o sea el domingo antepasado, se presentó una volqueta, con tres señores y el chofer o sean los dos vendedores, un señor moreno bajito, y el chofer que no logré identificarlo. Entonces, me dijeron que me montara en la camioneta, pero se quedó el señor bajo. Según los dos vendedores, él tenía que apurar la

reparación de un camión que tenían dañado por ahí cerca. La camioneta arrancó con los dos vendedores, el chofer y yo, yo iba en la parte trasera de la camioneta, llegamos al edificio "Caldas", a eso de las seis menos veinte, o seis menos cuarto algo así, cuando llegué me dí cuenta que cerca de la puerta del edificio, habían unas cajas, entonces, el carro parqueó, la camioneta parqueó y los señores me dijeron que empezara a cargar las cajas. Como a los diez minutos de estar cargando, se presentó un Agente de la Policía, y me dijo que qué significaba aquello, yo le dije hablara a los señores que estaban en la cabina de la camioneta, cuando el Agente se disponía a hablar con los señores, la camioneta arrancaba. Y quedé yo ahí, a los diez minutos llegó una patrulla de la Policía y me condujeron al F 2. Allá no me quisieron tomar declaración alguna. Me decían que me soltaban cuando capturaran a los dos Agentes, del F 2 me trasladaron a la Cárcel Municipal. Allí supe por medio de mi mamá Stela Núñez de González, que los Agentes volvieron nuevamente a la casa, y que bajaron las cajas en la puerta de mi casa, dejando vigilando las cajas, para embarcarlas luego en el camión que había de llevarlos a Montería. Mi mamá me cuenta que como a los 20 minutos, el señor moreno desapareció y que ella en vista que esas cajas estaban en la puerta, y que alguien podía llevarse alguna caja, las metió en la casa. Según me dijo ella en la Cárcel, a los 20 minutos, llegaron dos Agentes del F 2, y se llevaron las cajas.

Todos estos hechos deben examinarse a la luz del derecho probatorio para determinar si alcanzan a la categoría de indicios y si constituyen plena prueba de la responsabilidad, para poder condenar.

"Se entiende por indicio —dice el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal— un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho".

Nadie discute actualmente la importancia de la prueba indiciaria, hasta el punto de que investigadores y jueces, en el derecho probatorio contemporáneo, prefieren basar su juicio en indicios y no en el testimonio, en virtud de que el testigo puede mentir y, en cambio, la circunstancias no mienten. La técnica probatoria moderna, recogiendo enseñanzas de sabios juristas del pasado, se encamina a reducir a indicios los distintos medios probatorios, como que por el camino de éstos se espera más fácilmente llegar a la verdad.

Tanto mayor es la fuerza del indicio cuanto más cierta es la relación entre el hecho que se

conoce y aquel que es desconocido. Y será necesario "cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que habiendo existido el uno no puede menos que haber existido el otro". (artículo 231 del Código de Procedimiento Penal).

Aunque varias son las clasificaciones que se han ensayado de los indicios, una de las más aceptadas ha sido la de Pietro Ellero, quien los ubica en tres grupos atendiendo a su "papel inculpativo". El primero corresponde a las condiciones morales y físicas que han hecho posible el delito por parte del sindicado. El segundo, a los rastros materiales dejados por el delito. Y el último, a las manifestaciones del culpable y de terceros, antes o después de ejecutado el delito.

Doctrina y jurisprudencia han tenido siempre dificultad para hacer una clasificación de los indicios, dificultad que se explica en la multiplicidad de circunstancias que inciden y varían de un hecho a otro o de una persona a otra, y en que, por excepción, el indicio prueba directamente la responsabilidad, ya que lo corriente es que propenda tan sólo a demostrar un hecho en relación con otro, que puede ser de naturaleza bien diversa.

En contra, pues, del sindicado Miguel González Núñez, se tienen los siguientes indicios:

a) El de la oportunidad para delinquir, dadas las condiciones especialísimas en que se encontraba, por sus relaciones con las personas y las cosas, en virtud de que era el celador del edificio y tal carácter le permitía el acceso a él y al lugar donde se produjo la ruptura de la pared, moverse y desplazarse por allí sin ser notado lo cual le deparaba suma facilidad para la perpetración del robo;

b) El de tenencia de la cosa robada, de especial significación y gravedad en este caso, ya que no sólo en el edificio que vigilaba fue encontrada, bajo su disposición, parte de la mercancía sustraída, sino también en su propia residencia fue hallada otra parte de ella;

c) La aceptación que hizo ante los policiales de haber participado en el robo es un claro y vehemente indicio que lo compromete, ya que esas manifestaciones subsiguientes al delito envuelven una explícita confesión extrajudicial;

d) El indicio de la mala justificación, acertadamente destacado por el Ministerio Público, si se tiene en cuenta que "la versión dada por el procesado en su indagatoria resulta extravagante e increíble, pues nadie saca mercancías de un almacén para entregarlas a desconocidos en las

horas de la madrugada y menos aun en día festivo y tampoco saca las mercancías utilizando fractura y escalamiento del sitio aledaño al que le corresponde vigilar". Tan inaceptable explicación del acusado revela que ha pretendido acudir a la invención, a la mentira y el engaño para desviar o eludir la acción de la justicia.

Una rápida observación de estos indicios es suficiente para apreciar que si en verdad de ninguno hay tal correspondencia que, habiendo existido, no pudo menos que haber existido el otro, para poder tomarlo como necesario de la participación de González Núñez, no es menos cierto que "en la valoración de la prueba indiciaria —como ha dicho la Corte—, el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que éstos ofrecen para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demostrar" (cas. sep. 27 de 1965, *Gaceta Judicial*, CXIII y CXIV números 2278 y 2279 pág. 332).

En otras palabras, varios indicios acumulados pueden constituir plena prueba, como que la ley y la doctrina reconocen a la pluralidad de pruebas incompletas el valor que tienen para formar la convicción.

La gravedad, precisión y concordancia de los indicios que han quedado puntualizados son ostensibles. Todos ellos entrelazados adquieren tal fuerza de convicción que, sumados, no dejan duda de que Miguel González Núñez, participó en el robo del almacén Electro Redes Ltda., y que, por tanto, demuestran a plenitud su responsabilidad.

Quebrantando los principios lógicos del raciocinio, llegó el sentenciador a conclusiones reñidas con la realidad probatoria del proceso.

Omitió tener en cuenta los numerosos y graves indicios que, valorándolos correctamente, constituyen plena prueba de la responsabilidad del procesado. Y ese error fue evidente. Fue de derecho, como lo sostiene el actor, y por esa vía debe ser casada la sentencia, ya que el cargo apunta a un falso juicio de convicción del fallador, al negarle el valor que la ley le asigna a los indicios, cuando éstos, siendo varios hacen plena prueba, porque los hechos que los constituyen están plenamente probados y su coexistencia no es posible sin la del hecho indicado (artículo 218 del Código de Procedimiento Penal).

El sindicado Miguel González Núñez, fue llamado a juicio "como participe del delito de ro-

bo". Esa participación fue principalísima, ya que entre ella y el resultado existió tal relación de causalidad, que sin la primera el segundo no se hubiera producido. De ahí puede sostenerse que la conducta de González Núñez, es la de un coautor del robo, en cuanto contribuyó a la realización del hecho típico, a través de una distribución de trabajo con los otros sujetos, a cuya intervención se refirió el agente de la policía José Pájaro Ramos.

De acuerdo con el auto de proceder, Miguel González Núñez, quien será condenado, merece la pena fijada para el delito de robo en el artículo 8º de la Ley 21 de 1973, modificatorio del artículo 402 del Código Penal.

Si se tiene en cuenta que es persona sin antecedentes penales y de buena conducta, pero que obró dentro de especiales circunstancias que dificultaron la defensa del perjudicado y con la complicidad de otros previamente concertada (números 6º y 9º del artículo 37 del Código Penal), al mínimo de dos años de prisión será elevado en seis meses, y en otros seis meses más, por ser la cuantía de lo robado superior a diez mil pesos (artículos 399 y 403 del Código Penal), para un total de tres años de prisión. Se le aplicarán las sanciones accesorias correspondientes (artículos 58 del Código Penal y 12 de la Ley 16 de 1969), y se le condenará *in genere* a la indemnización de todos los perjuicios causados con el delito.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

I. CASAR LA SENTENCIA absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla respecto del enjuiciado Miguel González Núñez.

II. *Condenar* al citado Miguel González Núñez, a la pena principal de tres años de prisión, por el delito de robo y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, por igual término, y publicación especial de la sentencia. También, en abstracto, a la indemnización de todos los perjuicios causados. No tiene derecho a la condena condicional ni al perdón judicial. Impórtanse las órdenes pertinentes de captura.

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

Pedro Elías Serrano Abadía, Servio Tulio Pinzón Durán, Fabio Calderón Botero, Alfonso Reyes Echandía, Dante L. Fiorillo Porras, Luis Enrique Romero Soto, Alvaro Luna Gómez, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollós
Secretario.

CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO

APLICACION DEL ARTICULO 163 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Cuando se alega en el proceso inexistencia del delito por ausencia de antijuridicidad o culpabilidad, tal cuestión no puede ser resuelta mediante la providencia a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 1º de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 55, de junio 19 de 1980.

Vistos

El apoderado del Gobernador del Departamento de la Guajira doctor Rafael Iguarán Mendoza, solicita cesación de procedimiento para este funcionario por los hechos que le han sido imputados en el sumario que se le inició.

Hechos

El abogado Alfonso Martínez Illidge formuló denuncia penal contra el Gobernador Iguarán Mendoza, por supuestos delitos de abuso de autoridad y prevaricato en que habría incurrido este funcionario durante la tramitación de un proceso adelantado contra la tripulación de una motonave aprehendida en aguas territoriales, por violación del Decreto 2144 de 1978.

Resultandos

1. Las imputaciones que el denunciante hace al Gobernador son las siguientes:

a) En la Resolución 041 del 12 de febrero de 1979, mediante la cual no repuso la 019 del 25 de enero del mismo año, tildó a los procesados de "sujetos aventureros", calificativo éste "irrespetuoso y ultrajante";

b) Omitió cumplir con el deber legal de devolver a los procesados los pasaportes que le fueron decomisados, y al contrario, los retuvo pese a peticiones de entrega;

c) Las precitadas resoluciones 019 y 041 dictadas por él, son contrarias a la ley porque no se observó el debido proceso, se dieron por demostrados cargos sobre los cuales no fueron ídos los procesados y especialmente el maquinista de la nave Faustino Octavio Venner y se le impusieron sanciones que no merecían; y

d) El Gobernador fundamentó su resolución 019 en norma que había sido declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia (el numeral 5º del ordinal d) del artículo 1º del Decreto 2144 de 1978).

2. Al sumario se allegó en fotocopias autenticadas el proceso contravencional adelantado por el sindicato y al cual se refiere el denunciante (fls. 135/298).

3. En diligencia de indagatoria el Gobernador niega haber injuriado a los procesados, declara que delegó la instrucción del expediente en su Secretario de Gobierno, advierte que las resoluciones se basaron en hechos comprobados, que impuso las sanciones legalmente autorizadas para tales eventos, que al dictarlas desconocía la sentencia de la Corte que declaró la inexecutable de algunas disposiciones del Decreto 2144 de 1978, y que, en todo caso, actuó de buena fe y según su leal conocimiento del derecho (fls. 299 a 311).

4. Está legalmente demostrada la calidad de Gobernador del Departamento de la Guajira que ostentaba el procesado durante el período de los

hechos, así como su nombramiento y posesión (fls. 76/82).

5. El señor apoderado del Gobernador Iguarán Mendoza, considera pertinente disponer cesación de procedimiento porque el calificativo que de aventureros se hizo en la mentada resolución a los procesados no es injurioso; porque no fue su poderdante quien retuvo los pasaportes de los procesados; porque las supuestas irregularidades en la investigación no le son atribuibles ya que él comisionó para instruirlos a su Secretario de Gobierno, y porque al dictar las Resoluciones 019 y 041 lo hizo de buena fe, sin dolo, en la convicción de que actuaba conforme a derecho, a más de tener serios fundamentos legales (fols. 347/54).

6. El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en consideraciones semejantes a las expuestas por el apoderado del Gobernador Iguarán Mendoza y sintetizadas en precedencia.

Considerandos

1. El auto de cesación de procedimiento a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal debe tener una de las siguientes cuatro motivaciones:

a) *Comprobación plena de que el hecho que se imputa al sindicado no ha existido, vale decir, que no ocurrió en la realidad, como cuando aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado;*

b) *Comprobación plena de que el sindicado no cometió el hecho que se le imputó a título de autor o de cómplice, como que fue inequívocamente realizado por otra persona;*

c) *Comprobación plena de que la ley no considera tal hecho —conducta de acción o de omisión— como infracción penal; esta hipótesis apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa; aquella cuando el comportamiento atribuido al procesado no está recogido por ningún tipo penal, como ocurriría en el caso de adulterio o habrá de suceder con la piratería al entrar en vigencia el nuevo Código Penal; y ésta, cuando a pesar de existir uno o varios tipos que describan tal comportamiento, el que concretamente se examina no se adecúa a ninguno de aquellos por falta de alguno de sus elementos integradores (sujetos, objetos, conducta), como cuando alguien se apodera de cosa propia creyendo que es ajena;*

d) *Comprobación plena de que la acción penal no podía iniciarse, como cuando se trata de un*

delito que exige querrela de parte y esta no se presentó oportunamente (caducidad); o cuando aquella ha prescrito; o cuando se compruebe la muerte del imputado; o cuando nueva ley elimina la delictuosidad de la conducta atribuida concretamente a una persona; o cuando el director del periódico publica la rectificación del escrito considerado como injurioso o calumnioso y manifiesta allí mismo su conformidad antes de aceptada la querrela (artículo 22, Ley 29 de 1944); o cuando se pretende acción penal por cheque sometido a plazo y presentado antes de la fecha convenida, por supuesta infracción al artículo 1º del Decreto 1135 de 1970;

e) *Comprobación plena de que la acción penal no podía continuar, como cuando, habiéndose iniciado oportunamente, la prescripción se consumó; o cuando murió el procesado; o cuando se inició oficiosamente pero requería querrela de parte; o cuando el hecho ya fue decidido en sentencia definitiva (cosa juzgada); o cuando desistió la parte que tenía derecho a ello en proceso iniciado por querrela; o cuando se ha decretado amnistía propia o indulto impropio; o cuando nueva ley elimina la delictuosidad de la conducta investigada; o cuando el director del periódico publica la rectificación del escrito injurioso o calumnioso y manifiesta allí mismo su conformidad después de iniciada la investigación (artículo 22, Ley 29 de 1944).*

2. Cuando se alega en el proceso inexistencia de delito por razones distintas a las señaladas en precedencia como ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad tal cuestión no puede ser resuelta mediante la providencia a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal sino en el momento procesal de la calificación del mérito del sumario; si del examen de los hechos en dicha oportunidad aparece demostración plena de una de aquellas causales que impiden la delictuosidad de la conducta, habrá de preferirse sobreseimiento definitivo, como lo autoriza el número 2º del artículo 491 del estatuto procesal.

3. Al analizar los hechos investigados, dice el Gobernador en su Resolución 041 del 12 de febrero de 1979, que el Despacho "tiene que dispensar más credibilidad a un miembro de las Fuerzas Armadas de Colombia, como lo es el Comandante de la nave guardacostas ARC Santander, que al dicho previamente concretado de unos sujetos aventureros cuya propia identidad se halla en duda pues el único documento que presentaron fueron (sic) los pasaportes" (fl. 127). En su indagatoria señala el procesado que utilizó

aquella expresión en el sentido obvio de personas que buscan aventuras, porque considero que fue aventurada la acción emprendida por los tripulantes de la motonave aprehendida. Y a fe que le asiste razón, porque así puede calificarse la conducta de tales personas, de aceptarse —como lo aceptó el Gobernador— el informe presentado por el Comandante de la nave guardacostas que capturó a la tripulación del barco extranjero sorprendido en aguas territoriales sin autorización legal, que hizo caso omiso de una orden para detener su marcha y que atracó sin derecho en puerto colombiano. No cabe sostener, entonces, que al emplear tal expresión cometió acto injusto contra las personas de quienes se predicaba, ni atacó su honor, reputación o dignidad, como para concluir que con ello adecuó su acción a los tipos penales de abuso de autoridad, de injuria o de cualquiera otro del estatuto punitivo. Bien puede concluirse, pues, que este hecho no está considerado por nuestra ley como infracción penal y que en su respecto, es procedente declarar cesación del procedimiento.

4. En cuanto a la retención de pasaportes, ha de aclararse que ella se efectuó por el Comandante de la nave oficial que retuvo embarcación y tripulantes contraventores, según se desprende del informe visible al folio 132. Las solicitudes de devolución de tales documentos fueron hechas al Secretario de Gobierno que instruyó por comisión del Gobernador el respectivo sumario (fls. 167/8). Cuando el Gobernador asumió el conocimiento del proceso, decidió enviar tales pasaportes al Jefe de la Seccional del Departamento Administrativo de Seguridad de acuerdo con concepto rendido sobre este punto por la Oficina Jurídica del Ministerio de Gobierno (fl. 219). De tal actuación no se desprende que el Gobernador hubiese realizado acto arbitrario o injusto contra los titulares de aquellos documentos, ni que hubiese retardado injustificadamente resolver las peticiones de entregarlos, como para imputarle abuso de autoridad. Lo que, al contrario, resulta demostrado inequívocamente fue que actuó en este caso dentro de los marcos legales pertinentes. En relación con este cargo es también atinente disponer de cesación del procedimiento.

5. Los supuestos errores en los interrogatorios a que fueron sometidos los sindicados, no le son imputables al Gobernador porque la fase instructiva del proceso fue adelantada por su Secretario de Gobierno en virtud de auto comisorio (fls. 134/5) conferido con base en la autorización contenida en el artículo 5º literal a) del Decreto

2144 de 1978, que regula esta clase de procesos. Pertinente es, entonces, decretar también en relación con este cargo, cesación de procedimiento porque el Gobernador no realizó el hecho que se le imputa.

6. Respecto de la imputación de haber dictado resolución contraria a la ley porque se profirió con fundamento en el numeral 5º del ordinal d) del artículo 1º del Decreto 2144 de 1978 que había sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, tiénese lo siguiente:

a) Efectivamente, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena declaró inexecutable aquel numeral en sentencia del 7 de diciembre de 1978; pero tal providencia solamente fue publicada —según informe de la Secretaría General visible al folio 398 vto.— el día 28 de abril de 1979;

b) La oficina Jurídica del Ministerio de Gobierno declara (fl. 427) no haber enviado a los gobernadores circular alguna sobre la sentencia de la Corte, sino un boletín, cuya fotocopia anexa, con el texto del Decreto 2144 de 1978, en el que se subrayan las normas declaradas inconstitucionales por la Corte; tal boletín tiene fecha de 28 de febrero de 1979 y ostenta el número 19;

c) La Resolución 019 proferida por el Gobernador acusado es del 25 de enero de 1979; y la 041, mediante la cual se desató el recurso de reposición de la anterior, fue dictada el 12 de febrero siguiente.

Del simple cotejo de las fechas anteriormente citadas, despréndese inequívocamente que cuando el Gobernador de la Guajira emitió las resoluciones precedentes, no se había hecho pública aún la sentencia de inconstitucionalidad dictada por la Corte a que se refiere el denunciante y que, por lo mismo, no le era jurídicamente exigible su conocimiento al acusado, ni le obligaba aunque la hubiese conocido por cualquier otra fuente de información, porque la fecha de su oficial publicación y por ende, de su ejecutoria y cumplimiento conforme al artículo 1º del Decreto 41 de 1971, fue —repítase— la del 28 de abril de 1979. Aun aceptando como información oficial la que diera el Ministerio de Gobierno en su boletín 19, tiénese que siendo su fecha la del 28 de febrero de 1979, resultaría también posterior a las que ostentan las dos resoluciones tildadas de ilegales.

No sobra agregar que en su Resolución 041 el Gobernador Iguarán Mendoza, menciona también como violados por los procesados los numerales 1º, 2º y 3º del ordinal d) del artículo 1º del citado Decreto 2144 de 1978, normas estas

cuya constitucionalidad reconoció la Corte en la misma sentencia del 7 de diciembre de 1978.

Resulta entonces evidente que al proferir las Resoluciones 019 y 041 de 1979, el Gobernador acusado dedujo responsabilidad e impuso sanciones a los procesados, con fundamento en normas legales vigentes y que, por lo mismo, dicha actuación tampoco configura infracción penal.

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

Resuelve:

Ordenar cesación de procedimiento en favor del doctor Rafael Iguarán Mendoza, respecto de

las imputaciones que dieron lugar a la presente investigación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Pinzón Durán, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSAS IMPUTACIONES

Simulación de delito. En qué consiste esta modalidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 2 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 57, de junio 26 de 1980.

Vistos

Contra la sentencia de veinticinco (25) de septiembre del año pasado por medio de la cual el Tribunal Superior de Tunja, confirmó la del Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, en la que se condenaba a Miguel Pita Ayala, a la pena principal de diez (10) meses de prisión como responsable por los delitos de falsas imputaciones y estafa, adicionándola en el sentido de imponerle multa de doscientos pesos (\$ 200.00), a dicho procesado, interpuso éste el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y cuyo trámite se ha agotado sin que se observe causal de nulidad en lo actuado.

Hechos y actuación procesal

Miguel Pita Ayala dio en préstamo en el mes de mayo a Manuel Jiménez Aguilar, residentes ambos en Cota (Boyacá), la suma de veintiséis mil pesos que el deudor respaldó con un cheque por la misma cantidad, girado el diez (10) del mes mencionado contra el Banco de Colombia de esa localidad y a favor de su acreedor Miguel Pita Ayala, instrumento que éste presentó para su cobro el 17 de junio no siéndole pagado por fondos insuficientes, a raíz de lo cual el beneficiario hizo protestar el cheque guardándolo hasta el 14 de octubre del mismo año fecha en que propuso denuncia contra el girador por violación del Decreto 1135 de 1970.

Pero entre tanto, el deudor Jiménez Aguilar, ante imposibilidad de pagar la deuda, hizo a su acreedor Pita Ayala la propuesta que le comprara una finca de cuyo precio haría parte el mencionado cheque a lo cual convino el último de los nombrados, llevándose a cabo la negociación el 18 de junio del año que se ha venido mencionando. El precio del inmueble fue, según aparece de las declaraciones de los testigos que serán citados más adelante, de \$ 100.000.00, pero los contratantes convinieron en que sólo figurara el de \$ 60.000.00 en la escritura para que el monto de los impuestos fuera menor.

No obstante lo convenido sobre el cheque, el cual debía ser devuelto a su girador a quien, además, se le debían pagar \$ 14.000.00, por intermedio de un hijo suyo y a cuyo favor se giraron por Pita Ayala dos letras por \$ 15.000.00, cada una, no tuvo inconveniente este último en presentar la denuncia contra Jiménez Aguilar que se deja atrás mencionada y la cual dio origen a un proceso que terminó por aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal a favor del denunciado, decisión que tomó el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja en providencia de cinco (5) de noviembre de 1976, que no fue recurrida y, por consiguiente, quedó ejecutoriada.

En ella se expresó que el sindicado no había cometido el delito imputado o sea el de giro ilegal de cheques (fl. 43).

El entonces sindicado Jiménez Aguilar, una vez proferida la decisión de que se da cuenta, procedió, a su turno, a denunciar a su denunciante y fue así como se dirigió al Juez Promiscuo Municipal de Toca en memorial fechado el 19 de noviembre de 1977 narrando lo ocurrido y solicitando que se abriera la correspondiente investigación lo cual se hizo por auto de 22 de los mismos mes y año.

En ella se recibió la indagatoria de Miguel Pita Ayala a quien se le preguntó por el precio de la finca diciendo que había sido pactado en sesenta mil pesos y negando que el convenio fuera por cien mil pesos. Agrega que en dicho precio no entró el cheque por la suma de veintiséis mil pesos a que se ha hecho referencia.

Carlos Roberto Jiménez Parada (fl. 5) hijo del denunciante y Claudina Parada de Jiménez (fl. 6) esposa del mismo, sostienen bajo la gravedad del juramento que el precio fue de cien mil pesos pero que se convino consignar en la escritura el de sesenta mil pesos.

A folios 106 y siguiente del cuaderno principal obra en copia auténtica la escritura número 768 de 18 de junio de 1975, por la cual Manuel Jiménez Aguilar y Claudina Parada de Jiménez, venden a Miguel Pita Ayala una finca en la vereda de Cormechoque, jurisdicción Municipal de Siachoque por la suma de sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) pesos que los vendedores declaran recibidos a satisfacción (fls. 107 vto.). Nada se dice allí sobre el cheque.

José Antonio Alvarado Galindo declara a fl. 111 diciendo que a mediados de julio de 1975 conversó con Pita Ayala, sobre el negocio mencionado quien le dijo que el precio de la venta había sido de cien mil pesos pero que como conservaba todavía el cheque de Manuel Jiménez no se lo iba a devolver sino que pensaba hacerle una "marranada". Cita como testigos a Utinio (sic) Jiménez y a la esposa de éste de nombre Cletilde (sic) Ayala.

A los autos se trajeron copias auténticas del proceso seguido contra el actual denunciante y de que se ha dado cuenta con anterioridad.

En él figuran las declaraciones de Luis Rafael Alvarado Galindo (fl. 15) y Daniel Misse Medina (fl. 19) el último de los cuales vuelve a declarar en el presente proceso (fl. 114).

Con ambos fue careado Miguel Pita Ayala a propósito de las declaraciones hechas por aquellos en el aludido proceso sobre el precio de la venta respecto al cual manifestaron haber oído del mencionado Pita Ayala que había sido de cien mil pesos.

En los careos mencionados, los declarantes sostienen frente al procesado que éste les manifestó ser de cien mil pesos el precio de la venta pero que en la escritura había figurado que era solo por sesenta mil (fls. 110 y 125).

Cerrada la investigación, se calificó por el Juez Segundo Penal del Circuito de Tunja, a quien correspondió el conocimiento del proceso,

el mérito del sumario por auto de 10 de julio de 1978 mediante el cual se llamó a juicio a Miguel Pita Ayala por los delitos de "falsas imputaciones" y tentativas (sic) de estafa (fl. 223 y siguientes edno. principal).

No fue recurrido el llamamiento a juicio y se adelantó el proceso sin que se hubieran producido pruebas en el plenario de la causa.

Se llegó así a la audiencia pública que se llevó a cabo el 23 de mayo de 1979.

Con fecha 28 de junio de este mismo año se profirió, como ya quedó atrás expresado, sentencia de primera instancia por la cual se condenó a Pita Ayala a la pena de diez meses de prisión.

Apelada esta decisión, el Tribunal la confirmó por la que ahora es materia del presente recurso extraordinario.

En ella el Tribunal se basa en los testimonios que se dejan mencionados para concluir que el precio pactado por la venta de la finca no fue el que aparece en la escritura de que se ha hecho mérito sino el que ponen de presente los testigos y que en él estaba incluido el valor del cheque.

Agrega el *ad quem* que al poner denuncia Pita Ayala contra Jiménez Aguilar por el no pago del cheque que se acaba de citar lo hizo a sabidas de que éste había sido ya cubierto porque se le incluyó como parte del precio pagado por la mencionada propiedad raíz.

De todo lo cual concluye que se cometieron los delitos por los que se llamó a juicio al sindicado y que la responsabilidad de éste se encuentra demostrada.

Por eso confirma la decisión recurrida agregándole, como se deja dicho, la condenación a multa por \$ 200.00.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Dos cargos endereza el actor contra la sentencia recurrida, enmarcados ambos en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, si bien el primero de ellos lo fundamenta en violación directa y el segundo en infracción indirecta de la ley sustancial. Se resume a continuación y con cada uno de ellos el correspondiente concepto del Procurador Delegado Penal.

Primer cargo. Lo hace consistir el demandante en que, según su concepto, el juzgador de instancia incurrió en indebida aplicación de la ley al infringir directamente los artículos 215, 216,

217 y 218 del Código de Procedimiento Penal lo que llevó a la del artículo 187 del Código de las penas.

Estima el apoderado que se aplicó en forma indebida esta última norma por cuanto se condenó a su defendido por falsas imputaciones ante la justicia, siendo así, que Pita Ayala al denunciar a Manuel Jiménez, por haber girado en su favor un cheque sin provisión de fondos, estaba diciendo la verdad ya que no los tenía en el momento del cobro el girador y actual denunciante, según aparece perfectamente demostrado en los autos.

A esto responde la Procuraduría Segunda Delegada Penal diciendo que la falsa imputación hecha por el procesado no consistió en haber afirmado que el cheque cuando se giró, carecía de fondos para su pago sino en haber llamado la circunstancia de que, ya para el momento de la denuncia, había sido pagado.

Segundo cargo. Lo enuncia como una violación directa de la ley sustancial, aunque, para sustentarlo, hace referencia a las pruebas.

En efecto, sostiene que hubo indebida interpretación de las pruebas pues, valiéndose de la de testigos, se desvirtuó el contenido de un documento público siendo así que, según su criterio, esta clase de documentos no admiten que se haga uso de la prueba testimonial para contradecir lo afirmado en su texto a menos que exista un principio de prueba por escrito, que no aparece en este caso. Cita a propósito doctrina de la Corte en que se dice que los otorgantes no carecen del derecho de contraprobar lo expresado en la escritura pero que lo dicho en el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 se opondrá a que se haga por medio de testigos a menos que exista un principio de prueba por escrito que haga verosímil el hecho litigioso.

Replica el Procurador Segundo diciendo que en el contrato de compraventa de que se trata en los autos hubo simulación en cuanto al precio del inmueble pues el verdadero fue de \$ 100.000 y en él quedó incluido el cheque lo que se pudo establecer por medio de testigos.

Y que, además, el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil previene que las declaraciones de las partes, contenidas en escritura pública, tienen el valor legal de confesiones o testimonios, según el caso.

O sea que no erró el juzgador al establecer, a través del análisis de los testimonios aludidos, la verdad de lo ocurrido en el caso de autos.

Pide, en consecuencia, que se desechen los cargos y no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte

Se examinarán, a continuación, los cargos en el orden en que fueron formulados siendo de advertir que la Sala está completamente de acuerdo y hace suyos, los argumentos expuestos por el Ministerio Público en el presente recurso de casación.

Cargo primero. Establece el artículo 187 del Código Penal que "el que denunciare ante la autoridad una infracción penal a sabiendas de que no se ha cometido, incurrirá en multa de cincuenta a mil pesos" (subrayado de la Sala).

Claramente resulta del texto de esa disposición que el delito de falsas imputaciones en la modalidad de "simulación de delito" contemplada por la norma en cita, consiste en atribuir a alguien no un simple hecho sino una infracción penal, esto es, no solo un hecho contemplado en la ley como delito sino respecto del cual pueda adelantarse la acción penal.

Se requiere, en consecuencia, la afirmación de que el hecho que se denuncia tiene carácter delictuoso y es perseguible penalmente lo que significa llevar a la autoridad la noticia de una infracción penal con el propósito de que ésta inicie el correspondiente proceso.

Quien teniendo conocimiento de un hecho pero sabiendo, al mismo tiempo, que no obstante la ocurrencia del mismo, ha dejado de ser punible, lo denuncia callando esta situación y haciendo creer que es posible su persecución penal está cometiendo la infracción de falsas imputaciones ante la justicia pues su conducta se ajusta a la modalidad descrita por la disposición que se deja citada (artículo 187 del Código Penal), ya que ella se refiere obviamente a las que aun puedan ser sancionadas.

En efecto, lesiona dicha conducta el bien jurídicamente tutelado que es la administración de justicia en cuanto dicha actividad no debe ser puesta en movimiento para averiguar y sancionar lo que ya no puede ser castigado.

En el caso de autos, Miguel Pita Ayala sabía que el cheque cuyo no pago por falta de fondos denunciaba, ya había sido cubierto y que, por consiguiente, no podía iniciarse ninguna acción penal, no obstante lo cual puso en movimiento la justicia con engaño, llevado del propósito de obtener un lucro ilícito con daño ajeno, lo que no pudo conseguir pues los jueces tuvieron la

oportunidad de cerciorarse de que no era ya punible la acción denunciada.

No existió, en consecuencia, indebida aplicación del artículo 187 del Código Penal y no prospera, por lo tanto, este cargo.

Segundo cargo. Ciertamente el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, condiciona la admisión de la prueba de testigos, a efecto de adicionar o alterar lo que se expresa en una escritura pública que contiene un contrato, a que exista un principio de prueba por escrito, esto es, un documento, así sea privado, que emane del demandante y que haga verosímil el hecho que sirve de fundamento a la modificación.

Pero esto solo hace referencia a los efectos civiles de la escritura pública, no a los penales. Porque respecto a estos es admisible cualquier medio de prueba que desvirtúe lo que en aquélla se dice y permita establecer la existencia o no de un delito; de lo contrario los jueces se verían impedidos para ejercer sus funciones por las limitaciones aplicables únicamente en relación con los aspectos puramente civiles de los documentos.

Por lo tanto, procedió correctamente el Tribunal al concluir del examen de la prueba testimonial que lo que decía la escritura pública contenitiva del contrato de compraventa efectuado entre el actual procesado y el denunciante no era exacto ni en cuanto al precio verdadero de la venta ni respecto a la venta ni respecto a la suerte del cheque girado por el segundo al primero y que se incluyó como parte del precio del inmueble.

Es decir, que no hubo errónea interpretación de la prueba, como lo afirma el actor y, por lo tanto, no se incurrió en violación directa de la ley penal sustancial.

Tampoco puede aceptarse este cargo.

Se advierte, por último, que no hay error de técnica al alegar simultáneamente las dos partes de la causal primera ya que, aunque el demandante no lo expresa en forma concreta, el primer cargo se refiere al delito de falsas imputaciones y el segundo al de estafa.

O sea que no se acepta y niega al mismo tiempo la existencia de un hecho sino que cada una de esas situaciones se refiere a una conducta distinta.

En virtud 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.

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

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Pinzón Durán, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

1. Dice la mayoría de la Sala en afirmación de la cual disiento, que el delito de falsas imputaciones a que se refiere el artículo 187 del Código Penal consiste “en atribuir a alguien no un simple hecho sino una infracción penal, esto es, no solo un hecho contemplado en la ley como delito sin respecto del cual pueda adelantarse la acción penal”.

2. Me parece, en cambio, que el tipo legal de falsas imputaciones descrito en la norma precedente apunta solamente a quien denuncia ante la autoridad una infracción *que no se ha cometido*; es decir, a quien da cuenta al funcionario respectivo (jurisdiccional o de policía) de la comisión de un hecho humano descrito en la ley como delito o contravención, cuando la verdad es que tal hecho, de haberse realizado, no corresponde a comportamiento delictivo o contravenicional. El agregado de la Sala, en el sentido de exigir que respecto de la infracción denunciada “pueda adelantarse la acción penal” no constituye elemento del tipo legal que se analiza.

3. Sabido es que existan fenómenos que impiden el nacimiento de la acción penal—respecto de infracciones que sí se han cometido: tales la muerte del autor, la prescripción, la caducidad en aquellos casos en los que se requiere querrela de parte; piénsese en esta última hipótesis, que alguien denuncia un delito de raptó efectivamente cometido pero sin tener personería jurídica para presentar querrela; si ello ocurre, es indudable que la acción penal *no puede iniciarse*; podrá sostenerse que el denunciante cometió delito de falsas imputaciones, aun aceptando que supiera que carecía de la calidad de querellante?

Con la tesis de la mayoría de la Sala la respuesta tendría que ser afirmativa; yo creo que es rotundamente negativa. Obsérvese que el *nomen iuris* de este delito es el de "*falsas imputaciones*", que es tanto como presentar ante la autoridad como cierto un hecho delictivo o contravencional *que no sucedió*. Si la infracción se cometió, el denunciante no realiza el hecho típico del artículo 187 del Código Penal, aunque en el caso contrario no sea viable iniciar la respectiva acción penal.

4. Examinada bajo este enfoque la situación de autos, tiénese que Jiménez Aguilar, giró a Pita Ayala un cheque sin suficiente provisión de fondos como lo demuestra el protexto del banco girado; al hacerlo, aquél consumó el delito a que se refiere el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970; y esa consumación delictiva es un hecho jurídico irreversible que, por lo mismo, no desaparece por el pago del cheque; su cancelación que ciertamente da lugar a cesación de procedimiento es una causal de exclusión de la pena no porque el hecho imputado no sea o pueda no ser típico, antijurídico y culpable, sino por razones de política criminal. Pero es mas, en esta hipótesis la casación de procedimiento solo favorece a quien "haya realizado por primera vez" la conducta de girar o transferir cheque sin fondos o con insuficiencia de ellos, y eso no tiene por qué sa-

berlo el denunciante; es algo que solamente el Juez en su oportunidad habrá de decidir previas las indagaciones pertinentes.

5. Es verdad que cuando Pita formuló su denuncia penal ya había recibido el valor del cheque y que por esa razón la acción incoada culminó con cesación de procedimiento; pero es también indudable que el delito denunciado por el actual procesado efectivamente se cometió; su mentira respecto del no pago de ese título valor formó parte del engaño orientado a obtener nueva cancelación del cheque, es decir, de la tentativa de estafa por la cual también se le condenó; por manera que si sobre esa misma mentira se edifica nuevo delito (el de falsas imputaciones) se lo está condenando doblemente por un mismo hecho con violación del principio univesal del *nom bis in idem*.

6. Concluyo, pues, que le asiste razón al recurrente al considerar directamente violado por el Tribunal el artículo 187 del Código Penal por indebida aplicación, ya que la conducta de Pita Ayala no configura tal delito.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

TECNICA DE CASACION

Error de hecho y error de derecho. Diferencias

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 2 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 58, julio 1º de 1980.

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Gustavo Jiménez Muñoz, contra la sentencia proferida el día treinta (30) de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979), por el Tribunal Superior de Armenia, por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, en la que se condenó al procesado recurrente a la pena de dieciocho (18) meses de prisión, como autor penalmente responsable del delito de hurto recaído en unos semovientes. Las únicas modificaciones que introdujo la sentencia confirmatoria fueron las referentes a la condena en abstracto de los perjuicios ocasionados con el delito y la variación de la causa para negar el beneficio de la condena condicional.

Hechos y actuación procesal

Entre Jesús María Fajardo Suárez y Manuel Velasco ("manuelito") se llevó a cabo el día 10 de agosto de 1978, una transacción comercial en virtud de la cual aquél vendió a este veintidós terneros de catorce a dieciséis meses de edad, que quedó de entregarle al día siguiente. Cuando se fue a verificar la entrega, se advirtió que el lote de vacunos que había quedado reservado el día anterior en finca de propiedad del vendedor, faltaban seis.

En desarrollo de la búsqueda, orientada en principio sobre la base de un extravío de las

reses, se descubrió que por el retén de Villadora había pasado el día once de agosto de 1978, con destino a Santa Rosa de Cabal, una camioneta de placas HF 03-77, en la cual eran transportados seis terneros de las especificaciones de los buscados.

Localizado el conductor del vehículo, José Octavio García Usma, rindió indagatoria (fls. 16 a 18) y en ella expresó que efectivamente había hecho el acarreo de esos terneros, pero en razón de haber sido contratado por un muchacho que dijo actuar a nombre del "enano", a quien le pertenecían.

El "enano" resultó ser Gustavo Jiménez Muñoz y el contratante o intermediario Germán Sepúlveda Marín.

Al igual que el anterior, ambos fueron vinculados a la investigación y rindieron sus declaraciones sin juramento.

Sepúlveda manifestó que Gustavo Jiménez Muñoz, le encomendó contratar con José Octavio García, el transporte hasta Santa Rosa de Cabal, de un ganado que le entregó en un potrero de donde él lo tomó para transportarlo en la camioneta de García.

Agregó que también por indicación de Jiménez, averiguó los datos de identificación de García y de su vehículo y se los comunicó a él. Que éste le entregó el "conduce" o documento necesario para poder trasladar ese ganado de un municipio a otro y que el día siguiente, ya en Santa Rosa de Cabal, hizo entrega a Jiménez de los terneros y le devolvió los papeles, habiendo recibido de éste el dinero para pagar el transporte (fls. 27 a 28 y 48 a 51).

Esos terneros fueron vendidos en \$ 24.000.00 a Miguel Angel Alzate Salazar por Gustavo Jiménez Muñoz, ese día viernes once de agosto de 1978, en la feria que se realizó en Santa Rosa de Cabal (fls. 12 y vto.).

Gustavo Jiménez Muñoz, rechazó en su indagatoria todos los cargos que le formulara Sepúlveda y explicó que la venta de los terneros la hizo por encargo de Isamel o Misael Rodríguez, alias "tocayo", quien le pagó seiscientos (600) pesos por la comisión. Reconoció como suyas la firma y cédula que aparecen en el comprobante de venta que suscribió al comprador (fls. 6 y 43 a 45 vto.).

Misael Rodríguez, alias "tocayo" negó que hubiera encomendado a Jiménez la venta de esos terneros, reconoció que estuvo en esa misma feria celebrada el día 11 de agosto de 1978 en Santa Rosa de Cabal pero dedicado a otras actividades y advirtió que él venía distanciado de Jiménez, desde que éste se sustrajo una vaca de propiedad de su padre (fls. 85 y vto.).

Al calificar el mérito del sumario fueron sobreseídos definitivamente José Octavio García Usma y Germán Sepúlveda Marín y fue llamado a responder en juicio Gustavo Jiménez Muñoz.

Rituada la causa, se profirió la sentencia condenatoria que, confirmada por el Tribunal Superior de Armenia, fue objeto del recurso que ahora se resuelve.

La demanda

Cinco cargos formula el recurrente a la sentencia, todos dentro del ámbito de la Causal Primera del artículo 580 dle Código de Procedimiento Penal.

El encabezamiento y la conclusión de la parte fundamental de la demanda son del siguiente tenor:

"Acuso el fallo impugnado por la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por ser la sentencia del Tribunal Superior de Armenia violatoria de la ley sustancial en la modalidad contemplada en el inciso 2º, ya de manera directa o indirecta, por errores de hecho o de derecho provenientes de apreciación errónea de algunas pruebas y falta de apreciación de otras, lo que más adelante determinaré en forma precisa.

Considero que la sentencia recurrida ha violado las siguientes disposiciones: artículos 397 y 398 del Código Penal. Artículos 215, 216, 217, 229, 230, 231, 236, 248, 264, 310, 335, 381, 389 y concordantes del Código de Procedimiento Penal".

"Conclusión: Muy respetuosamente me permito solicitar a esa honorable Corporación se case la sentencia confirmatoria de la condena

proferida y hoy impugnada por la Sala Penal del honorable Tribunal Superior de Armenia, con fecha 30 de marzo de 1979, por haberse incurrido en ella en violaciones directas e indirectas de la ley a consecuencia de los errores de derecho en la apreciación y falta de apreciación de las pruebas, lo que me he permitido poner de manifiesto" (subraya fuera del texto). -fl. 18-

Primer cargo. Haberse aceptado en la sentencia como probado el hecho de que Octavio García Usma, fue contratado por Gustavo Jiménez Muñoz, a través de Germán Sepúlveda Marín para el transporte de los terneros a la feria de Santa Rosa de Cabal.

El cargo lo deduce del siguiente aparte, que transcribe del fallo.

"Dentro de la historia de los hechos se acreditó que el conductor de la camioneta era José Octavio García Usma, quien había sido contratado por Jiménez Muñoz, por intermedio de Germán Sepúlveda Marín, para el transporte de las reses a la feria de Santa Rosa".

Dice que el Tribunal no da la razón de sus afirmaciones, la cual presume él que está en la declaración del propio conductor, quien manifestó que fue contratado por Germán Sepúlveda, quien le afirmó que obraba a nombre de Gustavo Jiménez Muñoz, a quien pertenecían los semovientes que iban a ser transportados.

La resta valor a esa declaración por tratarse de un cosindicado, haberla rendido sin juramento y por no tener en definitiva otro mérito que el de un testimonio "de oídas".

Concluye así la censura:

"Quiere decir, entonces, que al darle el Tribunal Superior de Armenia el valor de plena prueba de un hecho tan importante como el de la contratación del transporte, incurrió en error de derecho por apreciación errónea de la declaración de Octavio García Usma".

Segundo cargo. Haber aceptado el fallador que Octavio García y Germán Sepúlveda obraron de buena fe al contratar y realizar el acarreo de los semovientes.

Radica la censura en el siguiente párrafo de la sentencia, que transcribe:

"Estos dos últimos también involucrados en la investigación fueron objeto de sobreseimiento definitivo al acreditarse que de buena fe habían obrado asalariados por el referido Jiménez Muñoz".

Anota que no se hace en el fallo recurrido el examen de las pruebas que condujeron a tal ma-

nifestación. Presume que el Tribunal se basó, para hacerla, en la declaración indagatoria de Germán Sepúlveda "quien afirmó que Gustavo Jiménez le había entregado los terneros el día anterior para que al día siguiente los llevara hasta Santa Rosa".

Le quita mérito a la declaración por provenir de un cosindicado, en su concepto el más comprometido, y concluye de la siguiente forma el cargo:

"Entonces, incurrió el Tribunal Superior de Armenia en error de derecho, por apreciación errónea de la declaración de Germán Sepúlveda Marín, lo cual llevó a dictar sobreseimiento definitivo a su favor y a constituirse en la base fundamental de la sentencia condenatoria de Gustavo Jiménez Muñoz".

Tercer cargo. Haberle dado crédito a dos testigos que fueron aportados por el apoderado de Germán Sepúlveda, para "edificar sobre sus declaraciones la solicitud de revocatoria del auto de detención", pues con posterioridad a su recepción se produjo esa medida, y ello, no obstante, que declaran en forma indeterminada e imprecisa.

La censura la encuentra en este aspecto del fallo que inserta en su libelo:

"Muy bien urdida fue su trama, pero se derumbó porque no solamente aquellos dos sindicados apuntaron contra él toda acusación como que tenían la certeza de que en realidad de su propiedad era el ganado, sino que no faltaron delatores que a lo largo de la investigación dijeran que habían sido testigos del momento en que le impartía la orden a Sepúlveda Marín, para conseguir los servicios de José Octavio García, en la forma que se ha repetido".

Como el fallo no relaciona a los delatores, presume que son Abelardo Galeano y Carlos Díaz, a cuyas manifestaciones les niega todo valor por las consideraciones ya anotadas y en virtud de los criterios que consagra el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, para la valoración del testimonio en orden a la razonable apreciación de su credibilidad.

La conclusión del cargo es la siguiente:

"Entonces, el Tribunal Superior de Armenia, incurrió en error de derecho por apreciación errónea de los dos testimonios antes mencionados y los cuales fueron pilares de la sentencia condenatoria".

Cuarto cargo. Lo enuncia así: "Incurrió el Tribunal Superior de Armenia en error de de-

recho por falta de apreciación del testimonio de Mery López, diligencia esta practicada en la etapa del juicio".

Censura la sentencia por haber ignorado esta prueba, no obstante que "confirma en su integridad lo que el señor Gustavo Jiménez afirmó en su indagatoria".

Quinto cargo. No haber tenido como verídica la confesión cualificada de Gustavo Jiménez, tal como lo dispone el artículo 264 de Código de Procedimiento Penal, pues el aceptó haber vendido los seis terneros, pero por encargo que le hiciera Ismael o Misael Rodríguez.

En su concepto no existe prueba para desvirtuar esta confesión, pues la que pudiera tenerse como tal procede de cosindicados.

La tacha al fallo la encuentra en este párrafo que transcribe:

"Trae la peregrina excusa de haber figurado como vendedor de los seis terneros porque un conocido suyo que por alguna circunstancia no quería figurar como tal le había solicitado por intermedio de otro la venta de los semovientes".

Concluye el cargo de la siguiente manera:

"Incurrió, pues, el Tribunal Superior de Armenia, en error de derecho, por apreciación errónea de la confesión del sindicado, al aceptar que se acreditó dentro del expediente lo contrario a lo afirmado por Gustavo Jiménez, vale decir, al desechar su confesión calificada, violándose en esta forma lo dispuesto en el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal.

Al dejar de estudiar algunas pruebas y al analizar otras deficientemente, por equivocada apreciación, el Tribunal Superior de Armenia incurrió en errores de derecho y violó los artículos 215, 216, 217, 229, 230, 231, 236, 248, 264, 310, 335, 381 y 389 del Código de Procedimiento Penal y en forma indirecta las disposiciones sustanciales contenidas en los artículos 397 y 398 del Código Penal" (subrayas fuera del texto).

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita que no se case la sentencia pues "la demanda presentada a nombre del procesado Gustavo Jiménez Muñoz adolece de ostensibles fallas de técnica en su planteamiento y fundamentación que obligan a su rechazo".

Enumera y analiza como la más notoria las siguientes: 1ª La invocación simultánea de las dos formas de violación de la ley sustancial de

que se ocupa la causal primera de casación. 2ª El no precisar en cual de las dos hipótesis que conforman el error de derecho se ubican los que, con tal denominación, alega el recurrente, ni expresar el concepto de la violación, ni demostrar la incidencia del error en las conclusiones de la sentencia impugnada. 3ª El haberse limitado el censor a enfrentar su personal y subjetivo criterio al del fallador respecto del valor probatorio que debió darse a determinados elementos de convicción. 4ª Pretender presentar como aislados y carentes de otro sustento los indicios de culpabilidad que le resultan a Jiménez Muñoz de las manifestaciones de los cosindicados García y Sepúlveda, como si ellas no hubieran sido confrontadas y valoradas con los demás elementos de juicio que contiene el proceso, de cuyo conjunto se puede dar "por establecida, sobre bases razonables y valederas la responsabilidad del acusado en el hecho imputado". 5ª El limitarse prácticamente a afirmar que los testimonios aportados al proceso fueron equivocadamente valorados por el sentenciador, pues no se suministran de manera precisa las razones de esa errónea apreciación, quedando la Corte desprovista de elementos de juicio que le permitan conocer el vicio advertido y su incidencia en la violación de la ley.

Agrega que el tercer cargo carece de relevancia probatoria, pues lo afirmado por los llamados "delatores" está acreditado con otras pruebas de inocultable valor; que el cuarto cargo es un típico error de hecho, traducido en la falta de apreciación del testimonio de la concubina del procesado, y no en un error de derecho como lo alega el recurrente; y que, por lo que respecta al quinto cargo, las explicaciones del sindicato —que no confesión— aparecen infirmadas por el testimonio de Miguel Rodríguez, prueba no redargüida por el recurrente, y además por todos los demás elementos probatorios que recoge el proceso.

Concluye: "En síntesis, los vacíos y deficiencias que presenta la demanda —insubsanables en casación— impiden conocer con exactitud el alcance de la violación y, en consecuencia, los cargos formulados a la sentencia no están llamados a prosperar".

Consideraciones de la Corte

Tiene razón la Procuraduría en sus censuras y apreciaciones.

En efecto, el alegar al mismo tiempo la violación directa y la indirecta de la ley sustancial,

como lo hace el demandante, riñe con la técnica que gobierna el recurso, puesto que en el caso de la violación directa se acepta la prueba tal como fue apreciada en la sentencia, en tanto que en la violación indirecta se la controvierte, cosa que hace con amplitud el recurrente.

Así lo ha sostenido insistentemente la Corte. Basta para comprobarlo recordar un reciente fallo en el que se dijo: "De suerte que el empleo simultáneo de estas dos vías diferentes conduce a situaciones contradictorias que no pueden ser superadas por la Corte para despejar la confusión del demandante, porque, en tal caso, entraría a suplir las deficiencias de éste, con riesgo de lesionar su propia imparcialidad y desbordar sus poderes" (casación de 25 de marzo de 1980).

De otra parte, también confunde el censor, con desmedro del aspecto técnico del recurso, el error de derecho con el de hecho pues los que plantea como pertenecientes a la primera categoría resultan no serlo.

La errónea apreciación de la prueba a que él se refiere en los cargos primero, segundo y tercero de su demanda, no se debe a que el fallador le hubiese reconocido a cada una de ellas un valor probatorio específico que la ley no le otorga; o a que les hubiera desconocido el que en forma expresa y con su cuantificación exacta les atribuye una norma legal; ni a que se les hubiera tenido en cuenta no obstante haber sido aducidas al proceso sin el cumplimiento del rito establecido para su producción. Se debe al hecho de que el sentenciador las hubiera estimado como elementos de convicción para la formación de su juicio en torno a la responsabilidad de Jiménez Muñoz, siendo que las reglas de la sana crítica testimonial imponían, en su concepto, desecharlas, o al menos tenerlas como suficientes para fundamentar en ellas una sentencia condenatoria, puesto que algunas de ellas proceden de quienes tenían interés, como cosindicados, en desplazar la responsabilidad hacia Jiménez; otras constituyen testimonios "de oídas"; y algunas se traducen en manifestaciones hechas de manera indeterminada e imprecisa, como las declaraciones de los llamados "delatores".

No se trata, pues, de un falso juicio de legalidad por parte del fallador respecto de la prueba, ni tampoco de un falso juicio de convicción, ya que, de un lado, la ley no asigna a la prueba testimonial un valor de convicción específico, ni, de otro lado, en parte alguna de la sentencia se toma a ninguna de esas declaraciones o testimonios como plena prueba del hecho que se inves-

tiga, que es la sustracción de los semovientes. Tampoco se está otorgando crédito a pruebas indebidamente producidas, ni negándosele a las que fueron rituadas en debida forma.

Del acervo probatorio analizado en conjunto como debe hacerse, no aisladamente como tomó cada prueba el censor para enfrentarla como si fuera la única que existiese en el proceso, deduce el fallador la responsabilidad de Jiménez por los cargos que le fueron atribuidos.

Respecto de la confesión el Código de Procedimiento Penal dispone que se la presume verídica mientras no se presente prueba en contrario.

La que el recurrente tiene por confesión de su defendido, no es tal, pues él no confesó ser el autor de la sustracción de las reses, que es el hecho que se investiga, sino haberlas vendido por cuenta de Misael Rodríguez Molina (alias "tocayo"); pero aun reconociéndole esa entidad, no disfrutaría de la presunción de veracidad, pues el propio Rodríguez Molina las desvirtúa al negar haberle encomendado a Jiménez la venta de los terneros (fls. 85 y vto.).

El cargo cuarto, presentado como un error de derecho, en un auténtico error de hecho, pues se traduce en haber ignorado una prueba existente en el proceso, o sea la declaración de la persona con quien hacía vida marital el acusado. Aparte de eso como bien lo anota el Procurador (fl. 31 del cuad. de la Corte), esta prueba fue razonablemente valorada por el juzgador de primera instancia, negándole la credibilidad que se le asigna, y el fallo acusado implícitamente prohijó dicha valoración, pues las dos sentencias forman una unidad jurídica indisoluble. La afirmación del Procurador encuentra respaldo a folios 147 y 152 del expediente.

En reiterada jurisprudencia ha establecido la Corte claramente la diferencia que existe entre el error de derecho y el de hecho. Basta citar, en este aspecto, la sentencia de 1º de septiembre de 1977.

"Tres son las formas posibles del error de hecho:

1º El sentenciador ignora la existencia de una prueba que si la hubiese valorado, habría definido el proceso en sentido diferente.

2º El sentenciador presume la existencia de una prueba de naturaleza preponderadamente conclusiva.

3º El sentenciador distorsiona o falsea el sentido de la prueba en que funda su juicio de forma que su interpretación por él vale lo mismo haberla supuesto o suprimido.

Error de Derecho:

Son dos las versiones del error de derecho en la apreciación de las pruebas:

1º El sentenciador admite y le concede valor probatorio a un hecho aducido al proceso, irregularmente, con omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción.

2º El sentenciador valora un hecho probatorio y le otorga mérito superior o inferior al que le fija el legislador.

En ambos casos la incidencia del error en las conclusiones de la sentencia debe mostrarse con fuerza inobjetable.

"De lo dicho se tiene que el error de hecho manifiesto y el error de derecho obedecen a presupuestos distintos que no deben predicarse al tiempo respecto de unos mismos hechos. El error de hecho manifiesto recae sobre la realidad tangible de las pruebas que el sentenciador omite, supone o distorsiona. El error de derecho, en cambio, toca directamente con la norma que regula la forma de su aducción al proceso, o le fija su mérito legal de convicción".

Las precedentes consideraciones son suficientes para concluir que ninguno de los cargos formulados a la sentencia acusada puede prosperar.

Por ello, 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, resuelve NO CASAR la sentencia recurrida.

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

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Pinzón Durán, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Cuando el proceso se adelanta contra oficiales, suboficiales, agentes y detectives de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, por infracciones cometidas en ejercicio de sus funciones o por razón de éstas, el cambio de radicación no requiere concepto de la Corte

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

su indagatoria, cometió los hechos por razón de sus funciones.

Bogotá, D. E., julio 3 de 1980.

Considerandos

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

El cambio de radicación especial a que se refiere el artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, disposición ya consagrada con anterioridad en el artículo 5º de la Ley 5ª de 1943, tiene por objeto primordial sustraer del trámite y de los requisitos y condiciones señalados para el cambio ordinario de la radicación de los procesos penales, aquellos asuntos en los que aparezcan como sindicados los oficiales, suboficiales, Agentes y detectives de la policía nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, cuando lo sean "por infracciones cometidas por ellos en ejercicio de sus funciones o por razón de éstas", permitiendo al Gobierno variar la radicación "por una sola vez en cada caso", "aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales" y siempre que para dicho cambio sea escogida "una ciudad cabecera de distrito judicial, en donde funcione más de un Juzgado Superior o más de un Juzgado de Circuito Penal, según el caso".

Aprobado Acta número 059.

Vistos

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte, para concepto, la solicitud formulada al Gobierno Nacional por el doctor Gustavo Adolfo Caicedo Muñoz, quien dice actuar en el carácter de Agente Especial del Ministerio Público dentro del proceso correspondiente, para que se cambie de radicación el sumario seguido contra Gonzalo Rey Farrera en el Juzgado 7º de Instrucción Criminal de Popayán, como sindicado del delito de homicidio de que resultaron víctimas Alvaro Quiñonez Salazar y Alvaro Vidal Vidal.

Para el cambio de radicación, el solicitante invoca la aplicación extensiva o analógica de lo dispuesto en el artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que si bien el procesado no pertenecía a ninguna de las organizaciones señaladas en la norma, ésta le es aplicable por ser miembro, para la fecha de los hechos, de la Unidad de Policía Judicial de la Procuraduría General de la Nación con sede en Popayán, máxime cuando la creación de los Grupos Antinarcóticos de la Policía Judicial de que formaba parte el procesado empezó a regir con posterioridad a la expedición del Código de Procedimiento Penal y cuando, como lo afirma el procesado en

El cambio de radicación especial, dispuesto en las condiciones señaladas por la norma, no requiere, como es obvio, el concepto de la Corte.

Como ya lo dijo esta Sala en auto de 5 de febrero del año en curso (acta número 12):

"... El cambio de radicación especial a que se contrae el artículo 47 del Código de Procedimiento Penal no requiere el concepto de la Corte. Basta la simple lectura de esa norma para apreciar de inmediato que en tal caso el gobierno debe proceder de plano 'por vía de seguridad al

procesado' 'aunque no se reúnan las condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales'. Para ello lo que importa es la persona del procesado (oficiales, suboficiales, agentes y detectives de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad por infracciones cometidas en ejercicio de sus funciones o por razón de éstas) y no la jurisdicción (ordinaria o especial) que tenga a su cargo el respectivo proceso. De forma, que si en aras a la seguridad del procesado (en este caso de Rey Farrera) debe o no cambiarse la radicación del proceso que se le sigue, es el gobierno a quien compete decidirlo sin que a la Corte le sea dable conceptuar...".

Las apremiantes condiciones que deben darse para tomar esta medida, el requisito de amparar con ella la "seguridad del procesado", la limitación de esta facultad al Gobierno, que se le concede por una sola vez dentro del correspondiente proceso y la excepción que consagra la norma a las "condiciones generales establecidas para el cambio de radicación de los procesos criminales" son, en efecto, circunstancias, motivos y amplitud que demuestran inequívocamente que, en ese

caso y por una sola vez, el concepto de la Corte no es requisito legal necesario para que el Gobierno proceda, sin pérdida de tiempo, a adoptar la decisión correspondiente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de rendir concepto sobre el pretendido cambio de radicación del proceso seguido contra Gonzalo Rey Farrera en el Juzgado 7º de Instrucción Criminal de Popayán, por no ser tal concepto necesario en los casos del artículo 47 del Código de Procedimiento Penal, invocado para solicitarlo.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Pinzón Durán, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECUSACION. ENEMISTAD GRAVE

La "enemistad grave" debe ser un sentimiento recíproco. Si es unilateral, prospera de modo excepcional cuando es declarado por el funcionario

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 4 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 59, julio 3 de 1980.

Vistos

Decide la Corte acerca de la recusación formulada por el abogado Jesús Ignacio García Valencia contra el doctor Joaquín Mosquera Irurita, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el proceso que, por el delito de homicidio, adelanta en segunda instancia esa Corporación contra Casimiro Benavidez Pabón.

Antecedentes

Al conocimiento del funcionario recusado llegó el proceso seguido contra Casimiro Benavidez Pabón, en virtud de apelación interpuesta por el defensor del procesado contra el auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado Primero Superior de Popayán, providencia en la que se dictó, igualmente, sobreseimiento de carácter definitivo en favor de Omar Libardo Muñoz Patiño (fls. 263 a 271 del cuaderno principal).

El apoderado del procesado en escrito de 2 de mayo de 1980, formuló recusación al Magistrado Sustanciador en los siguientes términos:

"...Ha insistido, también, la defensa en que practiquen algunas pruebas que tiendan a esclarecer indubitablemente la personalidad de Benavidez Pabón. Fue así como se solicitó se recepcionaran unos testimonios para acreditar que

éste había sufrido traumatismos craneanos, cuál era su comportamiento en estado de embriaguez y se allegara con idéntico fin la copia de la historia clínica. Esta petición fue negada por existir un concepto médico que explicaba que los traumatismos craneanos no tenían influencia en el comportamiento normal o anormal del sindicado. En segunda instancia al decidir un recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión se dijo: "Ahora bien. Si el apoderado de Benavidez Pabón cree estar en condiciones de probar que su cliente es un enfermo mental y que el dictamen médico legal incurrió en error al catalogar su ebriedad como simple 'embriaguez aguda no plena', bien puede promover el incidente de que tratan los artículos 277 del Código de Procedimiento Penal y 137 del Código Judicial.

Pues a la luz de las evidencias procesales, la Sala y el Juzgado de Instancia tienen firme convencimiento de que Benavidez Pabón, es persona sólicamente normal y no encuentra motivo valedero para desechar el experticio médico que apoya esa conclusión, *ni mucho menos para patrocinar la impunidad del crimen cometido en José Daniel Ruiz Fuentes* (Providencia de 25 de marzo de 1980. Magistrado ponente: doctor *Joaquín Mosquera Irurita*). He subrayado".

"Me he permitido subrayar el final del párrafo anterior, debido a que me ha causado mucho impacto, la circunstancia de que el señor Magistrado ponente, veladamente indique que la defensa al ejercer sus legítimos derechos de formular peticiones dentro del proceso quiera patrocinar la impunidad o inducir a los funcionarios judiciales a que la patrocinen. Tengo el firme convencimiento que estoy actuando dentro del marco legal y ejerciendo un derecho legítimo en nombre de un ciudadano que aunque caído en desgracia merece todo respeto. Pero yo me explico muy bien la velada sugerencia del señor Ma-

gistrado ponente, teniendo de presente que nuestras relaciones de amistad están rotas hace mucho tiempo y que *él siempre ha demostrado una apasionada y ostensible animadversión contra el suscrito*, lo cual data desde el año de 1973, cuando por la benevolencia de la mayoría del honorable Tribunal fui distinguido con el inmerecido honor de ser Juez Municipal en esta hidalga ciudad. En realidad desde que comencé a ejercer la profesión de abogado, he mirado con mucha extrañeza la circunstancia de que el señor Magistrado ponente doctor Mosquera no se haya declarado impedido para conocer de los asuntos en que presto mi concurso profesional. Y me ha causado extrañeza, señor Magistrado, porque usted personalmente me ha manifestado su malquerencia para con el suscrito. Estimo en consecuencia que su actuación en los procesos en que el suscrito interviene no le hace bien a la imagen de imparcialidad que debe caracterizar a la justicia. En consecuencia, también, le solicito se sirva declararse impedido para conocer de este proceso debido a las anteriores razones" (fls. 294 y 295 del cdno. prin.).

El Magistrado Joaquín Mosquera Irurita, por auto de seis de mayo de 1980, rehaza la recusación formulada en su contra en los siguientes términos:

"...de mi parte no existe enemistad grave para con el distinguido profesional y, por el contrario, son múltiples los casos en que me ha correspondido proyectar decisiones que coincidan con los intereses procesales prolijados por aquél...".

"...El distanciamiento social entre los doctores García Valencia y Mosquera Irurita —lo recuerda el primero— data desde 1973 y eso no obstante en ningún proceso el doctor García se consideró víctima de animadversión, ni de parcialidad por parte del Magistrado, sino que por el contrario con gran benevolencia y generosidad califica a éste de "ilustre magistrado" y le hace el honor de invocar algunos pronunciamientos suyos, tal y como se aprecia en la fotocopia anexa del memorial de fecha 12 de diciembre de 1979...".

De otra parte, lamenta el Magistrado, la equivocada interpretación que del párrafo transcrito hace el abogado recusante, pues el sentido exacto de su texto no es otro que expresar el rechazo a la tesis de la embriaguez patológica "para no desembocar en la impunidad", ya que según el dictamen médico legal, el procesado obró en estado de embriaguez aguda.

Finalmente, reconoce el doctor Mosquera Irurita las calidades que rodean la personalidad de su recusante; manifiesta, sin embargo, su extrañeza por el hecho de que únicamente ahora, cuando el pronunciamiento del Tribunal le resulta contrario a sus intereses, califique al Magistrado de "enemigo velado", y esto, "después de siete años de distanciamiento silencioso e inofensivo" (fl. 301).

Se considera

Ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades que el concepto de "enemistad grave" de que trata el numeral 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, debe ser un sentimiento recíproco, pues, si es unilateral, prospera de modo excepcional cuando es declarado por el funcionario, quien evidenciaría, de esa manera, que no contaría, frente al caso concreto, con la serenidad de ánimo y la absoluta desprevisión con que deben actuar los administradores de justicia, en orden a una imparcial y justa decisión.

No es este el caso que se dilucida, pues el funcionario recusado no solamente ha desechado esa enemistad, sino que, con nobleza y sinceridad, destaca las cualidades de quien lo considera su enemigo.

Debe precisarse, además, que si la enemistad alegada es rechazada por el Juez o Magistrado o no aparece de autos con carácter manifiesto, se impone para el recusante la inexcusable obligación de acompañar la prueba de los hechos en que la fundamenta.

La recusación formulada por el doctor Jesús Ignacio García Valencia contra el doctor Joaquín Mosquera Irurita se encuentra desprovista de los requisitos indispensables para su prosperidad. En efecto, el actor, sin precisar siquiera la causal que considera aplicable, se limita a expresar en forma subjetiva, esto es, recurriendo a personales deducciones, que el Magistrado "siempre ha demostrado una apasionada y ostensible animadversión contra el suscrito", afirmación, como ya se dijo, carente de sustento probatorio y lejana de ser ostensible.

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declara infundada la recusación propuesta por el doctor Jesús I. García Valencia contra el doctor Joaquín Mosquera Irurita, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, quien deberá proseguir en el cono- cimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón
Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna
Gómez, Servio Tulio Pinzón Durán, Alfonso*

*Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto,
Darío Velásquez Gaviria.*

*Alberto Mora Cogollos
Secretario.*

INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE UN FUNCIONARIO DE LAS DECISIONES TOMADAS POR UN SUPERIOR JERARQUICO

Su no acatamiento puede ser comportamiento delictuoso

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 8 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 060.

Vistos

A virtud de apelación oportunamente interpuesta por el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Pasto, debidamente concedida, corresponde a la Corte revisar el auto de esa Corporación de 20 de febrero del año en curso, por medio del cual se abstuvo de iniciar investigación contra el doctor Guillermo Chamorro, Juez 2º Penal del del Circuito de Ipiales, por el delito de prevaricato.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha manifestado su conformidad con la decisión recurrida y solicitado a la Corte en consecuencia, su confirmación.

Resultandos

Los hechos básicos origen de la actuación y fundamento de la decisión recurrida son los siguientes, correctamente precisados por el Tribunal:

“...el doctor Guillermo Chamorro R., Juez Segundo Penal de Circuito de Ipiales, luego de cerrada la investigación en el sumario que se adelantó contra Aquiles Gerardo Contreras Narváez, calificó la investigación y se pronunció con un sobreseimiento de carácter definitivo. Rigurosamente, como tenía que acontecer, la decisión referida fue consultada con el Tribunal y dentro

del trámite señalado, el Fiscal que lo era el mismo quien ha pedido esta investigación, fue de la opinión que la consulta se debía resolver confirmando el sobreseimiento...”

“...Con razones que no es del caso discutir en esta oportunidad, la respectiva sala apartándose respetuosamente de lo que pensó el Ministerio Público, dejó sin valor alguno la decisión del *a quo* y en su lugar residenció en juicio criminal por el delito de violencia carnal al precitado Contreras Narváez...”

“...Después de agotado el trámite correspondiente a la causa, el Juez del conocimiento, que se repite lo era el doctor Guillermo Chamorro R., finalizó su actuación condenando a Contreras Narváez, por el delito de violencia carnal, a la pena de veintiséis meses de prisión y las pertinentes sanciones accesorias. Esta determinación obviamente fue consultada y el Tribunal en su Sala de Decisión, apartándose por completo del pensamiento del señor Agente del Ministerio Público, la confirmó en su totalidad...”

Considerandos

Resultan notoriamente infundadas las razones que el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pasto adujo para pedir a la Corporación que iniciara investigación criminal contra el Juez 2º Penal del Circuito de Ipiales, doctor Guillermo Chamorro.

Según la tesis del Fiscal, en efecto, el Juez incurrió en el delito de prevaricato sólo porque dictó sentencia condenatoria en el proceso que adelantó contra Aquiles Gerardo Contreras Narváez, por violencia carnal, siendo que, de una parte, le había sobreseído definitivamente al calificar el sumario y ninguna diligencia había practicado en el juicio que le permitiera modificar su criterio inicial y, de otra, se había limita-

do en la sentencia a acoger los planteamientos hechos en el auto por medio del cual el Tribunal había revocado el sobreseimiento y llamado a Contreras, sin exponer los suyos propios.

La providencia contraria a la ley que aparece proferida por el Juez dentro del proceso contra Aquiles Gerardo Contreras, por violencia carnal, no es, sin embargo, la sentencia contra la cual reclama el señor Fiscal, que fue confirmada por el Tribunal, sino el auto de sobreseimiento definitivo que había pedido confirmar y que resultó ser calificación indebida, aunque equivocadamente proferida por el Juez y por ello justamente revocada por el Tribunal.

De la circunstancia de que durante la etapa probatoria del juicio no se hubiese practicado prueba o diligencia alguna que modificara la situación del procesado, de otra parte, solo puede deducirse la conclusión de que conservaban todo su poder y mérito las analizadas por el Tribunal para declarar plenamente demostrado el delito y la autoría del acusado y no, como equivocadamente parece entenderlo el señor Fiscal, la de que se mantenían incólumes las consideraciones del Juez hechas en el auto de sobreseimiento revocado.

Lo que puede llegar a ser delictuoso, además, es la rebeldía de los funcionarios judiciales frente a las decisiones de un superior jerárquico o el desconocimiento de sus providencias debidamente ejecutoriadas y no, desde luego, su respeto y su acatamiento, propios de una rama jerarquizada del poder público, como la judicial.

La falibilidad de los hombres y, por consiguiente, la de los jueces es, finalmente, principio universal, fundamento de la institución de la doble instancia en los procesos judiciales y de algunos remedios legales, del recurso de reposición, por ejemplo, cuya reconocida e indiscutible finalidad es la de permitir que, sobre una misma situación fáctica ya considerada, puedan los funcionarios que se han equivocado revocar determinaciones suyas anteriores y, si es el caso, proferir otras totalmente diferentes.

Como muy acertadamente lo ha señalado en esta instancia el señor Procurador 3º Delegado en lo Penal, no hay nada ilícito ni delictuoso en el comportamiento del Juez Guillermo Chamorro.

“...Es incuestionable, como lo considera la providencia inhibitoria motivo de consulta, que la actuación cumplida por el doctor Guillermo Chamorro R. y con la cual no se aviene el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Pasto, tanto en su forma como en el fondo es un acto

judicial jurídicamente impecable que por lo mismo carece del presupuesto básico objetivo para que se diera el posible delito denunciado o sea que fuera contrario a la ley. En resumen, no existe en el caso de autos el elemento objetivo propio del delito de prevaricato comisivo...”.

“...Tampoco para proferir la ameritada decisión era necesario que se hubieran producido nuevas pruebas en el plenario, como lo entiende el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior, pues le bastaba al señor Juez acoger como valederas las reflexiones que había tenido en cuenta el superior para revocar el primitivo sobreseimiento y actuar en consecuencia, conducta que es la más ajustada al procedimiento por consultar la verdadera finalidad de la institución de las dos instancias establecidas por la ley...”.

“...De otro lado, la simple lectura de las piezas procesales allegadas al expediente revela sin dificultad la hondura y seriedad de los análisis que en torno al tema suscitado en el proceso contra Aquiles Gerardo Contreras hicieron los falladores de primera y segunda instancia, lo que descarta la presencia de la más pequeña irregularidad por parte del acusado. El solo cambio de criterio de éste no torna ilícito lo que, según se dejó visto, estuvo ajustado a la ley...”.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRMA el auto apelado.

Notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

El suscrito, tal como lo manifestara en el salvamento de voto presentado en el proceso seguido contra Hernando Huertas Vargas, por homicidio, y en el cual actuó como ponente el honorable Magistrado Luis Enrique Romero Soto (mayo 21/80), reitera su criterio en el sentido de advertir que la jurisdicción penal militar, en tiempos de guerra exterior o conmoción interior o de anormalidad, sólo puede conocer de pro-

cesos seguidos a militares en servicio activo, entendiéndose por militares a quienes sirvan en el ejército, fuerza aérea y marina. Los artículos 27-2, 61 y 168 de la C. N., según su interpretación axiológica, histórica y gramatical, no dan margen a que los organismos castrenses conozcan de procesos adelantados contra los civiles, ni menos que un organismo de esta naturaleza reúna simultáneamente facultades militares y judiciales. Así mismo conviene en recalcar que la policía no puede calificarse de entidad militar, y por tanto, está por fuera de la jurisdicción penal castrense (artículo 21, 166, y 157 Constitución Nacional; Código Nacional de Policía, artículos 1, 2, 34, 47; y Decretos 1835 y 1776 de 1979). Finalmente, la decisión de la Corte de 20 de sep-

tiembre de 1973, en la cual se origina la viciosa asimilación de la policía a los organismos estrictamente militares y la no menos perjudicial facultad de permitir a la justicia penal castrense que conozca de procesos seguidos contra los civiles o la policía, ha perdido eficacia por la derogatoria de algunos de los textos sobre los cuales se hizo tal pronunciamiento.

Hasta tanto se produzca este ansiado cambio de doctrina, y a motivarse se encamina esta aclaración, debe acatarse la decisión de la Corte Plena. Por ello se concurre a la adopción de esta providencia.

Alfonso Reyes Echandía
Magistrado.

NULIDADES CONSTITUCIONALES O SUPRALEGALES

La Corte reitera su doctrina en el sentido de que no cualquiera informalidad o defecto procesal quebranta los derechos constitucionales consagrados en el artículo 26 de la Carta fundamental. La violación de las formas propias del juicio hace relación a las actuaciones u omisiones de los jueces y no a las de los apoderados o defensores

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 8 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 060.

Vistos

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante sentencia de 7 de julio de 1979, confirmó, sin modificaciones, la de primer grado por medio de la cual el Juzgado Primero Superior de Sogamoso condenó a Miguel Fernández Gómez a la pena principal de quince (15) años de presidio y a las accesorias correspondientes como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado que le fue imputado en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el procesado, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual su defensor y apoderado especial presentó la correspondiente demanda, que fue estimada, formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultandos

I. Los hechos fundamentales materia del proceso aparecen correctamente indicados por el Tribunal en los siguientes términos:

“...Relatan las constancias procesales que el martes veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y seis, fecha en la cual se desarrollaba

el mercado tradicional en la ciudad de Sogamoso, Nicolás Torres Mesa, llegó hasta la plaza de mercado, la cual está ubicada en la carrera 20 con la calle 13 de la nomenclatura de la ciudad antes mencionada, con el propósito de vender un poco de maíz, producto de su pequeña labranza e igualmente se hicieron presentes Miguel Fernández Gómez, su cuñado, Cristo Gutiérrez, con el objeto de vender algunas cargas de papa. En desarrollo de esta labor, ingirieron algunas bebidas estimulantes, y a eso de las dos de la tarde, mas o menos, hizo su aparición en el mismo lugar Alvaro Torres Alvarez, hijo de Nicolás Torres Mesa, quien se desempeña como Agente de la Policía Nacional. Al notarse su presencia por Miguel Fernández, este lo llamó para que le aceptara una cerveza, invitación que fue despachada favorablemente, y cuando la apuraba, Miguel se dio a la tarea de lanzarle algunas sátiras y a manotearle la carabina de dotación oficial, tratándolo de quitársela, cosa que ofendió a Alvaro y entre esos se originó una reyerta a puñetazos que fue disuelta por la intervención de otros agentes del orden, que patrullaban el lugar, quienes se llevaron a su compañero de la plaza de mercado hacia el centro, quedando Fernández Gómez en la plaza, en donde lanzaba toda clase de improperios contra Alvaro Torres, por haberlo golpeado. A eso de las cinco a cinco y media de la tarde del día mencionado, Nicolás Torres Mesa, padre del Alvaro, y quien no había intervenido en la pelea que tuvo su hijo, se hallaba solo, en el toldo que posee Alirio Piragauta Fonseca, sentado en una banca, ingiriendo un pedazo de carne y algunas papas, cuando inesperadamente y sin ofensa de ninguna naturaleza fue atacado por Miguel Fernández Gómez, quien le propinó tremenda puñalada en el torax, produciéndole la muerte en forma inmediata. Una vez realizada la

acción criminosa, el inculpado Fernández Gómez, se dirigió a paso largo hacia su casa de habitación y al día siguiente fue capturado por unidades del F 2. Conocidos los hechos por las autoridades de la ciudad, abrieron la investigación que sirvió de base a la formación de este proceso...” (fls. 6 a 7 edno Tribunal).

II. La sentencia ha sido 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:

Causal 4ª:

“...Haciendo un detenido análisis de los actos procesales, dentro de este juicio se observa, que el hoy sentenciado Miguel Fernández Gómez, no tuvo una persona idónea para su defensa, es así como desde el momento de su indagatoria, fue asistido por apoderados de oficio; lo mismo ocurrió en las diligencias de filas de personas, careos, etc., hasta llegar a la reconstrucción de los hechos, diligencia que fue asistida por un profesional del derecho, que no se notó su intervención, razón por la cual no fue consignado el cuestionario para los señores peritos, dentro de la diligencia; y por lo tanto no debatió el cuestionario, se pidió ampliación y no existe el concepto pericial...”

“...Con este acto, prácticamente se perfeccionó la instrucción y se llegó a la calificación del delito, sin que mi poderdante hubiera podido defenderse por medio del debate jurídico; y lógicamente el equilibrio y los principios del derecho enunciados en las normas registradas en la causal primera, como son: el artículo 335, 334 y demás del Código de Procedimiento Penal, que hablan del principio de equidad, no se tuvieron en cuenta para el llamamiento a juicio. Es cierto, que mi mandante apeló el auto de proceder en el cual se llamaba a responder a juicio por el delito de homicidio agravado o asesinato...”

“...Al no existir sustentación del recurso, la Fiscalía Primera del honorable Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, en un concepto idóneo, pidió que se calificara el delito como un homicidio simplemente voluntario; sin embargo el Tribunal confirmó la tesis del Juzgado Primero Superior de Sogamoso. Aparece en el juicio, la defensa oficiosa dentro de la audiencia pública. Los jueces de conciencia en su veredicto manifiestan que sí es responsable por homicidio simplemente voluntario; sin embargo el Juzgado resolvió declarar contrario a la evidencia de los hechos. Nuevamente sin defensa, mi poderdante

llega hasta la otra audiencia pública, y los jurados de conciencia que no distinguen, porque no son doctos en derecho, condenaron con su veredicto a este ciudadano; quien no obró en las circunstancias como calificó el Juez el delito...” (fls. 15 a 16).

Causal 1ª:

“...Nuestro derecho reconoce la ley escrita, sea en el sentido formal, o en el sentido material con las características de ser general, unipersonal y obligatoria. Es precisamente el hecho de haber enunciado esta causal, como fundamento para proponer la demanda de casación considerando que, se ha violado la ley sustancial en varios artículos por aplicación indebida y por errónea interpretación...”

“...Se ha probado y consignado en autos que mi poderdante, el día de los hechos fue agredido físicamente por el hijo de la víctima Alvaro Torres Alvarez, causándole una lesión en la parte izquierda de la cabeza, contundencia que le hizo emanar sangre del oído izquierdo. El mismo procesado en su injurado relata este hecho, lo mismo que el señor José del Cristo Gutiérrez Gómez, visto a los fls. 24 y 25, de igual manera José Alirio Piragauta Fonseca, fls. 44 y ss., su hijo Gabriel Alfonso Piragauta, lo confirma fls. 47 y ss. También dice el señor Alvaro Montañez Pérez y Segundo Montañez Pérez, en el folio 135 y en especial Luis Eduardo Meneses, visto al folio 259 del cuaderno principal...”

“...Es decir que este hecho produjo en mi poderdante, un estado de ira e intenso dolor. Por otra parte, también se consigna que, mi poderdante desde horas tempranas había ingerido bebidas alcohólicas y onnubilaron su conciencia; y con estos dos ingredientes el alcohol y la contundencia del golpe en la cabeza, forjaron un estado de semi-inconciente en la persona del hoy sentenciado Miguel Fernández Gómez. Digo lo anterior, porque se trata de un individuo, según la descripción del médico legista, visto a los fls. 181 y ss. de fonotipo mestizo, pobre económicamente, como también en instrucción y cultura, su inteligencia concuerda con el grado de instrucción. Como antecedentes traumáticos, recibió golpes en la región occipital hace ya varios años, y en la región auricular el día de autos; sufre cefaleas globales frecuentes, y cuando ingiere bebidas alcohólicas, sufre de confusión y de amnesia fugaz, se exalta, se extrovierte, es impulsivo y agresivo, por cuanto desinhibe su personalidad, se debe interpretar como confusión ética, y que es frecuente en caracteres pasivos, como el procesado. Lo más importante consignado en autos

por el médico legista, es la conclusión que mi mandante obró en estado de *intoxicación alcohólica aguda...*”.

“... Con lo que acabo de exponer, da la razón de impugnar el fallo, por cuanto no se interpretó el estado y las circunstancias en que se encontraba mi poderdante al cometer el hecho, y que son precisamente las expresadas en el artículo 28 en concordancia con el artículo 38, numeral 5º del Código Penal...” (fls. 11 a 13).

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con base en las siguientes consideraciones:

Causal 4ª.

“... En síntesis, la tacha a la sentencia formulada por el recurrente dentro del ámbito de esta causal de casación, se fundamenta en que el procesado no tuvo una asistencia adecuada de abogado titulado, en el curso del sumario y releva la ausencia de un profesional del derecho tanto en la diligencia de indagatoria como en la de reconocimiento en fila de personas...”.

“... Debe observarse en primer término que si bien las citadas diligencias revisten marcada importancia dentro de una investigación, en el presente caso no se planteó en ningún momento duda alguna sobre la identidad del autor del hecho criminoso ni las circunstancias que lo rodearon puesto que existe una prueba testimonial clara y abundante. Además, como bien se consignó en las actas correspondientes, la ausencia de abogado titulado la suplió legalmente el funcionario instructor nombrado a cambio de personas cuya honorabilidad no es discutida y en obediencia a lo establecido por los artículos 123 y 407 del Código de Procedimiento Penal...”.

“Crítica también el recurrente que en la diligencia de reconstrucción de los hechos no hubieran los peritos resuelto ningún cuestionario y la inactividad del apoderado, pero tanto en esta diligencia como en las anteriormente mencionadas no se observa irregularidad alguna que afecta el derecho de defensa del procesado. Como bien lo ha expuesto en forma reiterada la honorable Corte, corresponde al actor demostrar la trascendencia de la irregularidad que se alega y su influencia decisiva en la sentencia, lo cual no logra la demanda en estudio...”.

“... De otra parte en la etapa de la causa el procesado ejerció su derecho de defensa en algunas ocasiones por sí mismo y en otras por intermedio de sus apoderados. En el expediente existe la constancia respectiva sobre la interposición

de recurso y solicitud de pruebas, que le fueron atendidas y como le fue designado como defensor de oficio inicialmente al doctor José Antonio Jiménez quien intervino en la primera audiencia y quien luego de declararlo contraevidente el primer veredicto, fue reemplazado por el doctor Oliverio Bohórquez Riaño, quien asistió al procesado en la audiencia subsiguiente...”.

“... Significa lo anterior que en opinión de este despacho ninguna de las garantías que la Constitución Nacional ofrece al procesado sufrió menoscabo alguno y por lo tanto, el cargo carece de fundamento y debe rechazarse...”.

Causal 1ª.

“... En el marco de la causal primera de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, apoya el actor su reclamo y sostiene que se aplicó indebidamente la norma de derecho sustancial (artículo 363 ord. 6º), pues según su particular concepto se debió aplicar en la sentencia el artículo 362 en armonía con el artículo 28 del Código Penal...”.

“... La aplicación de una y otra norma fue suficientemente debatida en el proceso sin que se hallara respaldo a ella dentro del haz probatorio, por lo que fue desechada tanto en el auto de proceder como por el jurado de conciencia, lo cual explica con claridad que el sentenciador en las dos instancias se hubiera pronunciado como era su deber condenando al procesado por homicidio agravado atendiendo el vocatorio a juicio y la decisión de los jueces de conciencia...”.

“... En las instancias se rechazó con sobrada razón la aplicación de la atenuante de responsabilidad (artículo 28 Código Penal) puesto que la víctima no aparece en el proceso desarrollando actividad alguna que pudiera calificarse como provocación grave e injusta al procesado, ya que el altercado que menciona el recurrente acaecido con horas de anterioridad al hecho delictuoso se suscitó entre el encausado y un hijo, de quien resultara víctima, circunstancia ésta completamente establecida y que impide aceptar la tesis de la provocación esgrimida por la defensa...”.

“... Tampoco es admisible el argumento del actor en cuanto se refiere al ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal para expresar que en dicho evento la ley exige que el agente del delito haya puesto previamente a la víctima en estado de indefensión, lo cual no corresponde en sana lógica a lo establecido por la ley en la citada causal de asesinato, puesto que en ella se menciona es la inferioridad del ofendido no procu-

rada por el agente sino aprovechada por él, con cobardía, 'deslealtad' o falta de sentido moral, como lo ha expresado en numerosas ocasiones la jurisprudencia, y que en el presente caso aparece evidente puesto que la víctima fue atacada cuando se hallaba completamente desprevenida ingiriendo unos alimentos...".

"...Concurre con la falta de fundamento jurídico de la demanda, la deficiencia en la técnica que disciplina esta causal, puesto que si el recurrente plantea su reclamo dentro de los delineamientos de la violación directa de la norma sustancial por aplicación indebida, debió admitir los hechos tal como los declaró probados el sentenciador, pero por el contrario, los desconoce y discute, con lo cual llega al error de confundir la violación directa con la indirecta, cuestionando las pruebas aducidas al proceso y bien es sabido que, la sentencia proferida con base en el veredicto del jurado y de acuerdo con el auto de proceder, se hace inatacable por la violación indirecta de la ley sustancial prevista en el cuerpo segundo de la causal primera de casación...".

Considerandos

Causal cuarta:

1. *La nulidad con rango de violación del derecho constitucional que ha venido reconociendo la Corte se refiere, no a las informalidades o simples defectos procesales, para los que el propio código de procedimiento prescribe las sanciones correspondientes, sino al quebrantamiento de uno cualquiera de los cuatro presupuestos que el artículo 26 de la Constitución señala para el juzgamiento de las personas, esto es, a ser juzgadas conforme leyes preexistentes al acto que se imputa, a serlo por el Tribunal legalmente competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y mediante la aplicación de las leyes permisivas o favorables que lleguen a promulgarse con posterioridad a la ocurrencia del hecho.*

De estas cuatro hipótesis constitucionales, a la que se refiere el casacionista es a la concerniente a la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, que se reputa vulnerada por el recurrente en el supuesto de que los apoderados y el defensor anterior del condenado no desplegaron la diligencia y cuidado que era menester para su adecuada defensa.

Las cuestiones así planteadas no se refieren, pues, a la falta absoluta o total de los medios de defensa del procesado, que tuvo éste; ni a la

vulneración de sus derechos y garantías procesales, que le fueron reconocidos; ni a la falta de observancia de los trámites y términos que la ley prescribe para dar curso a la actuación, que fueron cumplidos, factores que dependen de las autoridades, cuya inobservancia ha venido sancionando la Corte, sino que se remiten a las actuaciones cumplidas por los apoderados y el defensor anterior del procesado, respecto de las cuales no se afirma que estos no realizaron ninguna, sino que han debido desarrollar otra u otras, o cumplirlas con mayor frecuencia o mas oportuna o decidida o inteligentemente, que son factores que dependen del criterio personal del abogado sobre la oportunidad, viabilidad, procedencia o justicia de sus intervenciones y, al margen de estas consideraciones, que dependen incluso de la capacidad, inteligencia, sagacidad y sentido analítico de que disponga el defensor, cuestiones todas cuya índole escapa al dominio de los jueces y particularmente al de la Corte en casación.

Como esta Corporación lo ha sostenido de tiempo atrás, las llamadas nulidades constitucionales o supralegales son aquellas que atacan "las bases mismas de la organización judicial", (Sent., 11 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 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 supralegales 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 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 materia 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).

Las circunstancias de que los apoderados o defensores estimen inconveniente la presentación de extensos alegatos, o perjudicial la interposición de recursos, o innecesaria e improcedente la solicitud de pruebas, es asunto que la ley ha dejado al prudente juicio de las personas que intervienen en el proceso penal, quienes pueden proceder como estimen que mejor conviene a sus intereses, sin que por que actúen en una u otra forma o dejen de hacerlo, se quebrante la estructura del proceso o se haga nugatorio el derecho de defensa; lo que constituye violación de las formas propias del juicio son las actuaciones u omisiones de los Jueces o Magistrados que rechazan indebidamente los alegatos, extensos, o no, presentados por las partes, o niegan la concesión de recursos a que éstas tienen derecho o la práctica de pruebas que están legalmente obligados a decretar o a practicar.

Por lo demás, no corresponde a la Corte hacer la calificación de la habilidad de los abogados, ni aplaudir o censurar la estrategia utilizada por estos en el cumplimiento de su misión dentro del proceso.

No prospera, pues, el cargo.

Causal primera:

1. 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, sobremanera cuando el ataque se formula por violación indirecta de la ley sustantiva, sea que se haga por apreciación errónea, ora se funde en falta de apreciación de alguna o algunas pruebas, ya se alegue que se dio a estas un mayor alcance del asignado por la ley, fundamentalmente porque en los juicios en que interviene el jurado éste no está sujeto a la tarifa legal de la prueba, como lo están, por regla general, los jueces de derecho, de modo que los jueces populares gozan del más 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 260 íbidem).

De otra parte, gozando, como goza la decisión del jurado de conciencia de la presunción de veracidad que la ley le ha otorgado (que califica de veredicto, es decir, declaración de la verdad), contra ésta no puede oponerse por los jueces de derecho sino la declaración de contraevidencia (artículo 565 íbidem), solo posible en las instancias y ajena, por consiguiente, al recurso de casación.

La demanda formulada a nombre del procesado Fernández Gómez, pretende reabrir un debate sobre el valor de las pruebas del proceso, que ya fue cumplido durante el desarrollo de la audiencia pública de la causa, debate como resultado del cual el jurado de conciencia declaró la responsabilidad penal del procesado como autor de los hechos que le fueron imputados en el auto de proceder.

La demanda es, en consecuencia, claramente improcedente, por manifiesto error en la invocación de la causal alegada.

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 in-

tervenir 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...''

Dispone el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que 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 especifiquen, lo que significa que solo pueden incluirse en los cuestionarios y considerarse en la sentencia, circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad que hayan sido previamente indicadas en aquella providencia o declaradas en el veredicto.

En el auto enjuiciatorio se imputó un homicidio agravado, y en esa forma se construyeron los cuestionarios, por cuanto se adecuaron los hechos al tipo del artículo 362 en concordancia con el artículo 363, por concurrir la circunstancia del inciso 6º, a causa de haberse cometido el homicidio abusando el agente de las condiciones de inferioridad personal en que se encontraba la víctima; en ese sentido se pronunció el jurado de conciencia.

Cuando existe concordancia entre el auto de proceder, los cuestionarios, el veredicto y la sentencia, ésta es inatacable en casación.

2. 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 inconciencia, 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 colocarle 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" (sentencia 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.

3. En el Derecho Penal Colombiano, de otra parte, la intoxicación crónica producida por el alcohol no está considerada como causal de irresponsabilidad y la embriaguez voluntaria, de naturaleza transitoria, apenas como circunstancia de menor peligrosidad, sólo "cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas".

Al respecto ha dicho la Corte:

"...La experiencia cotidiana demuestra que no todos los borrachos cometen delitos, y que cuando incurren en ellos, la raíz de su delincuencia debe buscarse más bien en las tendencias e inclinaciones del sujeto, y no en la embriaguez, que apenas viene a ser la ocasión o el modo de manifestarse la peligrosidad del agresor. 'Mientras en los individuos no predispuestos a la criminalidad —dice el profesor Di Tullio—, la intolerancia del alcohol, aunque cause perturbaciones de todo género y las más diversas formas de astenia o de leve excitación sicomotriz, no es generalmente peligroso en cuanto no provoca actos delictivos sino en casos del todo excepcionales, en los intolerantes predispuestos al delito, el alcohol actúa, en cambio, vigorizando las varias aptitudes criminosas y favoreciendo su realización...''

"...Por eso el Código Penal consagra como circunstancia de menor peligrosidad la embriaguez, únicamente cuando el agente 'no haya podido prever sus consecuencias...' (Cas., 6 marzo 1956, LXXXII, 346).

Tampoco prospera, en consecuencia, ninguno de los cargos a que se refieren las consideraciones anteriores.

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 Primero y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia de origen y fecha indicados en esta providencia.

Gómez, Gustavo Gómez Velásquez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO

Este delito exige pronunciamiento de providencia contraria a la ley, y esto no ocurre cuando la ambigüedad en la redacción de las cláusulas de un contrato propicia equivocada interpretación de su verdadero alcance

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 8 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 60.

Vistos

Debe la Sala decidir sobre apertura de investigación en razón de la denuncia presentada por la señora Ligia Calderón de González, contra los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, doctores Sergio Rivas Rentería, Mauricio Valencia López y Hugo Hernán Aragón Torres.

Hechos

Al conocer en segunda instancia de la providencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, en la que se libró mandamiento ejecutivo contra Jaime Arizabaleta y otros, los magistrados denunciados revocaron tal determinación mediante auto del 29 de noviembre de 1979, que la denunciante considera ilegal y por ende constitutivo de infracción penal.

Resultandos y considerandos

1. Sostiene la denunciante que en un contrato de promesa de cesión de derechos suyos, los prometientes cesionarios se comprometieron a pagarle intereses mensuales hasta cuando se cancelara la respectiva obligación representada en letras de cambio, y que como estos no cumplieron, procedió a demandarlos por la vía ejecutiva; que el

Juez de Primera Instancia dispuso la respectiva ejecución y que el Tribunal revocó tal decisión mediante la ilegal providencia suscrita por los magistrados denunciados.

2. En el auto del Tribunal se afirma que conforme a las cláusulas quinta y sexta del contrato de cesión, ha debido suscribirse la respectiva escritura pública en el plazo de un año contado a partir de la fecha en que se suscribió la promesa, que los prometientes cesionarios se obligaron a cancelar el precio total de la cesión cuando se firmase dicha escritura, y que como a la demanda no se allegó prueba de que tal escritura se hubiese suscrito, la obligación alegada no aparece exigible ya que estuvo sometida a la condición suspensiva de la firma de dicha escritura. Y como la suma por la cual se ejecutó la promesa de cesión, dice el auto del Tribunal "consiste en intereses del precio pactado en el contrato, es lógico que la obligación de pagar intereses también esté cobijada por la condición suspensiva que cobija a la obligación principal que le da origen".

3. Se comprobó durante el periodo de indagatoria preliminar que los doctores Rivas Rentería, Valencia López y Aragón Torres, desempeñaban el cargo de magistrados de la Sala Civil del Tribunal de Cali, para la época de los hechos.

4. *La verdad es que el contrato en cuestión contiene para los prometientes cesionarios dos clases de obligaciones: una principal —la del pago total de lo pactado por la cesión de derechos sometida a la condición suspensiva de la firma de la escritura un año después de la fecha en que se suscribió aquella promesa; y otra aparentemente accesoria —la del pago mensual de intereses exigible a partir de la firma del contrato de promesa y hasta la fecha de la cancelación de las letras de cambio que garantizaban el pago de la cesión.*

5. Sin embargo, la no muy clara redacción de las cláusulas del contrato precitado, llevó a los magistrados a la conclusión de que los intereses se pactaron respecto de la obligación de pagar el valor de la cesión y entonces, con tácito fundamento en el viejo aforismo romano de que las obligaciones accesorias siguen la suerte de la principal, concluyeron que no demostrada esta, aquella no era exigible.

6. El prevaricato que se imputa a los Magistrados supone pronunciamiento de providencia contraria a ley, es decir, violatoria de expresa normatividad jurídica, y esto no ocurre cuando la ambigüedad en la redacción de las cláusulas de un contrato propicia equivocada interpretación de su verdadero alcance. Fue lo que sucedió en este caso: como se pactaban en el mismo contrato dos obligaciones, una de capital y otra de intereses, supusieron que esta accedía a la primera, y como no encontraron demostrada aquella —y no lo estaba ciertamente— negaron la exigibilidad de la segunda.

7. No es posible, entonces, concluir que en esa operación mental de desentrañar el verdadero sentido del contrato, los magistrados acusados hubiesen violado ley alguna, aunque ha de reco-

nocerse que no acertaron en su pretensión; fútil es el hombre por ser hombre; y mal podría erigirse esa característica suya en fundamento de ilicitud o iniquidad.

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

Resuelve:

Abstenerse de iniciar sumario contra los doctores Sergio Rivas Rentería, Mauricio Valencia López y Hugo Hernán Aragón Torres, Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, por los cargos que se le formularon.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTOS DEL JURADO. INTERPRETACION

En qué casos son contradictorios y cuándo hay ausencia de los mismos.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 8 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina*.

Aprobado: Acta número 59, julio 3 de 1980.

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis María Muñoz Santanilla, contra la sentencia de 9 de noviembre de 1977, mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó la del Consejo de Guerra Verbal convocado por el Comando del Departamento de Policía Boyacá y que condenó a aquél por los delitos de homicidio culposo, insubordinación y contra funcionarios públicos, pero modificándola en el sentido de que la pena principal sería la de cinco (5) años de prisión, más las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, pérdida de la patria potestad si la tuviere por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad y separación absoluta de las Fuerzas Armadas.

El recurso se admitió por auto de 2 de marzo de 1978, y dentro del término legal fue presentada la correspondiente demanda, la que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley.

Hechos y actuación procesal

Los primeros, con estricta sujeción a la realidad procesal, los resume la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional así:

“...Tuvieron ocurrencia en Otanche (Boyacá), en las horas de la noche del 14 de octubre de 1975, aproximadamente a las nueve y media, cuando desde horas antes había estado departiendo y tomando licor con el señor Subteniente de la

Policía José Santos Muñoz Núñez, a quien acompañaban otras personas, luego de haber desarmado a uno de los acompañantes del Oficial y de que éste intervino para que el arma le fuera devuelta, optó, cuando el indicado Teniente se disponía tomar un campero del ejército para ausentarse del lugar, por criticar que ocupara tal vehículo, lo que hizo con palabras soeces dirigidas a su superior, terminando por asirlo de uno de sus brazos llevándolo algunos pasos adelante para proceder a tratar de quitarle una pistola ametralladora marca UZI de la dotación del Oficial, acto al cual opuso resistencia éste, y que dio origen a un forcejeo entre ellos, en desarrollo del cual el arma fue disparada con tan mala suerte que hirió mortalmente al Subteniente Muñoz Núñez, quien seguidamente falleció. Al ocurrir lo anterior, el suboficial arrojó el arma, que cayó al lado del cadáver. Posteriormente llegó al lugar de los hechos el señor Juez Promiscuo Municipal, de la indicada población a practicar el levantamiento del cadáver, diligencia que no fue permitida por el Suboficial. Y poco después, cuando el señor Capitán del ejército Nacional Henry Hernández Vásquez, quien era el Comandante de la Batería Santa Bárbara y de la Zona de Orden Público (dentro de la cual se encuentra Otanche), como Jefe Operativo, ordenó el acuartelamiento de la Policía del lugar, de la cual era comandante el Suboficial Muñoz Santanilla, de nuevo el citado Suboficial se opuso a ello...”

Por Resolución número 0011 de 15 de marzo de 1977, el Comando del Departamento de Policía Boyacá, convoca Consejo de Guerra Verbal para juzgar al Cabo Primero Luis María Muñoz Santanilla, por los delitos de homicidio, insubordinación y contra los funcionarios públicos. El 10 de mayo de ese año se realiza el juzgamiento para lo cual el Comandante de la Unidad de Policía y Presidente del Consejo somete a la consideración de los vocales elegidos previamente

tres cuestionarios con los números 1, 2 y 3 correspondientes en su orden a los referidos delitos, habiendo obtenido veredicto afirmativa.

El cuestionario atinente al homicidio, reza:

“El acusado, Cabo Primero de la Policía Nacional (r), Luis María Muñoz Santanilla, de condiciones civiles y calidades policiales acreditadas en el proceso, es responsable, sí o no, de haber causado la muerte con intención de matar al señor Subteniente José Santos Muñoz Núñez, al disparar por una vez la carabina ‘Uzi’ número 786 de dotación del Oficial fallecido ocasionándole la lesión que describe la necropsia y que fue la causa determinante de su deceso, hechos ocurridos con ocasión o por causa del servicio o de funciones inherentes al cargo cuando el acusado se proponía desarmarlo, en la zona urbana del Municipio de Otanche a eso de las nueve y veinte minutos de la noche del 14 de octubre de 1975, época en que se desempeñaba el Suboficial como Comandante de esa estación de Policía”.

El veredicto no fue unánime, pues mientras uno de los vocales afirmó la responsabilidad con el propósito de matar, los otros fueron contestes en afirmar la responsabilidad, pero negando ese propósito. La decisión mayoritaria, interpretada como acusante de un homicidio culposo, fue acogida por el juzgador en sentencia de primera instancia fechada 24 de mayo de 1977, por la que el procesado es igualmente condenado como autor de delitos de insubordinación y contra los funcionarios públicos, ya que por estos también fue acogida la determinación afirmativa de responsabilidad expresada por los vocales unánimemente. Apelado por ante el Tribunal Superior Militar el fallo del Juez de la causa, es proferida la sentencia confirmatoria materia del recurso de casación.

La demanda

El censor, luego de reseñar los hechos y la tramitación procesal, invoca la causal 3ª de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues considera que la sentencia fue dictada sobre un veredicto contradictorio.

Para fundamentar el cargo, expresa:

“...El veredicto citado, no es un veredicto contraevidente, ni es nuestro propósito enjuiciar la justicia o acierto que haya podido tener. Sabido es que los ritos de este recurso extraordinario no nos permiten tal postura. Lo que pretendemos es mostrar que veredictos como este son los típicos *contradictorios* que inspiraron la redacción de la Causal Tercera de casación.

“Y se trata indudablemente de una respuesta contradictoria por las siguientes razones:

“a) Desconoce el principio lógico de contradicción. No es posible ser y no ser al mismo tiempo;

“b) Entraña proposiciones excluyentes entre sí, pues si no hay intención de matar, como lo entendió el *juris*, esta ausencia de uno de los elementos del tipo al que se adecuó la conducta humana, necesariamente se traduce en ausencia de responsabilidad. Y por el contrario, si existe la *responsabilidad* detectada por los señores vocales, debe haberse obrado con intención de matar, como lo cuestiona el cargo, recogiendo los elementos ontológicos de la figura delictiva...

“...Pero hallándose correctamente concebida la redacción del cuestionario, que para el efecto —se repite— es el mismo auto de proceder, correspondía al jurado popular contestar si encontraba o no responsabilidad penal con el lleno de los elementos integrantes del tipo que se incluían en el cuestionario, y de no enfrentarse con la perfecta adecuación, menester era que respondiera: *no es responsable*. Pero al absolver el punto materia de examen, en los términos que lo hizo: *si es responsable, pero sin intención*, debe entenderse la respuesta integrada con la consulta. Y como se cuestionaba la responsabilidad de matar, *con intención* de obtener este resultado, la ausencia de intención expresada por el jurado, se refiere sin lugar a dudas a la de ocasionar la muerte.

“Dicho lo anterior en otros términos, significa que el jurado, en su conciencia advirtió, que en cabeza del procesado Luis María Muñoz Santanilla, únicamente la mera autoría material, sin cargar a su responsabilidad la conducta a título de dolo, que propuesta en el texto del cuestionario, fue de plano descartada...”.

“Con los anteriores presupuestos, fácil es demostrar la *contradicción*; pues o sí es responsable, y esto significa por sí mismo que el agente tuvo la intención de matar, o por el contrario, *no la tuvo*, como asevera el jurado, y al no tenerla, *no es responsable*...”.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Delegado para la Policía Nacional estima procedente el reparo hecho a la sentencia, porque:

“...Es evidente que al hacerse el escrutinio de los veredictos emitidos sobre este cuestionario número uno, se estableció que dos de los vocales dijeron exactamente que el procesado sí era res-

ponsable pero sin intención, en tanto que el tercero se pronunció al respecto diciendo que sí era responsable y añadiendo: 'con intención'. De esta suerte, por mayoría de votos se produjo el veredicto evidentemente contradictorio, por cuanto que las expresiones 'sí es responsable' y 'sin intención', colocadas seguidamente, se destruyen mutuamente.

"En efecto, al decir que sí es responsable el procesado del delito de homicidio, que es, se repite, del que se ocupa el cuestionario número uno, el *juri* ha admitido tanto el aspecto objetivo, como el subjetivo del acto criminoso. Y al agregar que no tuvo intención, vuelve a ocuparse del aspecto subjetivo poniendo en duda la existencia del dolo ya reconocido.

"El veredicto equivale a la siguiente respuesta: Sí es responsable pero no lo es. Y se ve claramente cómo los dos términos de la proposición son inconciliables, ya que uno afirma y el otro niega.

"En presencia de tal veredicto el juzgador de derecho en la primera instancia entró a interpretar al de hecho en cuanto al segundo aspecto de su respuesta. Y terminó haciéndolo decir —que a eso llevó esta interpretación—, que el delito de homicidio porque se juzgaba al Cabo Muñoz Santanilla, tenía el carácter de culposo, lo cual es ciertamente arbitrario. Y con fundamento en tal apreciación, edificó la sentencia que más tarde fue acogida por el *ad quem*, sin que éste advirtiera tal acontecimiento, y entrara por tal razón a producir la confirmación mediante el fallo atacado, confirmación que no se contentó con ser tal, sino que hubo de añadir un año a la pena que acababa de declarar confirmada.

"Lo anterior puede verse claramente en los puntos 1º y 2º de la parte resolutive del fallo atacado en casación, aspecto que no toca, obviamente, la demanda.

"Si pues, a pesar de todas las fallas que acaban de anotarse, esta sentencia se ha edificado sobre el veredicto de que he venido hablando ya que confirma la de primera instancia, es obvio, como anotaba antes, que la acusación que se ha hecho contra ella tiene amplio y total respaldo legal dentro de la presente casación...".

Consideraciones de la Corte

La Corte se aparta del criterio de su colaborador fiscal, pues referente a la respuesta dada mayoritariamente por los vocales al cuestionario número uno no alcanza a advertir la contradicción aducida.

La doctrina tradicional de la corporación ha sostenido que hay contradicción en el veredicto cuando su texto contiene proposiciones que mutuamente se excluyen, porque expresen dos pensamientos que por diversos y contrapuestos, su contenido sea imposible descifrar, en la medida en que de aceptarse uno, el otro, que lo niega, debe desaparecer, rompiendo así la unidad e integridad de la decisión del jurado. Uno de los pensamientos puede estar de acuerdo con los hechos probados, pero si a continuación se expresa otro que por su enunciado contradice, niega o anula el anterior, la veredicción es contradictoria, consecuentemente inexistente, porque los dos pensamientos contrapuestos hacen desaparecer la decisión del tribunal de conciencia. Es más, en sede de casación de 29 de febrero de 1980 anotó que "cuando los términos de una veredicción llevan al juzgador a entender que se ha eliminado el elemento culpabilidad (exclusión de dolo y culpa), pero al mismo tiempo se afirma la responsabilidad del procesado, resulta admisible deducir que los términos de la respuesta son incompatibles, contradictorios y, por tanto, conforman una veredicción inexistente sobre la cual no es posible asentar fallo alguno".

*En el caso ahora sometido al examen de la Corte, la mayoría de los vocales dieron respuesta al cuestionario correspondiente afirmando la responsabilidad del acusado como autor de la muerte del oficial José Santos Muñoz Núñez y negando el propósito de matar. Pero como en el extremo de la contraevidencia corresponde al juzgador confrontar la respuesta del *juri* con la realidad procesal para buscar la conformidad entre los dos términos, momento en que la actividad funcional del Juez de Derecho se confunde con la del de hecho en busca no de la certeza legal sino de la moral (artículo 565 del Código de Procedimiento Penal), así ocurrió en las instancias del asunto sub examine, pues que en la sentencia se hizo amplio examen de la veredicción enfrente del caudal probatorio recogido en el proceso y de la alegación del defensor en el Consejo de Guerra Verbal, para concluir con la admisión de la hipótesis delictual del homicidio culposo, alternativa planteada a los vocales, precisamente, por la defensa y para cuya estructuración no se requiere de la intención o propósito de matar negado por aquéllos.*

La ausencia de veredicto en respuestas como la examinada, solo es deducible en aquellos casos en que resulta moral y materialmente imposible la interpretación, bien sea valiéndose de los propios términos de la veredicción, ora de las ale-

gaciones de los sujetos procesales en el juicio público, del acervo probatorio recogido en la tramitación del proceso, o demás constancias procesales.

En los debates del Consejo de Guerra, si bien el Fiscal demandó de los vocales el reconocimiento del homicidio intencional aludido en el cuestionario número uno, la defensa solicitó la negación del propósito de matar y respuesta admisiiva de la responsabilidad del homicidio, pero con el agregado "en forma culposa o accidental". Por mayoría, los vocales admitieron esa responsabilidad y negaron la intención homicida, sin la aclaración reclamada por la defensa. Tal determinación implica el reconocimiento de la autoría en el homicidio en circunstancias diversas al intencional, porque el animus necandi está excluido de especies de homicidio como el culposo y el preterintencional. Luego no puede ser considerada en ningún caso como absolutoria, y si ninguna constancia procesal permite advertir que la muerte del oficial Muñoz Núñez haya sobrevenido accidental o fortuitamente, o en circunstancias excluyentes de la antijuridicidad, o procediendo el agente con la sola intención de herir, supuesto este último o que ni siquiera fue alegado en el juicio, no resulta un desatino la

interpretación del veredicto como el reconocimiento de un homicidio culposo, fruto de la conciliación de los términos de aquél. Más cuando para determinar los alcances de un veredicto, como lo ha estimado la Corte, el juez "goza de amplios márgenes de discrecionalidad, que no puede vulnerar de buenas a primeras la casación", pues para esto "sería necesario observar un craso error de interpretación o una total apatía por desentrañar el sentido del veredicto".

El cargo, por tanto, no prospera.

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, NO CASA la sentencia recurrida, de fecha y origen anotados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Alvaro Luna Gómez, Servio Tulio Pinzón Durán, Alfonso Reyes Echandía (salvo voto), Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO CONTINUADO FRENTE AL CONCURSO DE DELITOS

Cada una de las conductas que integran la ficción del delito continuado, conforman por sí y naturalísticamente un delito. De no existir la figura, surgiría el concurso material de delitos. Determinación de la cuantía, la competencia y la pena

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 10 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 61, de julio 10/80.

Vistos

Hechos

“... luego de una exhaustiva investigación, escribe el visitador de la Contraloría General de la República, señor Miguel Rodrigo Rey Mora, sobre las operaciones realizadas en la sección de cartera de la entidad Instituto de Crédito Territorial, Seccional Bogotá, —se estableció un faltante de fondos por la suma de ciento veinte mil doscientos treinta pesos con tres centavos, proveniente de aplicaciones en los libros de los giros realizados por los bancos que recaudan dinero al Inscordial, en las ciudades de Facatativá, Zipaquirá, San Andrés (Islas) y Yacopí, en el período comprendido de mayo de 1970 a abril de 1974, cuyas aplicaciones estaban a cargo de Eduardo Ramírez Pérez.

“... se logró establecer claramente que el señor Eduardo Ramírez Pérez, asistente de contabilidad 1º de la sección de cartera mediante promesas de rebaja de intereses de mora y arreglos de libros de contabilidad, logró que adjudicatarios que estuvieran atrasados en el pago de sus obligaciones hipotecarias, le entregaran sumas de dinero para amortizar la deuda, ofreciendo que él pagaría esas sumas en la caja recibidora, y que luego de recibidas se apropiaba de ellas y con el valor de los giros bancarios, que él manejaba, cubría

en los libros y comprobantes los valores recibidos y gastados dolosamente...”.

Antecedentes procesales

El Juzgado 20 Penal de Circuito de Bogotá, en auto de 30 de marzo de 1978, residenció en juicio criminal a Eduardo Ramírez Pérez, para que respondiera del delito continuado de “estafa”.

El juicio de primera instancia culminó con sentencia condenatoria (mayo 14 de 1979), mediante la cual se impuso al procesado dieciséis (16) meses, diez (10) días de prisión, así como las accesorias de ley.

Surtida la correspondiente consulta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 7 de noviembre del año próximo pasado, mudó la pena privativa para fijar una de treinta (30) meses de prisión, y subsanó lo relacionado con la multa, la cual determinó en la suma de un mil pesos. También revocó la condena condicional dispensada por el fallador de primer grado.

Este proveído fue recurrido en casación en tiempo oportuno y el reconocimiento de su procedencia se hizo en auto de cinco de febrero del año en curso. Luego, en resolución de 17 de abril, la demanda pertinente se declaró ajustada a las formalidades establecidas en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal.

Demanda, respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Sala

Primero se invoca la causal 4ª del artículo 580 ibídem, (“Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”).

Y al respecto se expone:

Las presuntas víctimas sabían la forma como debía operarse el pago de sus cuotas en el Insti-

tuto de Crédito Territorial, así como de la persona que debía recibir esos dineros. La relación surgida entre aquéllos y el sentenciado buscaba, con beneficio para ambas partes, defraudar a la mencionada entidad. Si esto es así no es posible ser inducido en error mediante el empleo de un ardid. De ahí, entonces, que "lo único que ocurrió es que el cómplice que se encargó de aquél mandato de fraude, se quedó con la plata, tomando como probado en hipótesis que mi mandante recibió los dineros que las supuestas víctimas dicen haberle entregado para aquellos pagos. Cómplices en la defraudación que tales denunciantes encontraron factible que podía realizarse a través de la gestión de Ramírez Pérez.

"Como no puede hablarse de que cayeron en error sobre la imposibilidad honesta de que mi mandante pudiera buscar la rebaja que aquellos denunciantes se propusieron obtener con fraude al Inscredial, pues sabían obviamente que Ramírez Pérez, ni era el cajero que podía recibir tales pagos, ni podía legal y honorablemente hacer rebajas de intereses (si de buena fe lo hubieran buscado, esa rebaja de intereses la hubieran solicitado a la gerencia del Instituto), jamás se tiene que hayan sido llevados a error por mi mandante.

"Queda solamente la apropiación que Ramírez Pérez, hizo de las sumas que recibiera para aquella deshonesto gestión que convinieron denunciante y sindicado que se hiciera, lo cual constituye un claro delito de abuso de confianza, pues éste consiste precisamente en la apropiación de cosa mueble recibida por un título no traslativo de dominio.

"Y aquí mi mandante, como copartícipe en una defraudación que se propusiera cumplir denunciante y sindicado, tomó dentro de la actividad convenida y sabida por unos y otros, el encargo de cubrir las deudas, para lo cual recibió el dinero, buscando que se dejaran de pagar intereses debidos, dinero que en últimas, es lo que se dice, se apropió Ramírez Pérez, al no darle el destino convenido".

Como consecuencia de este cargo, se solicita la invalidación de lo actuado "desde el auto de proceder, inclusive".

La sentencia atacada expresa sobre este punto: "...en razón de su posición dentro de la estructura funcional del Inscredial, Ramírez Pérez, aprovechó que adjudicatarios atrasados en el pago de sus obligaciones con tal entidad, tenían que acudir a él para conocer el monto de sus deudas, les aseguraba que tenía facultades para recibir en efectivo la cuantía de sus cuotas

vencidas, circunstancia que constituye artificio o medio engañoso idóneo, toda vez que por ser empleado de la institución no había porque dudar de su palabra, máxime que la operación en la mayor de las veces se cumplió en horas de trabajo y dentro de las dependencias del Inscredial, y en otras oportunidades, valiéndose de citación por medio de autoridades de todo crédito, como aconteció con las personas que en Leticia fueron citadas a la Alcaldía para 'solucionarles' su situación con la entidad, cuando la verdad era para engañarlos y perjudicar su patrimonio...".

La investigación no demostró el acuerdo ilícito entre los adjudicatarios del Inscredial y Ramírez Pérez, para burlar al Instituto. El recurrente no señala demostraciones concretas a este respecto y se limita, simplemente, a presumir que los ofendidos conocían el rodaje interno de la institución, para deducir, de manera muy personal, que por el solo hecho de acudir a Ramírez Pérez, surgía un convenio ilícito. Entre estas dos afirmaciones, la del Tribunal y la del impugnador, la Sala tiene que adherir y respetar las apreciaciones de aquél a falta de precisiones probatorias por parte del censor que demuestren el error en que incurriera el fallador por desatender determinados resultados.

De otro lado, como bien lo comenta el Procurador 3º Delegado, "la verdad procesal incontrovertible es que las personas perjudicadas con el ilícito fueron víctimas inocentes de los artificios o engaños hábilmente urdidos por parte del inculpado Ramírez Pérez, cuyo poder de persuasión los hizo llegar a la creencia equivocada de que el mencionado empleado de la sección de cartera estaba autorizado para recibir transitoriamente el valor de los aportes atrasados con el fin de aplicarlos seguidamente a las respectivas obligaciones mediante el sistema de contabilizaciones internas y hasta para condonar el monto de los intereses causados, error determinante de la entrega que le hicieron de los dineros expresados".

"Para ello se valió de la credibilidad que a sus palabras necesariamente le daba la condición de empleado del Instituto con la función privativa, entre otras, de liquidar previamente a la consignación en las cajas recaudadoras respectivas el valor de las cuotas atrasadas con los intereses causados, a los usuarios de vivienda que se encontraban en tales condiciones. Para no despertar sospechas sobre la irregularidad y fines proditorios que perseguía con el procedimiento usado, estampaba a la vista del cliente en los talonarios de control que cada uno debe llevar, a manera de comprobante, un sello oficial

con la leyenda 'movimiento interno' y en los asientos contables de la entidad abonaba en sus cuentas individuales los pagos efectuados por otros adjudicatarios a través de bancos de diferentes ciudades como San Andrés (Islas), Facativá y Zipaquirá, lo que le permitió apropiarse de sucesivas cuotas durante un largo período, pues al hacerlos figurar a paz y salvo en los libros de la empresa con el aparente ingreso de los dineros percibidos a las áreas de la institución, siguieron creyendo en él".

El cargo no prospera.

Al amparo de la causal primera, parte inicial del artículo 580 de la obra en referencia, se indican dos cargos:

1. El Tribunal "aplicó indebidamente el artículo 410 del Código Penal puesto que en el concurso de delitos que lo constituyen los diferentes hechos de que se acusa a mi mandante, y que se ha tomado como delito continuado, se sumaron las cuantías de cada hecho, vale decir de cada delito, todas inferiores por separado a la suma de diez mil pesos, con lo cual se encontró una cuantía superior a diez mil y así, con esta equivocada manera de proceder, se aplicó indebidamente la circunstancia agravante del artículo 410 citado.

"Es manifiesto el error de buscar la cuantía del delito continuado sumando los distintos hechos en sus cuantías separadas, porque ello lleva a que se consideren también como un solo delito los hechos constitutivos del delito continuado que solo corresponden así entenderlo para la fijación de la pena, y no para fijar competencia por caso ni para buscar circunstancias agravantes en los delitos contra la propiedad. La ficción de unidad busca el cúmulo jurídico de las penas y por eso se finge que se tiene un solo delito en el delito continuado; pero no, repito, para señalar la competencia o para buscar agravaciones con base en cuantía.

"Si así no fuese, se tiene que el concurso material de delitos de estafa por caso, cuestión menos grave que el delito continuado de estafa, corrijo, concurso material obviamente más grave que el delito continuado, resultaría ese concurso material mencionado con pena muy inferior que el delito continuado, cuando las cuantías de los distintos delitos en uno y otro caso fuesen menores de diez mil pesos".

"Este error, continúa el memorialista, llevó al Tribunal a aumentar la pena en forma que so-

brepasó los dos años de prisión que permitían para mi mandante, siendo la sanción inferior de dos años, en beneficio de la condena condicional, a más de que se aumentó la sanción en forma indebida". Por ello, y esta es la petición propia a este enunciado, debe proferirse sentencia de reemplazo que excluya este incremento punitivo.

En su origen y estructura actual el delito continuado se opone al concurso de delitos. Resulta obvio, como se ha dicho repetidas veces, que cada una de las conductas que integran la ficción del delito continuado, conforman por sí y naturalmente, un delito; de donde, de no existir la figura que se comenta, surgiría con toda propiedad y procedencia el concurso material de infracciones. Pero el favor rei, que nutre al delito continuado, finge que es una sola acción típica. Entonces, si es uno el delito no es dable buscar el beneficio de la pena que se tiene establecido sobre esta base y al mismo tiempo desconocer el instituto, fraccionando de nuevo sus actos. Esto contraría, como se dejó anotado, la estructura y economía típica del delito analizado, porque el designio permite observar que el delincuente no quería el apoderamiento, en los casos de los delitos de peculado o contra la propiedad, de una de las cantidades de dinero sobre las cuales ha proyectado su actividad, sino sobre la suma total objeto de ésta. Si se dijera que no hay esa unión de designio, que permite esta integración pecuniaria, no se daría el delito continuado. Por eso la cuantía, en el caso sub iudice, no lo es ni la menor, ni la mayor, ni el promedio de la cantidad de dinero apropiada en uno de los varios actos realizados, sino el total de ellas. Y esta cifra debe tenerse en cuenta no solo para efectos de determinar la competencia del Juez, por la naturaleza del hecho, sino para señalar la pena que corresponda. Como bien se advierte, al precisarse una cuantía inferior o superior a tres mil pesos (Decreto 1858/51, artículo 3º), no se está deduciendo agravación alguna, sino que se está atendiendo a su tipo básico.

En este mismo orden de ideas, la Delegada anota "que el artículo 32 del Código Penal hace una unidad jurídica inescindible de la pluralidad de hechos que la integran en todos y cada uno de sus elementos sin hacer excepciones al respecto. Norma elemental de hemenéutica jurídica radica en que donde el legislador no distingue, al intérprete le está vedado hacerlo".

Se desecha la censura.

2. Para el recurrente hay interpretación errónea de las circunstancias de mayor peligrosidad

de los ordinales 4º, 12 y 13 del artículo 37 del Código Penal.

De la primera anota que no se da porque lo único apreciable era el mero o simple "conocimiento de clientes del Incredial con uno de sus empleados". De la segunda afirma su negativa porque no fue propósito del agente activo del delito causar un mayor daño a la víctima o víctimas. Y de la tercera rechaza su existencia porque no se cumplió, como lo exige la previsión legal invocada, mediante una sola acción sino mediante conducta plural (delito continuado).

Esto demuestra, según el recurrente, que "el Tribunal, al incrementar la sanción con base en las interpretaciones erradas que hizo de los numerales referidos, error que lo llevó a tener en cuenta circunstancias de mayor peligrosidad en hechos que no encajan en esos preceptos, incurrió en violación directa de la ley penal, como en el caso anterior, por interpretación errónea de aquellas normas, lo cual condujo a aumentar la pena impuesta a mi mandante".

Sobre estos puntos comenta el Ministerio Público: "en cuanto a lo que dice el demandante sobre las dos primeras circunstancias, no aparece ningún razonamiento jurídico directo que oponga el actor a los argumentos puestos de presente en la sentencia para el reconocimiento de aquellas y esta notoria deficiencia impide la prosperidad del cargo. Ha sido constante la Honorable Corte, en relación con la técnica de casación, que para el estudio de las causales propuestas no es suficiente la simple enunciación, sino que es necesario demostrarlas.

"Sobre la reflexión que hace en torno a la circunstancia del numeral 13 ya se expresó la finalidad principal que tiene la creación de la figura del delito continuado y que para nada toca con la ofensa producida con el delito a más de una persona, aspecto que sí tiene en cuenta dicha circunstancia. Además, no siempre el delito continuado afecta pluralidad de sujetos pasivos.

"Desde otro ángulo, no hay violación del ordenamiento legal si se tiene en cuenta que dentro de los límites mínimo y máximo el Juez puede obrar libremente atendiendo la gravedad del hecho, el grado de responsabilidad del autor, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que encuentre en el caso concreto (artículo 36 del Código Penal). Su criterio sobre el particular debe acatarse, salvo una ostensible oposición entre la realidad del

proceso y la decisión judicial, que dista mucho de existir en el evento de autos".

Agréguese a lo dicho que el recurrente olvida un aspecto fundamental relacionado con la causal analizada. Si se trata de interpretación errónea (violación directa de la ley), quiere ello decir que los aspectos fácticos de la norma aplicada no se discuten, se aceptan en su totalidad. Se trata, simplemente, de ilustrar cómo el Tribunal ha exagerado su alcance o mermado su órbita de aplicación. Pero lo que el memorialista contravierte, en las mencionadas circunstancias de mayor peligrosidad, es su misma existencia o realidad.

Además, respecto de la indicada en el ordinal 13 del artículo 37 del Código Penal, basta advertir que el término "acción" está tomado como conducta, así ésta se integre mediante varios actos. Y es obvio que si con una sola acción se puede buscar y decidir el mayor perjuicio para variar víctimas, varias acciones pueden revelar, como en el evento sub exámine, conocimiento de esta situación y voluntad de producirla.

Por último, sin que la Sala se detenga a valorar las razones del Tribunal para deducir cada uno de los citados factores de intensificación de la pena, conviene recordar que para la prosperidad de un cargo como el que se estudia, es necesario que no se den otras circunstancias de mayor peligrosidad distinta a las consideradas por el fallador de la segunda instancia, puesto que de existir éstas, al pronunciar la Corte la sentencia de sustitución, tendría que entrar a considerar las omitidas por el Tribunal, pues le corresponde tener en cuenta todos los aspectos que contribuyen al proferimiento de una adecuada y exacta resolución de condena.

Y sin ir muy lejos, bien podría pensarse en las circunstancias señaladas en los ordinales 5, 6 y 8 del artículo 37 del Código Penal.

En este mismo ámbito conceptual debe observarse que, por la discrecionalidad del Juez para determinar la pena por razón de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad o por la personalidad del delincuente, aquél bien puede atribuir a una o dos circunstancias nuevas a las que sobrevivan a la impugnación, un mayor efecto en cuanto a la sanción imponible.

Tampoco prospera la censura.

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 ya indicada en su fecha, origen y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD

Se estructuran estos ilícitos cuando la ilegalidad de la decisión es manifiesta, o cuando se conculca arbitrariamente derecho ajeno, o cuando mañosamente se hace decir a la ley lo que ella no expresa

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 10 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 61.

Vistos

Debe desatar la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal 6º del Tribunal de Bogotá, contra la providencia del 19 de febrero del presente año en que dicha entidad sobreseyó al doctor Armando Camacho Pardo, de los cargos que se le imputaban como Juez 6º Laboral del Circuito de Bogotá.

Hechos

Se le atribuyen al doctor Camacho Pardo varias irregularidades durante el trámite del proceso laboral iniciado por Flaminio Rodríguez y otros, contra la empresa Tuboplast.

Resultandos:

1. Demostrada la calidad de funcionario público del procesado durante la época de los hechos y superada la etapa del sumario, el Tribunal calificó su mérito con un sobreseimiento definitivo, pues consideró que el sindicado no había incurrido en delito alguno al tomar las decisiones que denunciante y fiscal consideran ilícitas; lo que hizo fue interpretar las normas legales pertinentes de acuerdo con su criterio de juzgador; agrega el *a quo* que tan ceñidas a derecho estarían las determinaciones del juez acusado

que la respectiva Sala del Tribunal de Bogotá, se las confirmó en providencia del 23 de marzo de 1979.

2. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita confirmación del auto apelado.

Considerandos:

1. Los hechos que se le imputan al procesado pueden resumirse así:

a) Haberle dado mérito ejecutivo a documento (acta de conciliación) que no lo tenía;

b) Haber fijado agencias en derecho desproporcionadas al valor del crédito;

c) Haber realizado el remate de los bienes secuestrados mediante el sistema de lotes en vez de hacerlo conjuntamente;

d) Haber aceptado como postor del remate de una parte de los bienes secuestrados, al abogado demandante, sin que hubiese consignado previamente el valor legal correspondiente;

e) Haber aprobado el remate de bienes y dispuesto su entrega a los adjudicatarios con enriquecimiento ilícito para estos;

f) Haber enajenado como libre bien gravado;

g) Haberse negado a decretar las nulidades propuestas por el apoderado del banco afectado.

2. El colaborador Fiscal, en análisis que la Sala acoge, responde así a estas acusaciones:

“En lo tocante a la primera imputación, se comprobó que las dos primeras actas de conciliación fueron firmadas entre el representante legal de la empresa demandada, el Gerente, Oscar Hernández y los trabajadores (fls. 15 y 190 del cuaderno número 1). La tercera relación lo fue entre el secuestre Hernando Giraldo Mejía (fl. 276) y los asalariados.

“Las dos primeras reseñas, firmadas por el Gerente Oscar Hernández, como representante legal del Tuboplast, solo merecen el reparo de haber comprometido a la empresa en la segunda transacción por valor de más de tres millones de pesos (fl. 190), cuando solo estaba autorizado a contratar hasta un millón de pesos (fls. 45 vto. edno.).

“Pero este proceder solo afecta al ejecutor de dicho acto con la industria y no ante el juicio ejecutivo. Además, se puede agregar que si se toman particularmente las deudas de cada uno de los acreedores, no sobrepasa ese monto.

“Con relación a la conciliación que firmó el secuestre, dable es anotar lo que determinan los artículos 683 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 2142 del Código Civil, que habla del mandato.

“La norma primera expresa: ‘El secuestre tendrá la custodia de los bienes que se le entreguen y si se trata de empresas o de bienes productivos de rentas, las atribuciones previstas para el mandatario en el Código Civil, sin perjuicio de las facultades y deberes de su cargo’.

“Como mandatario y administrador, el secuestre podía arreglar con los trabajadores el pago de lo que se les adeudaba por concepto de salarios y prestaciones legales; lo cual indica en uno u otro caso, que la transacción fue legal y los documentos elaborados entre las partes eran idóneos para promover la acción ejecutiva laboral.

“La segunda imputación que se refiere a las agencias en derecho fijadas al abogado ejecutante por valor de \$ 2.300.000.00, no son exageradas por tratarse de unos bienes avaluados en más de 26 millones de pesos y en casi diez millones el valor de las ejecuciones de más de un centenar de trabajadores y donde además se ve la diligencia y el extenso trabajo que realizó el abogado demandante.

“Ahora bien, la resolución número 2563 de 1978, que regula las tarifas de honorarios profesionales en asuntos laborales en el numeral 23, letra ‘a’ dice que para el demandante en proceso ejecutivo se le reconocerá \$ 2.000.00 o el 15% más \$ 500.00 según el monto del ejecutivo, es apenas justo el reconocimiento que se le otorgó. Además es pertinente recordar que las agencias en derecho no constituyen una retribución para el profesional del derecho, sino que ellas corresponden a la parte representada para que pueda resarcirse de los gastos que haya tenido que hacer por concepto de abogado. También debe tenerse en cuenta para el justiprecio de las agencias en

derecho lo establecido por el numeral 3º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

“En lo atinente el cargo tercero, el haberse ordenado en remate por lotes cuando se ha debido hacerlo en conjunto, el artículo 517 del Código de Comercio determina: ‘Siempre que haya de procederse a la enajenación forzada de un establecimiento de comercio se preferirá la que se realice en bloque o en su estado de unidad económica. Si no pudiere hacerse en tal forma se efectuará la enajenación separada de sus distintos elementos...’.

“Como el juez acusado se dio cuenta que era imposible realizar la enajenación en conjunto por existir un gravamen en uno de los predios, lo hizo separadamente, cumpliendo así, con la facultad que le otorgaba el segundo inciso del artículo antes anotado. En consecuencia no es dable predicar la ilicitud de un hecho cuando se ejerce una discrecional atribución prevista legalmente.

“El cargo cuarto que consistió en haber aceptado como postor al abogado demandante, sin haber consignado el valor correspondiente a su postura, lo aclara el artículo 526 del Código de Procedimiento Civil, inciso 3º, que estatuye: ‘Sin embargo quien fuere único ejecutante o acreedor de mejor derecho podrá rematar por cuenta de su crédito los bienes materia de la subasta, sin necesidad de consignar el porcentaje, siempre que aquél equivalga por lo menos al veinte por ciento del avalúo; caso contrario consignará la diferencia’.

“Ya se dijo que las ejecuciones que promovió el demanante se acercaban a los diez millones de pesos y el avalúo de los bienes fue de algo más de veintiséis millones, por lo tanto el valor de los créditos perseguidos por el actor superaban en mucho el 20% exigido por la citada disposición para hacer postura válida en la subasta.

“La quinta acusación tiene como base la afirmación de que el Juez aprobó el remate y ordenó la entrega de los bienes a los adjudicatarios propiciando un enriquecimiento sin causa. Este cargo carece de respaldo legal, pues los trabajadores previamente habían acordado con los representantes legales de la empresa, las distintas sumas de dinero que se les adeudaba por los distintos conceptos que aparecen en las actas de conciliación, lo cual quiere decir que no existió el enriquecimiento sin causa de que se habla en el proceso. Nada mas justo que se le pague a quien ha laborado en beneficio de una empresa y que por los manejos nada atinados de las di-

rectivas, se vieron precisados a acudir a la justicia para que sus derechos no fueran vulnerados.

“En cuanto al cargo sexto, enajenar una cosa como libre sabiendo que existían gravámenes, puede anotarse que si bien es cierto que sobre dos inmuebles pesaban embargos de los Juzgados Segundo y Tercero Civiles del Circuito de Bogotá (fl. 328), el Juez Tercero desembargó el inmueble (fl. 338) y cuando se realizó la diligencia de remate por parte del Juez Sexto Laboral éste se abstuvo de sacar a remate el inmueble y lo efectuó con los muebles (fl. 345).

“De otra parte cuando el Banco del Estado por intermedio de su apoderado se informó de la diligencia de remate, se hizo parte en el proceso ejecutivo, poniendo de manifiesto los gravámenes hipotecarios y prendarios que Tuboplast había constituido; fue en ese momento al finalizar el proceso que se propusieron muchas nulidades (fl. 415) corroboradas por el doctor Pedro Charria (fl. 51) y el doctor Rodrigo Noguera, apoderado de Almacén (fl. 475). El Juzgado Sexto Laboral mediante providencia del 2 de agosto de 1978 (fl. 498), no decretó las nulidades, aprobó el remate, desembargó los bienes y ordenó la entrega a los adjudicatarios, obrando de acuerdo con la ley, pues en torno a la prelación de créditos dicen los artículos 2494 y 2495 del Código Civil. ‘Gozan de privilegio los créditos de la primera segunda y cuarta clase’. A su vez el artículo 2495 dispone que la primera clase de créditos comprende: ‘1ª Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores; 2ª Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto; y 4ª. Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo’.

“Como bien se puede apreciar de la norma transcrita, las obligaciones que surgen del contrato de trabajo representan créditos privilegiados, motivos por el cual el proceder del funcionario denunciado estuvo conforme con las disposiciones vigentes y por ello no puede ser objeto de reproche jurídico penal.

“El no haber aceptado las nulidades propuestas dio lugar a la formulación de otro cargo por el apoderado del Banco. En el punto precedente se destacó que el Tribunal, Sala Laboral, en determinación del 23 de marzo de 1979 y desatando las apelaciones instauradas por el abogado de la parte ejecutada, contra el auto del dos de agosto de 1978 y por el apoderado de los ejecutantes contra el auto de 20 de octubre de ese año, confirmó esas providencias, la primera que negó, las nulidades y tomó otras determinaciones y la segunda que se relacionaba con el resto de

censuras al proceder del Juez, dentro del proceso ejecutivo. (fl. 134 cdno. número 1). Si bien es cierto que el hecho de que una providencia confirmatoria del superior no tiene la virtud de eliminar la posible ilicitud cometida por el inferior, no es menos cierto que en el presente caso la determinación del Tribunal se refirió a los puntos que ahora se denuncian como irregulares y delictivos y los confirmó descartando toda posible irregularidad. Esto es, que en este caso ni siquiera puede hablarse de ostensible equivocación interpretativa y menos aún de conducta delictiva”.

3. *Quando se imputa a un Juez delito supuestamente cometido al dictar providencias (prevaricato o abusos de autoridad) no es necesario examinar si la interpretación por él dada a las normas legales que le sirvieron de sustento a sus decisiones fue o no correcta, desde el punto de vista de la certeza jurídica; de no ser así, se correría el riesgo de calificar como delictuosa la conducta judicial que desemboca en una solución diversa de la que alguna de las partes considera pertinente y se colocaría a los jueces en la permanente encrucijada de investigaciones penales, en desmedro de su independencia conceptual. Solo cuando el funcionario emite providencia cuya ilegalidad sea manifiesta o cuando mañosamente hace decir a la ley lo que ella no expresa, puede señalarse como ilícito su proceder. Conciente el propio legislador de la humana falibilidad de los jueces en el ejercicio de su misión, ha establecido los recursos que permiten al mismo y a instancias de mayor jerarquía la revisión de autos y sentencias; a tales vías y no siempre a las de la imputación penal han de acudir los litigantes cuando creen incorrecta una decisión judicial que perjudica los intereses que representan.*

4. En el presente caso, además de que el Juez acusado examinó los pedimentos de las partes en providencia razonada (fls. 506 a 14) y decidió en otras ocasiones mediante autos recurribles, ha detenerse en consideración que su superior jerárquico —la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá— analizó aquellas determinaciones en segunda instancia y les impartió su aprobación (fls. 97 a 101), y que la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial investigó las actuaciones del Juez acusado en el proceso laboral que originó este sumario y luego de extenso examen de aquél, llegó a la conclusión de que sin haberse pronunciado aún el Tribunal —Sala Laboral—, no era dable anotar irregularidad alguna en relación con la diligencia de remate (fls. 103 a 127).

5. Habiéndose, pues, demostrado que el doctor Armando Camacho Pardo, no realizó comportamiento delictivo al tomar las determinaciones por las cuales se le acusó, bien hizo el Tribunal de Bogotá, al disponer sobreseimiento definitivo.

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:

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Términos para indagar y resolver situación jurídica

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 10 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porras.*

Aprobado: Acta número 061.

Expediente número 25612

Vistos

A virtud de apelación oportunamente interpuesta por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá, bien concedida en el efecto suspensivo, corresponde a la Corte revisar el auto de esa Corporación de 3 de julio del año próximo pasado, por medio del cual sobreescribió definitivamente a favor del doctor Jesús María Huérfano Barbosa, sindicado de la comisión del delito de detención arbitraria cuando ejercía el cargo de Juez 2º Promiscuo Municipal de Choachí.

El señor Procurador ha manifestado su conformidad con la decisión recurrida y ha solicitado a la Sala, en consecuencia, que le imparta su aprobación.

Resultando:

1. Jesús María Huérfano Barbosa fue designado Juez 2º Promiscuo Municipal de Choachí, Cundinamarca, mediante Acuerdos del Tribunal Superior de Bogotá, números 44 y 47 de 7 y de 13 de septiembre de 1977, cargo del que tomó debida posesión el día 17 de los mismos mes y año ante la Alcaldía Especial de aquella población y en ejercicio de cuyas funciones se encontraba para la fecha en que ocurrieron los hechos materia de la investigación.

2. Entre los procesos a su cargo, el Juez Huérfano Barbosa adelantaba uno contra Saúl Edil-

berto Parrado Rodríguez como sindicado de la comisión de un delito de estupro en el que figuraba como ofendida Luz Mary Barreto y en el que el procesado había sido capturado y puesto a su disposición el 18 de noviembre de 1977, en cumplimiento de orden en ese sentido impartida por el funcionario judicial para oírle en indagatoria.

3. El Juez, en efecto, practicó la diligencia el día siguiente, sábado 19 y cumplida la indagatoria, mantuvo capturado al sindicado hasta el lunes 28, fecha en la cual profirió auto de detención en su contra.

4. El apoderado del procesado consideró que el Juez había prolongado la captura mas allá de los términos de que disponía para detenerle o para ponerle en libertad y presentó denuncia contra el funcionario.

Considerando:

Para saber si el hecho que se atribuye al Juez Huérfano Barbosa, corresponde a la descripción legal del artículo 296 del Código Penal, es preciso determinar si éste mantuvo capturado a Parrado Rodríguez mas allá de los términos máximos legales permitidos y en caso afirmativo, además, si la prolongación de su detención se produjo indebidamente.

1. Los términos a que debía sujetarse el Juez están claramente indicados en los artículos 434 y 437 del Código de Procedimiento Penal, conforme a los cuales la indagatoria debe cumplirse dentro del plazo de tres (3) o de seis (6) días y la detención provisional proferirse o en su defecto ordenarse la libertad del capturado dentro de los cinco (5) o (10) días siguientes, dependiendo unos y otros plazos del hecho de que haya un solo sindicado o dos o más capturados simultáneamente.

De los términos anteriores, el referente a la práctica de la diligencia de indagatoria no ad-

mite interrupción alguna de conformidad con el artículo 149 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto dispone que “*todos los días y horas son hábiles para practicar actuaciones en la investigación sumaria*”, de modo que “*los términos legales y judiciales no se suspenden por la interposición del día feriado durante ella*”; no así, sin embargo, el que se contrae a la definición de la situación jurídica del capturado, plazo para el cual solo se computan los días hábiles, como lo indican los artículos 191 y 186 *ibidem*, al establecer, el primero, que se suspende durante los feriados o las vacaciones y cuando no haya despacho público y, el segundo, que el que vence en día feriado se prorroga de derecho hasta el día sucesivo no feriado, preceptos ambos de carácter general que no se oponen a la norma especial del artículo 149 *ibidem*, que se refiere a la práctica de diligencias y no, por consiguiente, al proferimiento de autos y sentencias, o a su notificación o ejecutoria, o a otras determinaciones, para las cuales rigen aquellas normas generales y no ésta, su excepción.

Y como el procesado Parrado Rodríguez fue oído en indagatoria el 19 de noviembre de 1977, sábado y su detención dispuesta el 28 siguiente, lunes, no se remite a duda que entre aquella diligencia y esta providencia transcurrieron nueve (9) días de los cuales, sin embargo, sólo fueron hábiles seis, del lunes 21 al sábado 26; luego el término legal de cinco (5) días de que disponía el Juez, se prorrogó un (1) día, correspondiente a las cuatro (4) horas laborales del sábado 26.

2. La demora en que incurrió el Juez Huérfano Barbosa en la definición de la situación del capturado Parrado Rodríguez, de suyo breve, no puede considerarse tampoco actividad u omisión dolosa o culposa del funcionario, demostrado como aparece que obró con encomiable diligencia al oír en indagatoria a Parrado dos días antes del vencimiento del término de que disponía para hacerlo, que a partir de esa actuación estuvo practicando pruebas en ese y en otros procesos

para entonces a su cargo y que para decretar la detención preventiva del capturado elaboró una providencia realmente admirable por su extensión y por su meticulosidad, factores todos que, en conjunto, condujeron a que no hubiese podido proferir el auto correspondiente en la mañana del sábado 26, sino el lunes siguiente.

A esa total ausencia de dolo o de culpa que es fácil advertir en el comportamiento del Juez acusado, debe sumarse la consideración de que el tiempo durante el cual estuvo privado de su libertad el capturado no excedió, a la postre, del de ocho (8) días legalmente permitido, en total, para la indagatoria y la definición de la situación del capturado, la de que profirió la detención antes del vencimiento del plazo de doce (12) horas que la ley otorga al alcalde o director de la cárcel para poner en libertad al encarcelado si, vencidos los ocho días de la captura, no se profiere auto de detención (artículo 438, inc. 2^o) y la de que, a fin de cuentas, contra el capturado existía la prueba necesaria para mantenerle privado de libertad (*male captus, bene detentus*), como muy acertadamente lo indica la Procuraduría Delegada al solicitar la confirmación del sobreesimiento definitivo apelado:

“...contra Parrado se profirió auto de detención, lo que nos lleva a concluir que no mereciendo la libertad, mal se puede predicar que se incurrió en detención arbitraria...”

Bastan las anteriores breves consideraciones, para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRME el auto apelado.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL Y SUBROGADOS PENALES

Cuando se imponga al imputado obligación de observar buena conducta, la vigilancia de su comportamiento está encomendada a autoridades nacionales dentro del territorio del país

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 17 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porras*.

Aprobado: Acta número 062.

Expediente número 25707

Vistos

El apoderado de la procesada Joy Lynn Caín Sanderson (fl. 51) y ésta (fls. 54 y 66), han solicitado a la Corte que autorice su repatriación y, además, que las presentaciones periódicas a que está obligada como resultado del beneficio de la libertad provisional que le ha sido concedida, por cumplimiento parcial de la pena, puedan cumplirse por ella ante un Cónsul de Colombia en los Estados Unidos de América.

Los memorialistas fundan su solicitud en la afirmación de que la señorita Caín Sanderson no dispone de los recursos económicos necesarios para vivir en Colombia durante el tiempo del período de prueba que aún le falta cumplir para quedar definitivamente liberada.

Considerando:

1. *En los casos en que procede la libertad provisional, o la condicional o aquella fundada en los requisitos de ésta, las condiciones, los términos y los trámites a que está sujeto su otorgamiento y las obligaciones inherentes a su concesión son todas cuestiones reglamentadas por el legislador, de modo que no pueden los funcionarios correspondientes, en ningún caso, apartarse de las prescripciones legales, so pretexto de la bondad*

o conveniencia de los motivos o de las razones que se aduzcan para su inobservancia.

No hay disposición alguna en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal colombianos que faculte a los jueces para sustraer de la vigilancia de las autoridades nacionales, dentro del territorio de la República, a los procesados, sentenciados o condenados a quienes se ha concedido el beneficio de su libertad antes del cumplimiento total de la pena, ni norma alguna que los autorice para permitirles descontar parte de la sanción en países extranjeros, o para someterles a una vigilancia y, si es el caso, a unas restricciones de su libertad que por supuesto, no pueden ejercerse fuera del país ni hacerse cumplir coactivamente en otros.

Cuando de la obligación de observar buena conducta se trata ya se le imponga como pena accesoria, o como requisito indispensable para disfrutar de los beneficios de las libertades provisional o condicional, la vigilancia del comportamiento del procesado durante el período de prueba está expresamente encomendada por la ley a las autoridades nacionales, dentro del territorio del país:

“...Artículo 86. Al condenado a quien se otorgue la libertad condicional podrán imponérsele los deberes inherentes a la caución de buena conducta y otros especiales, como el de someterse a la vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas o ante el Consejo de Patronato...”

“.....”

“...Artículo 460. Obligaciones del excarcelado. La providencia en que se conceda la excarcelación impondrá al beneficiado la obligación de residir, mientras dure el proceso, en el distrito judicial en donde éste se sigue o la de no cambiar

de domicilio sin autorización del juez, y presentarse periódicamente ante la autoridad que éste señale. El incumplimiento de esas obligaciones dará lugar a la revocación de la libertad o al pago de la caución...”

“.....”

“...Artículo 677. Aplicación de las penas señaladas en el artículo 42 del Código Penal. Cuando la pena sea alguna o algunas de las mencionadas en el artículo 42 del Código Penal, se procederá de acuerdo con las siguientes normas...”

“...7ª Si de la caución de buena conducta, se comisionará a la autoridad correspondiente del sitio donde residiere el sentenciado para que vigile el cumplimiento de las prescripciones impuestas, de acuerdo con el artículo 55 del Código Penal...”

Estas normas, que se explican por la territorialidad de la ley penal colombiana se fundan, además, en el poder coercitivo de sus autoridades para, en caso de incumplimiento de sus prescripciones, revocar la libertad provisional o condicionalmente concedida al procesado, sentenciado o condenado y disponer, en consecuencia, su captura y encarcelamiento.

“...Artículo 87. Si durante el período de prueba, que comprenderá el tiempo que le falte para cumplir la condena, y hasta una tercera parte más, cometiere el condenado un nuevo delito o violare los deberes que se le hayan impuesto, se le revocará la liberación condicional y se le hará efectivo el resto de la pena que haya dejado de cumplir...”

“.....”

“...Artículo 470. Revocación de la excarcelación. En cualquier momento procesal podrá revocarse la excarcelación, de oficio o a solicitud del Ministerio Público o de la parte civil:...”

“...1. Porque se compruebe que el delito investigado es de aquellos que la excluyen.

“...2. Porque se acredite que el procesado está exceptuado de tal beneficio, y

“...3. Porque el procesado violare cualquiera

de las obligaciones contraídas en la diligencia de caución. En este caso, no podrá otorgársele nuevamente en el mismo asunto, salvo, que después apareciere alguna de las situaciones previstas en los numerales 5º, 6º, 7º y 9º del artículo 453...”

La solicitud de la procesada y de su apoderado, de ser atendida, implicaría flagrante violación de las normas legales pertinentes, pues ya fuera del país los jueces colombianos no tendrían autoridad para someterla a la vigilancia que están obligados a ejercer sobre ella durante el período de prueba, ni para comprobar las violaciones a los compromisos adquiridos en que pudiera incurrir, ni para sancionar su incumplimiento, mediante la revocación de la excarcelación y la captura y encarcelamiento a la infractora.

Por lo demás, resultan actitudes claramente contradictorias las asumidas por la procesada al comprometerse a presentarse cada treinta días ante el juzgado Décimo Primero Penal del Circuito de Medellín y a no ausentarse de ese Distrito sin autorización del juzgado para obtener el beneficio correspondiente y, una vez obtenido, al manifestar entonces que está en imposibilidad de cumplir el compromiso adquirido.

2. Tampoco puede la Corte ordenar la repatriación de la procesada que a ello equivale la sanción accesoria de expulsión del territorio nacional, a causa de encontrarse recurrida la sentencia condenatoria correspondiente y, por consiguiente a causa de que ésta no se puede mandar ejecutar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, NIEGA las solicitudes presentadas por la sentenciada y por su apoderado.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION. PROCEDENCIA

Deben tenerse en cuenta las circunstancias de agravación o de atenuación punitivas que modifiquen la norma genérica que describe el delito

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá D. E. julio 24 de 1980.

Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez.

Aprobado: Acta número 65, julio 24 de 1980.

Vistos

Decide la Corte acerca de la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el sentenciado Pablo Antonio Jiménez Betancourt, contra la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala de Decisión Penal—, por medio de la cual, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad, le condenó a la pena principal de ocho meses de prisión, a más de las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de abuso de confianza.

Resultandos y Considerandos:

De acuerdo con el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, “habrá recurso de casación en lo penal, contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales superiores de distrito judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años”.

De manera que tres son los requisitos exigidos por la ley para que sea viable el recurso en cuestión:

1º Que la sentencia sea de segunda instancia;

2º Que haya sido proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial; y,

3º Que el delito tenga señalada una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Siendo los dos primeros requisitos de meridiana claridad, en esta oportunidad solo debe hacerse detenida referencia al tercero, lo cual se cumple en los siguientes términos:

Cuando la norma genérica por medio de la cual se fija sanción privativa de la libertad al delito de que se trate, señala una que sea o exceda de cinco años, no se presenta problema ninguno en cuanto a la viabilidad y consiguiente admisibilidad del recurso.

Mas cuando la sanción está sujeta a posibles variaciones en atención a determinadas circunstancias que precise la ley entonces corresponde tener en cuenta éstas para decidir lo pertinente. Sobre esta última hipótesis, caben las siguientes apreciaciones:

Primer caso: La pena señalada en la norma genérica que describe el delito es inferior a cinco años de privación de la libertad; mas, en atención a circunstancias modificadoras, el presentarse el caso y el momento de fijarla en sentencia condenatoria puede llegar a ser igual o superior a ese lapso.

Entonces, debe considerarse:

Las disposiciones correspondientes a un título o capítulo que consagran determinadas circunstancias como agravantes de la penalidad y que hacen referencia expresa, clara y directa a la norma genérica descriptiva de aquél, no pueden tomarse aisladamente, sino formando parte integrante de él. Y, a la inversa: tampoco la norma descriptiva genérica puede tomarse independientemente, es decir, con prescindencia de aquélla o aquéllas que, por circunstancias de agravación, aumentan la pena. Porque tales disposiciones, así consideradas, forman una unidad jurídica, se integran entre sí.

Entonces, si, por ejemplo, en la sentencia se condenó a determinado sindicado por el delito de abuso de confianza descrito en el artículo 412 del Código Penal, agravado por razón de la cuantía según el artículo 414 de la misma obra, para la graduación de la pena habrá de tenerse en cuenta no solamente el lapso correspondiente a prisión que va de los seis meses a los tres años del 412, sino también el correspondiente a la agravación de esa pena, o sea el consagrado por el 414 que puede ser "hasta en otro tanto", es decir, hasta en otros tres años, puesto que esas dos normas se integran entre sí.

Entonces habrá lugar al recurso extraordinario de casación porque en este evento concreto el delito cometido, con relación a la pena, no tiene únicamente la señalada en el 412, sino la que corresponde de acuerdo con la agravación del 414. En estas condiciones, por mandato expreso de la ley, la pena viene a oscilar entre los seis meses y los seis años de prisión. Luego para ese delito cometido, esa es la sanción privativa de la libertad imponible.

Y, como según la parte final de la regla 569 del estatuto procesal penal cabe el recurso de casación contra las sentencias "por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años", síguese que en casos como el que se viene de plantearse, cabe el recurso extraordinario del cual se viene haciendo mérito.

De no ser así, podría el juzgador de segunda instancia dislocar la unidad jurídica de que ya se habló, integrada por la norma genérica que describe el delito y aquella o aquellas concretas que agravan su pena para fijarla definitivamente.

Cosa perfectamente distinta es que, según su criterio, teniendo en cuenta el aumento que habrá de deducirse de la circunstancia agravante, la pena que real y prácticamente deba imponerse no llegue a los cinco años. Pero en este caso, volviendo a tener en cuenta el artículo 569 antes citado, el tercer requisito para la viabilidad y admisión del recurso de casación no hace relación a la pena efectivamente impuesta, sino a la que señalan las normas pertinentes, en la forma en que se ha dejado explicado.

Segundo caso: La pena señalada en la norma genérica que describe el delito es o excede de los cinco años de privación de la libertad mas, en atención a circunstancias modificadoras, al llegar el caso y el momento de fijarla en sentencia condenatoria, es inferior a aquél lapso.

Por ejemplo: De acuerdo con el artículo 374 del Código Penal el delito de lesiones personales en él contemplado está sancionado con una pena privativa de la libertad correspondiente a presidio de edos a cinco años (inciso 1º). Pero según los incisos 1º y 2º del 382, cuando media alguna de las circunstancias en éstos previstas, la sanción se disminuirá "de la mitad a las tres cuartas partes". Es decir: dentro de estas circunstancias y por virtud de este mandato, no podrá imponerse una superior ni igual a cinco años.

En fuerza del principio de integración de las normas al cual ya se ha hecho referencia, como en los casos acabados de precisar, el juzgador nunca podría llegar a imponer una sanción privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años, puesto que aquélla se considera como integrada al ilícito que pena y, en consecuencia, no puede excederse de ese lapso, síguese que no se da el último de los requisitos exigidos para la viabilidad del recurso de casación, puesto que el delito por el cual debe penarse al procesado no amerita legalmente una sanción privativa de la libertad que sea o exceda de cinco años.

De donde se concluye que en estos casos no cabe el recurso extraordinario de casación.

Tercero: El quantum de la sanción se determina en el artículo constitutivo del delito o de cada uno de los delitos por los cuales se dictó la sentencia que se pretende impugnar, y la señalada en los artículos que estructuran las circunstancias específicas que se tuvieron en cuenta para aumentar o disminuir la sanción con los aumentos máximos o disminuciones mínimas que pudieran computarse. Todo lo cual dará por separado la sanción máxima imponible en cada delito, que de resultar para uno solo de cinco o más años, hará la sentencia susceptible del recurso extraordinario de casación.

Ya la Corte había dicho:

"Cuando el citado artículo exige que el ilícito tenga señalada 'una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años', se está refiriendo cabalmente a un decho punible determinado, por la sencilla razón de que en cada capítulo de la parte especial del estatuto represivo se contemplan diversas acciones delictivas que se hallan reprimidas con distinta cuantía de pena, y entonces hay que concretar cuál es la sanción que debe tenerse en cuenta para admitir el recurso de casación.

"Y ello no puede hacerse sino ateniéndose a la clase de delitos que fue materia del debate y de las sentencias de los juzgadores, precisamente

porque ese delito individualizado y específico fue el que determinó al Tribunal a aplicar precisas disposiciones penales, que son las normas acerca de las cuales debe versar más tarde la demanda de casación en orden a desquiciar el fallo impugnado ante la Corte. El delito de que trata el juzgamiento es uno de los elementos constitutivos y en sus modalidades particulares, y no puede, por el mismo, desnaturalizarse para los efectos de concretar la pena que requiere la admisibilidad del recurso de casación. Al resolver sobre ésta, se toma el todo indivisible del suceso criminoso, relacionando la sanción base con las complementarias pertinentes, en la hipótesis de que operan circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ya sean atenuantes o agravantes" (Gaceta Judicial, Tomo LXXIX, pág. 358. Véanse también autos de 21-IX y 22-X/54 y 29-III-/57).

Y, como en el caso concreto sometido ahora a consideración se da la situación contemplada en el Primero de los contemplados en la parte motiva de esta providencia, la Corte Suprema de

Justicia —Sala Penal—, DECLARA ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el procesado Pablo Antonio Jiménez Betancourt contra la sentencia de veintitrés de abril del corriente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Córrase traslado al recurrente por el término de 30 días a fin de que formule la correspondiente demanda de casación, por intermedio de Abogado con poder especial para representarlo ante ella.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ERROR EN LA TECNICA DE CASACION

No es posible invocar simultáneamente la violación directa e indirecta de la ley para involucrarlas en el cuerpo 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque existen diferencias sustanciales entre ellas

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., julio 24 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 65, de julio 24/80.

Vistos

Se trata de definir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 24 de septiembre de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y mediante la cual se impuso a Luis Antonio Baracaldo, la pena de veintiséis meses de prisión y quinientos pesos de multa, así como las accesorias pertinentes, al encontrársele responsable del delito de falsedad documental.

La impugnación se declaró admisible en auto de 11 de diciembre del año en referencia y la demanda presentada se reconoció como ajustada a los requisitos de forma en proveído de 12 de junio del año en curso.

Hechos

La siguiente es la versión que ha predominado durante la tramitación de este proceso:

“... Luis Antonio Baracaldo, estaba unido en matrimonio con la señora Marina Tuta, según ceremonia religiosa cumplida el veinte (20) de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959). Sin estar disuelto dicho vínculo por alguna de las causales que la ley reconoce como bastantes para tal efecto, dicho individuo contrajo nupcias con la señora Emperatriz Luna Vargas, el 12 de mayo de 1973, para lo cual se valió de

la partida de bautizo de su consaguíneo Luis Alfonso Baracaldo, presentando tal documento como medio idóneo para acreditar su estado de soltero. La engañada Emperatriz Luna Vargas, se enteró de la repudiable acción de Luis Antonio Baracaldo y contra él formuló la denuncia penal correspondiente” (fl. 33 cuad. 3º).

La demanda

Primer cargo. Violación directa de la Ley Penal Sustancial, por interpretación errónea de los artículos 231 y 240 del Código Penal, que se pretende demostrar del siguiente modo: “... el documento privado no existe en el proceso desapareciendo en consecuencia la presunta falsedad... la falsedad como alteración o mutación de la verdad en perjuicio de otro no encuentra respaldo en el expediente ya que no se acreditó en el documento falso por tanto la adecuación típica de las normas mencionadas no se da”.

Segundo cargo. Violación indirecta de la Ley Penal Sustancial por apreciación errónea de la prueba documental. Al respecto se dice que “... se declaró la existencia de la prueba documental no obstante su ausencia. Lo ostensible y manifiesto del error radica en que al folio 6 solo existe la constancia de celebración del matrimonio entre Luis Alfonso Baracaldo Crozo (sic) y Emperatriz Luna Vargas. De no haber ocurrido este error la sentencia impugnada sería condenatoria sino absolutoria...”.

Consideraciones de la Sala y del Procurador 3º Delegado en lo Penal

Resulta manifiesta la improcedencia de los cargos formulados. Traducen estos, en su presentación, un mayúsculo yerro de técnica, que no puede superarse en forma alguna. En efecto, no

es posible invocar simultáneamente la violación directa e indirecta de la ley, involucrando los dos cuerpos de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. En la primera, la controversia adquiere una definida característica de debate jurídico sobre una determinada norma sin cuestionar en lo más mínimo los aspectos fácticos o probatorios. Estos, para el censor, deben ofrecerse como incuestionables y admitidos en el contenido y alcance que les ha reconocido el Tribunal. Se trata, simplemente, de observar cómo una disposición legal ha sido excluida, o se aplica a hecho que no le corresponde o se exagera o recorta en su verdadero alcance. La segunda, por el contrario, centra su estudio sobre los elementos de convicción considerados en el fallo para deducir una aducción ilegal de la prueba, o el otorgamiento de un valor del cual carece o el rechazo de un mérito que le es propio (error ostensible de derecho), o porque se ignora u omite una prueba existente o se reconoce una que carece de realidad (error ostensible de hecho).

Pero como se ha consignado, el recurrente acudió coetáneamente a dos remedios inconciliables, sin poderse llegar a una conclusión cierta respecto de si acepta o no los presupuestos probatorios estimados por el juzgador.

Esta apreciación resulta evidente y así lo destaca el Ministerio Público, quien además anota: "... Desde otro punto de vista, las alegaciones dichas guardan relación directa o estrecha con argumentos expuestos por la defensa a través del proceso y que han sido rechazados por los falladores con razonamiento que resultan absolutamente válidos, los cuales en consecuencia comparte este Despacho.

"Se considera por el recurrente como ya se dijo, que el documento privado no existe en el

proceso; sin embargo no puede desconocerse en forma alguna y con fundamento serio, que tiene tal carácter la partida eclesiástica que obra en el expediente (fl. 6º, cuad. 1º), con la cual se trató de acreditar o demostrar el matrimonio de Luis Alfonso Baracaldo Corzo —por quien se hizo pasar el procesado Luis Antonio Baracaldo— con María Emperatriz Luna Vargas, como tampoco que tal partida o documento eclesiástico, al cual se le reconocen amplios efectos probatorios, resulta totalmente falso por cuanto quien lo expidió procedió engañado por el procesado quien suplantó a otra persona, dado que estaba ligado por vínculo anterior; todo lo cual resulta suficientemente demostrado a través de los medios probatorios allegados al expediente...".

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO SE CASA la sentencia impugnada, indicada ya en su origen, fecha y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

El Juez que suscita colisión de competencia negativa para conocer de un asunto, no puede decretar la nulidad de lo actuado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 12 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porrás*.

Aprobado: Acta número 068.

Expediente número 26321

Vistos

El Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá, se declaró incompetente para conocer de este proceso, que envió al Juzgado Penal del Circuito de Cereté, fundado para ello en la consideración de que la conducta materia de la investigación, por infracción al Decreto 1135 de 1970, se había consumado en la población de Cereté, lugar donde el instrumento negociable había sido protestado por el Banco girado y, por consiguiente, en el supuesto de que el conocimiento del asunto, por razón del territorio, correspondía al Juzgado Penal del Circuito de esa ciudad.

El Juzgado de Cereté, por el contrario, consideró que la competencia concernía al de Bogotá, pues, a su juicio, lo que importaba para determinarla era el lugar donde el instrumento había sido emitido y puesto en circulación, en este caso, en jurisdicción del Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá.

De este modo planteada la colisión de competencia negativa entre los funcionarios, pasa la Corte a decidir.

Considerando:

1. Todas las pruebas del proceso, excepto la diligencia de indagatoria del procesado, indican de manera inequívoca que el cheque número

0043290, girado el 10 de abril de 1979 por el señor Jaime Garcés Garcés, contra su cuenta corriente en el Banco Popular de Cereté, Córdoba, por la suma de \$ 100.000.00, a la orden de Teodosio Torres, fue entregado a éste, en la ciudad de Bogotá, en reemplazo de uno anterior, también suyo, para entonces vencido, que había entregado al mismo beneficiario.

No cabe duda, en consecuencia, que la emisión del cheque se realizó en la capital de la República y que en ella fue puesto en circulación, como lo afirman el señor Torres Camelo (fl. 19) y el señor José Antonio Pérez (fl. 64) y como se desprende claramente del hecho de que la negociación a que se refería el instrumento negociable fue también realizada en Bogotá.

El Juez competente, por razón del territorio es, por consiguiente, el 18 Penal del Circuito de Bogotá, pues, como muy acertadamente lo dice el funcionario de Cereté, la competencia territorial para conocer de las conductas a que se refiere el Decreto 1135 de 1970, se determina por el lugar en que el girador entrega el cheque y lo pone en circulación:

“... La tesis del señor Fiscal 6º de Bogotá y la decisión tomada por el señor Juez Dieciocho Penal del Circuito de la misma ciudad, al dictar la mencionada tesis y tomar la decisión ya indicada... al atribuir a este Despacho la competencia de estas diligencias, ya que siempre ha sido doctrina, fundada en basamentos jurídicos, considerar que la competencia para conocer de delitos por infracción al Decreto 1135 de 1970, corresponde al Juez del lugar en que se entrega el cheque y en que se da a la circulación, y no al Juez del lugar donde tiene asiento el banco girado, como lo sostiene el señor Juez Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá, al considerar que el delito solo se consume al ser presentado el cheque al banco correspondiente para su pago

y es devuelto por fondos insuficientes. En efecto, la norma que tipifica y sanciona el delito materia de estudio, —artículo 1º del Decreto 1135 de 1970—, señala que quien emita o a sabiendas transfiera a cualquier título cheque que el girado no pague por una de las siguientes causas; falta o insuficiencia de fondos, orden injustificada del girador, incurrirán en prisión de uno a tres años, o sea que el delito se consuma al momento de emitir un cheque que no sea pagado por una de las causales que señala el Decreto 1135 de 1970, en su artículo 1º o por quien lo transfiera sabiendo, que por ejemplo, no tenía fondos, y no al momento de ser presentado para su pago y ser devuelto...” (fl. 194).

Sobre el lugar en que se comete el delito en los casos del Decreto 1135 ha dicho reiteradamente la Corte:

“... Ese lugar (en materia cambiaria) no puede ser otro que aquel en que se entrega el cheque, en que se da a la circulación...”.

“... Y lo es, con mayor razón, a los fines penales, porque es en ese momento cuando se ponen en peligro la circulación del instrumento, su carácter de medio de pago y los intereses patrimoniales del los particulares que sean o lleguen a ser beneficiarios o tenedores del mismo...” (Sala Penal, auto de 5 de junio de 1971).

Esto aparte, es también cierto que la denuncia fue formulada en Bogotá, la investigación abierta y adelantada por el Juzgado 79 de Instrucción Criminal de la misma ciudad y el sumario calificado con auto de proceder por el 18 Penal del Circuito también de la misma ciudad.

2. Ha sido igualmente determinación notoriamente equivocada la adoptada por el Juez 18 Penal del Circuito de Bogotá, conforme a lo cual, no obstante controvertir la competencia para el conocimiento del asunto, dispuso simultáneamente la nulidad “de toda la actuación adelantada (...), a partir inclusive del auto de fecha julio 4 del año pasado, mediante el cual se abrió la correspondiente investigación”.

El Juez que suscita colisión de competencia negativa para conocer de un asunto, pone en entredicho tal competencia y no puede, en consecuencia, decretar nulidad alguna en tan precarias y aleatorias condiciones, esto es, sin saber si el Juez a quien la provoca, en este caso el de Cereté, ha de aceptar sus razones y conocer del asunto ni, tampoco, si, en caso contrario, la Corte ha de dirimir el conflicto a su favor, en este caso al de Bogotá, atribuyendo la competencia al otro funcionario.

Esto es tanto más evidente en este asunto, cuanto que en él la competencia está atribuida indiscutiblemente al Juez que declaró su incompetencia.

Por ello, como también reiteradamente lo ha dicho la Corte, está bien que el funcionario que admite su competencia para conocer de un asunto declare la nulidad de lo actuado por otro que no lo era para proferir las determinaciones anuladas; no ocurre así, sin embargo, cuando declara que no es él, sino otro el competente y, por consiguiente, cuando suscita una colisión negativa, pues entonces no le es permitido adoptar determinación alguna relativa a esa competencia, que controvierte, al menos, hasta tanto no se cumplan los trámites que la ley señala para dirimirla y, por consiguiente, hasta tanto el superior encargado de hacerlo no diga a quien compete: la razón se muestra claramente en este asunto en el que el Juzgado del Circuito de Bogotá dispuso la nulidad de lo actuado sin conocer el criterio de la Corte sobre la materia que, como se acaba de ver, le ha sido adverso y como resultado del cual la competencia le corresponde a él mismo y no se incurrió, por lo tanto, en nulidad alguna.

3. No sólo actuó incorrectamente el Juez del Circuito de Bogotá al apresurarse a declarar una nulidad que se funda en consideraciones que aún no podía estimar inmodificables, sino, lo que es mucho más grave, al extender esa supuesta nulidad a la totalidad de la instrucción, desde el auto cabeza de proceso, inclusive.

Sobre este particular, hay normas expresas en el Código de Procedimiento Penal, que el Juez 18 Penal del Circuito de Bogotá ha olvidado totalmente.

“... Artículo 71. Colisión en el sumario y en el juicio. Si la colisión de competencia se provoca durante la investigación sumaria, no se suspenderá esta mientras se decide el incidente, ni se anulará lo actuado...”.

“.....”.

“... Artículo 72. Ininterrupción de la investigación en caso de colisión. Si se suscitare colisión de competencias entre varios jueces para conocer o no conocer de un mismo proceso penal, mientras no sea dirimida dicha colisión, todos ellos están obligados a practicar, dentro del territorio de su respectiva jurisdicción, las primeras diligencias de investigación...”.

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

1. *Dirime* la colisión de competencia negativa presentada en este asunto, en el sentido de que el conocimiento corresponde al Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá, al que, en consecuencia, se enviará el proceso, dando cuenta de lo aquí resuelto al Juzgado Penal del Circuito de Cereceté.

2. *Revalida* la totalidad de las actuaciones cumplidas en la instrucción del sumario, infundadamente anuladas por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá, y

3. Ordena que se compulse copia de lo pertinente del proceso y de esta providencia con destino al Tribunal Superior de Bogotá, para que, si lo estima procedente, investigue la actuación del señor Juez 18 Penal del Circuito en este asunto.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Fabio Calderón Botero y Pedro Elías Serrano Abadía.

Una vez más y siempre con todo el respeto que se merece el criterio mayoritario de la Sala, disintimos de él en cuanto al final de la providencia que antecede, en el punto 2º de la parte resolutive se dice: "*Revalida* la totalidad de las actuaciones cumplidas en la instrucción del sumario, infundadamente anuladas por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá".

Las expresiones "declarar sin ninguna validez", "invalídase además, la nulidad declarada por aquel Juzgado", "dejar sin validez", que aparecen en las anteriores providencias de las cuales nos apartamos, y la que ahora se utiliza y se transcribe, equivalen a "la nulidad de la nulidad" que según sostenemos, resulta antitécnico y ajeno al incidente de colisión de competencia.

En las discusiones de Sala nos opusimos a que se declarara "la nulidad de la nulidad" porque tal cosa, en nuestro sentir, equivale a una tercera instancia no prevista en la legislación procedimental en vigencia.

En relación con la competencia funcional del Superior común, a quien la ley le encarga la misión de decidir las colisiones (artículo 69 del Código de Procedimiento Penal), sostenemos la dirección jurisprudencial constante hasta el momento que se concreta en varias providencias de las cuales son ejemplos la del auto de 24 de mayo de 1960 (*Gaceta Judicial*, XCII,1018) y la del auto de 2 de junio del mismo año (*Gaceta Judicial*, XCII, 1028), especialmente la de este último, allí donde se dice: "La función de la Corte, en los casos de colisiones de competencias, se limita exclusivamente a dirimir las, sin que le sea lícito tomar decisiones que la ley reservó a los jueces de primera y segunda instancia".

De lo dicho se desprende que, para el caso concreto, la Sala debió limitarse a decidir cuál de los dos jueces en conflicto era el competente para conocer del proceso y que, por tanto, al anular lo anulado excedió su competencia funcional e invadió terrenos propios de los juzgadores en las instancias.

Dentro del término legal y para explicar el por qué de nuestro disentimiento firmamos el presente salvamento de voto.

Fabio Calderón Botero, Pedro Elías Serrano Abadía.

DETENCION ARBITRARIA Y ABUSO DE AUTORIDAD

La detención arbitraria es un abuso de autoridad calificado por el quebrantamiento que se hace del bien jurídico de la libertad individual. Por ser delito de mayor gravedad, debe aplicarse este tipo penal, y no el que describe el abuso de autoridad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 12 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 68, agosto 12/80.

Vistos

El 30 de junio de 1978 el Tribunal Superior de Villavicencio llamó a responder en juicio a María Elisa Díaz de Jurado por un delito de detención arbitraria cometido cuando desempeñó en interinidad el cargo de Juez Promiscuo Municipal de San Carlos de Guaroa.

Ejecutoriada dicha providencia el 25 de julio de 1979, en el mes de agosto siguiente el defensor de la procesada solicitó se decretara la nulidad de la calificación porque, según adujo, no se trataba del delito previsto en el artículo 296 del Código Penal como lo dijo el Tribunal, sino del abuso de autoridad previsto en el artículo 172 del mismo Código porque la sindicada solamente omitió, cuando estaba obligada a hacerlo, resolver la situación jurídica del capturado Alejandro Noguera, sindicado por hurto o abuso de confianza en proceso que se hallaba en la oficina a su cargo.

El Tribunal mediante providencia de 5 de diciembre de 1979 no decretó la nulidad alegada. El defensor, con los mismos argumentos ya dichos, solicitó reposición y en subsidio apelación. El 22 de mayo de 1980 se le negó la reposición y se le concedió la apelación. Esa la razón para el envío del proceso a la Sala.

En esta segunda instancia el Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que la providencia recurrida debe mantenerse puesto que no hay errada denominación jurídica de la infracción en el caso de autos porque el artículo 172 que invoca el defensor pero que no transcribe totalmente dice en su parte final: "... siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave" y resulta que esa sanción mayor se encuentra en el artículo 296 del Código Penal que, además, tutela el bien jurídico libertad individual y es norma específica que se adecua a la conducta realizada por la sindicada.

De autos se tiene comprobado que Alejandro Noguera, sindicado por un delito contra la propiedad de la Cooperativa de Usuarios Campesinos de San Carlos de Guaroa, fue capturado y puesto a disposición de la Juez lo veintiséis (26) de septiembre de 1974. La Juez lo indagó el dos (2) de octubre siguiente y sin resolver su situación jurídica remitió proceso y preso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Acacías el veinticuatro (24) del mismo mes de octubre. El Juez de Acacías liberó al capturado en auto del veinticinco (25) y ordenó la expedición de las copias que permitieron la apertura del presente proceso.

Sobre las bases que anteceden la Sala efectúa los siguientes análisis y razonamientos:

De las comprobaciones que surgen del examen del expediente resulta incuestionable que la Juez procesada, no cumplió los términos que traen los artículos 434 y 437 del Código de Procedimiento Penal en relación con el capturado que se puso a su disposición, toda vez que le indagó después de pasados tres (3) días y no le resolvió la situación jurídica en los días subsiguientes, en claro contraste con la conducta que observó el Juez Promiscuo del Circuito de Acacías que

resolvió dicha situación inmediatamente recibió el proceso.

Desde hace mucho tiempo, al menos desde 1946 (auto de 27 de febrero, Gaceta Judicial, T. LX, pág. 205), la Corte ha sostenido que la detención arbitraria "no es sino un abuso de la autoridad de que están investidos los funcionarios o empleados públicos" sólo que se sanciona con penas más severas dada la gravedad de la infracción en razón de que con ella se tutela la libertad personal que la Constitución garantiza en su artículo 23. Las modalidades de este delito previstas en los artículos 295, 296 y 297 del Código Penal no pueden, por tanto, confundirse con ninguna de las modalidades del abuso de autoridad que aparecen en el Código a partir del artículo 171, como lo pretende el defensor de la procesada.

Es claro que en el presente caso la Juez omitió no solo el cumplimiento de los términos sino la ejecución de un acto a que legalmente estaba obligada, cual era el de resolver la situación jurídica del sindicado deteniéndole o dejándole en libertad. Pero no por eso puede ubicarse la infracción que de allí surge en el artículo 172 del Código Penal por la razón ya dicha de que se hallaba en juego la libertad del sindicado y porque cuando el omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado el funcionario o empleado público, "tenga señalada otra sanción más grave" no se aplica la disposición citada sino aquella que trae la sanción de mayor gravedad que, para el caso concreto, es la del artículo 296 del Código Penal.

En consecuencia, no hay errónea denominación jurídica de la infracción (artículo 210, número 5º, Código Penal), en el auto de proceder

y, por tanto, no hay nulidad en este proceso que, dicho sea de paso, viene marchando con cierta lentitud que no va bien con la sencillez del asunto. Basta observar que el auto de proceder quedó ejecutoriado cuando apenas si faltaban tres meses para que se consumara la prescripción de la acción penal.

Otro asunto surge del presente proceso y se relaciona con la conducta del Director de la Cárcel local de San Carlos de Guaroa que tampoco cumplió con las obligaciones que le impone el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, caso en el cual y de acuerdo con la parte final de dicha disposición también incurrió en detención arbitraria. Sólo que como nadie se preocupó por este aspecto del problema la acción correspondiente prescribió en el mes de octubre de 1979 y, por tado, ya no puede iniciarse proceso alguno para él según lo dispone el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Penal,

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Su finalidad es garantizar la independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia y asegurar a las partes la plenitud de sus derechos

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 13 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 69.

Vistos

El Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia remite a la Corte, para los fines señalados en el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud elevada al Gobierno Nacional por el doctor Humberto Niño Serrano, relacionada con el cambio de radicación del proceso que, por el delito de "calumnia y/o cualquiera otro ilícito que pudiera desprenderse de los hechos", se adelanta en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué contra la doctora María Francisca González Quevedo.

Hechos

El aludido proceso se inició con base en la denuncia formulada por la doctora Beatriz Olave de Valencia, quien actualmente desempeña el cargo de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, a raíz de la afirmación que, ante la Presidente de la misma Corporación, doctora María Stella Peña de Méndez, hizo la denunciada, en el sentido de que la doctora Olave de Valencia había recibido la suma de ciento veinte mil pesos con el compromiso de decidir de manera favorable en el negocio por falsedad y estafa adelantado contra María Gladys Casallas, en el cual se había proferido por el Juzgado Segundo Superior de Honda auto de

proceder, recurrido en apelación, y cuya decisión le correspondía a la Sala presidida por la doctora Olave de Valencia (fl. 29).

En posterior conversación, también con la Presidente del Tribunal Superior de Ibagué, manifestó la doctora María Francisca González Quevedo que la suma entregada a la Magistrada doctora Olave de Valencia no fue de ciento veinte mil pesos, sino de veinticinco mil pesos (\$ 25.000.00), pues una persona, al parecer la que le había encargado de entregar los dineros, le había manifestado "que en el sobre solo iban veinticinco mil pesos pues había guardado noventa y cinco mil, en espera de que saliera la providencia para entregárselos a la Magistrada" (fl. 30).

En la misma versión que la Presidente del Tribunal de Ibagué hizo de los hechos, tal como se los habían relatado la denunciada doctora María Francisca González Quevedo y la Magistrada acusada, doctora Olave de Valencia, se alude a que otro de los magistrados de la Sala Penal de esa Corporación, doctor Hernando Saavedra Robles, quien forma Sala de Decisión con la doctora Olave de Valencia, y el Fiscal Primero del mismo Tribunal, doctor Jorge Tribín Salazar, a quien le tocó conceptuar en el referido negocio por falsedad y estafa, les habían entregado dinero con el mismo objeto (fls. 29 y 31).

En el curso de la investigación por el delito de calumnia rindieron testimonio acerca de los hechos, por medio de certificación jurada, los doctores Hernando Saavedra Robles, Guillermo Rincón Pérez y Rafael Murillo Forero, todos Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, el doctor Jorge Tribín Salazar, Fiscal Primero de la Corporación y la doctora María Stella Peña de Méndez, Presidente del mismo Tribunal (fls. 7, y 24 a 38).

Fundamento de la petición

El peticionario sustenta la solicitud de cambio de radicación, en los siguientes argumentos:

1º El hecho de que sea un miembro del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial quien tenga un interés personal y concreto en el proceso adelantado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué, contra la doctora María Francisca González Quevedo, no puede constituir garantía de que se va a aplicar una recta, serena e imparcial administración de justicia, pues la denunciante se constituyó en parte civil (fl. 7), y es evidente la influencia que puede ejercer la Magistrada sobre el juzgador de primera instancia y sobre sus colegas de Sala en el Tribunal, quienes revisarán en segundo grado las decisiones de aquél.

2º No puede asegurarse tampoco la aplicación de una recta justicia, si se tiene en cuenta que un número apreciable de los Magistrados que integran la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, concurren al proceso como testigos de cargo, solidarios con su colega, la doctora Olave de Valencia, lo que hace pensar que ya “tienen un criterio formado sobre los hechos que se están investigando; circunstancia que hace casi imposible deshacerse de él en el momento en que les corresponda actuar como jueces de segunda instancia” y por lo tanto no “se puede esperar un juzgamiento basado en la imparcialidad”, mas bien puede afirmarse, concluye el solicitante, que existe una predisposición, un prejuizamiento respecto de la conducta de la procesada, inclusive por parte del Fiscal Primero del Tribunal.

3º “El medio ambiente judicial no es el más aconsejable para llevar a cabo un juicio sereno, desapercibido, objetivo e imparcial. En Ibagué, ese mundo de los estrados judiciales está enterado de la existencia del proceso, con las consabidas terjiversaciones del caso que suelen acompañar esta clase de sucesos, dada la resonancia del mismo por la calidad de las partes y, no es aventurado afirmar, que la solidaridad con la denunciante es un hecho palpable”.

4º Existen antecedentes de la influencia y presión que ejerce la Magistrada denunciante sobre las personas directa o indirectamente vinculadas a ella en la Rama Jurisdiccional, lo que permite colegir que es probable que en el caso presente se valiera de su elevada posición para procurar sacar avances sus pretensiones, con desmedro de los derechos y garantías del procesado.

5º No resultaría solución suficiente recusar a la Magistrada, en caso de que no se declarara

impedida, pues es el propio Tribunal en su Sala Penal el que se encuentra también en condiciones difíciles para conocer del proceso, “puesto que algunos de sus miembros han sido testigos y los otros porque supuestamente se ha puesto en tela de juicio su integridad personal, moral y jurídica, y, por lo tanto, todos y cada uno de ellos estarán consciente o inconscientemente prevenidos, peligrando lógicamente con ello, el ejercicio de los derechos y garantías estatuidos por la Constitución y las leyes a favor de todo reo” (fls. 1 a 6).

Elementos de prueba

A la petición han sido acompañadas las siguientes pruebas:

1ª Certificación expedida por el Juez Tercero Penal del Circuito de Ibagué, acerca de la existencia del proceso y de la etapa en que se encuentra que es la de instrucción; del hecho de que la denunciante doctora Olave de Valencia se constituyó en parte civil y que en él han rendido declaración en relación con los hechos investigados, la doctora María Stella Pena de Méndez, Presidenta del Tribunal de Ibagué, los doctores Hernando Saavedra Robles, Guillermo Rincón Pérez y Rafael Murillo Forero, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal, y el doctor Jorge Tribín Salazar, Fiscal Primero de la Corporación (fls. 7 y 26).

2ª Declaración extra proceso, del doctor Eduardo Santos Cabrera, Jefe del Grupo de Penales y Correccionales de la Sección Jurídica del Departamento del Tolima, quien afirma tener conocimiento de la existencia del referido sumario. Manifiesta, así mismo, que sería conveniente cambiar la radicación del proceso, por cuanto, la Magistrada denunciante, “sin duda tiene ascendencia sobre los Jueces a quienes les corresponde instruir y decidir sobre el problema” (fl. 10).

3ª Declaración extra proceso del economista Germán Benilla Hernández, quien sostiene que es “conveniente que el proceso que se sigue a la doctora María Francisca González Quevedo sea cambiado de radicación y se ventile en un Distrito Judicial a donde no llegue la influencia de la denunciante”, pues en ciudades pequeñas, donde aún es posible tener amistades en común no es fácil librarse de presiones en uno u otro sentido.

4ª Declaración extra proceso del doctor Julio Sánchez Aldana, Jefe del Instituto de Medicina Legal —Seccional Tolima—, quien manifiesta, igualmente, que es conveniente que dicho proceso se adelante en un lugar distinto, donde no ejerza

influjo, sobre el ánimo de los juzgadores, la consideración de la elevada calidad que ocupa la denunciante.

5ª Declaración de la doctora Gloria Marina Leyva Ayala, Juez de Instrucción Criminal de Bogotá, quien descalifica la conducta de la Magistrada denunciante, en razón de hechos que ella tuvo que poner en conocimiento de la Procuraduría y que generaron un proceso disciplinario que culminó favorablemente para la acusada en la Corte, pues la decisión se basó en el principio *in dubio pro reo*. Opina la declarante que no puede garantizarse un juzgamiento imparcial en un juzgado de Ibagué, pues hay antecedentes de la influencia que ejerce la Magistrada en los asuntos en que tiene interés personal (fls. 12, 13 y 14).

6ª Declaración jurada del señor Luis Angel Martínez Sendoya, quien manifiesta que desempeña el oficio de "Litigante Judicial" en la ciudad de Ibagué, y expresa respecto del proceso que se adelanta por calumnia contra la doctora González Quevedo: "En un medio judicial en donde la denunciante y varios testigos de cargo, son Magistrados, con un elevado ascendiente de autoridad sobre los jueces, por rectos que estos sean, como en realidad lo son, no es posible garantizar una imparcial condición del proceso; ni esperar decisiones equitativas y justas. El funcionario del conocimiento, muy ecuánime y ponderado por cierto, se encuentra entre la espada y la pared; de un lado su propósito de administrar justicia, de otro la perniciosa influencia de quien es su superiora jerárquica, revisa sus decisiones y participa en su elección" (fls. 19 y vto.).

7ª Declaración de la doctora Olga López de Triana, abogada en ejercicio en la ciudad de Ibagué. Manifiesta que conoce a la doctora Beatriz Olave de Valencia y que supo, por el cargo de Defensora de Menores que desempeñó, que la Magistrada sostenía relaciones amorosas con otro Magistrado del mismo Tribunal; que existen comentarios e investigaciones por la renuencia al cumplimiento de sus obligaciones comerciales y que su trabajo en el Tribunal es deficiente. Respecto del proceso que se adelanta contra la doctora González Quevedo, dice: "jamás podrá tener todas las garantías de imparcialidad, pues a raíz de ello han surgido muchos comentarios y tergiversación de los hechos; de acuerdo a mi manera de ver y como cada cual quiere salvar su responsabilidad y clarificar su conducta, tal cosa sólo se podrá hacer fuera de los estrados judiciales del Tolima..." (fls. 21 y vto.).

8ª Constancia expedida por la Gobernación del Departamento del Tolima respecto de la calidad y ejercicio del cargo de la Magistrada denunciante, doctora Olave de Valencia (fl. 23).

9ª Copias fotostáticas de las certificaciones juradas de los Magistrados Hernando Saavedra Robles (fls. 24 y 25), Rafael Murillo Forero (fls. 26 vto., 27 y vto.), María Stella Pena de Méndez (fls. 28 a 31) y Guillermo Rincón Pérez (fls. 37 y 38), aportadas al proceso que se adelanta contra la doctora María Francisca González Quevedo. Los declarantes se refieren a los hechos como relatados a ellos por la doctora Pena de Méndez y por la denunciante. La Presidente del Tribunal sí manifiesta que recibió personalmente la versión de la sindicada cuando confesó, en su presencia, haber entregado el dinero a la doctora Beatriz Olave de Valencia.

10. Fotocopia de la declaración jurada del doctor Jorge Tribín Salazar, Fiscal Primero del Tribunal Superior de Ibagué, quien, al igual que los Magistrados declarantes, refiere las afirmaciones que le rebelaron la doctora Olave de Valencia y la doctora María Stella Pena de Méndez. Se pronuncia sobre la "honestidad y pulcritud" de los funcionarios contra quienes la sindicada formuló los cargos ya mencionados (fls. 32 a 36).

Consideraciones de la Corte

El cambio de radicación, que es una medida extraordinaria y de carácter excepcional, como que tiene su incidencia en la competencia por el factor territorial, persigue como fin primordial garantizar la independencia e imparcialidad de la administración de justicia y, con ello, asegurar también a las partes vinculadas a la relación jurídico procesal que se discute, en igualdad de condiciones, la plenitud de sus derechos y prerrogativas de orden constitucional y legal.

Por eso, cuando se presentan situaciones que constituyan un ambiente impropicio para ese sereno e insospechable ejercicio de la justicia, debe abrirse campo a que el negocio sea ventilado en otro medio judicial, ajeno a esos factores de perturbación, sin que esto implique un juicio de disvalor respecto de la conducta de los falladores, a quienes, sólo en virtud de estas imperiosas circunstancias, se les sustrae del conocimiento del asunto.

En el caso presente, la personalidad de las partes, el pertenecer una de ellas a la máxima Corporación de justicia en el Distrito, el haber declarado acerca de los hechos otros de los miembros del Tribunal, la naturaleza de la acusación

que motivó la denuncia y la circunstancia de haber trascendido a la opinión pública, de tal forma que ha sido objeto de comentarios y hasta tergiversaciones, como lo anota uno de los declarantes interrogados por la parte interesada en el cambio de radicación, indican que la decisión que se adopte en ese proceso, si llega a ser favorable a la Magistrada acusada y denunciante, por recta y ajustada a derecho que sea, va a ser motivo de equívocas interpretaciones.

Las afirmaciones que sirvieron de base a la denuncia que, por calumnia y demás delitos que de ellas se desprendan, formuló la Magistrada doctora Olave de Valencia contra la abogada en ejercicio doctora González Quevedo, y que son cabalmente mayoría de investigación en ese proceso, aludieron también a otros de los Magistrados de la Sala Penal de la Corporación y la Fiscal Primero de la misma, de donde se sigue que el caso trasciende la entidad de los negocios que comunmente tramita un despacho judicial, siendo muy difícil que se le pueda tener como un hecho indiferente, pudiéndose asegurar más bien que es de aquellas que ponen a prueba el espíritu más desprevenido y la mente más ecuánime.

Debe tenerse presente también que la doctora Olave de Valencia no se limitó a formular la denuncia, sino que se constituyó en parte civil, con lo cual demostró, como es su derecho, indiscutible interés en que el resultado confirme la diaphanidad

de su conducta y, por ende, lo calumnioso del cargo que le atribuyó la denunciada ante la Presidente del Tribunal Superior.

Esto, agregado a la controvertida personalidad, que le asignan algunos de los testimonios que aportó el solicitante, aconsejan que el negocio sea tramitado y decidido en un medio en el cual no haya razonable posibilidad de influjo por parte suya, ni asomo de halago alguno para demostrar, así sea inconscientemente, una solidaridad con su aspiración, o con el sentimiento de ofendida dignidad de la Corporación de la que forma parte.

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conceptúa FAVORABLEMENTE al cambio de radicación solicitado por el apoderado de la doctora María Francisca González Quevedo.

Devuélvase al Ministerio de Justicia.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

REVISION

Causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. ¿Qué se entiende por pruebas nuevas?

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 14 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bortero*.

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez P.*

Aprobado: Acta número 70.

Expediente número 25641

Vistos

Decide la Corte el recurso de revisión interpuesto por el condenado Francisco Alfonso Castro mediante apoderado especial respecto del juicio que se adelantó en contra suya por el delito de contrabando y en el que fue condenado condicionalmente a la pena principal de ocho meses de arresto y accesorias correspondientes, por sentencia de 17 de octubre de 1978, proferida por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá.

Hechos

En la ciudad de Bogotá, el día 17 de mayo de 1973, agentes de la Policía Nacional, dieron captura a la camioneta marca Chevrolet, modelo 1966, color verde, tipo estacas, placas R-58-44, motor número FO710XAEF0909TD, chasis número 6T104918, cuando se hallaba en poder del señor Francisco Alfonso Castro, por cuanto en opinión de los captores los números de identificación del automotor presentaban irregularidades.

La Empresa Automotora Nacional, con Manifiesto de Importación número 15625 de 1966

trajo al país por el Puerto de Buenaventura vehículo con las características del aprehendido, el cual dio en venta el 1º de agosto de ese año a la Planta Colombiana de Soda, con sede en la ciudad de Cartagena, firma que a su vez lo enajenó al señor Francisco Alfonso Castro, en el mes de enero de 1973, después de haber obtenido permiso para cambiar el motor y regrabar su número conforme al original.

En el transcurso de la investigación a cargo de la Justicia Penal Aduanera técnicos en automotores pertenecientes a la Policía Nacional y Departamento Administrativo de Seguridad rindieron experticios demostrativos no sólo de la autorizada regrabación del número del motor sino también la no autorizada del chasis, además de que comprobaron que a pesar de que la factura de venta expedida por Automotora Nacional, daba de la llave del vehículo el número 8095 la del examinado registraba el número 8075.

La causa fue definida por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá, mediante sentencia condenatoria de 17 de octubre de 1978, la que quedó debidamente ejecutoriada en esa instancia.

Demanda de Revisión

Por medio de apoderado constituido al efecto, el sentenciado Francisco Alfonso Castro la formula con apoyo en la causal prevista en el ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, por haber surgido después de la condena "prueba documental no conocida en el curso de los debates en las etapas del proceso, que viene a establecer indudablemente la total inocencia del condenado Francisco Alfonso Castro". Sobre el particular el demandante sostiene:

“...De esta prueba nueva no conocida por el sentenciador de instancia, se establece realmente lo siguiente:

“a) Que la Dirección General de Aduanas por conducto de la División de Investigaciones Especiales, Sección Registro Aduanero Automotor, realizó una investigación sobre la procedencia de la camioneta Chevrolet Placas R-58-44, hoy PA-24-51, investigación obviamente adelantada en razón del traspaso que de tal vehículo le hizo Castro al nuevo propietario Gustavo Flórez Garay o antes para efectuar el traslado de la cuenta de Cartagena a Mosquera;

“b) Que la enunciada camioneta entró al país amparada con el Manifiesto de Aduana número 15625, puerto de Buenaventura y se corrobora que las características del automotor son: Clase: Camión, Marca: Chevrolet, Tipo: Estacas, Año: 1966, Color: verde, Chasis: 6T104918; que carece de Plaqueta, Motor: F710XAE-F0909TD, prefijo original como también lo es el N. I. V.;

“c) Del certificado expedido por la Inspección Departamental de Tránsito y Transportes de Mosquera (Cundinamarca), sabemos que el vehículo o camioneta de placas R-58-44, hoy PA-24-51, ostenta todas sus marcas, color, etc., toda vez que como es bien sabido para el traspaso de vehículos éstos son sometidos a minucioso y riguroso examen-revisión por peritos técnicos de circulación y tránsito para saber si el automotor objeto del traspaso es el mismo de que trata la correspondiente documentación de procedencia y ventas subsiguientes, hoy denominado sábana, es decir, que al efectuarse el traspaso por venta que hizo Francisco Alfonso Castro a Gustavo Flórez Garay legalizado el día veinte (20) de noviembre de mil novecientos setenta y cinco (1975) la camioneta materia de los hechos por los cuales se condenó a Castro por el presunto delito de contrabando de segundo grado, anteriormente contrabando impropio, no presentaba adulteraciones en sus sistemas de identificación, pero ni siquiera cambio de color u otra huella o señal indicativa de adulteración;

“d) Que tanto el certificado expedido por la Dirección de Aduanas, como el expedido por la Inspección de Tránsito y Transportes en comento, el primero lleva fecha de julio 25 de 1979 y el segundo 30 del mismo mes y año, esto es, muy reciente.

“Si lo anterior es así, como en efecto lo es, la prueba valorada por el Juzgado, la que creyó eficaz para condenar en ausencia a don Francisco Alfonso Castro, ha quedado sin valor ni efecto jurídico y, por ende, la revisión del proce-

so se impone para reparar la tremenda injusticia que agobia a mi procurado Castro...”

La demanda fue acompañada de copia auténtica de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá y de las certificaciones expedidas por la Dirección General de Aduanas e Inspección Departamental de Tránsito y Transportes de Mosquera (Cundinamarca), respectivamente.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al emitir concepto conforme a las prescripciones del artículo 587 del Código de Procedimiento Penal y después de hacer referencia a los hechos y actuación procesal, en respuesta a la demanda sostiene:

“...De conformidad con lo preceptuado por el numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal procede la revisión de un proceso cuando después de la sentencia condenatoria aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, de los cuales se deduzca la inocencia o irresponsabilidad del condenado o que siquiera constituyan indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

“...En el caso de que ahora se ocupa la Delegada forzoso es concluir que no se han presentado ni hechos ni pruebas nuevos, ya que si bien es cierto que con la demanda de Revisión se presentaron dos certificaciones provenientes de la Dirección de Aduanas y de la Inspección de Tránsito de Mosquera, los hechos a que tales certificaciones se refieren ya aparecían en el proceso y fueron oportunamente evaluados por los funcionarios de instancias. En efecto, nadie ha discutido que con el Manifiesto de Importación número 15625 de junio 15 de 1966 de la Aduana de Buenaventura se amparó la importación de varios vehículos, entre los cuales se encontraba el camión marca Chevrolet, distinguido con Motor No. F0909TD-6T1044,918. Serie número C3636 T. 104918. Tal hecho ya aparecía consignado en el documento que obra al folio 66, expedido por la propia Dirección General de Aduanas, lo mismo que en la constancia expedida por la Compañía Colombiana de Alcalis (fl. 65), por la constancia expedida por la Automotora Nacional “Autonal” (fl. 61) y por la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de tránsito de la ciudad de Cartagena (fl. 90).

“...Así mismo era verdad suficientemente conocida en el proceso, el traspaso de la documen-

tación de este vehículo a la Inspección de Tránsito de Mosquera (Cundinamarca), tal como se desprende del documento que obra al folio 30 y de lo consignado en la diligencia de inspección judicial (fl. 90).

“... Los motivos que llevaron a los funcionarios jurisdiccionales a dictar la sentencia de condena y a disponer el decomiso del automotor son muy diversos y ellos aparecen consignados en la providencia del 6 de febrero de 1976 (fl. 80), en el concepto del 27 de agosto de 1977 (fl. 98) y especialmente en la providencia encausatoria del Tribunal Superior de Aduanas del 7 de diciembre de 1977. En esta última providencia se destaca lo siguiente:

“... De lo anterior aflora, según criterio firme de la Corporación, que el vehículo encartado, apresuradamente entregado en providencia del veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y tres, es distinto al referido en los documentos de importación y traspaso.

“... Obsérvese, ciertamente, que apenas existe permiso para cambiar el motor y regrabar su numeración, luego no tiene por qué presentar adulteraciones en el chasis y mucho menos en el número de seguridad; además es extraño que el motor tenga también el guarismo FO710XAE, original, cuando se autorizó regrabar sólo el FO909TD. Además la numeración de la llave es 8075, cuando la factura de venta de Autonal (61), señala otro número, el 8095.

“... No es el vehículo encartado, el legalmente importado al país, vendido por Autonal a la Planta Colombiana de Soda y por ésta a Francisco Castro.

“... La versión del sindicato ha sido infirmada, entonces, por otros medios de convicción recogidos dentro de la investigación, como la prueba técnica y la prueba documental, de tal manera que ha quedado sin explicación alguna el origen del vehículo lo cual obliga a concluir que quiso ampararlo con los documentos correspondientes a otro” (fls. 12 y 13).

“... Estos razonamientos fueron reproducidos en la sentencia condenatoria y, por lo tanto, las pruebas documentales que últimamente se aportaron no pueden conmovir la firmeza de la cosa juzgada, no sólo porque ya los hechos que tales pruebas pretenden demostrar eran conocidos en el proceso sino porque no tienen capacidad para infirmar los planteamientos sustentatorios del fallo. Evidentemente en la sentencia y en las citadas providencias se parte de la afirmación de que el vehículo incautado es distinto del compra-

do a Alcalis y por ello no se trata de una cuestión documental, pues nadie discute la autenticidad de los documentos, sino que con escritos correctos se han amparado dos automotores distintos ‘gemelos’ según determinación que ha hecho carrera en medios aduaneros.

“... En estas condiciones el Ministerio Público conceptúa que deben ser desechadas las pretensiones de la demanda de revisión...”.

Consideraciones de la Corte

La causal quinta del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, enseña que hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas “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 constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad”.

En opinión tradicional de la Corte es hecho nuevo cualquier suceso o acontecimiento no conocido o debatido en el curso del proceso, de cuya plena demostración surge, bien la inocencia o no responsabilidad del condenado, ora el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad; mientras que prueba nueva es la que hace referencia a esos hechos nuevos que no fueron conocidos y, consiguientemente, debatidos. Más aún en fallo de revisión de 17 de mayo de 1972 (CXLIII, 344) esta Corporación precisó:

“... No existe diferencia sensible entre hechos nuevos y pruebas no conocidas al tiempo de los debates, para efectos de la revisión. Lo importante para el éxito de este singular medio de impugnación es que se aporten elementos de persuasión, de cualquier origen, distintos de los examinados por el fallador, vale decir, no aducidos al proceso aunque hubieran tenido existencia en el curso del mismo y hubieran podido allegarse antes del fallo, que hacen presumir fundadamente el error judicial cometido en la sentencia, por la condena de quien puede ser inocente, porque el hecho tenido como delito no existió, o no tuvo alcances penales, o no lo cometió ni intervino en su ejecución el condenado, pues la revisión persigue la prevalencia de la justicia material sobre la formalmente declarada...”.

“... La novedad del elemento de convicción no debe entenderse como hecho surgido materialmente después de la decisión jurisdiccional contra la cual se dirige la impugnación, esto es, como hecho de creación ulterior a la sentencia de condena,

sino en el sentido de no haber sido valorado por los juzgadores, por la no presencia en el proceso...".

En el caso sub examine, no es esa ciertamente la situación contemplada. El estudio que de la demanda y de los documentos acompañados a la misma ha sido hecho por la Procuraduría Delegada merece plena acogida.

Es que si bien las certificaciones que el actor presentó adjuntas a la petición de revisión tendiente a quebrantar la autoridad de la cosa juzgada admiten el calificativo de pruebas nuevas por haber sido expedidas con posterioridad a la sentencia de condena, desde el punto de vista de su contenido, sin embargo, no lo son tanto, desde luego que aluden a los mismos hechos ampliamente debatidos en el juicio, como lo relievra el concepto del Ministerio Público. Que la Dirección General de Aduanas y la Inspección de Tránsito y Transportes de Mosquera (Cundinamarca), digan en esas certificaciones que los números de identificación del automotor son originales en oposición a lo establecido en el proceso mediante experticias no cuestionadas, es apenas si acaso un nuevo punto de vista incapaz de alterar los hechos establecidos por éstas, ni acusan la presencia de otros que los infirmen o desvirtúen.

Implícitamente el revisionista pretende demostrar que los dictámenes periciales recogidos en el proceso son contrarios a la verdad. Sin embargo, hay que advertir que no atinó en contraponer a esas pericias las certificaciones aducidas en apoyo de la revisión porque éstas sólo constituyen simples referencias a dictámenes de autoría descono-

cida y consecuencialmente inidóneos, por sí mismos, para conducir a desechar los que con arreglo a la ley se adujeron en el proceso y fundaron el fallo.

De consiguiente, como las nuevas pruebas no atacan sustancialmente y por su base el recaudo probatorio que en instancia fue hallado apto para la condena de Francisco Alfonso Castro, la revisión es improcedente. La presunción de verdad de la cosa juzgada no puede destruirse con apoyo en pruebas que a pesar de la apariencia de nuevas aluden a hechos debidamente apreciados en el curso del proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión del proceso adelantado contra Francisco Alfonso Castro, por el delito de contrabando y a que se ha hecho mérito en las motivaciones de esta providencia.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTOS CONTRADICTORIOS

Cuando el veredicto resulta contradictorio, hay ausencia del mismo y por consiguiente se carece de un presupuesto procesal de la sentencia, indispensable para mantener la validez jurídica y la unidad lógica que debe caracterizar el proceso

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., agosto 21 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 72, agosto 21/80.

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por los procesados Ismael Zúñiga Barbosa, Segundo Floro Barbosa Amado y Gonzalo Zúñiga, sustentado por su apoderado, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, proferida el quince de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, por medio de la cual confirmó, sin modificaciones, la dictada por el Juzgado Cuarto Superior del Socorro el 20 de octubre del mismo año, en la que fueron condenados a las penas de ocho años y nueve meses de presidio los dos primeros, y ocho años y seis meses de presidio el último de ellos.

La demanda fue declarada ajustada a derecho, mediante auto de 17 de octubre de mil novecientos setenta y nueve (fl. 19 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sintetizó de esta manera los hechos:

“Tuvieron ocurrencia en el Municipio de El Guacamayo (Santander), en horas de la tarde del 30 de enero de mil novecientos setenta y siete, cuando Segundo Abraham Camacho Amado, se

dirigió a la tienda de Segundo Pascual Velandia, a comprar unos cominos y se encontró con Ismael Zúñiga, Segundo Floro Barbosa y Gonzalo Zúñiga, que estaban botella en mano en una puerta contigua y con quienes mantenía divergencias emanadas de la colindancia de los predios campesinos que habitaban. Ante la presencia de Camacho e iniciada con un reclamo de Gonzalo Zúñiga, surgió la agresión de los tres individuos que la emprendieron contra él a puñetazos y botellazos. Defendiéndose como podía, Camacho, hombre de edad y lisiado, buscó refugio en una casa vecina, propiedad de Luis Galvis, seguido de sus agresores, pero éstos le dieron alcance cerrándole el paso y en tanto que Gonzalo Zúñiga y Segundo Barbosa lo tenían por un brazo y por el pantalón o la camisa, Ismael Zúñiga, que lo perseguía esgrimiendo un cuchillo, le clavó el arma a la altura del lado derecho del cuello produciéndole la muerte por anemia aguda, al seccionarle un gran vaso” (fls. 20 y 21 del cuaderno de la Corte).

Al calificar el mérito del sumario, el juzgado llamó a responder en juicio a Ismael Zúñiga Barbosa, como autor del delito de homicidio en persona de Segundo Abraham Camacho Amado, cometido con la circunstancia de agravación derivada de la indefensión o inferioridad en que se encontraba la víctima al momento de ser herida (fls. 177 y 180 del cuaderno principal), y sobreseyó definitivamente en favor de Segundo Floro Barbosa Amado y Gonzalo Zúñiga, por haber considerado que su actuación no fue intencional y se debió únicamente a un acaecer fortuito. De allí que expresara: “Si bien es cierto que retuvieron al occiso para que no penetrara en la casa de Luis Galvis, no pudo haber en ese momento concierto con el tenedor del cuchillo, puesto que como bien lo dice el apoderado, no existió la seña

o el santo y seña como para que se pudiera pensar ese acuerdo. El caso se presentó en forma accidental para éstos, puesto que por detrás de ellos, por sobre los hombros se asestó el golpe mortal, pero sin acuerdo" (fl. 180 del cuaderno principal).

Consultado el auto que decretó el sobreseimiento definitivo, el Tribunal Superior de San Gil lo revocó y, en su lugar, los llamó a responder en juicio como cómplices necesarios en el homicidio de Segundo Abraham Camacho Amado, cometido en circunstancias de indefensión e inferioridad de la víctima (fls. 202 y 203 del cuaderno principal).

En los siguientes apartes de la providencia el Tribunal analizó la intencionalidad de la actuación de estos dos enjuiciados y precisó el grado de su participación:

"En estas condiciones Gonzalo Zúñiga y Floro Barbosa, conocían el propósito homicida definido de Ismael, no sólo revelado por el comportamiento de homicida a quien vieron atacar a cuchillo reiteradamente a la víctima, sino además expresado en palabras como lo dicen los testigos, y a sabiendas de esa intención, en vista de esa agresión a mano armada prestaron su colaboración sujetando a la víctima, impidiendo que ésta escapara a la acción de su encarnizado perseguidor, facilitando la consumación del homicidio. Hubo una comunicación del designio criminal, que en ese momento fue plenamente compartido por los tres delincuentes y por tanto indiscutiblemente son cómplices de un grave delito de homicidio.

"Su complicidad o colaboración fue necesaria. La víctima ya se encontraba en la puerta de la casa de Galvis, como lo demuestran las fotografías que obran en autos, tomadas de acuerdo a la versión de los testigos, es decir ya casi eludía a su atacante, cuando Barbosa y Zúñiga lo sujetaron de sus brazos y ropas impidiéndole todo movimiento y manteniéndolo inmovilizado hasta cuando llegó Ismael Zúñiga, para asestarle la puñalada mortal. Sin esta colaboración el delito no se hubiere consumado y por tanto ellos tuvieron una participación decisiva que los hace plenamente responsables como cómplices necesarios de tan grave homicidio" (fl. 202 del cuaderno principal).

Rituada en debida forma la etapa del juicio, se celebró la audiencia pública y, en ella, fueron sometidos a consideración de los miembros del jurado los correspondientes cuestionarios, concebidos en los siguientes términos:

"*Cuestión primera.* El acusado Ismael Zúñiga Barbosa, de condiciones civiles y personales co-

nocidas del proceso *es responsable sí o no*, de haber causado la muerte a Segundo Abraham Camacho Amado, por medio de la herida descrita en dictamen pericial que obra al folio nueve vuelto del cuaderno original, hecho ocurrido en la tarde del treinta (30) de enero de mil novecientos setenta y siete (1977), en el perímetro urbano del Municipio de El Guacamayo (Santander) y en su ejecución obró el procesado con el propósito de matar y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

"*Cuestión segunda.* El acusado Segundo Floro Barbosa Amado, de condiciones civiles y personales conocidas del proceso *es responsable sí o no*, de haber prestado una cooperación necesaria sin la cual el autor no habría podido causar la muerte a Segundo Abraham Camacho Amado, por medio de la herida descrita en dictamen pericial que obra al folio 9 vuelto del cuaderno original, hecho ocurrido en las circunstancias de tiempo y lugar a que se refiere la cuestión primera y en su ejecución obró el enjuiciado con el propósito de matar y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

"*Cuestión tercera.* El acusado Gonzalo Zúñiga, de condiciones civiles y personales conocidas del proceso, *es responsable sí o no*, de haber prestado una cooperación necesaria sin la cual el autor no habría podido causar la muerte a Segundo Abraham Camacho Amado, por medio de la herida descrita en dictamen pericial que obra al folio 9 vuelto del cuaderno original, hecho ocurrido en las circunstancias de tiempo y lugar consignadas en la cuestión primera y en su ejecución obró el enjuiciado con el propósito de matar y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad" (fls. 238 y 239 del cdno. prin.).

El jurado contestó a cada uno de ellos, en forma unánime, con la siguiente idéntica respuesta: *Sí es responsable de homicidio simplemente voluntario.*

El Fiscal les había solicitado que respondieran a cada uno de los cuestionarios de la siguiente manera: *Sí es responsable* (fl. 236 del cuaderno principal).

La defensa sugirió las siguientes respuestas: Para Ismael Zúñiga Barbosa.

Sí es responsable pero en riña imprevista y no provocada por él.

Sí es responsable pero de homicidio simplemente voluntario.

Para Segundo Floro Barbosa Amado:

No es responsable.

Para Gonzalo Zúñiga:

No es responsable (fls. 230, 231 y 237 del cuaderno principal).

El Juzgado Cuarto Superior del Socorro acogió los veredictos y, con base en ellos dictó la sentencia condenatoria que, recurrida en apelación, fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de San Gil, mediante la sentencia contra la cual se interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

La demanda

La censura a la sentencia la formula el recurrente con base en la causal tercera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que ella fue dictada "sobre veredictos contradictorios".

De acuerdo con su pensamiento, al negar el jurado la circunstancia de agravación consistente en poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, lo que hizo respecto de los tres veredictos, excluyó la responsabilidad de Segundo Floro Barbosa y Gonzalo Zúñiga, pues su participación consistió en ponerla en dicha desfavorable situación y esa fue la pregunta que respecto de ellos se hizo a los Miembros del Jurado de Conciencia.

Para él, al ser llamados Segundo Floro y Gonzalo a responder por haber colocado a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, su conducta quedó ubicada dentro del artículo 363 del Código Penal y, por tanto, negada esa circunstancia desfavorable que constituía su actuación, no quedaba subsistiendo ninguna responsabilidad y, por lo mismo, el veredicto que la afirma a título de homicidio simplemente voluntario, es contradictorio, pues no se podía trasladar ese obrar del artículo 363 del Código Penal para radicarlo en el artículo 362 del mismo, pues en el caso concreto, "si se niega la conducta tipificada en el artículo 363, se niega la totalidad de la conducta y consecuentemente la totalidad de la responsabilidad".

Sostiene que, al proceder así el jurado, no se limitó a modificar la responsabilidad de los procesados, lo cual sí es de su incumbencia, sino a afirmar una responsabilidad derivada del hecho que simultáneamente negaba.

Afirma que, aún en el caso de que no hubiera sido excluida respecto de Segundo Floro Barbosa y Gonzalo Zúñiga, la circunstancia de agravación de la indefensión, habría que tenerla tácitamente negada también para ellos, al haber sido para el autor material.

Afirma que los veredictos son contradictorios, sea que se les considere individualmente o como una unidad jurídica.

En apoyo de sus aseveraciones y a manera de síntesis de sus diversos argumentos, anota:

"Si se le dice a Ismael que él no puso a la víctima en condiciones de inferioridad que fue lo que preguntó el cuestionario, se está necesariamente negando la participación de terceros, luego la condena de terceros por un hecho cuya existencia se niega en la cuestión primera, implica una ruptura lógica, una contradicción profunda e irreconciliable.

"Se tiene pues que la contradicción del veredicto, que sirvió de base a la sentencia acusada, es plural:

a) Es contradicto que se condene por una conducta de mera voluntariedad, cuando el cuestionario indaga por otro tipo de responsabilidad que no admite responsabilidad sucesiva. O los agentes obraron colocando a la víctima en condiciones de inferioridad, o no lo hicieron, caso en el cual desaparece toda posibilidad de responsabilidad pues la colocación en tales condiciones de la víctima es la esencia misma de su obrar reprochable. Negada tal responsabilidad, se niega tal obrar sin que pueda subsistir otra forma de re-eliminación;

b) Si en la cuestión primera del cuestionario, en cuanto apunta al autor material en sentido propio en este caso Ismael Zúñiga, el Tribunal Popular niega que éste aprovechara las circunstancias de inferioridad de su víctima, está descargando la participación de terceros ya que, en el caso *sub lite* la colocación en las condiciones supuestas era el obrar de los demás implicados Segundo Floro y Gonzalo".

Enfatiza que no se trata propiamente de una violación a una norma específica sustancial o procesal, sino "a un principio que se considera de suyo incorporado al espíritu de la ley: el principio lógico de la contradicción conforme a cuyos postulados una cosa no puede ser al mismo tiempo ella y su contrario, que al presente caso aplicado se traduciría en que no puede darse una responsabilidad en donde no hay un delito, cuando el delito es el supuesto de la responsabilidad".

Concluye pidiendo que se case la sentencia, pues, al haber sido dictada "con base en un veredicto claramente contradictorio, mírese cada veredicto como una entidad, mírese el conjunto de veredictos como una unidad habida cuenta de la unidad de hecho criminoso, se ha dado nacimiento a la causal de casación expresamente in-

vocada en el encabezamiento del presente escrito”.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se deseche el recurso interpuesto contra la sentencia acusada, ya que la demanda no se ajusta a las exigencias técnicas propias del recurso.

Al respecto anota:

“Visiblemente con ánimo tentativo, pero no capitalizándola, según dice la demanda, se estima que concurre simultáneamente la causal 4ª del artículo 580 citado, pues la sentencia atacada se dictó en un proceso viciado de nulidad al condenarse por un delito por el cual no se convocó a los procesados, lo que nos sitúa frente a una nulidad suprallegal.

“Deja finalmente la demanda constancia expresa de que ‘no se trata de una violación a una norma sustantiva, específica y determinada de la Ley Penal sustantiva o procesal, sino a un principio que se considera de suyo incorporado al espíritu de la ley: el principio lógico de la contradicción conforme a cuyos postulados una cosa no puede ser al mismo tiempo ella y su contrario...’

“En la forma que se dejare señada se hizo la presentación de la demanda, esto es, sin ajustarse estrictamente a las disposiciones legales que la rigen, por manera que el Ministerio Público se siente relevado de contestar los cargos en sí que se formulan a la sentencia de segundo grado. La presentación de los cargos es, formal y literalmente, la reiteración de un alegato de instancia, que por cierto se presentó ante el Tribunal Superior que lo rebatió suficientemente como tal.

“Adolecen los cargos de la sustentación jurídica correspondiente, propia de la impugnación que se pretende. Y en este orden de ideas falla fundamentalmente en el planteamiento de la proposición jurídica completa cuando además omite la cita de las disposiciones que estima violadas. Involucra y propone en forma antitécnica y ambigua una segunda causal sobre la cual parece que no hay decisión de utilizarla y que en todo caso carece de sustentación” (fls. 23 y 24 del cuaderno de la Corte).

Consideraciones de la Corte

Se entra a considerar la demanda de casación presentada, por cuanto, aunque se le puede ob-

servar algunas deficiencias en la formulación y sustentación de los cargos que hace a la sentencia, no tienen, sin embargo, el alcance que les dio el Ministerio Público, pues llenan en lo sustancial las exigencias de la técnica del recurso, en tratándose de la causal que en el presente caso se alega.

En efecto, el recurrente, con argumentos que aunque la Sala no comparte no dejan de ser tales, predica, y se esfuerza por probar la contradicción de los veredictos, sea que se les considere aislada o conjuntamente, y proyecta su incidencia sobre la sentencia para considerarla sin sustento legal por falta de este presupuesto obligado.

Y es que, en verdad, cuando el veredicto resulta contradictorio, hay ausencia de veredicto y se carece, por lo mismo, del presupuesto procesal de la sentencia, pues ésta, en los juicios que se ritúan con intervención del jurado, tiene que basarse en él, so pena de carecer de validez jurídica y de implicar un quebranto sustancial de la unidad lógica que debe caracterizar el proceso.

Quien alega y trata de fundamentar la causal tercera de casación, aunque no cite norma específica como directamente violada, está implícitamente aludiendo al contexto de las que imponen la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y de las que garantizan el derecho de defensa.

Del análisis en conjunto de los argumentos que aduce el impugnante para sostener la contradicción de los veredictos, se puede deducir que él parte de los siguientes supuestos: que la actuación de los procesados Segundo Floro Barbosa y Gonzalo Zúñiga consistió únicamente en poner en condiciones de indefensión o inferioridad a Segundo Abraham Camacho Amado, para que Ismael, al lesionarlo, las aprovechara; que a Segundo Floro y Gonzalo, se les llamó exclusivamente a responder por ese hecho y que esa fue la pregunta que, respecto de ellos, se formuló al jurado; que hay una innescindibilidad entre esa actuación de ellos y su consecuencia (poner a la víctima en condiciones desfavorables), de tal forma que negada por el jurado la circunstancia de agravación de la indefensión, quedaba excluida la participación de ellos en el hecho delictuoso, o constituida en un mero concurso de acción sin concurso de voluntad.

Respecto de estos planteamientos es necesario hacer las siguientes precisiones: Tanto en el auto de proceder como en el propio cuestionario se dio a la actuación de estos dos procesados una doble significación: de un lado la de participa-

ción de carácter necesario en el homicidio cometido en Segundo Abraham Camacho, pues al haber impedido a éste el acceso a la casa de Luis Alfredo Galvis que él buscaba afanosamente como refugio para escapar a la agresión armada por parte de Ismael Zúñiga, lo mantuvieron al alcance del mismo, facilitándole el acto homicida, pues de no haberle impedido u obstaculizado el ingreso a esa residencia se habría evitado el lance fatal que culminó con su muerte; y, de otro lado, la de ubicación de la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, puesto que, al asirlo de un brazo y por el pantalón o por la camisa, le crearon dificultad en su defensa.

El jurado le negó a esa actuación la entidad de agravante, quizás por haber considerado que no reunía las exigencias de gravedad e insuperabilidad que caracterizan la indefensión a que se refiere el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, pero la mantuvo como constitutiva de complicidad, enmendando, si se quiere, el posible exceso en la calificación. Esto, no desborda las facultades que la ley le otorga, ni contradice la lógica jurídica, pues no necesariamente el concurso de personas en el delito implica, por ese solo hecho, la colocación de la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

Así lo entendieron correctamente el Juzgado y el Tribunal al proferir la sentencia condenatoria.

El Juzgado dijo: "Ahora, que el *juri* haya considerado que el homicidio no fue cometido aprovechando de las condiciones de indefensión e inferioridad en que fue colocada la víctima, sino 'simplemente voluntario', tampoco peca contra la evidencia procesal. Efectivamente el Tribunal popular pudo entender que el hecho de ser tres los ofensores, no constituían una situación de inferioridad para la víctima; recordemos en este punto, que la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho que 'la sola circunstancia de ser tres los agresores y un solo el agredido, en sí misma puede no constituir inferioridad para éste, en términos generales' (sent. 16 diciembre 1957). Además, el interfecto portaba no solamente una vara, sino también un cuchillo de ocho pulgadas (fl. 1), situación que el *juri* pudo tener como suficiente para rechazar la indefensión, por cuanto la víctima había podido utilizar el arma blanca para defenderse; aún antes de ser aprehendido por los cómplices de Ismael; pues tuvo tiempo suficiente. Por otro lado, el hecho de que abandonara el sitio o lugar en donde estaban sus agresores, emprendiera la retirada evitando los ataques de obra y en prevención de ser herido

en su anatomía, coloca a Segundo Camacho en un estado de alerta, no estando desprevenido para el ataque de que fue objeto; luego la causal de agravación reconocida en los vocatorios a juicio bien podía descartarse por los miembros del jurado, como efectivamente lo hicieron al emitir los veredictos" (fls. 251 y 252 del cuaderno principal).

El Tribunal anotó: "El jurado simplemente dijo que Ismael Zúñiga era responsable como autor de un homicidio de simple propósito, y que Floro Barbosa y Gonzalo Zúñiga eran cómplices necesarios del mismo delito. Para el jurado, la indefensión de la víctima no fue de la entidad suficiente como para calificar el homicidio, y dentro de su autonomía y amplitud para valorar estos aspectos subjetivos, desconoció la modalidad agravante, para considerar a los tres acusados como responsables de una especie delictiva menos grave.

"Admitir que si Floro y Gonzalo, participaron en el delito como cómplices, solo pueden ser condenados por asesinato como confusamente lo alega la defensa, sería tanto como desconocer la figura de la complicidad en el homicidio voluntario" (fls. 21 y 22 del cuaderno del Tribunal).

Al ser excluida por el jurado la circunstancia de agravación, no por ello quedó negada la participación delictual de Segundo Floro y Gonzalo, en el homicidio cometido por Ismael Zúñiga como autor principal en persona de Segundo Abraham Camacho, sino que quedó referida a una complicidad en un homicidio simplemente voluntario o de propósito.

Para afirmarlo se pone de presente que Segundo Floro y Gonzalo, no fueron llamados a responder en juicio por el simple hecho de haber colocado a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, ni fue ésta la única pregunta que, respecto de ellos, se formuló al jurado, como reiteradamente lo afirma el recurrente, pues la simple circunstancia de colocar a una persona en esas difíciles o insuperables condiciones de inferioridad, no constituye por sí el delito, sino que configura únicamente una modalidad de agravación del mismo.

A ellos se les llamó a responder por el delito, que es el de homicidio, en calidad de cómplices necesarios y con la circunstancia de agravación derivada de la indefensión, y el cuestionario incluyó estas precisiones además de la intencionalidad de la acción.

Ese y no otro puede ser el alcance de los términos del mismo, a través de los cuales se in-

quirió, en cada caso, si Segundo Floro y Gonzalo, eran o no responsables "de haber prestado una cooperación necesaria sin la cual el autor no habría podido causar la muerte a Segundo Abraham Camacho Amado", y si en su ejecución obraron con el propósito de matar y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

Al responder a cada cuestionario: "Si es responsable de homicidio simplemente voluntario", el jurado afirmó la responsabilidad de Segundo Floro y Gonzalo, a título de cómplices necesarios en el homicidio de Camacho Amado, pero en su modalidad de homicidio simple, no calificado, pues lo único que excluyó fue la circunstancia de agravación.

Por cuanto en relación con el autor material se había incluido en el cuestionario también la nota agravante de la indefensión, e igualmente fue negada, el jurado, con la respuesta "sí es responsable de homicidio simplemente voluntario", afirmó su responsabilidad en un homicidio de esta naturaleza, no calificado, y a título de autor, como había sido llamado. Respecto de él se preguntó si era o no responsable de haber causado la muerte a Segundo Abraham Camacho Amado y si en su ejecución obró con el propósito de matar y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

En síntesis, los veredictos fueron afirmatorios de responsabilidad en un homicidio no agravado, y en el grado de participación atribuido a cada quien en su respectivo cuestionario, esto es, para Ismael Zúñiga, como autor material y para Segundo Floro Barbosa y Gonzalo Zúñiga, como cómplices necesarios, pues en ese aspecto ninguna modificación hizo el jurado al cuestionario en su respuesta. Esta interpretación no violenta la lógica ni contradice la verdad procesal, con base en la cual se profirió el auto de llamamiento a juicio y fueron redactados los cuestionarios.

Tampoco son contradictorios, sea que se les examine en sí mismos, o respecto de los demás, pues del análisis lógico jurídico que de su contenido intrínseco se haga, no puede concluirse que contengan decisiones opuestas e inconciliables, de tal forma que se destruyan entre sí creando

el vacío de definición respecto de la responsabilidad por la cual se indagó al jurado.

Así lo entendieron también el Juzgado y el Tribunal al dictar la sentencia objeto del recurso:

El Juzgado expresó: "Los veredictos no son imprecisos, por el contrario son claros en todos y cada uno de sus términos; de ellos se puede interpretar el pensamiento del jurado, nítidamente plasmado en las respuestas, y él fue el de considerar que Ismael Zúñiga, Segundo Floro Barzosa y Gonzalo Zúñiga eran responsables de un delito de simple propósito, negando por tanto la existencia de la causal de agravación imputada en los pliegos de cargos" (fl. 247 del cuaderno principal).

El Tribunal manifestó: "Como puede observarse de la simple lectura del anterior cuestionario, el jurado encontró responsables a los acusados del delito por el cual fueron llamados a juicio, pero modificando en su favor no el género, sino la especie del delito, al condenarlos no por asesinato, sino por un homicidio simplemente voluntario" (fl. 19 del cuaderno del Tribunal).

Las consideraciones precedentes son suficientes para concluir que los cargos formulados a la sentencia acusada no pueden prosperar.

Por ello la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en lo sustancial con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

INASISTENCIA FAMILIAR

El delito de inasistencia familiar es de carácter permanente, porque su consumación se prolonga en el tiempo

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 28 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 75, agosto 28/80.

Vistos

Dirime la Corte el conflicto negativo de competencias que se ha suscitado entre el Juzgado Segundo Penal Municipal de Popayán y al Primero de igual categoría de Cartago, en relación con el conocimiento de estas diligencias adelantadas contra Roberto Elías Rivas Valencia, por el ilícito de inasistencia familiar.

Resultandos y Considerandos:

Primero. Ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Cartago, la señora Beatriz Gómez Aristizábal de Rivas, denunció penalmente a su legítimo esposo Roberto Elías Rivas Valencia por inasistencia familiar respecto a ella y sus menores hijos Gloria Mercedes y Jaime Alberto.

Dicha denuncia le correspondió por reparto al Juzgado 1º de esa localidad, el que mediante auto de 7 de marzo último, abrió investigación penal.

Luego de ampliación de la denunciante, dicho Juzgado decidió remitir las diligencias al Juzgado Penal Municipal —Reparto— de Popayán por competencia, habiéndole correspondido al Juzgado Segundo.

Este Despacho fue el que propuso la colisión de competencia negativa, argumentando entre otras cosas, lo siguiente: “De conformidad con lo anteriormente analizado, y observando que el

delito es constituido por varios hechos sucesivos los cuales se iniciaron en verdad en esta ciudad, pero continúan en la ciudad de Cartago (Valle), además como el delito fue denunciado y su investigación fue iniciada en esa misma ciudad, le corresponde de acuerdo a lo examinado anteriormente continuar la investigación hasta su final al Juzgado Primero Penal Municipal de esa localidad” (fl. 5 vto.).

Por su parte el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago, basándose en el artículo 663 del Código de Procedimiento Penal y en el hecho de que cuando se produjo inicialmente el abandono, el matrimonio Rivas Gómez, tenía su residencia en Popayán, no aceptó los planteamientos anteriores y dispuso el envío de las copias a esta Corporación para que se dirima la colisión.

Segundo. Según se desprende de la denuncia y ampliación de la misma, el delito se cometió inicialmente en la ciudad de Popayán en donde tenía su domicilio el matrimonio ya mencionado, pero debido precisamente a esta situación, la mujer abandonada junto con sus menores hijos, debió trasladarse a la ciudad de Cartago a casa de sus padres, para tratar de salvar un poco al menos su situación económica.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, como lo ha sostenido esta Sala de la Corte, que este ilícito de inasistencia familiar, se prolonga en su consumación en el tiempo, lo que indica, que se sigue cometiendo mientras persista esa situación anómala que lo tipifica.

Aunado a lo anterior, se tiene que según la parte primera del inciso 1º del artículo 663 del Código de Procedimiento Penal, es competente para conocer de esta ilicitud en primera instancia el Juez Municipal “de la residencia del titular del derecho al momento de cometerse la infracción”, es decir, de la persona o personas perjudicadas con el delito.

Síguese de lo dicho en el acápite precedente, que si en la actualidad la denunciante y sus menores hijos tienen fijada su residencia en la ciudad de Cartago, y toda vez que según el proceso, los hechos constitutivos del delito contra la asistencia familiar no han cesado, sino que por el contrario persisten, la competencia para conocer de este asunto en primera instancia se encuentra radicada en el Juzgado 1º Penal Municipal de dicha localidad y no en el 2º de igual categoría de Popayán.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, DECLARA que el competente para conocer de estas diligencias es el Juzgado Primero

Penal Municipal de Cartago, al cual serán enviadas, previo aviso de los resuelto al Juzgado Segundo de igual categoría de la ciudad de Popayán.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

APERTURA DE INVESTIGACION CON BASE EN UNA DENUNCIA

Es presupuesto indispensable que ésta precise la ocurrencia de un hecho concreto, específico, definido como delito en el Código Penal, con determinación de "todos los pormenores que conozca el denunciante"

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 28 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 075.

Vistos

El señor Fernando Mosquera Córdoba, detenido en la Cárcel del Distrito de Santa Rosa de Viterbo a órdenes del señor Juez Primero Superior de esa ciudad, dirigió memorial al señor Procurador del Distrito Regional de esa localidad, acusando a todos los Magistrados de la Sala Penal del correspondiente Tribunal y al Juez del conocimiento "por los delitos de *prevaricato y otras defraudaciones a la Ley Penal*".

El Procurador Regional, luego de recibir la denuncia en debida forma, dispuso enviar el original a la Corte para la investigación de la conducta de los Magistrados del Tribunal y copia de la actuación al Tribunal para la investigación de la conducta del Juez Superior.

Resultando:

1. El señor Fernando Mosquera Córdoba al parecer simulando la calidad de abogado, asistió en tal carácter a los procesados Carlos Julio y Alvaro León Cristancho, quienes se encontraban sindicados de la comisión de un delito de robo agravado, asunto que se estaba adelantando en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa y que para entonces se hallaba al conocimiento del Tribunal a virtud del recurso de apelación interpuesto por los hermanos León Cristancho contra el auto de llamamiento a juicio.

2. El señor Pablo Iván Gómez, quien había contratado la defensa de los hermanos León Cristancho, enterado poco después de que en el Tribunal el Fiscal de la Corporación había rendido concepto favorable a la confirmación del auto de proceder recurrido, se dedicó a vociferar contra "todos los funcionarios judiciales" a quienes endilgó los más injuriantes adjetivos, hecho que, a juicio del denunciante, dio lugar a que "tanto los magistrados del Tribunal como (los) Jueces, asumieran una posición demasiado veligerante (sic) en (su) contra, a cambio de haber procedido conforme a la ley contra el señor Pablo Iván Gómez".

3. Aquella situación llevó al denunciante Mosquera Córdoba, al despacho del Magistrado Ponente en el respectivo negocio con el objeto de pedirle excusas por el comportamiento de Gómez, con el resultado de que encontró que en el despacho del Magistrado "se encuentran los otros magistrados de la Sala Penal del Tribunal", "planificando" "qué clase de acción podían ejercer en (su) contra por el comportamiento del señor Pablo Gómez".

4. Efectivamente, dice el denunciante, los Magistrados oficiaron al Ministerio de Justicia y descubrieron que no existía Tarjeta de Abogado registrada a su nombre, por lo que la Corporación dispuso que se adelantara en su contra la correspondiente investigación por el posible delito de falsedad en que hubiese podido incurrir en relación con la adulteración de aquel documento.

Considerando:

1. *Del texto de los artículos 318 y 319 del Código de Procedimiento Penal es fácil advertir que pueden darse dos situaciones para la formación*

del sumario, la del conocimiento personal del Juez o del funcionario de instrucción sobre la existencia de un delito perseguible de oficio y la de la denuncia, dependiendo una u otra circunstancia del modo como llega al Juez el conocimiento del delito, en el primer caso, si el propio Juez o funcionario instructor, por cualquier "medio serio de información", tiene conocimiento personal "de la perpetración de alguna infracción penal de las que deban investigarse de oficio" y, en el segundo, si el hecho se le comunica por otro mediante el lleno de los requisitos de forma y de fondo exigidos por la ley con el objeto de asegurar la seriedad del denunciante y, si es el caso, su responsabilidad como declarante falso o perjurio, requisitos entre los cuales se prescriben algunos actos solemnes como los de amonestación, intimidación y puramento del testigo (artículos 14, 157 y 158 del Código de Procedimiento Penal y 191 del Código Penal).

2. En el caso de los hechos puestos en conocimiento de la Sala por el señor Procurador Regional de Santa Rosa, ocurre que no son del dominio personal de los Magistrados de la Corte, ni su escueta enunciación puede fundar una razonable creencia sobre su ilicitud o, siquiera, sobre su veracidad, de donde se concluye que no pueden dar lugar a la iniciación de una investigación oficial contra los Magistrados del Tribunal.

3. No se encuentra, tampoco, en el escrito presentado por el señor Mosquera Córdoba al Procurador Regional de aquella ciudad, fundamento serio atendible para considerar que los hechos que denuncia sean constitutivos de los delitos que le atribuye a los Magistrados de la Sala Penal.

Para que una denuncia pueda considerarse tal es preciso, en efecto, que en ella se precise la ocurrencia de un hecho concreto específico definido como delito en el Código Penal, con determinación de "todos los pormenores que conozca el denunciante" (artículo 14 del Código de Procedimiento Penal), de manera que el funcionario correspondiente pueda disponer de los elementos fácticos indispensables para ordenar o para negar la iniciación de la respectiva investigación criminal y, en caso de que decida iniciarla, para que más tarde, en el evento de que aparezca acreditada la temeridad del denunciante, pueda ser éste responsabilizado penalmente por falsas imputaciones o por perjurio.

En el escrito presentado por el señor Mosquera Córdoba, no obstante afirmar que denuncia a los Magistrados "por los delitos de prevaricato y otras defraudaciones a la Ley Penal" no se ha-

ce, como se advierte de su lectura, relato alguno del cual pueda deducirse la comisión de aquellas u otras infracciones a la Ley Penal, limitándose la acusación, apenas, a algunas vagas afirmaciones que el memorialista infiere de la sospecha de haberse ganado la animadversión de los funcionarios judiciales del lugar como resultado de las injuriosas manifestaciones hechas contra éstos por un tercero, que le contrató para asistir a unos procesados dentro de un proceso en el que a la sazón no había adoptado decisión alguna el Tribunal.

El señor Mosquera Córdoba, en efecto, se limita a afirmar que los Magistrados del Tribunal, como los Jueces del lugar, "asumieron una posición demasiado veligerante (sic) en (su) contra", sin indicar en modo alguno de qué actitudes, manifestaciones u omisiones concretas pudo deducir tal consecuencia y respecto de cuál o cuáles funcionarios en particular, o a suponer que a causa de que encontró reunidos en el despacho del Magistrado Ponente a los integrantes de la correspondiente Sala de Decisión, éstos se encontraban "planificando" qué clase de acción podían ejercer en (su) contra", o a imaginar que la investigación penal ordenada por haber usado tarjeta profesional de abogado que no le había sido expedida, constituye acto de retaliación de la Corporación y no ejercicio del deber legal de disponerlo así cuando quiera que aparezca cometido un delito perseguible de oficio, como el de falsedad, máxime cuando el propio señor Mosquera declara que no aparecía inscrito como abogado, según puede verse en el escrito correspondiente y en la diligencia de juramento de su denuncia, en la que, al dar sus particularidades, se limitó a decir su nombre, de dónde era oriundo, su estado civil, el número de su cédula de ciudadanía y su condición de detenido, sin indicar, en ningún momento, que tenía la calidad de abogado.

Resulta inadmisibles, de otra parte, que pueda atribuirse a alguien la comisión de un delito sin que el denunciante pueda indicar en qué consiste éste, mucho menos el de prevaricato a un Juez o Magistrado de la República si, como en este caso, para la fecha de la denuncia, los funcionarios no habían proferido ni auto, ni sentencia, ni resolución alguna.

Como reiteradamente lo ha dicho la Corte desde hace algo más de treinta años:

"...Uno de los presupuestos esenciales que exige la Ley de Procedimiento Penal para adelantar una investigación, es la existencia de un hecho que entraña directa o indirectamente una violación de la Ley Penal. En ausencia de este

requisito la acción penal no puede adelantarse por ningún funcionario de la rama jurisdiccional en materia penal. . .”.

“ . . . Así, pues, la investigación para descubrir la verdad material, la responsabilidad de sus autores o partícipes, la personalidad de los mismos, los motivos determinantes del delito y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, se vinculan directamente al hecho que implica una violación de la Ley Penal, y al conocimiento que de él se tenga por parte de los funcionarios encargados de administrar justicia. . .”.

“ . . . Cuando la investigación debe iniciarse a virtud de una denuncia, ésta debe hacerse en la forma determinada por el Código de Procedimiento Penal, para que el funcionario ante quien se formula pueda analizar los hechos y apreciar si ellos son o no constitutivos de delitos para adelantar la correspondiente acción penal. En estos casos, la causa o motivo de la investigación la constituye la denuncia, ya que en ausencia de ésta, el funcionario no podría adelantar ninguna acción penal. . .” (auto, 3 diciembre 1948, LXV, 390).

4. No puede la Corte, en consecuencia, iniciar exoficio investigación penal en este caso, por que los hechos de que trata la acusación no son del conocimiento personal de la Sala, ni ha llegado a su conocimiento por ningún “medio serio

de información ni se muestran objetivamente delictuosos”.

No existe, tampoco, denuncia contra los Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa por la comisión de un hecho concreto delictuoso, de modo que no puede la Corte, en conclusión, admitir como fundamento de la iniciación de diligencias preliminares o de un proceso criminal, las escuetas e infundadas declaraciones hechas por el denunciante en el sentido de que aquellos incurrieron en el delito de prevaricato antes de haber proferido auto, sentencia o resolución alguna, o en “otras defraudaciones a la Ley Penal”, sin relatar en qué consistieron éstas.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de iniciar sumario en relación con los hechos puestos en conocimiento de la Corte por el señor Procurador Regional de Santa Rosa de Viterbo.

Notifíquese y archívese la actuación.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COMISION Y SUBCOMISION EN MATERIA CIVIL

ATIPICIDAD POR AUSENCIA DE DAÑO

Cuando el comisionado subcomisiona, no incurre en delito, si no se produjo daño alguno al derecho de quienes tenían título legítimo para intervenir en las diligencias objeto de la comisión; a lo sumo se estaría frente a una irregularidad de tipo procedimental que podría acarrear nulidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 29 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 75, de agosto 28/80.

Vistos

En el juicio sucesorio de Luis Guillermo Medina, adelantado en el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, éste comisionó, por auto de septiembre 21 de 1978, al Juzgado Civil Municipal de Tocaima para que "... proceda a la entrega al mismo secuestre (doctor Miguel Barón H.) del inmueble ubicado en esa jurisdicción, vereda de Pubenza, formado por los lotes..." (fl. 765).

El Juez comisionado, doctor José Otto Munévar Rocha, señaló en auto de seis de octubre, el día nueve de octubre, a las 10 a.m., para cumplir con este encargo. El proveído se notificó en forma debida. Pero, el once del mes y año citados, resolvió, por enfermedad, subcomisionar al Inspector Departamental de Pubenza, el cual debía realizar la diligencia el día trece. El auto se notificó a la parte actora, quien renunció a los términos de ejecutoria y se procuró, telefónicamente, hacer saber este cambio al apoderado de la demandada. En todo caso, la actuación procesal se llevó a cabo y al momento de efectuarse la misma estuvieron presentes el apoderado del de-

mandante, la arrendataria, su apoderado, el nuevo secuestre, varios interesados y los agentes de policía llevados para tal efecto (fls. 765 vto. 766 y vto., 769 y ss.).

Esta conducta del Juez Munévar Rocha, le valió ser denunciado por Flor Alba Medina de Reyes, alegando que aquél había fingido enfermedad para poder subcomisionar; que no se había limitado a la entrega de los bienes sino a la desocupación de ellos; y que a pesar de sus indagaciones en el Juzgado, el funcionario "se negó a informarme para así poder proceder en la forma que él quería y como obtuviera el dato de dicha fecha comisionó al citado Inspector con la orden, en un auto, de que debía practicarse la diligencia el mismo día que él había fijado, sin tener en cuenta que entregó el mismo 13 las diligencias para que las llevara personalmente el abogado interesado y dando una orden incorrecta, ya que, el Inspector, tenía que dictar el correspondiente auto, fijando fecha y hora, auto que debía ser notificado y ejecutoriado".

Cerrada la averiguación (enero 28/80 — fl. 817—), se repuso esta decisión, a instancias del Ministerio Público, para cumplir diligencias que se echaban de menos (fls. 818 y 821). Vino, entonces, una petición para aplicar el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, por parte del procesado, solicitud que fue respaldada por el Fiscal 4º del Tribunal, pero que esta Corporación despachó en forma adversa porque "si bien es cierto que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable, y en consecuencia cualquier ausencia de uno de dichos elementos hace que el

hecho no sea delito jurídicamente hablando, también lo es que la antijuridicidad y la culpabilidad son examinadas en el momento de calificar el sumario según lo preceptuado en el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal, inciso final, para su reconocimiento.

“En el caso presente, claramente se observa que existe la tipicidad de la conducta, como se vio en el literal a) referido. La Sala, con ello, no está significando que exista delito o no, sino simplemente que la tipicidad se da y eso es suficiente para negar la cesación del procedimiento. Ya en la etapa calificatoria habrá oportunidad procesal para examinar si esa conducta típica es o no antijurídica o culpable”. Esta resolución lleva fecha de abril 28 del año en curso, apelada, según se dice en auto de 21 de mayo, aunque no se advierte en las fotocopias esta impugnación.

El Procurador 3º Delegado en lo Penal, apoya la providencia del *a quo* y al respecto reproduce la siguiente decisión de esta Sala, con fecha 1º de julio del presente año, y que a la letra dice: “... Cuando se alega en el proceso inexistencia de delito por razones distintas de las señaladas en presencia como ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad, tal cuestión no puede ser resuelta mediante la providencia a que se refiere el artículo 463 del Código de Procedimiento Penal sino en el momento procesal de calificación del mérito del sumario; si del examen de los hechos en dicha oportunidad aparece demostración plena de una de aquellas causales que impiden la delictuosidad de la conducta, habrá de proferrirse sobreseimiento definitivo, como lo autoriza el numeral 2º del artículo 491 del estatuto procesal” (única instancia contra el ex Gobernador de la Guajira, Rafael Iguarán Mendoza).

De las situaciones que la denunciante estima como propias a un hecho delictuoso, solo queda como actuación sobresaliente lo relacionado con el fenómeno de la subcomisión a la autoridad policiva, que podría tomarse como un abuso de autoridad. El sindicado, por su parte, no ha cejado en afirmar que tenía facultades para ello, con base en el artículo 34, inc. 1º, del Código de Procedimiento Civil, criterio que fue comparado por el fiscal de la primera instancia.

De autos resulta claro que el doctor Munévar Rocha, estaba padeciendo de una dolencia (dengue), que le impedía cumplir con los términos de la comisión, sin poder estar cierto en cuanto a la fecha en que recuperaría su buen estado de salud. De allí que prefirió la subcomisión para evitar retardos en el encargo conferido. También aparece nítido que las partes con derecho a in-

tervenir en tal diligencia pudieron hacerlo en debida oportunidad y acudieron a todos los medios que consideraron convenientes o necesarios.

Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre la facultad del comisionado para delegar la gestión encomendada, y la Sala advierte torpeza en la interpretación del citado artículo 34 del Código de Procedimiento Civil, ya que las facultades concedidas no dicen relación al subcomisionamiento sino a la identidad de las atribuciones de comitente y comisionado, pues éste al ejecutar personal y directamente la orden impartida dispone de todos los poderes de aquél, es del caso advertir que no se observa la ocurrencia de un hecho considerado por la ley como delito. A lo sumo se trataría de una irregularidad procedimental, que, por su carácter vicioso, confirmaría sus consecuencias a las medidas de anulación dentro del propio proceso civil. Un comportamiento como el analizado, producido por la motivación real que aparece en autos, y que no produjo daño alguno al derecho de quienes tenían título legítimo para intervenir en la diligencia censurada, no puede estimarse que la ley lo aprecia como delictuoso. Resulta errado llevar el concepto de tipicidad a acciones carentes de daño o unirla a la particular valoración que caprichosamente ofrezca el denunciante. No debe olvidarse que los posibles perjuicios alegados por la denunciante, no se derivan de la subcomisión sino de la comisión misma y ésta no puede entenderse como ilícita, ya que fue conferida con acatamiento a las normas legales. Lo que realizó el subcomisionado era lo mismo que debía realizar el comisionado directo. En este punto no es factible admitir la presencia de un nomen iuris vulnerado porque, se repite, la acción carece de consecuencias nocivas en el ámbito delictivo.

De ahí que sea procedente dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelve:

1. Revocar el auto apelado, y, en su defecto,
2. Declarar que la conducta del doctor José Otto Munévar Rocha, como Juez Civil Municipal de Tocaima, denunciada por la señora Flor Alba Medina de Reyes, no la considera la Ley Penal como delito.

En consecuencia, se ordena cesar todo procedimiento en contra suya.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Con todo el respeto que nos merece el criterio mayoritario de la Sala, disintimos tanto de la razón motiva como de la resolutive de la decisión anterior, porque consideramos que el comportamiento del Juez Civil Municipal de Tocaima, doctor José Otto Munévar Rocha, se acomoda a la definición legal que de varias infracciones hace la Ley Penal, (prevaricato, usurpación de funciones públicas, abuso de autoridad omisivo, o abuso de autoridad comisivo) y porque estimamos que su conducta causó indiscutible perjuicio a la víctima de su actividad, en tanto que, de otra parte, opinamos que su excusa en el sentido de que cometió el hecho de buena fe, sin dolo ni malicia, no puede aceptarse como fundamento de la orden de cesar el procedimiento adelantado en su contra, que se dispone por la Corte.

1. El procesado, en efecto, profirió auto claramente contrario a la ley al subcomisionar para la práctica de una diligencia que sólo él podía llevar a término, pues, aún frente a la presencia de la fuerza mayor que alega, la propia ley de procedimiento civil le indicaba, de modo expreso, el camino que ha debido seguir, que no era, por supuesto, el de la subcomisión.

El Juzgado 22 del Circuito de Bogotá, por auto de 21 de septiembre de 1978, comisionó precisamente al doctor Munévar Rocha, en su condición de Juez Civil Municipal de Tocaima, para que hiciera entrega al secuestre de los lotes llamados San Cayetano y las Plataneras y del camión marca Ford indicados en los correspondientes anexos (fl. 764), comisión que el Juez Munévar dispuso cumplir por auto de 6 de octubre del mismo año, señalando con ese propósito la hora de las diez (10) de la mañana del día nueve (9) del mismo mes (fl. 765 vto.), plazo que dejó vencer sin actuar, alegando hallarse enfermo y con apoyo en cuya circunstancia, profirió luego el auto del día 11, también del mismo mes, en el

que fingió, una vez más, practicar él mismo la diligencia, “salvo complicaciones en su salud, caso en el cual” —indicó— “Subcomisionara (sic) con amplias facultades al señor Inspector Departamental de Policía de Pubenza (Tocaima)”, a quien envió de inmediato, no obstante, la correspondiente actuación (fl. 766 vto.); donde fue recibida el día señalado para la diligencia (fl. 785), cuyo cumplimiento fue dispuesto por auto del mismo día (íd.) y el mismo día llevada a término (fls. 769 a 784 vto.), con quebrantamiento ostensible de todo procedimiento legal.

El auto del Juez fue, por consiguiente, claramente contrario a la ley y dadas las razones aducidas para subcomisionar y la trayectoria y conocimiento del Juez, proferido, además, a sabiendas de su ilicitud (artículo 168 del Código Penal).

De admitirse que la actuación del Juez Munévar Rocha no alcanzó a tipificar el delito de prevaricato, no puede discutirse, sin embargo, que omitió la ejecución de una diligencia a que legalmente estaba obligado y, por consiguiente, que su conducta, cuando menos, corresponde al tipo legal definido y sancionado en el artículo 172 del Código Penal (abuso de autoridad omisivo) o, al usurpar las funciones del comitente, conforme reciente doctrina de la Corte, al definido y sancionado en el artículo 182 ibídem (usurpación de funciones públicas).

Aunque en el fallo de la mayoría se resta importancia a la gravedad del comportamiento del Juez Munévar Rocha, no pudo menos de admitirse en él, sin embargo, que el auto de subcomisión era claramente contrario a la ley, “ya que las facultades concedidas no dicen relación al subcomisionamiento sino a la identidad de las atribuciones del comitente y comisionado”, vale decir, como es bien sabido, a las propias de los funcionarios en el desarrollo de la diligencia o en la práctica de la prueba.

2. La actividad arbitraria del Juez Munévar Rocha, además, contra lo que se sostiene en la providencia de la mayoría, causó ostensible perjuicio a la víctima, como ésta misma lo indicó en la denuncia (fls. 1 a 2 y 13 a 15) y lo precisó su apoderado en la demanda de constitución de parte civil (fl. 27), y como aparece con meridiana claridad de la nulidad de la diligencia de entrega del 13 de octubre de 1978 (fl. 582), decretada por auto del Juzgado 22 del Circuito de Bogotá, de 7 de diciembre del mismo año (fl. 727) y del desconocimiento del amparo policivo, dispuesto a favor de la víctima por la Gobernación de Cundinamarca, mediante la Resolución de 7 de

febrero de 1979 (fl. 614), consecuencias todas de la arbitraria determinación del Juez Munévar Rocha, que no habría ocurrido de haber aplazado éste el cumplimiento de la diligencia hasta tanto hubiera estado en condiciones de realizarla él mismo o de haberse excusado de su cumplimiento, fundado en la misma consideración.

3. El hecho de que el procesado hubiese profirido el auto de 11 de octubre de 1978, de buena fe, sin dolo ni malicia, como lo ha pretextado, no es, finalmente, fundamento legal para ordenar la cesación del procedimiento adelantado en su contra.

Como ya lo ha admitido la Corte en providencia del primero (1º) del julio del año en curso que con gran acierto cita el señor Procurador 3º Delegado en lo Penal, cuando de eventos de inculpabilidad o de justificación se trata, no es dable dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, como lo hace la Corte en este caso, sino, como lo había dispuesto el Tribunal Superior de Bogotá, una vez vencido el término de la instrucción, luego del cierre de la investigación y mediante auto de sobreseimiento definitivo (artículo 491 ord. 2º *ibídem*).

Dijo entonces la Corte:

“...1. El auto de cesación de procedimiento a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal debe tener una de las siguientes cinco motivaciones.

“...a) Comprobación plena de que el hecho que se imputa al sindicado no ha existido, vale decir, que no ocurrió en la realidad, como cuando aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado...;

“...b) Comprobación plena de que el sindicado no cometió el hecho que se le imputó a título de autor o de cómplice, como que fue inequívocamente realizado por otra persona;...”

“...c) Comprobación plena de que la ley no considera tal hecho —conducta de acción o de omisión— como infracción penal; esta hipótesis apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa, aquélla, cuando el comportamiento atribuido al procesado no está recogido por ningún tipo penal, como ocurriría en el caso de adulterio o habrá de suceder con la piratería al entrar en vigencia el nuevo Código Penal; y ésta, cuando a pesar de existir uno o varios tipos que describan tal comportamiento, el que concretamente se examina no se adecua a ninguno de aquellos por falta de alguno de sus elementos integradores (su-

jetos, objetos, conducta), como cuando alguien se apodera de cosa propia creyendo que es ajena...;

“...d) Comprobación plena de que la acción penal no podía iniciarse, como cuando se trata de un delito que exige querrela de parte y ésta no se presentó oportunamente (caducidad; o cuando aquélla ha prescrito; o cuando se comprueba la muerte del imputado; o cuando nueva ley elimina la delictuosidad de la conducta atribuida concretamente a una persona; o cuando el director del periódico publica la rectificación del escrito considerado como injurioso o calumnioso y manifiesta allí mismo su conformidad antes de aceptada la querrela (artículo 22 Ley 29 de 1944), o cuando se pretende acción penal por cheque sometido a plazo y presentado antes de la fecha convenida, por supuesta infracción al artículo 1º del Decreto 1135 de 1970...;

“...e) Comprobación plena de que la acción penal no puede continuar, como cuando, habiéndose iniciado oportunamente, la prescripción se consumó; o cuando murió el procesado; o cuando se inició oficiosamente pero requería querrela de parte; o cuando el hecho ya fue decidido en sentencia definitiva (cosa juzgada); o cuando desistió la parte que tenía derecho a ello en proceso iniciado por querrela; o cuando se ha decretado amnistía propia o indulto impropio; o cuando nueva ley elimina la delictuosidad de la conducta investigada; o cuando el director del periódico publica la rectificación del escrito injurioso o calumnioso y manifiesta allí mismo su conformidad después de iniciada la investigación (artículo 22 Ley 29 de 1944)...”

“...2. Cuando se alega en el proceso inexistencia de delito por razones distintas a las señaladas en precedencia como ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad tal cuestión no puede ser resuelta mediante la providencia a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal sino en el momento procesal de la calificación del mérito del sumario; si del examen de los hechos en dicha oportunidad aparece demostración plena de la conducta, habrá de proferirse sobreseimiento definitivo, como lo autoriza el numeral 2º del artículo 491 del estatuto procesal... (Mag. Ponente, doctor Reyes Echandía).

Consideramos, en consecuencia, que si el comportamiento del procesado Munévar Rocha se conforma a dos o más tipos descritos y sancionados en el Código Penal, su excusa en el sentido de que obró de buena fe no podía ser estudiada ni reconocida mediante auto de cese de procedimiento, ni declarada “en cualquier estado del

proceso'' (artículo 163 del Código de Procedimiento), como se dispone por la mayoría, sino, como queda visto, luego del cumplimiento de los términos, de los trámites y de las condiciones precisamente señalados en la ley (perfeccionamiento del sumario, cierre de la investigación, traslados y concepto fiscal) y a través de sobreseimiento definitivo (artículo 491, ord. 2º ibídem), como muy acertadamente, a nuestro juicio,

lo había dispuesto el Tribunal Superior de Bogotá.

Por tales consideraciones salvamos el voto.

Pedro Elías Serrano Abadía, Dante L. Fiorillo Porras.

Bogotá, septiembre 2 de 1980.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

LA DENUNCIA COMO CAUSAL DE RECUSACION

Taxatividad. La denuncia penal contra el funcionario que conoce del proceso, como causal de recusación, debe alegarse dentro del numeral 4 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, cuando el denunciante ha sido admitido como parte civil en el proceso en el cual ha formulado dicha querrela

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., agosto 29 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 72, agosto 21/80.

Vistos

Actualmente el Magistrado Gregorio Rodríguez Vásquez, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conoce de un proceso que por "estafa" se adelanta contra el señor Aureliano Calderón.

Contra el Magistrado en mención, este procesado juró denuncia, por los delitos de "prevaricato" y "abuso de autoridad", ante el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Luis Enrique Romero Soto.

Ahora el apoderado de Calderón recusa al Magistrado Rodríguez Vásquez, por la aludida circunstancia. Lo pertinente de su pieza, dice:

"Me veo en la necesidad de recusar al señor Magistrado Ponente (sic) doctor Gregorio Rodríguez Vásquez, por virtud de que en su contra elevó denuncia penal mi defendido Aureliano Calderón, por los delitos de *prevaricato* y *abuso de autoridad*, ante la Corte Suprema de Justicia, donde ratificó y amplió la misma el 29 de noviembre de 1979, ante el despacho del Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto, como consta en la fotocopia que se acompaña".

Antes de pronunciarse sobre la recusación, el Magistrado Rodríguez Vásquez, solicitó de la Sala Penal de la Corte "se certifique si realmente fue presentada la denuncia y qué providencias fundamentales se han dictado como consecuencia de ella, indicando el estado actual de las diligencias".

La constancia de la Secretaría respectiva, se produjo en los siguientes términos:

"Que bajo el número 25805 se halla radicada una denuncia penal contra el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Gregorio Rodríguez Vásquez, presentada por el señor Aureliano Calderón ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial.

"Que dicha denuncia fue ratificada y ampliada ante el Magistrado sustanciador doctor Luis Enrique Romero Soto y el suscrito Secretario el veintinueve de noviembre último por el señor Aureliano Calderón.

"Dado en Bogotá a los nueve (9) días del mes de julio de mil novecientos ochenta (1980), con destino al Magistrado Gregorio Rodríguez Vásquez".

El Magistrado recusado, en auto de 19 de julio del año en curso, luego de transcribir lo pertinente del memorial de recusación y apartes de la "diligencia de ratificación y ampliación de la denuncia", con la observación de que no hay copia auténtica de ella, para rechazar aquélla, expone:

"De la manera más breve posible he de decir que absolutamente ninguno de los cargos que me

hace Aureliano Calderón tiene fundamento de ninguna especie; y que, por consiguiente, los rechazó (sic). Por consiguiente, no me declaro impedido para actuar. Desde luego, es la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia la que, por autoridad de la ley, se pronunciará sobre esta materia.

“Sin embargo, no sobra agregar que estimo que el sindicado pudo tener el deseo de injuriarme, de llevar los términos al extremo para, de todos modos, lograr que me declarara impedido. Entiendo que la Administración de Justicia no solamente requiere preparación intelectual remota y próxima, sino un estudio concienzudo de todos los expedientes que debe resolver un Juez y, cuando sea del caso, buena dosis de resignación, comprensión y estoicismo.

“Jamás he visto ni al denunciante ni al denunciado ni tengo que ver absolutamente nada con ninguna persona interesada en el proceso y la presentación de la denuncia, que en el proceso civil acarrea automáticamente el impedimento (artículo 142, numeral 8º del Código de Procedimiento Civil), en el proceso penal no tiene igual vigencia (artículo 78 del Código de Procedimiento Penal). Por consiguiente, habiendo regulado completamente la materia el último artículo nombrado, no es aplicable la disposición del Código de Procedimiento Civil”.

La Sala habrá de declarar infundada la recusación que se viene contemplando. En efecto:

El artículo 78 del estatuto procesal penal señala de manera taxativa y no por simple vía de ejemplo, cuáles son las causales de recusación. Y dentro de ellas, no figura la esgrimida por el recusante. De ahí que éste se abstuviera de invocar una concreta con fundamento en tal norma. Así como tampoco invocó y, por la razón que adelante se expondrá tampoco podía hacerlo, ninguna de las señaladas en el Código de Procedimiento Civil, ni siquiera insinuado la séptima del artículo 142 de este estatuto: “Existir denuncia penal contra el Juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, formulada por alguna de las partes, su representante o su apoderado”.

Y es que la anterior norma del procedimiento civil no tiene aplicación en el penal, ni aún en atención a lo dispuesto en el artículo 8º del último estatuto sobre “aplicabilidad de las normas del Procedimiento Civil” en el Penal, por cuanto, conteniendo el procedimiento penal una regulación íntegra y especial de los impedimentos y recusaciones, no es posible trasladar un factor

contemplado por la legislación civil para esta específica clase de situaciones, ya amplia y precisamente contemplada por el penal.

Lo anterior es la regla de apreciación que para casos como el que ahora se examina tiene adoptada la mayoría de la Sala.

Situación perfectamente distinta se contemplaría en el caso de que, formulada una denuncia penal contra un Juez de esta categoría, con fundamento en ella se abriera investigación de tal índole y dentro de ella se produjera la constitución de parte civil. Pero en tal caso la causal de recusación sería la contemplada en el número 4 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Como también sería distinto el que, como fruto inmediato de la denuncia, surgiera en los ánimos del fallador y su denunciante una grave enemistad recíproca.

Pero esta última situación tampoco se ha presentado, puesto que el mismo recusado pone de presente cómo “la administración de Justicia no solamente requiere preparación intelectual remota y próxima, sino un estudio concienzudo de todos los expedientes que debe resolver un Juez y, cuando sea del caso, buena dosis de resignación, comprensión y estoicismo”, para finalizar, sobre este concreto particular: “Jamás he visto ni al denunciante ni al denunciado ni tengo que ver absolutamente nada con ninguna persona interesada en el proceso y la presentación de la denuncia...”.

Aceptar recusaciones como la propuesta y que ahora se considera, equivaldría a dejar la puerta abierta para que, contra el querer de la ley, las partes pudieran separar del conocimiento de un negocio a determinado funcionario, por el simple y peligroso camino de una denuncia.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, desestima, por infundada, la recusación formulada en contra del Magistrado Gregorio Rodríguez Vásquez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Aclaración de voto

Sigo considerando, como lo he advertido en pasadas ocasiones, que la denuncia formulada contra un Juez o Magistrado que conoce de determinado proceso, cuando la misma logra la apertura del correspondiente proceso penal o disciplinario, constituye suficientísimo motivo, valorable objetivamente, para disponer que aquél sea removido, bien por que se invoque tal hecho como impedimento o se alegue como motivo de recusación.

El aspecto traduce eventualidad de orden general y básico en la administración de justicia y por tanto no confina su efecto al campo civil, así en este ámbito se discipline en forma expresa y se observe su ausencia en el procedimiento penal.

Ya se sabe que asuntos generales, más lo que concierne a conceptos fundamentales de los órganos judiciales, de su jurisdicción, competencia y trámite, contemplados en el ordenamiento civil deben aplicarse en el penal, si éste no contiene disposiciones pertinentes y la índole de sus instituciones no pugna con aquéllas. Así lo enseña el artículo 8º cuando preceptúa: "Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente código o en leyes especiales, las disposiciones que rijan sobre la organización judicial y procedimiento civil".

Y cabe preguntar en qué se opone el factor destacado en el artículo 142-8 del procedimiento civil, a lo indicado por el procedimiento penal en el instituto de los impedimentos y las recusaciones. ¿Acaso, por el contrario, no traduce la concreta consagración del principio de que nadie, en un proceso, puede constituirse simultáneamente en Juez y parte, principio que anima a muchos de los casos considerados en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal y que a falta de cánones particularizantes tendría que aceptarse indefectiblemente? ¿Qué objeto tiene olvidar esta orientación básica, que alivia dificultades y suaviza obstáculos a la vez que hace más expedita y limpia la justicia, para buscar el mismo objetivo mediante recursos forzados o sea dejar una causal objetiva para acudir a situaciones subjetivas como son el "interés" o la "animadversión", que ni aseguran el derecho de las partes ni dejan tranquilo al Juez que padece estas aflictivas circunstancias? Mejor, de una vez, dar una solución estable, clara y simple: cuando la denuncia logra prosperar surge la situación impeditiva. De no, vamos a tener el caso aberrante de un Juez denunciado, con proceso en su contra y con auto de detención preventiva

pero con beneficio de escarcelación, que no logra separarse ni ser separado del respectivo sumario o juicio, porque la "denuncia" no está recogida con esta específica significación en el estatuto de procedimiento penal, ni esta circunstancia le hace sentir ni puede demostrársele "interés", enemistad o animadversión".

Estos los motivos de mi disenso en cuanto a la parte motiva de la anterior decisión.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

Aclaración de voto

Estoy de acuerdo con la determinación adoptada por la Sala al no declarar separado del conocimiento del negocio al funcionario recusado, pero discrepo, con todo respeto, de los planteamientos que se hacen en la providencia para excluir la posibilidad de aceptar, en el campo penal, como causal de impedimento o de recusación, la denuncia penal formulada por alguna de las partes o su representante o apoderado contra el Juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad.

Es cierto que este motivo de separación del conocimiento está expresamente considerado en el Código de Procedimiento Civil (artículo 142, numeral 7º) y no lo está en igual forma en el Estatuto Procesal Penal (artículo 78), y también es cierto que sería exagerado aceptar la recusación de un funcionario por el solo hecho de haber sido denunciado, razón por la cual la jurisprudencia civil ha morigerado su aplicación al exigir además que la denuncia haya sido aceptada y abierta la investigación.

Aunque en materia penal no está expresamente consagrada como causal de impedimento o de recusación la denuncia penal formulada contra el funcionario, no repugna jurídicamente tenerla como tal, si se hacen las siguientes consideraciones, en mi opinión valederas:

1º La finalidad primordial que se persigue con el establecimiento de un mecanismo procesal que permita al funcionario separarse del negocio o a las partes separarlo, en caso de que él no lo haga, es la de asegurar una absoluta ecuanimidad e imparcialidad en el fallador, lo cual se logra, en buena medida, cuando es ajeno por completo al resultado del negocio, pudiéndolo considerar con plena indiferencia, movido solamente por el afán de acertar en justicia al decir.

Ese desinterés, garantía de imparcialidad, puede verse seriamente comprometido cuando el Juez sabe que al que está juzgando es quien, a su vez, lo tiene denunciado a él.

La ausencia de interés en el resultado del negocio es de tal preponderancia en la concepción de una justicia aplicada, serena e imparcialmente, que la propia providencia no pudo sustraerse a su valoración, pues aceptó que, si la denuncia contra el funcionario motiva la apertura de una investigación penal y en ella se constituye el denunciante como parte civil, sí procede su separación del conocimiento respecto del negocio que adelanta contra su denunciante, solo que, en este caso, ubicó el motivo en la causal 4ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, para considerarlos a ambos como contrapartes.

En esencia, lo que se está reconociendo en esa hipótesis es que el denunciante del funcionario, por haber demostrado un interés evidente en el resultado de su denuncia, objetivado en la constitución de parte civil, colocó a éste en condiciones que le impiden seguir siendo su Juez en el negocio que le instruye.

Pero es de advertir que ese interés le asiste a la persona y lo denotó desde que formuló la denuncia penal contra el Juez de su causa, y que, desde entonces, se reviste de importantes consecuencias jurídicas, pues ese denunciante puede, según lo ha reconocido la jurisprudencia, recusar al Juez que va a tramitar su denuncia, aunque no se haya abierto la correspondiente investigación penal; y puede apelar, como se lo reconoce la ley, del auto inhibitorio que llegue a proferirse respecto de ella.

Tiene, por tanto, desde que denunció, un interés jurídico en el resultado de su pretensión lo cual ubica a su denunciado, desde entonces, en calidad de parte opuesta a esa aspiración.

Por tanto, no se encuentra explicable el que se le reconozca relevancia jurídica a ese interés solamente cuando se traduce en una constitución de parte civil y se le niegue cuando esto no ocurre, como si no constituyera fuente suficiente de interés la *legitimatío ad causam* que, latente en el proceso permite al ofendido asumir tal calidad en cualquier momento, dentro de los límites temporales que el procedimiento le traza al ejercicio de su derecho.

La apreciación contenida en la providencia permite afirmar que, cuando el denunciante del funcionario no tiene recurso para constituirse en parte civil o no quiere hacerlo, no puede recusar a éste en el proceso que le adelanta, salvo que se presenten otros motivos de recusación.

De todas maneras, cabe reconocer que la providencia marca un avance en la interpretación del alcance que se debe dar, en el campo penal, a la denuncia como causal de recusación.

2ª El peligro de que la denuncia tenida como causal de recusación se convierta en un fácil recurso para cambiar de Juez, tiene su correctivo legal en la tipificación de esa conducta como delictiva, bajo la denominación de "falsas imputaciones hechas ante las autoridades".

3ª Existiendo la facultad de practicar diligencias preliminares para despejar la dudas que surjan en cuanto a la procedencia de la apertura de la investigación, y pudiendo el funcionario abrir proceso o inhibirse de hacerlo, de acuerdo con los elementos de convicción aportados a la denuncia, o que de ella emanen, o que resulten de las diligencias preliminares, forzoso es concluir que cuando se abre una investigación penal es porque la denuncia reviste seriedad y existe razonable creencia de que se está en presencia de la comisión de un hecho delictivo.

En esas condiciones, el funcionario que, en ese negocio, queda constituido en sindicado por fuerza de la denuncia que le formuló quien es su procesado, no puede sentirse con el ánimo más desprevenido para juzgar a quien es su denunciante.

Lo aconsejable es, por tanto, remover cualquier obstáculo que se oponga al objetivo de desinterés, imparcialidad y ecuanimidad que deben caracterizar el juzgamiento.

4ª No estando la causal concebida sobre aspectos de naturaleza puramente civil, que llegaran a caracterizarla como propia y excluyente de ese campo del derecho, puede aplicarse también al terreno penal, pues las consecuencias anímicas que suscita la denuncia, pueden afectar tanto a un juez civil como a uno penal, y el uno como el otro pueden, en esas condiciones, llegar a actuar parcialmente, olvidando que son jueces, para sentirse contrapartes, que es lo que se pretende evitar en guarda de una intachable administración de justicia.

A ello se debe agregar que el Código de Procedimiento Penal faculta, en su artículo 8º, para aplicar disposiciones del procedimiento civil, cuando se trate de llenar vacíos en el campo penal, y siempre que dichas normas no contraríen lo dispuesto en el ordenamiento procesal penal.

Son estas las consideraciones que fundamentan mi respetuoso disenso de la decisión mayoritaria respecto de los apartes que he glosado de la providencia, y que me llevan a pensar

que la denuncia penal, con la consiguiente apertura de investigación, es motivo de impedimento o de recusación también en el campo que nos ocupa.

Darío Velásquez Gaviria
Magistrado

Aclaración de voto

Aunque comparto la decisión que la Sala ha tomado en la providencia que antecede, me aparto respetuosamente de la fundamentación que le ha dado la mayoría.

Parte esta de la consideración de que no es aplicable al procedimiento penal la causal de recusación contemplada por el artículo 142 numeral 8º del Código de Procedimiento Civil por cuanto estima que la materia de las recusaciones está íntegramente reglamentada en el de procedimiento penal y que, por lo tanto, no es el caso de usar la vía que ofrece el artículo 8º de este último ordenamiento para traer hasta el proceso penal una causal de recusación que éste no contempla en el artículo 78 que contiene, en el parecer de la Sala mayoritaria, una enumeración taxativa de dichas causales.

Hace, empero, excepción del caso en que se haya abierto un proceso penal contra el funcionario recusado y dentro de él el recusante se haya cons-

tituido en parte civil, caso en el cual la Sala mayoritaria considera aplicable el numeral 4º de la disposición últimamente citada, por estimar que en tal situación el funcionario vendría a ser contraparte del recusante.

No obstante, esa autorizada opinión, creo que es posible la aplicación de la prenombrada causal de recusación, porque, si bien no es conveniente que la sola denuncia pueda servir de base a la pretensión de que el funcionario se declare impedido pues ello conduciría a que se pudiera escoger Juez para un proceso, situación que la Sala Civil de la Corte ha remediado con la exigencia de que, por lo menos, la denuncia sea aceptada y se haya abierto el correspondiente proceso penal, constituye un verdadero contrasentido que si la simple opinión extraprocesal es causal de recusación y lo mismo los sentimientos de amistad íntima o enemistad manifiesta, no lo sea la denuncia aceptada que, si tiene fundamentos, señala a un Juez indigno de la investidura y si no los tiene, obliga al funcionario a juzgar a quien lo ha denunciado injustamente.

En estas razones e insistiendo en la salvedad anotada de que no es la simple presentación de la denuncia lo que constituye causal de recusación sino la denuncia aceptada deo fundaméntada mi respetuosa disparidad con la mayoría de la Sala.

Luis Enrique Romero Soto.

DELITO CONTINUADO

Diferencias entre el dolo y la unidad de designio

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., septiembre 4 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Boto*tero.

Aprobado: Acta número 78.

Expediente número 25939

Vistos

Desata la Corte el recurso extraordinario de Casación interpuesto y sustentado oportunamente contra la sentencia de segunda instancia proferida el 22 de octubre de 1979, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté el 30 de mayo de 1979, mediante la cual condenó a Luis Eduardo González Gómez, a la pena principal de tres años de presidio y a las accesorias de rigor como autor del doble delito de *peculado*, cometido en concurso material de infracciones cuando desempeñaba el cargo de Tesorero Municipal de la población cundinamarquesa de Guachetá.

Hechos

Fueron resumidos por el Tribunal en la siguiente forma:

“...Luis Eduardo González Gómez, en su calidad de Tesorero Municipal de Guachetá, el 30 de marzo de 1974, recibió de la Recaudación de Hacienda Nacional, un cheque por valor de cincuenta y dos mil novecientos treinta pesos, por concepto de impuesto a las ventas, suma que no ingresó a las urnas oficiales, sino que pasó a en-grosar el patrimonio económico del mencionado

funcionario, pues el instrumento fue consignado en su cuenta personal, como consta en el proceso.

“Por otra parte, Luis Eduardo González Gómez, en los primeros días del mes de enero de mil novecientos setenta y cinco, recibió del señor Sabas Moreno, la cantidad de dos mil (\$ 2.000), correspondientes al 20% de la base del remate de coso público, plaza y degüello de ganado menor, pero no expidió el correspondiente recibo oficial, ni sentó el ingreso en los libros contables de la tesorería, sino que se apropió de dicha suma en beneficio personal, con el correlativo perjuicio económico para el municipio de Guachetá...”

Por estos dos hechos se siguieron procesos separados que al ser acumulados en legal forma se fallaron en una sola sentencia, precisamente la que es objeto de este recurso.

La demanda

Después de hacer la relación de los hechos debatidos y de pormenorizar el desarrollo de los procesos cuestionados hasta su culminación con el fallo que impugna, propone el demandante tres cargos al amparo de la causal cuarta de Casación porque, en su concepto, éste se dictó en un juicio viciado de nulidad.

1. Inobservancia de las formas propias del juicio por haber sido quebrantados los artículos 26 de la Constitución Nacional y 1, 39 y 168 del Código de Procedimiento Penal.

El cargo se funda en que habiéndose comprobado “...mediante diligencias de confrontación del recibo de la serie B número 502068 expedido el 21 de marzo de 1974, con el duplicado que se halló en el archivo de la Tesorería, que el recibo original se refiere al predio San Antonio de propiedad de Luis Buitrago, en el original aparece el número de Catastro 00-2-006-383 y en el duplicado el número 00-1-005-172; en el original el avalúo Catastral es de \$ 96.700.00 y en el dupli-

cado aparece por \$ 1.900.00, en el original el impuesto predial aparece por un total de \$ 840.90 y en el duplicado por \$ 9.03 (fl. 27), estableciéndose un faltante de \$ 831.87, dinero que no ingresó al erario municipal. . .”, la falsedad de dicho recibo fue realizada para ocultar la apropiación del dinero, lo que comporta conexidad consecencial con el peculado en los \$ 831.87, situación que imponía la investigación y fallo de ambos delitos en el mismo proceso y no abrir dos investigaciones separadas, una por la falsedad documental y otra por el peculado, como se hizo.

2) Desconocimiento del debido proceso por haberse adelantado tres investigaciones por cada una de los presuntos peculados y la falsedad de un documento, cuando las tres apropiaciones constituían un delito continuado de peculado, conexo con la falsedad, que han debido investigarse y fallarse en un solo proceso, como lo disponen los artículos 32 del Código Penal y 168 del Código de Procedimiento Penal.

Para demostrar la continuidad de las diferentes apropiaciones, arguye:

Que la pluralidad de actos se evidencia, porque Luis Eduardo González Gómez, “... el 21 de marzo de 1974 no ingresó al Tesoro Municipal la suma de \$ 831.87 que había pagado por concepto de impuesto predial el señor Luis Buitrago, según recibo de la Serie B número 502068 y los que se apropió; que el 30 de marzo de 1974 el mismo Tesorero no dio ingreso al Tesoro Municipal de Guachetá de la suma de \$ 52.930, que giró la Administración de Hacienda Nacional al Municipio por concepto de la participación que le correspondía en el impuesto a las ventas de los meses de marzo, abril y mayo de 1973 y también se los apropió; igualmente, hizo lo mismo con los dos mil pesos que el señor Sabas Moreno consignó el 5 de enero de 1975 en la Tesorería Municipal de Guachetá para poder ser postor en el remate de las rentas de Almotacén y plaza, etc...”.

Que las varias violaciones de una misma disposición penal se acreditan porque las apropiaciones referidas “...ponen de presente que el sindicado Luis Eduardo González Gómez violó siempre el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951...”.

Que la unidad de designio criminoso se revela en que sus comportamientos estaban encaminados a “...aumentar su propio peculio con parte de los caudales del Municipio de Guachetá...”.

Para terminar el reproche, expresa:

“...Las diversas apropiaciones de dinero realizadas por Luis Eduardo González Gómez, como

Tesorero que fue del Municipio de Guachetá, constituyen un delito continuado de peculado, que debían investigarse, según lo mandado por el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, en un solo proceso, y al adelantarse tres investigaciones diferentes por las apropiaciones de dinero y por delitos conexos, no se observaron las formas propias del juicio y se incurrió en nulidad de carácter constitucional...”.

3) Violación de las formas propias del juicio por cuanto el auto cabeza de proceso se dictó mucho antes de que el Juzgado recibiera las diligencias adelantadas por el Visitador Fiscal de la Contraloría General de Cundinamarca, lo que constituye una falsedad que hace inexistente el acto procesal aludido, pues “...sobre un proveído afectado de falsedad, no se puede edificar un proceso penal...”.

En consecuencia, concluye:

“...El haberse proferido auto cabeza de proceso con una fecha antelada, al recibo de las diligencias enviadas por la Contraloría de Cundinamarca, además de configurar un delito, hace que el acto procesal sea inexistente por carecer de la fecha verdadera y siendo inexistente el auto cabeza de proceso, son nulas todas las diligencias posteriores por ausencia de proveído que las ordena (artículos 319 y 220 del Código de Procedimiento Penal)”.

El Ministerio Público

Solicita el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que la Corte no case la sentencia.

Para fundamentar su petición sostiene:

1. Nadie discute la conexidad de la falsedad y del peculado que entrañó la adulteración del duplicado del recibo de consignación del impuesto predial que efectuó el señor Luis Buitrago en la Tesorería Municipal y que determinó la apropiación de \$ 831.87.

Que tan evidente es esto, que el Juzgado Veinte Superior de Bogotá, está conociendo de esos hechos con total independencia de los delitos que aquí fueron objeto de la sentencia que se ataca.

2. El problema de continuidad de los delitos imputados al procesado debió de proponerse por otra vía. Al efecto, expresa:

“...El error cometido en cuanto a una de las modalidades del delito imputado —peculado continuado y no pluralidad de infracciones del mismo género—, no puede considerarse como formalidad del juicio sino como “vicio de la materia juzgada” y en tales condiciones resulta ina-

ceptable la acusación formulada como nulidad de rango constitucional.

“Si el demandante se proponía demostrar el yerro incoado debió acogerse a la causal primera de casación pero no acudir, como lo hizo, a la causal cuarta puesto que esta clase de errores no generan nulidad por la razón anotada...”

3. La inexistencia del auto cabeza de proceso por haberse antedatado fue un “...error mecanográfico...”, pues no obedeció al deseo de alterar la verdad y, además:

“...tal error, dadas las constancias procesales no puede producir duda alguna en cuanto a la verdadera fecha de iniciación de la investigación, ni consecencialmente afecta en forma alguna al procesado.

La Corte

1. La conexidad.

La conexidad de la adulteración de un recibo de pago de un impuesto predial para ocultar la apropiación de \$ 831.87, no ofrece discusión alguna y tampoco que el Juzgado Veinte Superior de Bogotá está investigando esos hechos.

Peró, más evidente resulta la afirmación de que esa conducta fue ajena al juzgamiento que terminó con la sentencia condenatoria impugnada. Basta leer los llamamientos a juicio, el auto que decretó lo acumulación de los procesos y la propia sentencia para dejar en claro que todas estas piezas procesales, en su labor definitiva, se refieren únicamente a las apropiaciones indebidas de \$ 52.930 como participación del Municipio de Guachetá en el Impuesto sobre las Ventas y de \$ 2.000 consignados por el señor Sabas Moreno correspondientes al 20% del remate de los servicios de coso público, plaza y degüello.

Entonces, si los procesos que culminaron con la sentencia objetada no involucran, en manera alguna, los hechos de que conoce el Juzgado Veinte Superior de Bogotá, la tacha carece de fundamento real.

El cargo no prospera.

2. La continuidad.

Suscita el actor el delito continuado de peculado que, en su criterio, viene a quedar integrado con todas las apropiaciones cometidas por el procesado y que se han investigado separadamente. Al mismo tiempo sostiene que este delito continuado encuentra conexidad indiscutible con el

de falsedad que tramita el Juzgado Veinte Superior de Bogotá. De allí concluye que todos estos ilícitos debieron de ser fallados en un sólo proceso como lo indican las voces de los artículos 32 del Código Penal, 167 del Código de Procedimiento Penal y 26 de la Constitución Nacional.

El delito continuado lo edifica sobre la pluralidad de actos, la identidad de norma violada y la unidad de designio.

Para la Sala resulta obvio que hubo pluralidad de conductas cada una de ellas constitutiva de delito, y estima que también puede afirmarse que en todas se violó siempre una misma disposición penal, o sea, el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951. Sin embargo, en lo que no está de acuerdo con el recurrente es en predicar que hubo unidad de designio.

En efecto, la Corte sobre este punto ha dicho:

“...si el elemento subjetivo que ata los diferentes episodios delictivos, aislados y completos en su realización, se concreta en las palabras “un mismo designio” que la disposición penal correspondiente emplea, resulta obvio que a la ejecución de cada acción, perfecta en sí misma, debe preceder ese factor intelectual unificador que suele denominarse con propiedad plan, proyecto, esquema, programa, juicio de utilidad, etc...” (auto, 5 de agosto de 1980).

Según esta enseñanza, no parece atinado alegar que el factor intelectual unificador que precedió a los diversos comportamientos ilícitos del procesado consistió en la intención de “aumentar su propio peculio” y que por ello hubo delito continuado. El planteamiento no es admisible, se repite, porque es del peculado por apropiación que el delincuente se apropie para sí o haga que otro se apropie bienes pertenecientes al Estado, esto es, que incorpore a su patrimonio particular esos bienes o los ponga en el patrimonio de un tercero, lo que destaca que el censor equivocadamente le está dando al dolo propio del peculado el poder aglutinante de un plan, proyecto, esquema, programa o juicio de utilidad, que es lo que el artículo 32 del Código Penal denomina “...un mismo designio...” como lo entiende la jurisprudencia.

Esto significa que, desde el punto de vista subjetivo, en el delito continuado debe existir en cada uno de los diversos hechos que lo integran el dolo propio del delito de que se trata y por encima de él un factor intencional unificador que desempeña el papel de enlace de esos comportamientos ilícitos parciales y que se vierte en la expresión “unidad de designio”.

Justamente es esto lo que la Corte no encuentra y lo que el casacionista, claro está, no podía demostrar a pesar de los esfuerzos dialécticos de que hizo gala.

Entonces, si por fuerza de la realidad procesal la argumentación quedó trunca en su fase inicial, hay que concluir que es inútil efectuar el análisis de una hipotética conexidad de ese presunto delito continuado con el de falsedad.

El cargo no prospera.

3) La inexistencia.

Por la antedata que presenta el auto cabeza de proceso en una de las causas acumuladas, asegura el impugnante que esta falsedad produce la inexistencia del acto procesal, consecuentemente la no existencia del proceso mismo y la violación por este modo de las formas propias del juicio.

Valga para desdeñar este reparo la observación atinada que al respecto hace el Ministerio Público:

“...Es evidente que en el caso sub exámine, las diligencias practicadas por el visitador Fiscal de la Contraloría Departamental fueron recibidas en el Juzgado Penal del Circuito de Ubaté el 14 de septiembre de 1976 (fl. 30, *in fine*) y que el auto con el cual se abrió la correspondiente investigación lleva fecha 15 de agosto del mismo año (fl. 31).

“Sin embargo, en cumplimiento a lo dispuesto en dicha providencia, aparece a folio 33, frente, copia de la comunicación dirigida al Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría de Zipaquirá, del 15 de septiembre de 1976, en la que se le informa que ese día se inició la investigación penal contra el procesado y al reverso del mismo folio, en manuscrito, constancia secretarial de que en la citada fecha se dieron los avisos de iniciación al Fiscal del Circuito y al Personero Municipal. El 16 de los mismos mes y año, se remiten las diligencias al Juzgado 86 de Instrucción Criminal, en comisión (fl. 34)...”.

Frente a esta evidencia procesal no es posible pensar en que hubo falsedad. Todo conduce a establecer un *lapsus calami*, o sea, un simple error de escritura que en manera alguna puede tener los alcances inusitados que pretende darle la demanda.

El cargo no prospera.

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

autoridad de la ley, NO CASA la sentencia condenatoria de veintidós 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

El señor Luis Eduardo González Gómez, fue designado Tesorero Municipal de Guachetá mediante Acuerdo del Concejo Municipal del lugar de 10 de diciembre de 1972, cargo del que tomó debida posesión el 11 de enero de 1973 (fl. 18) y ejerció, ininterrumpidamente hasta el 22 de febrero de 1975 (fl. 19) y en desempeño del cual se apropió en provecho propio, por tres ocasiones, cuando menos, de parte de los bienes que por razón de sus funciones estaba encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, como quedó acreditado mediante las Actas de Visitas Fiscales que le fueron practicadas, conforme a las cuales el funcionario no ingresó al Tesoro Municipal la suma de \$ 831.87 que había recibido por concepto de impuesto predial pagado por el señor Luis Buitrago, según recibo de la serie B número 502068; ni ingresó la suma de \$ 52.930.00, que había recibido de la Administración de Hacienda Nacional por concepto de participación del Municipio en el Impuesto a las Ventas correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 1973, e igualmente dejó de ingresar la cantidad de \$ 2.000.00 que el señor Sabas Moreno le había entregado para ser admitido como postor en una diligencia de remate.

Estos hechos demuestran, a mí modo de ver inequívocamente, que el Tesorero, señor Luis Eduardo González Gómez, no cometió varios delitos de peculado, cada uno por el valor de la respectiva apropiación, sino uno solo continuado por el valor total de los dineros oficiales que sustrajo a las arcas del Municipio en provecho suyo.

La circunstancia de que los Visitadores Fiscales hubiesen practicado tres o más visitas y deducido como resultado de ellas alcances parciales y no el correspondiente al total de la apropiación ilícita, no vuelve independientes ni hace que cada una de ellos sea un diferente delito de peculado, pues de haberse practicado una sola visita, que comprendiera la totalidad de la apropiación, el error que se produjo como resultado de las visitas parciales jamás hubiera tenido lugar.

El procesado, en conclusión, cometió un peculado continuado, equivocadamente fraccionado por los Visitadores Fiscales de la Contraloría e indebidamente investigado en tres diferentes procesos criminales.

Esta obvia consecuencia me lleva, muy a mi pesar, a manifestar mi respetuoso desacuerdo con la anterior decisión de la mayoría.

Dante L. Fiorillo Porras

Bogotá, septiembre 9 de 1980.

PREVARICATO

Demostración de la culpabilidad. Error sobre el tipo, y error sobre la antijuridicidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 4 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 78.

Vistos

A virtud de apelación legalmente concedida en el efecto suspensivo, corresponde a la Corte revisar la sentencia de 31 de mayo de 1980, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, condenó condicionalmente a la ex Juez Segunda de Instrucción Penal Aduanera de la misma ciudad doctora Elsa Inés Reyes Ruiz, a la pena principal de un (1) año de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas como responsable del delito de prevaricato.

Hechos

En cumplimiento de comisión impartida por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá, el Segundo de Instrucción Penal Aduanera, a cargo de la doctora Elsa Inés Reyes Ruiz, libró orden de captura contra el señor Jaime Monsalve Muñoz, dentro del proceso seguido contra éste y otros, por un delito de contrabando. Pero el 16 de junio de 1977, cuando ya el expediente había sido devuelto al comitente, miembros del Departamento Administrativo de Seguridad aprehendieron al señor Monsalve, quien fue puesto a disposición de la funcionaria solicitante, y ésta, mediante auto de esa misma fecha dispuso la libertad de aquél con base en copia fotostática de certificación expedida por el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, referente a que Monsalve, en el mes de noviembre de

1976, se presentó voluntariamente a ese despacho manifestando el deseo de rendir indagatoria dentro del proceso adelantado en contra suya, pero que por no haberse avocado el conocimiento de la investigación, no se practicó tal diligencia, advirtiéndosele que "será citado en su oportunidad por este Despacho en caso de que le corresponda el conocimiento del proceso".

Resultandos:

1. La investigación la inició el Tribunal Superior de Bogotá, el 14 de julio de 1977 y después de perfeccionarla llamó a juicio a la doctora Elsa Inés Reyes Ruiz el once de agosto de 1978, por el delito de prevaricato.

2. La decisión del Tribunal fue apelada y esta Corporación, al resolver el recurso, confirmó el enjuiciamiento.

3. En el plenario, al ser atendido pedimento de la defensa, se allegaron como nuevas pruebas inspección judicial sobre el proceso seguido contra Monsalve Muñoz y otros, por contrabando y falsedad, ampliación del testimonio del señor Monsalve y certificación jurada del doctor Fabio José Liévano Liévano, en su calidad de Juez Primero Superior de Aduanas de Bogotá.

4. El 7 de mayo de 1980, después de repuesta correctamente la actuación que la Corte señalara como nula en auto de 14 de noviembre de 1979, se verificó la audiencia pública, en la que el Agente del Ministerio Público demandó sentencia condenatoria por el punible imputado en el auto de proceder y la defensa la absolución de la acusada, caso de no ser decretada la nulidad del proceso a partir del auto calificadorio, pues en su sentir de darse algún delito no podría ser otro que el normado en el artículo 171 del Código Penal.

5. Las pruebas recogidas en el desarrollo del proceso permiten dar por plenamente probados los siguientes hechos:

a) El Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá, conocía del proceso por delitos de contrabando y falsedad seguidos contra Jaime Monsalve Muñoz y otros, y en el mes de agosto de 1976, lo envió en comisión al Juzgado Segundo de Instrucción Penal Aduanera, a cargo de la doctora Elsa Inés Reyes Ruiz, para la práctica de muchas diligencias;

b) La funcionaria comisionada, cuya calidad judicial está demostrada (fol. 201), mediante oficio 2365 de 28 de agosto de 1976, requirió de las autoridades de policía la captura del sindicado Jaime Monsalve Muñoz, (fl. 59);

c) En octubre de 1976 el comisionado devolvió el negocio al comitente y el 16 de junio de 1977, es capturado Jaime Monsalve Muñoz y puesto a órdenes del Juzgado a cargo de la doctora Reyes Ruiz (fl. 326);

d) El mismo día 16 de junio de 1977, con firma de la acusada y de su Secretario ad hoc el Juzgado Segundo de Instrucción Penal Aduanera ordena la libertad del capturado Monsalve, "con la obligación de presentarse en el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla" (fl. 328);

e) El 20 de junio de 1977 la procesada dispone el envío de la actuación relativa a la captura y liberación del señor Monsalve al Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá, para lo que estimare conveniente en relación con la situación jurídica de aquél, puesto en libertad "en virtud de una interpretación errónea por parte de este Juzgado en cuanto se refiere a la constancia expedida por el señor Juez Superior de Aduanas de Barranquilla", entregada a ella por el propio procesado (fl. 329).

6. El señor Agente del Ministerio Público, en este caso el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de hacer suyas las razones que diere el juzgador de instancia para denegar el pedimento de nulidad hecho por el abogado defensor en la audiencia pública, solicita la confirmación de la sentencia al estimar que tanto el cuerpo del delito de prevaricato como la responsabilidad de la encausada tienen pleno respaldo en la abundante prueba documental que reposa en el expediente.

7. El apelante al sustentar el recurso pide:

a) Que se absuelva a la procesada del cargo de prevaricación, por ausencia del elemento "a sabiendas" que es ingrediente normativo del tipo;

b) O que se admita, si se niega lo primero, que en la conducta de la inculpada se da el aspecto negativo de la culpabilidad previsto en el numeral 2º del artículo 23 del Código Penal vigente,

por haber incurrido en error interpretativo de la constancia expedida por el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla no proveniente de negligencia; o que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder inclusive por haberse incurrido en error respecto del *nomen iuris* de la infracción, pues que los hechos de dar lugar a la comisión de alguna, ésta no podría ser distinta a la del simple abuso de autoridad.

Considerandos:

1. *Adecuación típica.* El auto por medio del cual la procesada actuando como Juez de la República, dispuso la libertad del capturado Monsalve Muñoz, es contrario a la ley porque tratándose de persona contra la cual había orden de aprehensión y cuyo proceso ya no estaba en su despacho, ha debido ponerla a disposición del Juez del conocimiento; tal comportamiento se adecua al tipo penal que describe el prevaricato en el inciso 1º del artículo 168 del Código Penal; así se consideró en el auto de proceder, así fue confirmado por esta misma Corporación cuando revisó aquella determinación y así se reiteró en la sentencia condenatoria ahora recurrida. Por eso no tiene asidero legal la pretensión del apelante orientada hacia la nulidad del proceso por errada calificación jurídica de los hechos, cuando prueba alguna en el plenario modificó la situación de la encausada: Sobre este punto discurrió, además, con amplitud y acierto el Tribunal de Bogotá.

2. *Antijuridicidad.* Con dicha ilegítima actuación, la Juez acusada vulneró sin derecho alguno el bien jurídico de la probidad en la administración de justicia, pues alteró perjudicialmente el normal desarrollo de la investigación que se adelantaba contra Monsalve Muñoz en asunto penal.

3. *Culpabilidad.* Como quiera que la defensa plantea error de la Juez —aunque equivocadamente lo sitúa como causal de justificación— parece oportuno recordar lo que esta Sala expuso en reciente ocasión sobre tal materia:

Actúa inculpablemente quien realiza el hecho punible "con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia", tal como lo establece el numeral 2º del artículo 23 del Código Penal de 1936, o quien obra "con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal", conforme lo señala el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal de

1980. Ubícase como forma de error de derecho según el primer estatuto, o como especie de error sobre el tipo de acuerdo con el segundo, la hipótesis de quien yerra al interpretar uno cualquiera de los elementos constitutivos de un tipo penal determinado; si ello acaece, dicho error hará inculpable la conducta en cuanto sea insuperable, es decir, cuando el agente no haya podido evitarlo a pesar de la diligencia y cuidado puestos para vencerlo. La inculpabilidad de su comportamiento por ausencia de dolo surge de la consideración de que el error sobre uno cualquiera de los elementos del hecho punible impide al actor el adecuado y recto conocimiento de la tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognoscitivo de aquella forma de culpabilidad; y la inculpabilidad por falta de culpa emerge de que actuó con el deber de cuidado que le era exigible conforme a sus condiciones personales y a las circunstancias en que su comportamiento se desarrolló; en uno y otro casos su conducta no es jurídicamente reprochable.

“Este error de interpretación, es en esencia, equivocación sobre el contenido y alcances de un ingrediente normativo del tipo, y en la hipótesis del inciso primero del artículo 168 del Código Penal que describe el prevaricato, se daría cuando el agente yerra sobre expresiones tales como “funcionario o empleado público”, “funciones públicas” o “dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley”, cuando tales equivocaciones interpretativas le hagan creer fundamentos que no está prevaricando.

“La insuperabilidad de este error no ha de medirse con criterio uniforme; ella varía, como ya se indicó, de acuerdo con las características personales del actor y con las circunstancias que rodearon su acción u omisión; no puede exigírsele idéntica capacidad de interpretar la ley a un oscuro labriego alejado de la civilización que a un profesional, a un particular que a un Juez de la república; tampoco será igual aquella exigencia respecto de todas las normas legales; la compleja redacción de algunas de ellas hace más difícil desentrañar su verdadero significado, a tiempo que la claridad formal de otras permite su fácil comprensión” (Sent. de agosto 13 de 1980, aprob. en acta número 69).

En el caso *sub judice* no aflora error alguno; en efecto; la propia sindicada había proferido la

orden de captura contra Monsalve Muñoz, por manera que cuando lo puso a su disposición la autoridad policial sabía de quién se trataba y por qué está allí; ella misma, había dispuesto meses antes el envío del sumario al Juez comitente; tal hecho le fue recordado por su secretario en constancia que plasmó en el mismo folio en que la policía puso a órdenes suyas el capturado; el fundamento de su ilegal providencia es falso por cuanto el Juez Superior de Barranquilla no había anulado la orden de captura que pesaba contra Monsalve Muñoz, pues que tal orden provenía de la misma procesada; lo que aquel funcionario indicó en la constancia presentada por el aprehendido fue que no le recibía la indagatoria por él solicitada en razón de que no tenía en su despacho el proceso en cuestión, y sobre el claro y explícito tenor de esta constancia que cabe error alguno de interpretación. No ignoraba, pues, la funcionaria lo que estaba haciendo; al contrario, era consciente de que decidía sobre la libertad de un sindicado a pesar de no tener competencia para ello y a sabiendas de su obligación legal de remitirlo al Juez del conocimiento para los efectos jurídicos de rigor; no es posible soslayar entonces la inevitable conclusión de que actuó dolosamente.

4. *Punibilidad.* Comprobada plenamente la responsabilidad de la encausada por la comisión de delito de prevaricato y examinada la dosificación punitiva hecha por el *a quo*, esta Sala la encuentra correcta, lo mismo que el otorgamiento de la condena de ejecución condicional; por eso le impartirá su aprobación.

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

Resuelve:

Confirman la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COPARTICIPACION CRIMINAL

Autores, coautores y cómplices. Diferencias entre estas dos figuras

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., Septiembre 9 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 79.

Vistos

Contra la sentencia del 7 de febrero de 1979, emanada del Tribunal Superior de Tunja que condenó a Juan Manuel Martínez Baquero y otros, como responsables de robo y peculado, su apoderado interpuso recurso de casación.

Hechos

En los primeros días del mes de agosto de 1973, el particular Juan Manuel Martínez Baquero y los celadores de la Sucursal del Banco de la República en la ciudad de Cartagena, Hernando García, Carlos Bagett y Luis Alberto Serrano consumaron delito de robo en las bóvedas de seguridad de dicha entidad; poco después reiteraron la operación delictiva y días más tarde, con la intervención de otras personas, perpetraron una tercera y más espectacular en cuantía superior a los cuarenta millones de pesos.

Actuación procesal

La investigación fue iniciada por el Juzgado 8º de Instrucción Criminal de Cartagena y luego de varios incidentes que culminaron en cambio de radicación del proceso, éste continuó en el Juzgado 1º Penal del Circuito de Tunja, entidad que llamó a juicio a los sindicados ya mencionados y a otros más por delito continuado de robo, a tres altos empleados del Banco por delito

de peculado culposo y sobreseyó a otros. Con accesorias modificaciones, el Tribunal Superior de Tunja confirmó esta providencia por auto del 5 de agosto de 1975. Negada nulidad del proceso por supuesto error relativo a la denominación jurídica de peculado, el juicio culminó en su primera instancia con sentencia condenatoria para los procesados; la que afectó a Martínez Baquero fue de nueve años de presidio y las accesorias correspondientes, pues el Juzgado encontró demostración plena de su responsabilidad por coautoría de robo continuado con varias agravantes específicas y genéricas y, además reincidencia. El Tribunal mantuvo tal decisión en la sentencia objeto de este recurso.

Demanda

El recurrente hace dos cargos a la sentencia impugnada, así:

Primero. Con fundamento en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal sostiene que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (artículo 210, número 5º Código de Procedimiento Penal), en cuanto se llamó a juicio y condenó a su poderdante por delito de robo, debiendo habersele deducido responsabilidad por peculado.

Para demostrar este cargo sostiene que el gerente, el cajero principal y el subsecretario administrativo del banco fueron ejucitados y sentenciados como autores de peculado por tratarse de empleados del Banco de la República; que los procesados Hernando García, Carlos Baguett y Luis Alberto Serrano, en su condición de celadores de esa misma entidad, y por lo mismo, de trabajadores oficiales, han debido ser también vinculados y condenados por peculado y no por robo, y que como su patrocinado Martínez Ba-

quero, actuó como mero cómplice secundario de éstos, también debió ser calificada su participación dentro del rubro jurídico de peculado.

Transcribe luego el casacionista apartes de la providencia del Juzgado de instancia en la que negó declarar nulidad por errada calificación jurídica de los hechos, para comprobar que la conducta atribuida a los altos funcionarios del banco fue la de peculado y que esa misma calificación correspondería a los celadores, y culmina así esta parte de su alegato: "Ahora bien, si se trata de un delito de peculado del cual son autores los empleados del banco Garcíá Herrera, Baguett y Serrano, el sujeto invitado por el primero de ellos y auxiliar no necesario de todos, Juan Manuel Martínez Baquero, mal puede ser condenado por robo, pues dentro de la teoría monista de la complicidad, que es la aceptada en Colombia en oposición a la pluralística, la acción de Martínez no conformó un delito suyo que le pertenezca de modo exclusivo, sino que fue auxiliar de la realizada por los autores, a los cuales le es atribuible en su integridad. Y si estos cometieron peculado, Martínez, fue cómplice de tal delito. Luego, se incurrió en error en la denominación jurídica del delito al calificar como robo lo que es peculado, lo cual ocurrió al hacer la respectiva calificación en el auto de proceder. Y como esto conforma nulidad del proceso de acuerdo con el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, síguese que la sentencia acusada se dictó en juicio viciado de nulidad".

Segundo. "La sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial, por indebida aplicación de la misma", en cuanto a Martínez Baquero se le impuso pena de cómplice necesario con aplicación del artículo 19 del Código Penal y ha debido aplicársele la de cómplice secundario prevista en el artículo 20 *ibídem*.

Para comprobar tal cargo cita apartes de las sentencias de primero y segundo grados relacionadas con la participación de su poderdante en los hechos y de allí concluye que "resulta axiomático que Martínez prestó una colaboración sin la cual el delito de todas maneras se habría cometido o habría podido cometerse" y que por consiguiente "al catalogarlo en los niveles del artículo 19 del Código Penal, se violó la ley sustancial, pues le correspondía el nivel del artículo 20, sustancialmente distinto y más favorable que el 19".

Concepto de Procuraduría

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita desestimar la demanda por fallas de técnica.

En relación con la causal 4ª dice: "Si lo que el censor pretendió fue discutir la denominación jurídica de los hechos, aceptándolos en la forma en que estos fueron plasmados por el juzgador, no debió discutir su valor intrínseco. Igualmente debió demostrar que su calificación jurídica no es la que sustancialmente les corresponde. Y en este aspecto el cargo carece de fundamentación jurídica, limitándose simplemente el demandante a encarar sus pretensiones oponiendo su personal criterio al del fallador, en forma similar a las alegaciones de instancia.

"Si, por el contrario, lo que pretendió el demandante fue cuestionar los hechos mismos, en su valor intrínseco, para censurar su calificación jurídica, en su demostración, al disentir del alcance probatorio de los hechos establecidos en el proceso, debió establecer cómo la violación de la ley provino de apreciación de determinada prueba, y que el sentenciador ha incurrido en error de derecho o en error de hecho que aparezca manifiesto en los autos, señalando en el primer evento la prueba cuyo alcance concreto asignado legislativamente fue desconocido en la sentencia, o disminuido o exagerado en ella; y en el segundo, singularizando la prueba evidente en el proceso, no tenida en cuenta por el fallador, siendo el caso de hacerlo, o el hecho que tuvo como demostrado al través de una prueba inexistente"; y como nada de esto hizo el recurrente, su pretensión no puede prosperar.

Y respecto de la causal primera, sostiene el Ministerio Público que el demandante no puntualizó si se trata de violación directa o indirecta de la ley; agregó que en el caso de autos el censor, al aceptar parcialmente los hechos, "entró a discutirlos en su valor intrínseco, y por ende se ubicó en los lindes del segundo de los motivos para censurar su calificación jurídica, disintiendo del alcance probatorio de los establecidos en el proceso, pero en su demostración no estableció cómo la violación de la ley provino de apreciación de determinada prueba... se limitó una vez más a hacer prevalecer su criterio sobre el del fallador".

Alegato de parte civil

El señor apoderado de la parte civil refuta los planteamientos del recurrente, concuerda con el Ministerio Público en los errores de técnica que advierte en la demanda, manifiesta su conformidad con la sentencia condenatoria del Tribunal de Tunja y solicita desestimar la petición de casar dicho fallo.

*Considerandos:*A) *Causal cuarta.*

1. Sobre la rigurosa técnica que exige esta causal de casación, ha dicho la Corte: "Cuando se invoca como motivo de casación la nulidad del juicio por error en la denominación jurídica del delito, según el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, son necesarias dos argumentaciones concurrentes; la primera referida al tipo que se afirmó, con la demostración de cómo la norma que se aplicó fue indebida, y la segunda, también suficientemente demostrada, en el sentido de cuál debió ser la norma aplicable, o por mejor decir, cuál la infracción que debió reconocerse por el juzgador. Prescindir de cualquiera de estos dos planteamientos es incurrir en lo que la jurisprudencia reiterada de la Corte ha venido denominando 'proposición jurídica incompleta', esto es, un enunciado al cual falta otra parte para adquirir unidad jurídica. No puede la Corte entrar a estudiar un cargo hecho a medias, aunque la demostración parcial se efectúe lógica y cumplidamente. Si falta la enunciación y la prueba del otro aspecto, el principio jurídico se escinde y no es posible suplirlo con consideraciones que entrarían en el plano del artificio o de la conjetura" (cas. de marzo 30 y septiembre 27/73).

2. Sobre otro aspecto igualmente pertinente ahora de la misma causal, esta Corporación se pronunció así: "Si el auto de proceder discutido en su validez por el recurrente se ajusta con rigor a las prescripciones normativas y el censor pretende demostrar que la prueba que le sirvió de sustento fue mal calificada por el sentenciador, así ha debido hacerlo:

a) Con la prueba evidente de que la errada denominación jurídica de la infracción —de suyo causal de nulidad— obedeció a que se tuvo como demostrado un hecho con prueba inexistente, o

b) Que se pretendió calificar los hechos con desconocimiento de una prueba ostensible en el sumario, o

c) Que a una prueba a la que correspondía un determinado valor legal, el sentenciador le otorgó otro diferente, con exageración o menoscabo de sus verdaderos alcances, lo cual lo condujo a incurrir en la pretensa nulidad" [cas. de diciembre 4 de 1974, *Gaceta Judicial*, T. CXLVIII (2378-89) pág. 1096].

3. Al examinar la demanda de casación, encuéntrase que el recurrente contraviene las exi-

gencias técnicas a que se refiere la Corte en las transcripciones precedentes. En efecto: funda su impugnación en que a su poderdante se le llamó a juicio y condenó como autor de robo, cuando ha debido ser procesado y condenado como cómplice secundario de peculado. Y para demostrar tal cargo hace de afirmaciones no solamente gratuitas y sin el menor respaldo probatorio, sino absolutamente contrarias a la realidad procesal: la de que Martínez Baquero cometió peculado y no robo y la de que actuó como mero cómplice secundario, y no a título de coautor. La artificiosidad e inconsistencia de dichas aseveraciones se parentiza con recordar solamente que conforme a la propia confesión de este procesado (fls. 266 a 268 cuaderno 1) y a las imputaciones que le hacen los tres celadores del Banco, con quienes perpetró los dos primeros robos (fls. 342 a 345, cuaderno 9), su participación en los hechos lejos de ser la de un modesto auxiliador, adquirió la categoría preponderante de inicial incitador y luego de coautor material y que siendo particular y no funcionario público con disponibilidad material o jurídica sobre bienes de la administración, la violenta indebida apropiación de los dineros del banco no podía configurar peculado sino robo.

4. Impertinentes resultan, además, las consideraciones críticas del recurrente en punto a la calificación jurídica que Juzgado y Tribunal hicieron de la conducta de los celadores del Banco; y lo es porque se ha erigido en su agente oficioso para que respecto de ellos se califique ahora de peculado lo que indudablemente es robo y con cuya denominación estuvieron de acuerdo pues no la objetaron al dictarse en su contra auto de proceder y luego sentencia de condena. Lo que pretende al impugnante por tan extraño sendero es que, calificados los celadores del Banco como funcionarios públicos encargados de la custodia de los dineros sustraídos, se les impute su robo como peculado, y que luego se tenga a su cliente como simple auxiliador de equéllos; sólo así lograría su pretensión de ubicarlo como cómplice de peculado y por consiguiente, la de obtener una imposible declaración de nulidad. Lo evidente es en cambio, que aquellas personas —si bien trabajadores oficiales— no tenían disponibilidad material ni jurídica sobre los dineros depositados en el Banco y por consiguiente carecían de aptitud para cometer peculado.

5. No sobra recordar que si en el plenario fue cuestionada sin éxito la calificación jurídica de los hechos imputados al gerente del Banco, a su cajero principal y al subsecretario administra-

tivo, ninguna tacha se hizo a la que calificó como robo la conducta de Martínez Baquero y los tres celadores; solamente ahora y con equivocada técnica se ha buscado inútilmente alterar la realidad procesal.

El cargo no prospera.

B) *Causal primera.*

1. Reiteradamente la Corte ha señalado los caracteres diferenciales entre las dos modalidades propias de la causal primera de casación; en una de estas oportunidades expuso: La primera forma de violación sustancial de la ley admite tres hipótesis, “la directa propiamente dicha, que se produce cuando la disposición sustantiva pertinente se deja de aplicar al hecho probado en el proceso; por aplicación indebida, cuando se pretende que un determinado texto legal regule una situación extraña a su imperio; y por interpretación errónea, cuando el fallo acusado le asigna al precepto de la ley un sentido o alcance contrario a su recto entendimiento. Tal es el ámbito delimitado y preciso del primer aparte de la causal primera”.

“La otra forma de violación —la indirecta— proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, y de ella se ocupa el segundo cuerpo de la causal citada. Pero ya esta infracción no puede demostrarse, como la anterior, mediante un razonamiento directo, autónomo, sino mediante un análisis probatorio, y entonces es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, ‘demostrando haber incurrido en error de derecho o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos’. Por ello ha dicho la Corte que la técnica del recurso extraordinario de casación exige —cuando de este segundo motivo se trata— que, además de citar las disposiciones sustantivas violadas, se puntualice claramente el concepto en que lo haya sido y la clase de error en que hubiera incurrido el Tribunal, de derecho o de hecho, y en este último caso a través de qué apreciación y con relación a cuál elemento procesal se cometiera...”.

“De lo dicho se desprende que aducir únicamente violación directa de la ley sustancial, invocado de manera autónoma el primer aparte de la causal primera de casación, implica aceptar los hechos del proceso tal como los encuentra probados el sentenciador. En cambio, quien alega violación indirecta de aquélla, apoyándose en el segundo cuerpo de la misma causal, está indicando que controvierte la prueba, que no acepta los elementos fácticos en que el fallo acusado se funda. De allí que sea contrario a la técnica del recurso y a la lógica misma, argüir simultáneamente

infracción directa e indirecta de una determinada disposición sustantiva ya que un hecho no se puede aceptar y rechazar al mismo tiempo y por el mismo concepto, porque se quebranta el principio de contradicción” [cas. de 23 de agosto de 1969, *Gaceta Judicial*, T. CXXXI (2314-16), págs. 331/12; ídem, cas. de 3 de diciembre de 1976].

2. En el presente caso, el recurrente enuncia la causal como violación de la ley sustancial “por indebida aplicación de la misma”; es decir, ubica el cargo dentro de la violación directa de la ley; pero al intentar su demostración, apunta hacia la violación indirecta, pues señala que en la sentencia se condenó a Martínez Baquero como autor de robo “con aplicación del artículo 19 del Código Penal pasando por alto el hecho ostensible de lo accesorio que resulta en el conjunto de episodios que forman el delito juzgado, la colaboración o auxilio prestado por Martínez, que da lugar a considerarlo en el plano secundario que el Código Penal contempla en el artículo 20”; y luego cita fraccionadamente informe de policía judicial, confesiones y testimonios con la finalidad de demostrar su tesis. Incurre, así ostensiblemente el casacionista, en el error de técnica puntualizado por la Corte en la cita precedente.

3. Aunque tal consideración es suficiente para desechar el recurso, la pretensión del actor resultaría fallida aunque no hubiese equivocado la técnica en el planteamiento del cargo; veámoslo:

El fenómeno de la coparticipación criminal, entendido como la realización conjunta del hecho punible, comprende la intervención de autores, coautores y cómplices; la autoría puede ser material o intelectual; es autor material la persona física que ejecuta la conducta típica, es decir aquélla que mediante acción u omisión realiza el comportamiento a que se refiere el verbo rector del tipo legal en el que éste se subsume. Llámase autor intelectual, instigador o determinador la persona física que realiza la conducta típica valiéndose de otra que materialmente la efectúa y con la cual se conecta por mandato, orden, coacción, consejo o asociación.

Son coautores aquellos autores materiales o intelectuales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediatez sucesiva idéntica conducta típica (Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan), ora porque realizan una misma y compleja operación delictiva con división del trabajo, de tal manera que cada

uno de ellos ejecuta una parte diversa de la empresa común.

Es cómplice, en cambio, aquella persona que sin ejecutar la conducta típica del autor contribuye de alguna manera a que éste la realice; el Código de 1936, distingue dos formas de complicidad: la necesaria y la secundaria; en la primera el cómplice presta al autor ayuda sin la cual éste no habría podido cometer el delito; en ésta, el auxilio es tan accesorio que aún sin él, el autor habría podido ejecutar el hecho punible. El nuevo Código Penal elimina tal distinción porque parte del supuesto jurídico y fáctico de que la complicidad es siempre forma accesoria de participación en el hecho punible del autor.

Ahora bien, la complejidad o importancia de algunas operaciones delictivas impone la participación de pluralidad de personas que en ella actúan como gestores o determinadores, autores materiales y cómplices; necesario es en tales casos precisar el papel jurídico que cada una de ellas ha jugado en el planeamiento, ejecución y consumación del hecho punible común.

La mayor dificultad se presenta cuando se trata de distinguir entre autores materiales y cómplices; criterio orientador para lograr tal propósito es el siguiente: serán coautores quienes a pesar de haber desempeñado funciones que por sí mismas no configuren el delito, han actuado como copartícipes de una empresa común —comprensiva de uno o varios hechos— que, por lo mismo, a todos pertenece como conjuntamente suya; y serán cómplices quienes, sin haber realizado acción u omisión por sí misma constitutiva del delito o delitos en que participan, prestan colaboración o ayuda en lo que consideran hecho punible ajeno.

Si observamos ahora la participación que en los hechos investigados tuvo Martínez Baquero —y de la cual hay abundante prueba testimonial

y confesional— (fls. 266/71, 286/7, cuaderno 7; fls. 101/4 ídem; fls. 109, 136/7, 192/3 cuaderno 12; fls. 266/68 cuaderno 1; fls. 342/45 cuaderno 9), se verá que no solamente indujo al celador García —con una de cuyas hermanas vivía— y a los otros dos, Bagett y Serrano a realizar la operación delictiva “para salir de pobres”, sino que sirvió de enlace para el reclutamiento de hampones adiestrados en esta clase de ilícitos, intervino en la obtención de las claves necesarias para abrir la bóveda del banco, penetró en ella con los celadores, sugirió el monto del apoderamiento inicial, tomó parte muy activa en el último robo y obtuvo en cada caso equitativa cuota en el reparto de las millonarias apropiaciones. Por donde se deduce sin mucho esfuerzo argumentativo que lejos de actuar como mero cómplice secundario, conforme a la desatinada pretensión del recurrente, intervino en forma prominente en calidad de coautor.

Tampoco prospera este cargo.

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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION

Error de técnica en la demanda de casación. Violación directa y violación indirecta

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 11 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bothero*.

Aprobado: Acta número 80.

Expediente número 25656

Vistos

Se define el recurso de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 18 de julio de 1979, mediante la cual confirmó en todas sus partes la dictada por el Juzgado Quinto Superior de esa capital el 27 de marzo anterior que condenó al procesado recurrente Carlos Mario Mesa Pérez, en coautoría con otros, por el delito de homicidio en la persona de Pedro Pablo Arango Restrepo, a la pena principal de noventa y seis meses de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

Fueron narrados en ambas instancias, así:

“...Bastante belicosos estaban Luis Octavio Pérez Mazo y su primo Carlos Mario Mesa Pérez, sobre todo aquél, en la noche del 15 de mayo próximo pasado (de 1976, aclara la Sala). En efecto, Luis Octavio provocó y agredió físicamente al joven Sergio Alonso Calle Mesa dentro y fuera de la casa N° 32B-28 de la Transv. 34D Sur—Barrio San Mateo— del Municipio de Envigado, donde se realizaba un baile con miras a recoger fondos para el equipo de fútbol; y en el mismo también, coetáneamente con su pariente

Carlos Mario Mesa Pérez y secundando a éste y colaborando con él en una gratuita agresión, vejó y ultrajó en sitio aledaño a Alejandro Olaya Medina. Al parecer el licor tenía enardecidos los ánimos de los rijosos.

“Así las cosas, alrededor de las dos de la madrugada del día siguiente —16 de mayo—, continuaba Luis Octavio en su terca beligerancia. Precisamente a esa hora discutía acaloradamente con Pedro Pablo Arango Restrepo al frente de la citada residencia, en incidente que se inició dentro de ella. Quizás porque Pedro Pablo se le enfrentó decididamente con un cuchillo que tomó del improvisado bar organizado con ocasión del baile, Luis Octavio no fue capaz de seguir solo en la querrela, pese a su inocultable inmotivada agresividad étlica y a que igualmente estaba armado. Pero tuvo el infortunio —desde luego que más desventurado fue su adversario— de contar a la sazón con la asistencia espiritual y material de su primo Carlos Mario que todavía permanecía en la velada y de su hermano Carlos Mario Pérez Mazo que también asistía al jolgorio. De veras, aquella discusión fue rota abruptamente porque Luis Octavio salió con premura, acompañado de sus dos parientes, hacia la cantina Cien Guitarras que venía administrando por esa época y que estaba localizada a treinta y ocho metros de distancia. Pero a poco se les vio salir de ella a los tres, blandiendo sendas armas blancas, con dirección a Pedro Pablo. Al ver éste la gavilla amenazante que se le aproximaba, optó por refugiarse en la casa de baile, a la que entró cerrando en el acto la puerta de acceso. Desde la calle los persecutores lo desafiaban en tanto que exacerbadamente golpeaban la ventana y puerta del inmueble. Adentro Pedro Pablo forcejeaba con Jorge Alberto Londoño Muñoz, quien, por razones y con finalidades aún desconocidas, pretendía despojarlo del cuchillo cocinero con que había empezado a enfrentar a Luis Octavio. No pudiendo lograr Jorge Alberto

su cometido, decidió salirse de la residencia; cuando abrió la puerta (aún no es posible predicar que lo hiciera malintencionadamente), entraron los energúmenos en pos de Pedro Pablo, armas en ristre, el perseguido llegó hasta la cocina, lugar donde se había montado el bar, y se encaramó al poyo en franco ademán defensivo, protegido precariamente con el pequeño cuchillo, mientras que sus atacantes aún le hacían repetidos lances diciéndole que lo iban a matar. Viéndose acorralado y limitado en su defensa, Pedro Pablo intentó, en osada y desesperada alternativa, abrirse paso. Se le abalanzó entonces a sus tres agresores. Estos entonces redoblaron su acometida desde distintos ángulos. Pedro Pablo logró salir en carrera, pero gravemente herido. A los cuarenta y dos metros de la casa del baile cayó diciendo que lo habían matado. Los atacantes, pues, detuvieron su cercana y enconada persecución, quizás porque algunos circunstancias se arrimaron hasta el lesionado y lo levantaron luego para conducirlo hasta esta ciudad de Medellín, en procura de la asistencia médica necesaria. Empero, Pedro Pablo ingresó ya muerto a la Policlínica Municipal, a las 2:45 de dicha madrugada.

“Los dos Carlos Mario, salieron absolutamente indemnes. Luis Octavio también hasta donde se pudo saber, pues su fuga impidió su examen...”.

La demanda

Luego del resumen de los hechos y de la actuación procesal el actor solicita la infirmación de la sentencia a través de tres cargos que formula por la causal primera de casación y dos por la segunda (artículo 580-1-2 del Código de Procedimiento Penal), reproches cuyos contenidos son los siguientes:

1. Causal primera.

a) La sentencia desatendió el veredicto del jurado, pues condenó al procesado como si hubiese obrado en sano juicio. “...con perfecta conciencia de sus actos...” y en coautoría con otros, cuando en verdad al decir el veredicto que “sí es responsable pero bajo los efectos del licor” reconoció que éste actuó dentro de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, situación que no permitía la aplicación del artículo 19 del mismo ordenamiento como lo hicieron los falladores de las instancias;

b) Aduce apreciación errónea de la prueba porque Luis Eduardo González Atehortúa fue considerado como único testigo cuando es lo cierto que habían muchas personas en el lugar, por la fiesta que allí se realizaba;

c) Alega violación de la ley en cuanto se desconoció la confesión de Luis Octavio Pérez Mazo, otro de los procesados, quien aceptó haber sido el autor único del crimen, sin participación de nadie, no obstante lo cual se condenó al recurrente.

Al hacer el demandante la síntesis de los cargos anteriores, expresa:

“...Existe violación directa de la ley que confirman (sic) la causal de casación invocada...”.

2. Causal segunda.

a) La sentencia no está de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder ya que se llamó a juicio por homicidio y se sancionó “por lesionamiento”;

Manifiesta que este cargo no necesita ser demostrado, pues basta leer las citadas resoluciones;

b) La sentencia fue dictada en desacuerdo con el veredicto del jurado porque no se tuvo en cuenta la circunstancia “...pero bajo los efectos del licor...”.

“...La anterior afirmación ya está explicada al exponer los cargos de la primera causal...”, de este modo concluye el demandante esta última censura.

El Ministerio Público

Opina que la demanda se debería rechazar ante los notorios defectos técnicos que presenta.

Sin embargo, entra a hacer un ligero estudio de los cargos formulados, así:

1. Causal primera.

El primer reproche lo relega para ser estudiado dentro de la causal segunda en donde el censor lo vuelve a plantear y en donde técnicamente corresponde según su criterio.

Respecto del segundo y tercer cargo expresa que el demandante no precisó las normas sustanciales violadas ni señaló el concepto de la violación, al pretender demostrar un quebranto directo de la ley. Si, por el contrario, intentaba comprobar la violación indirecta omitió indicar los errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria que hizo el fallador.

Para terminar este capítulo recuerda que ha sido tesis inmodificable de la Corte sostener que en los juicios en que interviene el jurado no es posible invocar, como motivo de impugnación de una sentencia en casación, la apreciación errónea o la falta de apreciación de una prueba.

2. Causal segunda.

El primer cargo fundamentado en que la sentencia no se dictó de acuerdo con el auto de proceder lo desbarata transcribiendo las piezas procesales respectivas en lo pertinente.

El segundo consistente en que la sentencia se profirió en desacuerdo con el veredicto del jurado porque allí no se consideró que el procesado había obrado "bajo los efectos del licor", lo desmonta con la observación de que los funcionarios de primera y de segunda instancias en sus respectivas sentencias entendieron que ese agregado del veredicto no constituía modificación alguna respecto de la responsabilidad del procesado "... sino reconocimiento de la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el numeral 5 del artículo 38 del Código Penal..." y porque, además, "...en momento alguno la ebriedad constituye causal de inimputabilidad..."

Por todos los razonamientos anteriores solicita que no se case la sentencia.

La Corte

La demanda no está llamada a prosperar. En efecto:

1. Causal primera.

Al sintetizar los reproches que bajo este rubro se presentan, afirma el actor que en todos ellos existe "violación directa de la ley", de donde deduce la Sala que invoca el cuerpo primero de esta causal.

Desde este enfoque conceptual, se tiene:

a) Acierta el Procurador cuando anota que el primer cargo, tentativo de un posible desacuerdo, total o parcial, entre el veredicto y la sentencia, es del resorte exclusivo de la causal segunda y que, por consiguiente, no puede ser estudiado al amparo de la primera;

b) *En los cargos segundo y tercero se impugna la estimación probatoria del fallador, pues se discuten los alcances que éste le dio a la prueba. Es así como se aduce apreciación errónea de testimonio de Luis Eduardo González Atehortúa y falta de apreciación de la confesión del procesado Luis Octavio Pérez Mazo. Este proceder pone de resalto que el demandante confunde las dos formas de violación de la ley y que, por ende, cae en grave error de técnica que la Corte siempre ha reprobado.*

En tal sentido ha dicho:

"...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 presupon e 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..." (cas. sent. 25 de noviembre de 1977).

Ahora bien, si de algún modo pudiera afirmarse que el recurrente se equivocó al denominar violación directa de la ley lo que en verdad constituye un clásico planteamiento de violación indirecta de la misma, caería también, en este caso concreto, en otro error de técnica que la Corte con reiteración igualmente condena.

La falla anotada consiste:

"...en los juicios en que interviene el jurado no se pueden alegar errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas que tiendan a demostrar exclusivamente la iniquidad del veredicto. El jurado de conciencia tiene plena autonomía para apreciar o dejar de apreciar los elementos de juicio que ofrece el proceso, con la única limitación de no desconocer lo que de suyo es evidente. Cuando esto ocurre, el juzgador de instancia está en la obligación perentoria de rechazar el veredicto y de convocar a un nuevo jurado. Entonces, resulta incuestionable que toda investigación en torno a la prueba con el fin de deducir un criterio distinto al del fallador, sólo puede conducir a establecer la contraevidencia del veredicto, circunstancia que no está contemplada como causal de casación..." (cas. sent. 10 de marzo de 1977).

Fundamentalmente esta jurisprudencia resulta exacta porque de prosperar la tacha, la Corte tendría que dictar su sentencia de reemplazo con desconocimiento del veredicto del jurado, lo que implicaría violación indiscutible de las formas propias del juicio.

2. Causal segunda.

a) La sentencia está en desacuerdo con el auto de proceder. Se llamó a responder en juicio por homicidio se condenó por "lesionamiento".

No entiende la Sala el planteamiento del censor en este primer cargo, pues las piezas procesales referidas, cuya disparidad se alega no permiten hacer semejante afirmación. Por el contrario, ambas concuerdan: mientras el auto enjuiciatorio le imputa al procesado el delito de

homicidio, la sentencia lo condena por esa precisa y concreta infracción.

La misma razón de evidencia que aduce el demandante para sostener que este cargo no requiere demostración alguna, porque de la lectura de aquellas resoluciones emerge con claridad meridiana, sirve, como se ve, para aseverar lo contrario *a limine*.

b) La sentencia se dictó en desacuerdo con el veredicto del jurado. Los jueces populares declararon responsable al acusado y reconocieron que éste obró "...bajo los efectos del licor..."; sin embargo, se profirió el fallo condenatorio como imputable a penas ordinarias.

No cabe duda que dicho agregado no tiene esos alcances. Para rechazar el cargo basta reproducir lo que sobre el punto anota el Procurador:

"...en momento alguno la ebriedad constituye causal de inimputabilidad, la que se da sólo en casos de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, y nadie dentro del presente proceso, ni aun el demandante, ha osado afirmar que los tres enjuiciados se hallaron, en el momento de los hechos, en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol,

que es entidad patológica permanente y cuyos contornos han sido claramente delineados por la psiquiatría...".

En todo caso el asunto no pasó desapercibido para los sentenciadores quienes lo tomaron como circunstancia de menor peligrosidad de acuerdo con el artículo 38-5 del Código Penal.

Por fuerza de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, acorde 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 fechada el 18 de julio de 1979, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Rapto en concurso material con otros delitos. Juez competente para conocer del proceso

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 16 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 81.

Vistos

Ha de resolver la Sala la colisión negativa de competencias suscitada entre los Juzgados Tercero Penal del Circuito de Buga y Noveno Penal del Circuito de Medellín.

Hechos

El 24 de abril de 1980 Luz Marina Orozco, menor de 16 años, abandonó su hogar y a instancia de su novio Daniel Londoño, viajó con él a Medellín donde cohabitaron.

Resultandos y Considerandos:

1. Poco después de haber iniciado la correspondiente investigación, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga, mediante auto del 9 de julio del presente año, decidió que no era competente para conocer del proceso por cuanto al primer acoplamiento sexual entre los protagonistas del hecho se había producido en la ciudad de Medellín, en tanto que el delito de rapto "queda descartado de plano" porque la ofendida acompañó voluntariamente al sindicado (fl. 11).

2. Enviado el sumario al Juzgado Penal del Circuito de Medellín —reparto— y asumido su conocimiento por el Noveno, luego de practicadas varias diligencias y de dictado auto de detención contra Londoño, dispuso no aceptar la colisión

planteada al llegar a la conclusión de que hubo delito de rapto —propio o consentido— y de que éste se consumó en la ciudad de Buga, cuyo Juzgado Tercero Penal del Circuito sería entonces el competente para continuar conociendo del proceso; situación que no varía por el hecho de haberse consumado en Medellín reiterado acceso carnal, puesto que este segundo delito —corrupción de menores— sería conexo con aquél (fls. 32/6).

3. Aunque Luz Marina acepta haber acompañado a su novio por propia voluntad, el comportamiento de éste se subsume en la modalidad de rapto consentido descrito en el artículo 350 del Código Penal, por cuanto aquella era menor de 16 años (tenía 14 años y diez meses); ahora bien, siendo este un tipo de conducta permanente cuyo proceso consumativo, por lo mismo, se prolonga durante todo el tiempo en que la raptada permanece bajo el dominio del raptor, se está frente a competencia territorial, preventiva y como la situación investigada se inició en Buga y continuó en Medellín, pero fue el Juzgado Tercero Penal del Circuito de aquella ciudad quien primero inició sumario, es de este a quien corresponde seguir conociendo del proceso, conforme lo señala el inciso final del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

4. *El rapto, es en realidad, una modalidad del secuestro con objeto material personal cualificado —mujer y con ingrediente subjetivo de carácter alternativo, propósito del agente de satisfacer algún deseo erótico sexual o de casarse con la raptada—, previsto sin embargo como figura autónoma en el Código Penal de 1936, que se caracteriza porque para su consumación basta que el actor arrebate, sustraiga o retenga a la mujer teniendo en mente una cualquiera de aquellas dos finalidades, pero sin que sea necesario que efectivamente logre el propósito deseado; si ello ocurre surge, en cambio, la posibilidad de un nuevo delito (violencia carnal, estupro,*

corrupción de menores, abusos deshonestos, bigamia, matrimonio ilegal, incesto), en la medida en que este comportamiento ulterior del agente se acomode a uno cualquiera de los tipos penales señalados en precedencia; tal delito estaría conectado ideológicamente al de rapto como que éste habría sido el medio escogido para obtener la finalidad buscada; surgiría así la figura del concurso material sucesivo y heterogéneo que le daría competencia al juzgado que conozca del rapto —delito medio— para conocer también del delito fin.

5. Como en el presente caso el rapto fue la vía que condujo a la específica modalidad del delito de corrupción de menores descrito en el artículo 326 del Código Penal y como ya se ha dicho que el conocimiento de aquél corresponde al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buga, síguese que igualmente le está adscrito el conocimiento del segundo delito por conexidad.

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

Resuelve:

DIRIMIR la colisión negativa de competencias planteada, en el sentido de señalar como funcionario competente para conocer de este proceso al señor Juez Tercero Penal del Circuito de Buga. Remítasele el expediente y comuníquese esta decisión al señor Juez Noveno Penal del Circuito de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

COSA JUZGADA

Interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 16 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 81, de septiembre 12 de 1980.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado en contra de la sentencia mediante la cual Alfredo María Quevedo Quevedo, fue condenado por peculado en el Tribunal Superior de Ibagué.

1. Los antecedentes:

Alfredo María Quevedo Quevedo fue nombrado "docente de tiempo completo, adscrito al Departamento de Producción y Sanidad Animal, en la categoría de Profesor Asistente para prestar su servicio en la Granja de Armero". Este nombramiento lo hizo el Consejo Directivo de la Universidad del Tolima.

Se posesionó el 27 de septiembre de 1974 y al mes siguiente se le nombró, además, "Jefe de Industria Animal" y permaneció hasta el 7 de diciembre de 1977, fecha ésta en que se produjo su ausencia a raíz de la visita que realizó la Contraloría General del Departamento del Tolima y en la cual se le dedujo un faltante de cuarenta y tres (43) semovientes. Como Jefe de Industria Animal realizaba ventas y movimiento de ganados de propiedad de la Granja y de los que ésta poseía por contrato de "ganado en partición" con el Fondo Ganadero. El 13 de diciembre de 1977, se le declaró insubsistente en los cargos dichos. Desde el 2 del mismo mes había sido denunciado por Benjamín Garrido, sub almacenista de la Granja.

2. El proceso:

Inició la investigación el Juzgado 26 de Instrucción Criminal y se estableció que durante los años de 1975, 1976 y 1977 el procesado efectuó ventas de ganado de propiedad de la Universidad del Tolima y del Fondo Ganadero en cuantía aproximada de \$ 1.161.000.00, sin que este dinero ingresara a las arcas correspondientes.

El Juzgado 2º Superior de Honda, en auto de 12 de agosto de 1978, llamó a responder en juicio a Quevedo Quevedo, por los delitos de hurto y falsedad en documentos. En octubre siguiente el Tribunal revocó dicha providencia para sobreseer definitivamente por esos delitos y llamar a responder en juicio al procesado por un delito de peculado.

La audiencia pública se realizó el 7 de septiembre de 1979 y en ella el Fiscal solicitó la absolución por considerar que como docente o profesor el procesado no se le podía deducir un delito de peculado. El procesado atribuyó lo sucedido a errores debidos a su inexperiencia. El defensor alegó la misma nulidad por incompetencia del Juez que ya había planteado y que ya había sido resuelta y agregó que se juzgaba al procesado por delitos que antes habían sido objeto de sobreseimiento definitivo; además, solicitó también la absolución porque el procesado, en su concepto, no podía ser sujeto activo calificado para el delito de peculado que se le dedujo.

El 25 de septiembre el Juzgado 2º Superior de Honda dictó sentencia absolutoria. En la segunda instancia y mediante providencia de 6 de diciembre siguiente, y en desacuerdo con el Fiscal 4º, el Tribunal Superior de Ibagué revocó dicha sentencia y condenó por peculado a Quevedo Quevedo, a la pena de cincuenta y seis (56) meses de presidio.

3. La demanda:

Al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se proponen dos

cargos de nulidad para la sentencia impugnada.

La primera nulidad, dice el censor, es de rango constitucional (artículo 26 de la Constitución Nacional), por infracción al principio del *non bis in idem* (artículo 115 del Código de Procedimiento Penal) y desconocimiento de las formas propias del juicio, o del debido proceso, al dictarse auto de proceder "por hechos por los cuales había sido sobreseído definitivamente" el procesado. Recuerda que se le llamó a responder en juicio en primera instancia por los delitos de hurto y de falsedad y que en la segunda se descartó la falsedad, se sobreseizó definitivamente por esta supuesta infracción, y se sobreseizó también definitivamente por lo que se había considerado hurto en la primera instancia. Deduce de allí que el juzgador de segunda instancia al considerar que no se trataba de hurto sino de peculado y llamar a juicio por este último, esta determinación "quedó sin fundamento fáctico" y el juzgador rompió "el esquema del debido proceso pues el sobreseimiento definitivo hace tránsito a cosa juzgada y el procesado no podía ser sometido a nuevo proceso por los mismos hechos".

La segunda nulidad es, según alega, por errónea calificación jurídica de la infracción (artículo 210, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal). En este punto afirma que las labores del procesado eran exclusivamente técnicas y, por tanto, no se trataba de recaudar, pagar, administrar o guardar, verbos éstos que utiliza el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, y a pesar de ello se le llamó a responder en juicio por peculado por apropiación cuando apenas sí podía predicarse de él la consumación de un delito contra la propiedad. Además, agrega, si el procesado por razón de sus funciones técnicas de docencia entró en contacto con los animales de la Granja, nunca llegó a tener "poder de disposición sobre los mismos".

4. Concepto del Ministerio Público:

Para el primer cargo el Ministerio Público no encuentra problema alguno pues, según dice, no lo hay por el hecho de sobreseer definitivamente por hurto y considerar que esos hechos constituyen peculado para llamar a responder en juicio por este último y modificar así la calificación de la primera instancia. Agrega que "en normal tramitación ulterior de la etapa del juicio revocó el fallo absolutorio de primer grado, y, en perfecta consonancia con el auto de proceder, dictó sentencia condenatoria sin que se haya conculcado el debido proceso, ni infringido el principio *non bis in idem*, como tampoco, en consecuencia,

las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Para el segundo cargo apunta el Ministerio Público que el procesado no solo era docente de tiempo compeltó sino "Jefe de Industria Animal" y que por razón de este último cargo se ocupó del movimiento y venta de ganados en la Granja, y que aunque sus atribuciones no estaban claramente fijadas en los reglamentos de la entidad surgieron por la costumbre del ejercicio del cargo y fue así como "la posesión de los ganados existentes en la Granja de Armero por parte de Quevedo Quevedo, devino de una obligación jurídica inherente al cargo de Jefe de la Industria Animal de la Granja de Armero de la Universidad del Tolima". De esta manera considera acertada la calificación el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y se opone a que los cargos de la demanda prosperen.

5. Las consideraciones de la Sala:

El principio general de equidad que se concreta en la expresión latina non bis in idem (no dos veces por el mismo hecho), encuentra su cabal concreción legislativa en el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal que trata de la "cosa juzgada" y dice así: "El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta". Además, también hacen tránsito a cosa juzgada el sobreseimiento definitivo ejecutoriado (artículo 115, inc. 2, 491 y 492 del Código de Procedimiento Penal) y la cesación de procedimiento prevista en el artículo 163 (artículo 115, inc. 2 del Código de Procedimiento Penal).

Para la cosa juzgada, en tratándose de sentencias, existe la única excepción que consagra el artículo 6º del Código Penal que se refiere al juzgamiento de colombianos o de extranjeros en el exterior, en los casos previstos en el artículo 5º, y cuando hayan sido absueltos o condenados a sanción menor de la que impone la ley colombiana; y si se trata de la cesación de procedimiento con acomodo al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal la que se funda en querrela ilegítima (artículo 115 inc. 2, del Código de Procedimiento Penal).

El principio del non bis in idem y la norma sobre "cosa juzgada" no se contrarían cuando el juzgador de primera instancia califica los hechos con una determinada denominación jurídica y el superior varía dicha providencia para enjuiciar por un delito distinto con fundamento en los mismos hechos que la sumaria comprobó y

cuya adecuación legal, en la primera instancia, se considera equivocada. Esto porque la segunda instancia se ideó, entre otras cosas, para enmendar los posibles errores de la primera.

En el caso de autos el juzgador de segundo grado consideró equivocada la calificación que a los hechos dio el a quo cuando revisó, por apelación, dicha providencia. No se trataba entonces de ninguna sentencia o auto ejecutoriados sino de una decisión precaria como que estaba recurrida. Nada impide, para el caso concreto, que se sobreseyera definitivamente por el delito de falsedad cuya estructuración no se encontró y que lo mismo se hiciera en relación con el de hurto concursante porque no se trataba de esta infracción sino de peculado. El superior ejerció la función correcta que le correspondía cuando en la misma providencia enjuició por el último de los delitos nombrados. Se concluye de esta manera que solamente se modificó la calificación del a quo para colocar las cosas en su debida ubicación legal.

Bien pudo utilizarse una fórmula distinta en la parte resolutive de la providencia que se critica, pero ese posible error de técnica en nada afecta la actuación procedimental siguiente, ni desconoce las formas propias del juicio ni entorpece las labores de la defensa, porque bien claro quedó en el auto de proceder que se eliminaba el delito de falsedad y se convertía en peculado lo que inicialmente se creyó hurto. De esta manera, y no sobra decirlo, se liberó al procesado de un concurso material de dos delitos continuados para enjuiciarlo por uno solo, continuado también.

La censura, en consecuencia, no prospera.

En relación con el segundo de los cargos de nulidad el censor se refiere a una posible errónea denominación jurídica de los hechos pues niega el delito de peculado en razón de que el procesado, en vista de las funciones de profesorado que cumplía, no podía ser sujeto activo calificado de dicha infracción. No niega, según se ve, la conducta en que incurrió al disponer de ganados ajenos de la Granja y deriva hacia un posible delito contra la propiedad que no puede ser otro que el de hurto que descartó la segunda instancia.

El demandante resalta la calidad de profesor o docente de tiempo completo que ostentaba el procesado pero soslaya referirse a su calidad simultánea de Jefe de Industria Animal, calidad ésta que tuvo casi desde el principio de sus la-

bores hasta el momento en que sus nombramientos se declararon insubsistentes. la investigación comprobó plenamente el faltante en ganados y el valor económico que tenían. También que pertenecían en buena parte a la Universidad del Tolima y en otra al Fondo Ganadero. No se ha dudado que la primera es un organismo oficial y la sola venta y disposición de los ganados a él pertenecientes ya coloca al autor del hecho en los terrenos del peculado pues comprobado suficientemente ha quedado que, por el carácter de Jefe de Industria Animal, era empleado público y que como tal tenía contacto directo con todo cuanto se relacionaba al movimiento y tráfico de dichos animales aunque esas tareas estuvieran asignadas, legal o reglamentariamente a otra persona.

Sobre este aspecto, a más de lo dicho por el Ministerio Público sobre la costumbre que sobre el particular existía y sobre la imprecisión de la reglamentación respectiva, conviene reafirmar la jurisprudencia que cita el Tribunal y que dice así: "lo esencial es que la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado" (agosto 3 de 1976). En consecuencia, tampoco este segundo cargo prospera.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD DOCUMENTAL

No constituye delito, la mutación de la verdad realizada sobre un proyecto de providencia

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 16 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Patermina*.

Aprobado: Acta número 81.

Expediente número 26004

Vistos

Corresponde a la Corte decidir si la conducta observada por el doctor Antonio J. López Morales, como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, descrita por el Tribunal Superior Disciplinario en providencia del 12 de diciembre de 1979, amerita o no la iniciación de sumario.

Hechos

A virtud de impedimento manifestado por el doctor Hugo Valencia Guzmán, miembro de la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Popayán, a quien correspondió conocer de la queja formulada por el doctor Elías Montilla contra el doctor Gerardo Bonilla Zúñiga, el expediente fue enviado al entonces Tribunal Superior Disciplinario para que dirimiera el incidente.

Pero como ese organismo observara que el auto de iniciación del proceso carecía de la firma del Magistrado doctor López Morales, dispuso la devolución al despacho de origen para que de conformidad con el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con los artículos 90 del Decreto 196 de 1971 y 8º del Código de

Procedimiento Penal, fuera corregida la irregularidad, lo que dio margen para que aconteciera lo siguiente:

“... El doctor Antonio J. López Morales, estampó su firma en la providencia anotada, y sin tener en cuenta que ella ya hace parte del proceso, pues le da vida nada menos que al auto de apertura que es el mismo de cargos, procede en forma burda e irregular borrarla, lo que no consigue en su integridad, porque se alcanzan a distinguir algunos trazos de la rúbrica en el auto respectivo...”

El Tribunal Disciplinario resuelve entonces, por auto de 12 de diciembre de 1979, ordenar que se remita copia de la actuación a esta corporación para investigación de supuesta falsedad documentaria, puesto que a ésta puede dar lugar “la borradura de la firma que se advierte en el auto de apertura del juicio”.

Diligencias preliminares

Al amparo del precepto del artículo 2º de la Ley 17 de 1975, fueron recaudadas algunas probanzas, quedando establecida la calidad de Magistrado del Tribunal Superior de Popayán concurrente en el acusado e, igualmente, mediante inspección judicial al Libro de Registro de Proyectos llevado por la Sala Disciplinaria de esa entidad y testimonios de los auxiliares de los Magistrados Fernando Solarte Lindo y Antonio J. López Morales, como de la persona que se desempeñaba como Secretario del Tribunal para la época de los hechos, fue acreditado que la actuación estimada por el Tribunal Superior Disciplinario como auto de apertura de proceso disciplinario contra el doctor Gerardo Bonilla Zúñiga era sólo el proyecto de aquél, cuya discusión en Sala había sido supeditada a la resolución de los impedimentos expresados no sólo por el doctor Hugo Valencia Guzmán sino también por el doctor Antonio López Morales, aunque en

lo concerniente al de éste la Secretaría testifican- te reconoce que por omisión involuntaria y de buena fe no incorporó al informativo la declara- ción correspondiente pensando que lo proceden- te era hacerlo inmediatamente después que el Tribunal Superior Disciplinario resolviera el impedimento del doctor Valencia Guzmán expre- sado con antelación.

Considera la Corte

Las diligencias preliminares permiten llegar a la conclusión incuestionable de que si bien el doctor Antonio J. López Morales, en el ca- rácter de Magistrado del Tribunal Superior de Popayán e integrante de la Sala Disciplinaria encargada de la tramitación de la querrela contra el abogado Gerardo Bonilla Zúñiga, borró su firma de una actuación surtida en el expediente contentivo de aquélla, no es menos cierto que la borradura por haber recaído en un proyecto de providencia es irrelevante penalmente.

Proyectar, en derecho, es proponer a sus pares una decisión razonada que todos deben tomar en conjunto. De consiguiente, si el proyecto de auto de iniciación de causa disciplinaria —considera- do interlocutorio y equivalente al de proceder en el proceso penal ordinario— no había sido aún discutido en Sala de Decisión, pues no existe acta al respecto, mal podría ser estimado como ver- dadera providencia. La circunstancia de que la Secretaría del Tribunal Superior de Popayán no hubiese agregado a los autos la manifestación de impedimento hecha por el doctor López Mo- rales, tal parece haber sido la causa del equívoco en que incurriera el Tribunal Superior Disci- plinario al juzgar como providencia un simple pro- yecto, susceptible como tal de sufrir correcciones

o enmiendas sin que éstas puedan tener la virtud de afectar la fe pública.

Aunque referente a la alteración de fecha en un proyecto de decisión, es aplicable a este caso la siguiente doctrina de la Corte:

“...No puede existir delito de falsedad por- que se cambie la fecha que primitivamente se había puesto a un proyecto de providencia, para poner en cambio la correspondiente al día en que se firmó, porque la providencia no podía tener existencia jurídica sino en este día, y resulta equivocado hablar de falsedad en documentos, antes que estos tengan esa calidad...” (auto, 9 de mayo 1952, LXXII, 247).

Procede, pues, el auto inhibitorio normado por el artículo 320 del Código de Procedimiento Pe- nal, por no constituir delito la conducta atribui- da al acusado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de iniciar sumario contra el doctor Antonio J. López Morales, como Magistrado que es del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Po- payán y en razón de los hechos a que hacen referencia las motivaciones de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FUERO DE LOS PERSONEROS MUNICIPALES. NULIDAD POR INCOMPETENCIA PARA INICIAR INVESTIGACION

Cuando un funcionario goza de fuero, la investigación solo puede iniciarla quien tenga competencia por el factor subjetivo. La omisión de esta formalidad genera nulidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 16 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 81.

Vistos

El Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Medellín, se dirigió a dicha entidad solicitándole declarara nulo, desde el auto de cierre de la investigación, el proceso que en ella se ha venido adelantando contra Roberto Luis Suárez Osorio, por hechos llevados a cabo cuando desempeñaba, en los primeros meses de 1978, el cargo de Personero Municipal de San Jerónimo (Antioquia).

No accedió el Tribunal a la solicitud del Agente del Ministerio Público y en ese sentido se pronunció en auto que lleva fecha doce (12) de febrero del año en curso contra el cual recurrió en apelación, el Fiscal prenombrado.

Hechos y actuación procesal

Se inició la presente investigación por remisión que de copias de las diligencias administrativas de carácter disciplinario adelantadas por la Procuraduría Regional de Santa Fe de Antioquia, hiciera esta entidad a los Jueces de Instrucción Criminal y que correspondieron al Trigesimoprimer de esa categoría que dispuso tenerlas como base para el correspondiente auto cabeza de proceso dictado el 24 de enero de 1979. Mas, teniendo en cuenta el carácter del acusado, esa oficina judicial resolvió por auto de esa misma fecha, enviarlas al Tribunal Superior que,

por providencia de 27 del mismo mes y año, anuló lo actuado por el Instructor y no obstante la discrepancia de uno de los Magistrados que componían la respectiva Sala de Decisión, dispuso, por auto de 15 de marzo del mismo año, abrir investigación penal.

En esta providencia y como fundamento de la decisión, el Tribunal, en síntesis, expresó que como se predicaban varias conductas ilícitas del sindicado y no era posible, aún sin iniciarse la investigación, determinar si habían sido o no ejecutadas en ejercicio de sus funciones de Agente del Ministerio Público, era conveniente adelantar la averiguación de los hechos sin entrar a calificar, por ser ello prematuro, si correspondía o no su conocimiento al Tribunal.

Se adelantó, entonces, por el Juez comisionado, la investigación en la cual el principal motivo de esclarecimiento era la participación del acusado, cuya calidad de Personero Municipal de San Jerónimo se demostró convenientemente, en la campaña política llevada a cabo con motivo de las elecciones en las cuales fue designado Presidente de la República el doctor Julio César Turbay Ayala, y más concretamente, lo ocurrido con motivo de la visita del entonces candidato doctor Turbay Ayala, a San Jerónimo, comportamiento del sindicado acerca del cual aparecen varios declarantes que manifiestan cómo Suárez Osorio, vistió camiseta roja con el nombre del candidato y contribuyó notoriamente a organizar la manifestación con que se le recibió en el pueblo.

Así mismo, aparecen declarantes que lo presentan participando en juntas de carácter político en favor de la mencionada candidatura y otros que van hasta manifestar que en épocas anteriores y posteriores a la elección, amenazaba y presionaba en diversas formas a los ciudadanos

para que votaran por dicho candidato así como también perseguía a los de los sectores políticos contrarios al mismo.

Después de recibidas numerosas declaraciones y allegadas otras pruebas, el Tribunal cerró la investigación por auto de 13 de septiembre del año pasado.

Al conceptuar sobre el mérito del sumario el Fiscal Cuarto del Tribunal solicitó la nulidad de lo actuado por considerar que los actos que se atribuían al acusado no tenían nada que ver con su calidad de Agente del Ministerio Público.

El Tribunal, en la providencia materia del recurso expresa que cuando se abre investigación contra un funcionario amparado por fuero por parte de quien es competente, por el aspecto foral para investigar, no se incurre en nulidad pero sí cuando, en el mismo caso de fuero, se abre por un funcionario incompetente, como lo fue el Juez de Instrucción que primero conoció del proceso.

En cuanto al punto capital de si el Personero acusado ejecutó hechos en su calidad de Agente del Ministerio Público, dice el *a quo*.

“Considera la Sala que el Personero que haga parte de directorios políticos, enfrente debates de tal categoría, contribuya ordinariamente al fondo de los partidos etc., etc., no solamente interfiere la función como Personero, sino que la que le está adscrito dentro de la su órbita como Ministerio Público, sufre mengua. Por eso la Sala considera que en estos casos, la persona del implicado está arropada por el fuero que es garantía de juzgamiento. Y como lo indica el artículo 103 ibidem, el Personero como Agente del Ministerio Público tiene funciones permanentes que debe cumplir frente a la justicia, sin necesidad de que estén adscritas a determinados procesos que impulse la judicatura (ver artículos 174 y 180 Código Penal) fl. 222”.

En virtud de esas consideraciones el Tribunal estima que es competente para conocer del presente proceso y no accede en consecuencia, a declarar su nulidad.

El Fiscal apelante al sostener el recurso insiste en sus argumentos y agrega que los expuestos por el Tribunal también son válidos para otros funcionarios y empleados y para otras actuaciones de los Personeros distintas a la intervención en política pues ellas también desnaturalizarían su función de Agente del Ministerio Público.

En la presente instancia el Procurador Segundo Delegado Penal solicita que se revoque la providencia apelada y que, en su lugar, se decre-

te la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive.

Sobre el punto principal asevera que “ninguna de las conductas punibles atribuidas al Personero Municipal de San Jerónimo hace relación concreta a su condición de representante del Ministerio Público frente a la administración de justicia. Nadie lo señala como ejecutor de atropellos a personas vinculadas con procesos penales en los cuales por virtud de su destacada posición pudiera contribuir directa o indirectamente a una parcializada o ineficaz administración de justicia. Las conductas de apariencia delictual reseñadas en las denuncias y demás diligencias se inclinan más hacia su calidad de empleado del orden administrativo carente del privilegio foral para su juzgamiento”.

En segundo lugar expresa que la nulidad no puede abarcar toda la investigación sino únicamente la parte expresada coincidiendo en el fondo su argumentación sobre el particular con la del Tribunal.

Consideraciones de la Corte

La doctrina de la Corte, expuesta en providencia de 4 de diciembre de 1975 y que citan tanto el recurrente como el Tribunal para apoyar sus respectivos puntos de vista, es muy clara al manifestar que el fuero de juzgamiento para los personeros municipales a que se refiere el artículo 33 ordinal 2º del Código de Procedimiento Penal no se debe a su investidura administrativa sino a su carácter de Agentes del Ministerio Público ya que es por este aspecto por el que la ley los equipara a los respectivos jueces ante quienes desempeñan sus funciones de representantes de la sociedad, como aparece del artículo 142 de la Carta Fundamental.

Ahora bien, dicha investidura de agentes del Ministerio Público la llevan en todo momento, sea que se desempeñen como funcionarios municipales bien lo hagan en la calidad primeramente anotada.

O sea que, mientras no ejerzan una de esas funciones, ellas están confundidas en la misma persona y no es dable separar la una de la otra.

Únicamente su ejercicio permite la diferenciación. Y como quiera que el fuero otorgado por la norma que se deja atrás citada es exclusivamente para los casos en que actúa el Personero como Agente del Ministerio Público, se cae de su peso que solo cuando actúa dentro de un proceso, en esa calidad, lo pueden abarcar las disposiciones forales.

Lo que quiere decir que estas se aplican para actuaciones del Personero dentro de los procesos y no para sus actividades fuera de ellos.

La intervención en política de que trata el artículo 180 del Código Penal, por fuerza de la misma descripción que hace de este delito la ley, se lleva a cabo por fuera de los procesos ya que se reduce la conducta punible a hacer parte de directorios y a intervenir en debates de carácter político, alternativas que nada tienen que ver con la actividad procesal.

Por consiguiente, las conductas de que se acusa al sindicado y que nada tiene que ver con ningún proceso no pueden ser juzgadas conforme al fuero y por los jueces que éste señala sino por los ordinarios.

Eso no quiere decir, empero, que sea nula la investigación adelantada por el Tribunal pues esta Sala considera exacto el razonamiento expresado por esa entidad y que atrás se deja resumido, a saber: si bien en los casos de fuero la investigación es nula cuando la inicia, por su cuenta, un funcionario no indicado por las normas que regulan dicho fuero, si ocurre el caso contrario, esto es, que la lleve a cabo el funcionario señalado por el fuero, no existe nulidad a menos que una disposición legal impida o prohíba expresamente que dicho funcionario la haga en los casos no forados.

En los casos en que el conocimiento por razón del fuero esté atribuido a las Salas Penales de los Tribunales, o de la Corte, no existe nulidad por el aspecto últimamente mencionado pues a más de que para casos como el de autos no hay prohi-

bición expresa de investigar si existe, por el contrario, una autorización expresa e ilimitada para ese efecto, contenida en los numerales uno (1) y dos (2) del artículo 48 del Código de Procedimiento Penal que dice quiénes son funcionarios de instrucción.

No ocurre lo mismo en lo relativo al auto de cierre de la investigación, pues esta es una decisión que solo puede tomar el funcionario competente, en este caso el Juez Penal del Circuito en que tuvieron lugar las conductas presuntamente delictuosas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal y acorde con el mismo,

Resuelve:

DECLARAR NULO lo actuado en el presente proceso a partir del auto de cierre de la investigación, inclusive.

Disponer que el proceso regrese al Tribunal de origen para que éste lo envíe al Juez competente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RECURSO DE CASACION. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. FALSEDAD POR USO

Quando se alega la violación directa de la ley se aceptan en su integridad los hechos tal como lo hizo el Juzgado, y se trata de demostrar el quebrantamiento de la ley sustancial con razonamiento de puro derecho

Qué debe entenderse por uso de documento falso

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 18 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 82, de septiembre 18 de 1980.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia mediante la cual el Tribunal de Medellín, condenó a Gerardo Herrera Morales por un delito de falsedad en documento por uso.

1. Los antecedentes:

Los hechos que dieron origen al proceso los resume con exactitud el Ministerio Público de la siguiente manera:

“En el mes de abril de 1975 murió en forma violenta el señor Ricardo Betancur Cano, adinerado comerciante de la población de Caldas (Antioquia) y en diciembre del mismo año, sus familiares fueron sorprendidos con una carta del Abogado Mario Uribe Escobar, en la que reclamaba la presencia del finado en su oficina para convenir el pago de una letra de cambio por él librada a favor de Roberto Villa Vásquez por la suma de \$ 935.000.00; cantidad que les hizo sospechar de algo ilícito.

“Con fotocopia del título a la vista se estableció la falsedad de la firma del obligado formulándose la denuncia que originó la presente in-

vestigación en desarrollo de la cual se comprobó pericialmente la falsedad del documento y las circunstancias de que el presunto beneficiario no conocía al deudor, no había celebrado con él ningún negocio ni menos, encomendado el cobro de la letra al abogado Uribe Escobar.

“Por estos hechos fueron vinculados al proceso en calidad de sindicados Roberto Villa Vásquez, el abogado Rubén Darío Mejía Betancur, por cuanto el documento oredargüido de falso fue elaborado en máquina de escribir de su oficina y Gerardo Herrera Morales, señalado como la persona que contrató los servicios profesionales del doctor Uribe Escobar, le entregó el título valor para su cobro y sirvió de mensajero para hacer llegar a los familiares del difunto la carta suscrita por aquél”.

2. La actuación procesal:

La señora Maruja Posada de Betancur formuló denuncia y el Juzgado 35 de Instrucción abrió la investigación por auto de 27 de diciembre de 1975.

Mediante auto de 25 de junio de 1977, el Juzgado 6º Superior de Medellín, decretó la detención preventiva de Gerardo Herrera Morales. Más tarde, en providencia de 9 de septiembre del mismo año fueron temporalmente sobreseídos Herrera Morales, Villa Vásquez y Rubén Darío Mejía Betancur. Cerrada nuevamente la investigación se sobresejó temporalmente, por segunda vez a los tres indagados. Consultada esta providencia el Tribunal Superior de Medellín, le revocó para enjuiciar a Herrera Morales, por uso de documento falso, y la confirmó en lo demás.

Realizada la audiencia pública el Juzgado 6º Superior condenó a Herrera Morales de confor-

midad con el auto de proceder a la pena de veintiséis (26) meses de presidio, en forma genérica al pago de perjuicios y a las accesorias de rigor (agosto 24 de 1979). En la segunda instancia se reformó dicho proveído únicamente para reducir la pena a diez y nueve (19) meses de presidio y acomodar las accesorias a esta nueva cantidad (febrero 11 de 1980). Esta sentencia es ahora objeto de la impugnación.

3. La demanda:

Al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuerpo primero, aduce la demanda violación de la ley sustancial por infracción directa.

Afirma el censor que por mal entendimiento de las palabras "haga uso" (artículo 234 del Código Penal), el juzgador dejó de aplicar al caso de autos: a) el artículo 16 del Código Penal, que trata de la tentativa, o, b) el artículo 18 del Código Penal, que consagra el llamado delito imposible. Esas palabras, dice, deben relacionarse con la frase "con propósito de lucrarse" para saber que no se trata de "un mero uso material" con prescindencia de "la viabilidad de un uso jurídico".

Con cita de varios autores (Carrara, Manzini, Romero Soto), llega a la conclusión de que para que pueda afirmarse consumado el delito de falsedad por uso, debe existir algo más que un mero "principio de uso", y para el caso concreto, formula interrogantes como éstos: "¿Se podría entender como forma consumada de un uso, el solo acto de entregar el señor Herrera Morales al abogado la letra para que procediera a cobrarla en nombre del señor Villa Vásquez? ¿Al disponer Herrera que se solicita (ra) el pago de Betancur, por interpósita persona, estaría poniendo en acción el contenido probatorio del documento? ¿Sería ello suficiente para hacerlo valer como engaño con perjuicio de terceros?"

En consecuencia, alega en primer término que la sola carta alusiva al cobro no es "uso" de dicho documento falso, la letra, "sino que apenas implica un paso en el camino del delito que no resulta adecuado y justo desatender doctrinaria y legalmente como forma de tentativa". Por este aspecto afirma que se dejó de aplicar el artículo 16 del Código Penal. Acto seguido, dedica otra parte a demostrar que la letra falsa "dadas las circunstancias concretas, resultaba claramente ineficaz para lucrarse o perjudicar a terceros, pues Herrera Morales y Uribe Escobar, carecían entre otros de los siguientes derechos: a) A la acción judicial, b) a recibir el pago, c) a negociar

el título, d) al de actuar como tenedor en debida forma".

4. El concepto del Ministerio Público:

Dice el Procurador Tercero en lo Penal que hay falta de técnica en la demanda pues cuando se alega violación directa de la ley se aceptan en su integridad los hechos tal como lo hizo el juzgador y se trata de demostrar el quebranto de la ley sustancial con razonamientos de puro derecho. En este caso se refiere el censor a uno solo de esos hechos, la entrega del falso título a un abogado para su cobro, pero calla los demás que tuvo en cuenta el juzgador para deducir uso perfecto.

Además, dice, el planteamiento es contradictorio "puesto que un mismo hecho no puede encuadrar jurídicamente en distintas modalidades delictuosas que se excluyen mutuamente" como son la tentativa y el delito imposible. Niega el Ministerio Público la posibilidad de tentativa en este delito de consumación instantánea y sostiene la idoneidad del documento falso para inducir en error para negar así la alegación de delito imposible.

5. Las consideraciones de la Sala:

Muchas veces ha dicho la Corte que cuando se alega violación directa de la ley sustancial, en orden a obtener que caiga la sentencia impugnada, es condición de técnica en el ataque la aceptación total, explícita o implícita, de los presupuestos fácticos del fallo y de los criterios evaluadores de la prueba por parte del juzgador.

La censura debidamente formulada consiste así en la demostración de que, a pesar de tales reconocimientos, erró el fallador acerca de la existencia misma de la norma aplicable, desacertó en la escogencia de la que se adecuaba al caso, o equivocó su significado aunque la selección fue correcta.

En el presente caso, y así lo hace notar el Ministerio Público, se refiere, y son sus propias palabras, a "una sola circunstancia" como determinante de la condena. Ello equivale, pese a la advertencia de que acepta los hechos en que se fundamentó el fallador, al desconocimiento de los demás que de manera expresa se consignan y valoran en la providencia criticada y en el auto de fondo que la precede. Incurre de tal manera en error suficiente para dejar sin piso sus argumentaciones, por carencia de técnica en la concepción de la demanda.

Cierta contradicción se halla también en la demanda cuando con manifiesta inseguridad afirma que olvidó el fallador la aplicación del ar-

título 16 del Código Penal, porque sólo se trataba de una tentativa de uso de documento falso y, acto seguido y con el mismo énfasis dice que la norma no aplicada fue la del artículo 18 del mismo Código pues el delito era imposible. Con buena dosis de tolerancia puede aceptarse aquí que al amparo de la misma causal aduce dos cargos contra la sentencia, que tales cargos pueden separarse y que, de todas maneras lo que alega es que no se trata de un delito perfecto sino de una infracción imperfecta.

En consecuencia, con base en las propias palabras del censor, en las citas que trae, en la consideración de hechos que deja de lado pero que el juzgador tuvo en cuenta, etc., se llega, sin esfuerzo, a la conclusión de que hubo en el caso de autos actos positivos por parte del procesado en orden a la obtención del cobro de una letra de cambio que bien sabía falsa y cuya falsedad solo por deficiencias de la investigación no se le pudo atribuir. Para ese cobro contrató los servicios de un abogado, hizo promesas a nombre del falso beneficiario y, personalmente y a pesar de que sabía de la muerte del presunto librador del título llevó a sus herederos la carta mediante la cual el abogado pretendía lograr su pago sin recurrir al litigio.

Esos actos positivos estaban inspirados en un evidente propósito de lucro pues no con finalidad distinta el procesado entregó la letra al abogado que contrató. De la misma manera y por la actividad que siguió a la entrega es claro que dicho documento estaba encaminado a la comprobación de una deuda. Hubo entonces ese algo más que "un principio de uso" exigido para la perfección del delito. Además, y ello bien se sabe, no es necesario para la comprobación de "uso jurídico" del documento que para su cubrimiento

se utilice la vía judicial, basta que se use extrajudicialmente y en este caso hubo gestión profesional adecuada. De tal modo y en tales circunstancias cabe concluir, como lo hicieron los juzgadores en las instancias, que la letra falsa se usó delictuosamente.

El uso de que se habla constituye una infracción que trasciende los terrenos del conato y consume la infracción porque se llamó a responder en juicio. Y menos puede sostenerse la imposibilidad del delito, porque a pesar de las alusiones del censor a la legislación comercial lo cierto es que se pusieron en juego medios idóneos para engañar hasta el punto de que quienes recibieron la carta de cobro del abogado tuvieron que asesorarse de un reputado grafólogo para saber si el documento, que éste examinó, era auténtico.

Como consecuencia de todo lo dicho, no prospera el recurso.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

RAPTO. COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTE DELITO

Es delito de carácter permanente. Si la prolongación de la conducta antijurídica se logra en varios distritos judiciales, es necesario aplicar las normas sobre competencia a prevención

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 23 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 83, de septiembre 23 de 1980.

Vistos

Se resuelve la colisión negativa de competencia entre los Jueces 3º Penal del Circuito de Buga y 4º Penal del Circuito de Pereira, provocada por el primero en este proceso por los posibles delitos de raptó y corrupción de menores que se sigue a Héctor Manuel Mira Ramírez.

Los antecedentes del presente caso se resumen así:

El 16 de octubre de 1978, la señora María de los Angeles Navarrete se querelló en contra de Héctor Manuel Mira Ramírez por el raptó de su hija María Isabel López Navarrete. Insinuó, además, un posible delito de tipo sexual. Según certificación expedida por el Notario 1º de Buga la muchacha nació el 1º de octubre de 1963 y se fugó de su casa el 15 de octubre de 1978, en consecuencia, tenía quince (15) años y quince (15) días de edad.

La menor declaró para el proceso el 14 de marzo de 1979. Afirma que se hallaban de acuerdo, ella y su novio, para contraer matrimonio pero ninguno de los curas quiso casarles porque, según dice que le contestaban: "no tenía la edad suficiente para eso". Ante tales respuestas y porque su madre la amenazó con internarla en "El Buen Pastor" hasta que cumpliera 18 años, ella

y su novio conversaron y acordaron la fuga. Aprovechando que su madre fue al mercado metió su ropa en un maletín que le había llevado Héctor y abandonaron Buga.

En Pereira tuvieron varios acoplamientos carnales. Marcharon luego a Chinchiná, en donde dicha situación continuó. Después fueron a trabajar a una finca denominada "Las Delicias", cercana a esta última población y allí permanecieron cinco (5) meses en franco concubinato. El examen médico legal que se le practicó confirma la desfloración antigua pero descarta el embarazo de dos meses que afirma ella.

Sostiene el Juez de Buga, y muy brevemente por cierto, que como la primera relación carnal la tuvieron los protagonistas en Pereira es a los Jueces de esta ciudad a quienes corresponde la competencia en este caso.

El Juez de Pereira dice que existe aquí un delito de raptó y cita los artículos 349 y 350 del Código Penal, que puede concurrir con otro de corrupción de menores en la hipótesis prevista por el artículo 326 del mismo Código. En consecuencia, dice, el raptó se cometió en Buga y allí se inició la investigación; por tanto, la competencia radica en Buga, sin que importe que ocurriera en Pereira el acoplamiento sexual pues éste resulta ser un "delito secundario", pues primero se cometió el de raptó.

Con base en los antecedentes que se dejan resumidos y lo que sostienen los Jueces en colisión, la Sala efectúa las consideraciones que siguen:

El delito de raptó surge con claridad en el caso de autos y la hipótesis que se da es la del artículo 350 del Código Penal luego de la reforma que le introdujo el artículo 15 de la Ley 16 de 1969, que dice así: "Si la mujer fuere menor de 16 años y hubiere prestado su consentimiento para

la sustracción o retención, las penas se reducirán hasta en al mitad, de acuerdo con las proporciones señaladas en el artículo anterior”.

Efectivamente, la proposición de fuga partió del procesado que proveyó a la muchacha, mayor de 14 y menor de 16 años, de un maletín para que metiera en él su ropa. Ella dio su consentimiento para la sustracción y así los dos abandonaron la ciudad de Buga, en donde se halla el hogar de ella. Las relaciones entre los dos duraron hasta que regresaron a Buga, después de hacer vida marital en Chinchiná.

El de raptó es delito de carácter permanente porque la conducta activa que lo constituye se prolonga en el tiempo desde que la raptada penetra en la órbita de posesión del raptor hasta que, por cualquier circunstancia, sale de ella. En estas circunstancias está comprobado que se cometió en Buga, también en Pereira y en Chinchiná, en razón de la permanencia que de él se predica. Solo que para el caso concreto resulta comprobado que la querrela se formuló en Buga y allí se abrió la investigación. En estas circunstancias la competencia se fija a prevención según el inciso final del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia debe conocer del presente proceso el Juez 3º Penal del Circuito de Buga.

No puede descartarse la existencia de un posible concurso con otro u otros delitos. Se trata de una infracción ubicada entre los delitos contra la familia y tiene como propósitos el de satisfacer algún deseo erótico-sexual o el de casarse con la raptada, sin que sea necesario que cualquiera de tales propósitos lo logre el procesado para que se tenga por consumada la infracción

si se dan los demás elementos que integran la figura.

Para el presente asunto se habla, y en este punto parecen coincidir los Jueces enfrentados, de un delito de corrupción de menores en la hipótesis del artículo 326 del Código de Procedimiento Penal, en cuya configuración juega papel también la edad de la muchacha. De esta manera, el delito de raptó sólo constituye un medio para la consumación de la corrupción de menores y la conexidad que entre ellos existe hace competente al Juez de Buga para conocer también, dentro del mismo proceso, de este otro delito.

Por las consideraciones antecedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—,

Resuelve:

DIRIMIR la colisión de competencia planteada en el sentido de señalar como Juez competente para conocer del proceso al Tercero Penal del Circuito de Buga, a quien debe remitírsele el expediente.

Comuníquese esta determinación al Juez Cuarto Penal del Circuito de Pereira.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCLUSION

Cómo se estructura la modalidad implícita o encubierta

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 30 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 85, de septiembre 25 de 1980.

Vistos

El Tribunal Superior de Buga profirió, con fecha cuatro (4) de junio del año en curso, una providencia por medio de la cual se abstuvo de abrir investigación penal contra el doctor Félix Roldán Salcedo, actual Juez Segundo Civil Municipal de esa ciudad, quien había sido denunciado como posible responsable del delito contra la administración pública por el abogado doctor Carlos Cobo Bejarano a virtud de comportamiento tenido en desempeño de sus funciones.

De esa providencia, en la cual aparece uno de los componentes de la Sala de Decisión salvando su voto, apelaron el denunciante y el Fiscal Cuarto del susodicho Tribunal por lo que el expediente fue enviado a la Corte para lo de su cargo.

Hechos y actuación procesal

Expresa el denunciante en manifestación jurada hecha ante el vice Presidente del Tribunal mencionado que se le encargó, a principios del año en curso, en su calidad de profesional del derecho y por la sociedad Azcárate & Vergara domiciliada en Buga, de adelantar un juicio de lanzamiento contra Jesús María Sanclemente arrendatario de un inmueble ubicado en la calle 6ª entre carreras 11 y 12 de dicha ciudad y que, en ejecución del mandato, presentó ante el Juzgado del conocimiento o sea el Segundo Civil Mu-

nicipal, la correspondiente demanda acompañada de dos declaraciones extrajuicio sobre la existencia del contrato y cuya ratificación ordenó el Juzgado señalando día y hora para ello pero sin que los declarantes concurrieran al despacho por lo cual se venció el término fijado.

En esta situación el asunto, fue visitado el denunciante por el señor Camilo Azcárate hijo de su poderdante que le comunicó había recibido una llamada telefónica de quien decía ser el Juez que conocía del proceso el que le había manifestado que si no tenía planes sobre la casa que estaba solicitando, se la arrendara a él cuando la desocuparan por lo cual el señor Azcárate iba a consultar al denunciante quien dice que le aconsejó entonces que fuera a hablar directamente con el Juez como en efecto lo hizo don Camilo el cual, al otro día, le comunicó al doctor Cobo que, en efecto, el Juez le había reiterado su petición de tomar en arriendo la casa. Esta la causa para que presentara la denuncia.

Ordenó entonces el Tribunal practicar unas pruebas entre las cuales, en primer término, se allegaron a las diligencias sendas copias del acuerdo de nombramiento y del acta de posesión del denunciado doctor Roldán Salcedo en el cargo de Juez Segundo Civil Municipal de Buga (fls. 12 y 13), así como certificación, emanada de la Alcaldía, en el sentido de que estaba ejerciéndolo para la época de los hechos.

Se oyó bajo juramento a don Camilo Azcárate quien expresó (fl. 16), lo mismo que dice el denunciante, agregando que ni él había hecho ninguna promesa al doctor Roldán Salcedo de arrendarle el inmueble ni éste había condicionado la suerte del juicio al arrendamiento de la casa (fls. 16 y vto.).

A los autos se trajo, en copia, parte del juicio de lanzamiento instaurado por el denunciante con poder de la empresa Azcárate Vergara & Cía., contra Jesús María Sanclemente, particularmen-

te el auto que ordena de oficio la ratificación de los testimonios de Jaime Valenzuela Garrido y José Roberto Godoy que, según aparece de la sentencia "corroboran y aumentan la convicción del despacho sobre la existencia del contrato de arrendamiento en donde se evidencia que el canon mensual a pagar, en forma anticipada, era de tres mil pesos (\$ 3.000.00) moneda corriente, a partir del primer día de cada mes calendario". Es decir, que se trata de testigos del demandante, advierte la Sala.

En la providencia objeto de la alzada, el Tribunal considera, en síntesis, que el hecho de haber solicitado el Juez a la parte demandante que lo tuvieran en cuenta para arrendarle la casa de la cual estaban pidiendo lanzar al inquilino, no constituye delito ya que el funcionario no hizo ninguna fuerza a dicha parte, ni ésta se comprometió a nada, es decir "que no construyó ni indujo al señor Azcárate Vergara para que le arrendara el inmueble materia del lanzamiento, ni recibió dádivas o aceptó promesas remuneratorias para ejecutar un acto propio de sus funciones, ni, a sabiendas, profirió un fallo manifiestamente injusto, ni rehusó, retardó o negó un acto inherente a las mismas (artículos 156, 160 y 168 del Código Penal)".

Termina señalando que, sin embargo, no deja de ser censurable que el Juez hubiera manifestado tener interés en que se le arrendara, para sí o para un tercero, el inmueble objeto del juicio ya que su deber era obrar con absoluta imparcialidad por lo cual el Tribunal ordena compulsar copias para que se averigüe si incurrió en falta disciplinaria contra la dignidad de la administración de justicia.

El denunciante sustenta el recurso ante la Corte manifestando, en resumen, que el hecho de haber llamado a una de las partes a su despacho, mostrarse interesado en un negocio que tenía a su despacho, disponer oficiosamente, con posterioridad, la práctica de unas pruebas "y todos los demás aspectos que se han puntualizado, no son otra cosa que claras sugerencias, maniobras sutiles o habilidosas para pretender obtener un provecho a todas luces incorrecto" lo cual en su concepto, constituye una concusión implícita que debe ser investigada como conducta punible.

Consideraciones de la Corte

Ciertamente existe una modalidad de concusión que puede llamarse implícita por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, pero los emplea en tal forma

que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende pueda resultar un perjuicio en su contra. Ciertamente en tales oportunidades se evidencia que el comportamiento de la víctima está determinado por el metus potestatis, es decir, el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario.

Pero tiene que haber en el comportamiento de éste algo que ponga de presente que está usando su autoridad para determinados fines reñidos con la función pública que desempeña. En otras palabras: que está presionando a la víctima en determinado sentido y por medio de encubiertas amenazas de usar en contra de ésta la potestad de que está investido.

Si este elemento no aparece en forma suficientemente clara, no existe la concusión implícita o encubierta y se corre el riesgo de que cualquier palabra o comportamiento del funcionario pueden ser tomados como delictuosos, creando una amenaza de denuncia penal en su contra con grave mengua para la independencia con que deben obrar quienes son órganos de la administración pública.

En el caso de autos ciertamente el Juez acusado debió abstenerse de hacer ninguna petición a las partes no solo para preservar la autonomía y buena fama de la administración de justicia, sino para que su propia conducta no fuera mal interpretada.

Por eso está bien que el Tribunal hubiera ordenado la expedición de copias en orden a que se averigüe, por el aspecto disciplinario, la conducta del Juez.

Pero no puede decirse que ésta tenga perfiles delictuosos ya que no aparece, por parte alguna, que hubiera querido doblegar la voluntad de la parte demandante en el juicio de lanzamiento de que estaba conociendo ni en sus palabras es posible advertir siquiera un eco de amenaza para ésta tanto menos cuando que su actitud fue todo lo contrario de adversa a dicha parte pues procedió de oficio a ordenar se ratificaran dos declaraciones que la favorecían y que seguramente venían a consolidar la posición del actor a cuyo favor, finalmente, se definió el juicio.

En síntesis, ni en forma ostensible ni encubierta hubo coacción del Juez Roldán hacia la parte demandante o su apoderado y de ahí que la Sala esté de acuerdo con el a quo en el sentido de que no hubo delito de concusión como lo pretende el denunciante.

Tampoco se advierte que el comportamiento del Juez se adecue a ningún otro tipo de delito y por éste, así como por lo que se acaba de exponer habrá de confirmarse la providencia apelada.

Estos son también, en el fondo, los razonamientos expuestos por el Procurador Primero Delegado Penal en su juicioso concepto en el que expresa que "es incuestionable que tal hecho (o sea haber el Juez insinuado al demandante que le arrendara el inmueble materia del juicio), no puede ser tenido ni como un constreñimiento ni como una inducción, ni aun como un desviado ejercicio del poder por cuanto además tal insinuación jamás llegó a tener efecto".

Por tal motivo el Ministerio Público solicita que se confirme la providencia recurrida.

Basta lo expuesto para que la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal oído el concepto del Pro-

curador Primero Delegado Penal y acorde con él,

Resuelve:

CONFIRMAR la decisión recurrida.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

P R E V A R I C A T O

Interpretación del elemento "a sabiendas"

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., septiembre 30 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 85, de septiembre 25 de 1980.

Vistos

Por apelación interpuesta por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cali contra la providencia de 14 de mayo del año en curso por medio de la cual se sobreseyó temporalmente en favor del doctor Darío León López Pérez conoce la Corte del proceso que contra éste se sigue por el delito de prevaricato que se le atribuye por conducta ejecutada cuando desempeñaba, en esa ciudad, el cargo de Juez Segundo Penal Municipal en el mes de octubre de 1976.

Hechos y actuación procesal

Se inició este proceso a virtud de queja presentada por el mayor Elías Forero Zamorano en su calidad de Jefe del F 2 en la ciudad de Cali, en que manifiesta su extrañeza por actuaciones del Juez Segundo Penal Municipal de esa ciudad quien había puesto en libertad a Ernesto de Jesús Vélez Acosta y Alonso de Jesús Fernández Mesa, quienes fueron capturados por unidades del F 2 en la habitación número 1004 del edificio denominado "Torre Aristi", en el cielo raso de la cual se encontró una cantidad de marihuana. Puestos a disposición del Juzgado de reparto los detenidos el 14 de octubre de 1976 y habiéndole sido repartido el negocio al día siguiente al mencionado Juez éste declaró inmediatamente abierta la investigación y oyó en indagatoria a Vélez

Acosta. Al día siguiente escuchó la de Fernández Mesa, y resolviendo solicitud del apoderado de este último, doctor Tito Livio Salazar Romo, dejó en libertad ese día 16 de octubre a ambos sindicados.

Por estos hechos y puesta también queja ante la Procuraduría Regional, esta oficina llevó a cabo la correspondiente investigación de carácter disciplinario en la que verificó una inspección a los libros del Juzgado lo mismo que al proceso en referencia llegando a la conclusión de que el Juez había obrado "con demasiada diligencia" al resolver la situación de los detenidos lo mismo que para recibirles indagatoria después de lo cual los puso en libertad "sin haber llevado a cabo un sinnúmero de pruebas que no solamente eran necesarias para acreditar sea (sic) el dicho de los sometidos a indagatoria o desvirtuarlo sino que también tenía a su favor un término consagrado en el Código de Procedimiento Penal y más concretamente en el artículo 437" y concluye afirmando que el proceder del funcionario encuadra en el artículo 96 del Decreto 250 de 1970 o sea en el que contempla el incumplimiento de los deberes propios del cargo (fl. 20).

Sin embargo, como conclusión de las diligencias que se mencionan se dictó con fecha 10 de abril de 1978, la resolución número 000104 por medio de la cual se manifestó que no procedía pedir sanción disciplinaria en contra del afectado pero se ordenó remitir el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali a quien, de tal modo, se da aviso de la posible violación de la Ley Penal por parte del ya para entonces ex Juez López Pérez.

Recibidas dichas diligencias por el Tribunal se ordenó en investigación preliminar la práctica de algunas pruebas evacuadas las cuales se dictó, con fecha 18 de septiembre de 1978, auto por medio del cual se abstenía el dicho Tribunal de abrir investigación contra el mencionado exfun-

cionario con base en que si bien éste se había equivocado en la apreciación de las pruebas al definir la situación jurídica de los detenidos en mención "ello no conlleva o fuerza a pensar o a estimar con cierta motivación que esa errónea interpretación o valoración de la prueba unida en cierto sentido a las otras incidencias ya analizadas, sea motivo para abrir la correspondiente investigación de carácter penal, al tenor del artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, por haberse violado la ley, dado que todo da a entender que el funcionario judicial, según parece, tenía sus recelos dudas y un mal concepto de la policía, como a diario así se observa en muchas actuaciones de algunos jueces, de las gentes por una u otra razón, lo que finalmente hizo equivocar al ex Juez con relación a otras incidencias que bien pensadas le habrían hecho cambiar de concepto" (fl. 122).

Contra esta providencia interpuso recurso de reposición y en subsidio, apelación el Fiscal Segundo del Tribunal y dicha entidad por auto de 17 de enero de 1979, dispuso reponer su decisión anterior y abrir el presente proceso de carácter penal contra el ex Juez López Pérez.

Se basó en la celeridad del Juez acusado, puesta de presente por el Fiscal recurrente, al haberse desplazado hasta la cárcel para indagar a Vélez Acosta cuando tenía otras diligencias por practicar ese mismo día en dicho centro de reclusión, lo mismo que sobre la pronta libertad de los detenidos, así como también tuvo presente el *a quo* dos constancias de otros tantos jueces en que se daba cuenta de irregularidades en el reparto de las diligencias contra dichos sujetos consistentes en que al Juzgado 2º Penal Municipal se le repartieron ese día dos negocios, entre ellos el de tenencia de marihuana a que se ha venido haciendo alusión, lo cual resultaba aparentemente inexplicable, tanto más si se tenía en cuenta que parecía haber indicio de que el dicho negocio se había repartido con posterioridad a los otros.

Abierta la presente investigación, se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial a las actas de reparto y al libro radicador del Juzgado Segundo Penal Municipal de Cali, en la primera de las cuales se constató que a dicho juzgado le fueron repartidos el 15 de octubre de 1976, dos sumarios de un total de ocho con preso que debían ser distribuidos entre los juzgados 22, 24, 25, 26, 1º, 2º, 3º y 4º Penales Municipales de Cali, o sea uno para cada uno, en lugar de lo cual al Juzgado Segundo le correspondieron, como se deja dicho, dos procesos lo que significa

que no se observó, según se dejó constancia en dicha acta, el orden lógico correspondiente por lo cual al Juzgado Cuarto Penal Municipal no le correspondió sumario con preso (fl. 145).

En cuanto a la inspección judicial practicada al proceso en referencia se constató que el día 15 de octubre de 1976 se recibieron en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Cali dos procesos, uno por robo contra Jesús Ramírez Restrepo y otro por marihuana contra los ya nombrados Vélez Acosta y Fernández Mesa. En el primer proceso se indagó al sindicado el 16 de octubre y se le puso en libertad el 21 del mismo mes.

El segundo proceso venía acompañado de dos (2) cheques contra el Banco de Colombia y doscientos doce (212) gramos de marihuana. Recibido el 15 de octubre se indagó a Acosta el mismo día y a Fernández al siguiente, poniéndose en libertad a ambos este último día o sea el 16 de octubre, enviándose posteriormente el expediente a un Juzgado de Instrucción Criminal el 27 de ese mismo mes y año.

El mismo día 15 de octubre se iniciaron otros dos sumarios en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Cali: uno por secuestro contra Carmen Mariela Montaña Ordóñez y Mariela Ordóñez, sin detenidos, y otro por delito contra la asistencia familiar contra Alfonso Vega, también sin preso (fl. 147).

También se llevó a cabo una diligencia de igual género a las anteriores sobre el proceso, tantas veces mencionado, contra Vélez Acosta y Fernández Mesa, que para el tiempo de la misma se encontraba en el Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali. Se observó que existía una nota de secretaria en que se ponía en conocimiento del Juez Segundo Penal Municipal diferencias ostensibles entre el informe suscrito por Harold Lozano Jaramillo y Gerardo Edmundo Vargas en relación con el acta suscrita por el doctor Armando Illera y otros sobre la incautación de la marihuana, así como entre dicha acta, por una parte, y los testigos Luis Alberto Moreno Villamizar y Gerardo Edmundo Vargas, por la otra. Igualmente se constató que el titular del Juzgado Segundo Penal Municipal había compulsado copia de dicha acta con destino al Tribunal Superior de Cali, para que se investigara si el doctor Illera había cometido los delitos de falsedad en documentos y falso testimonio, así como también se dispuso compulsar copia de lo pertinente, con destino al Juez Superior para que se averiguara si los agentes de la policía Antero Hernández Díaz, Luis Alberto Moreno Villamizar, Harold Lozano Jaramillo, Edgar Rojas Chacón

y Gerardo Edmundo Vargas, habían incurrido en hecho punible al firmar un acta aseverando que habían asistido al decomiso de una marihuana no siendo ello cierto. También se observó que con los mismos fines anotados se habían enviado al Tribunal en mención varias xerocopias de distintas piezas del proceso. Con el mismo objeto se ofició al Comandante de la Policía Nacional División Valle para que investigara la conducta de los mencionados agentes.

Termina la diligencia diciendo que la investigación contra Vélez Acosta y Fernández Mesa, terminó en un segundo sobreseimiento temporal proferido por el Juez 13 Penal del Circuito, ya citado, y que el Tribunal confirmó por auto de 26 de febrero de 1979, habiéndose archivado el proceso en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal (fls. 150 vto.).

Se recibieron varias declaraciones, entre ellas las de la señora Beatriz Manzano de Otálora, encargada del reparto en el Juzgado 13 Penal Municipal para la época de los hechos y quien manifestó en síntesis que no tenían por qué corresponder dos procesos con preso al Juzgado Segundo Penal Municipal pues hubiera sido necesario que los sumarios a repartir fueran treinta y uno (31) para que en la segunda vuelta le hubiera correspondido otro sumario a dicho juzgado además del que se le había repartido en la primera (fl. 156).

También de este hecho se mostró extrañado Gonzalo García que asistía a los repartos en representación de la Personería Delegada en lo Penal y quien añade que de esa irregularidad hubiera debido reclamar el Juez Segundo Penal Municipal. También dice que para que al dicho Juzgado le hubieran podido corresponder normalmente dos negocios, habría sido necesario que los repartidos fueran treinta y uno (fls. 162 vto.).

Llamado a rendir declaración sin juramento, el doctor Darío León López Pérez manifestó, en síntesis, que no asistió al reparto en que se le adjudicaron los dos procesos y que cuando llegó al Juzgado el empleado con ellos, se presentó el doctor Tito Livio Salazar, quien le pidió que indagara a los sindicatos a lo cual se negó en un principio pero como tenía que ir a la cárcel de Villanueva a otras diligencias decidió recibirles a dichos presos la declaración injurada para lo cual procedió a dictar de inmediato el correspondiente auto cabeza de proceso y, una vez en el establecimiento carcelario mencionado, inició dicha diligencia habiéndole manifestado uno de los indagados que había sido víctima del despojo

de un dinero por parte de los agentes de policía, agregando otra serie de anomalías cometidas por la autoridad. Al día siguiente le recibió indagatoria al otro sindicado y como al examinar las diligencias viera que uno de los informes de la policía no estaba firmado por los presos y al confrontarlo con otras pruebas le pareció que se había cometido un grave atropello por la policía creyendo que se habían conculcado los derechos de los detenidos, procedió a ponerlos en libertad. Posteriormente recibió una serie de declaraciones que le sirvieron de base para no dictar el auto de detención solicitado por el Agente Especial del Ministerio Público designado por la Procuraduría Regional y para compulsar las copias necesarias con el fin de que se investigara la conducta de los oficiales, sub oficiales, agentes y personal técnico de la Policía así como también del susodicho agente del Ministerio Público y del doctor Armando Illera. Agrega que tenía tanta razón al proceder así que los detenidos en cuestión fueron sobreseídos temporalmente, en dos oportunidades, por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Cali y que la última de esas decisiones fue confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial. Añade que no le llamó la atención de que en el reparto le hubieran correspondido dos negocios con preso pues eso era lo normal y que sólo se hubiera preocupado si el número hubiera sido mayor. Insiste en que no asistió al reparto y advierte que al Juzgado que lo lleva a cabo no se le reparten negocios con preso.

En la continuación de la indagatoria y preguntado (fl. 176) cuál la razón para que al día siguiente de recibirle indagatoria a uno de los detenidos y el mismo en que se le recibió al otro los hubiera puesto en libertad respondió que era su costumbre hacer eso y que rara vez gastó todo el término que para ello concede la ley, "... de lo que sí estoy seguro, dice en su respuesta, es que cuando resolví la situación jurídica de estos señores mi criterio indeclinable era que debía otorgarles la libertad inmediatamente pues me parecía una injusticia que fueran a permanecer presos por más tiempo y como la investigación debía seguir, de acuerdo con la ley les ordené unas presentaciones que hasta donde me doy cuenta o sea mientras tuve el negocio, las cumplieron" (fls. 176 vto.).

Al proceso se trajo en copia buena parte del seguido contra Ernesto de Jesús Vélez Acosta y Alfonso de Jesús Fernández, en el cual aparece, en primer término, la diligencia de aprehensión de éstos y decomiso de la marihuana, hecho

este último acerca del cual dice que "en el mismo sitio habitaban las dos personas y en la parte del cielo raso de uno de los servicios sanitarios, estratégicamente (sic) escondida se encontraba la marihuana dentro de una bolsa de polietileno guardada y se encontraba un eternit (sic) suelto pintado de blanco con facilidad para quitar o colocarlo de nuevo donde estaba ésta oculta..." (fl. 1, edno. número 2).

En la misma diligencia se dice que ella se llevó a cabo por informes que se tenían de que los dos sujetos mencionados y la mujer Luz Marina Zuluaga, concubina de Vélez Acosta, se dedicaban a la adquisición de estupefacientes y que el peso de lo incautado fue de 212 gramos de marihuana.

En diligencia de pesaje e identificación de la sustancia decomisada se señaló también en 212 gramos el peso de la misma y se identificó como marihuana (fls. 2 y vto. ibídem). El peso y naturaleza de lo decomisado se ratificó también en informe del SIPEC (fls. 2 vto. y 3).

En la declaración tomada el 13 de octubre de 1976 (sic) a Vélez Acosta, en la Policía Judicial dice que se ocupa en comprar y vender carros y al preguntársele el por qué de las chequeras que se le habían decomisado aparecían cheques girados por un valor total de (\$ 1.944.500.00), dijo que él solamente era un mandadero pues que le había pagado dineros a Joaquín Wyllis, Carlos Restrepo Arbeláez, doctor Facio Lince y Bertha Correa. Niega haber sabido de la existencia de marihuana en el apartamento que ocupaba en la Torre Aristi.

En la indagatoria rendida ante el Juzgado agrega que en el apartamento en cuestión tenía, dentro de un closet, un paquete con un millón trescientos mil pesos (\$ 1.300.000), en dólares, los cuales desaparecieron durante la diligencia y que al preguntarle al teniente por esa suma éste le contestó si era que iba a decir que lo habían robado.

Agrega que ese dinero lo tenía destinado a viajar a los Estados Unidos con su señora y comprar un menaje, o un carro de segunda o una moto BMW.

Reitera su negativa de que fuera suya la bolsa con marihuana e insiste en que ni fuma esa sustancia ni comercia con ella.

En cuanto a Alonso de Jesús Fernández Mesa, dice que estaba en Cali, porque Vélez lo había llamado para que le llevara a Medellín, lugar de su residencia, una camioneta y que el día de la diligencia de decomiso estaba en la puerta de la Torre Aristi, cuando llegaron unos señores y se

le llevaron sin que supiera por qué motivo, el que sólo vino a conocer al día siguiente. Niega igualmente saber de la marihuana y, por supuesto, ser dueño de la decomisada en el apartamento.

En el auto por medio del cual el Juzgado resolvió la situación jurídica de los dos detenidos dice, de modo textual, en la parte pertinente: "Está demostrado que se trata del decomiso de una marihuana, como lo manifiesta el informante, pero la imputación no es clara y determinada por cuanto si el objeto agregado al expediente, sí constituye cuerpo del delito de tráfico de marihuana, bien puede ocurrir que pertenezca a los sindicados, pero esa imputabilidad no está determinada, porque el informe policivo como lo hemos dicho, deja serias dudas sobre la veracidad de su contenido y de no ser imputable, no se haría justicia decretando la detención, aunque sí es necesario continuar la investigación, recalcando que los presupuestos para decretar la detención preventiva a los sindicados que se han indagado, es (sic) tan lejos de ser una realidad procesal, y en consecuencia, el despacho se abstiene de decretar la detención preventiva contra Ernesto de Jesús Vélez Acosta y Alonso de Jesús Fernández Mesa y en su defecto ordena la libertad inmediata de los mismos imponiéndole al mismo tiempo la obligación de presentarse cada ocho días al despacho, girándoles en consecuencia las correspondientes boletas de excarcelación" (fls. 9 vto. ibídem).

Interrogado el teniente Luis Alberto Moreno Villamizar quien dirigió la operación en el apartamento de la Torre Aristi dijo que dos agentes le dijeron que habían detenido en el hotel Aristi dos sujetos porque habían tenido noticia de que en dicho apartamento se negociaba con drogas puesto que se había visto entrar gente conectada con dicho tráfico, resolvió hacer una requisita luego de interrogar a uno de los detenidos de apellido Vélez quien le pidió en forma reiterada que fueran a revisar su apartamento para aclarar su conducta. Niega que en ese lugar se hubiera encontrado dinero y dice que todo lo que había allí era moneda fraccionaria agregando que al requerirle a Vélez que sacara todo lo de valor dijo que no había dinero ni joyas ni nada valioso. (fls. 12 y siguientes).

Gerardo Edmundo Vargas Ortiz de la Policía Judicial también afirma que la requisita se llevó a cabo por haberse tenido noticias de que los ocupantes del apartamento se dedicaban al tráfico de cocaína y que trabajaban para unos gringos. (fls. 14 vto. y siguientes).

Se oyó bajo juramento al doctor Armando Illera Martínez, abogado de la Procuraduría e interrogado sobre la cantidad de marihuana decomisada, dijo que eran trescientos veinte (320) gramos (fls. 18 vto.).

Obra a fl. 20 del cuaderno que se viene mencionando un informe de la Secretaría del Juzgado en que se hace saber al Juez sobre las "diferencias ostensibles" entre el informe policivo y la declaración del doctor Illera "sobre la incautación, pesaje e identificación del vegetal que resultó ser marihuana" así como también con los testimonios del teniente Moreno y del agente Edmundo Vargas.

Con base en dicha nota secretarial, el Juzgado Segundo Penal Municipal dictó, con fecha 25 de octubre de 1976, un auto en el cual dice que "de lo anterior se colige que los mencionados doctor Illera, St. Moreno, St. Vargas pueden haber incurrido en los delitos de falsedad en documento público y falso testimonio" por lo cual se ordena compulsar copia de varias diligencias con destino al Tribunal Superior de Cali y a los jueces superiores de ese distrito judicial (fls. 20 y vto.).

Aparece de las diligencias que se vienen relacionando que el abogado Visitador de la Procuraduría Regional se dirigió al Juez López Pérez, haciendo algunos comentarios sobre el proceso y en particular respecto a las declaraciones de los implicados así como acerca de la presencia de la marihuana en el apartamento ocupado por ellos, todo ello para solicitar que se revocara la providencia por medio de la cual se les concedió libertad (fls. 80 a 82).

En auto de 26 de octubre del año que se viene citando, el Juzgado resolvió negativamente la solicitud del Agente Especial del Ministerio Público, haciendo, para fundamentar su determinación, algunas consideraciones sobre el examen de laboratorio efectuado en la sustancia decomisada, así como respecto a los cargos entre el sargento Moreno Villamizar y el sindicado Fernández Mesa y entre Vélez Acosta y el testigo agente Vargas Ortíz para llegar a la conclusión de que existen contradicciones entre dichas declaraciones y de que se presentaron "hondas sospechas" al resolver la situación jurídica de los encartados.

Agrega que por lo anterior la conducta de los sindicados no puede considerarse típica de tenencia de marihuana cuando las pruebas de ella se encuentran en entredicho y que si bien es cierto que la presencia de dicha sustancia en el apartamento es cuerpo del delito, ese solo hecho no

quiere decir que las personas que lo ocupaban fueran imputables.

Y termina diciendo que como la conducta no es típica ni se ha establecido la imputabilidad ni la antijuridicidad de la misma, no se accede a lo pedido por el Ministerio Público (fls. 25 y siguientes).

Como quiera que este último apelara de dicha decisión, el Tribunal, por la suya de 25 de noviembre de ese mismo año (1976) y luego de no menorizado análisis de la prueba en el que se dice que no se encuentra contradicción en el dicho de los uniformados ni entre el acta de examen de la sustancia decomisada y las declaraciones del teniente Moreno Villamizar, ni por último, entre las declaraciones del doctor Illera y las constancias en el acta mencionada sobre la cantidad de marihuana ya que la discrepancia sobre el peso de la marihuana, dice el Tribunal, carece de importancia, el Tribunal destaca la actitud del Juez en cuanto éste "se ha puesto a dudar de todo lo que conlleve poder incriminatorio en contra de los sindicados, pero no se ha preocupado de dudar de la conducta de los sindicados. Da la sensación al leerse el proceso, que las cargas se hubieran invertido, es decir que las autoridades acusadoras fueran los sindicados y los procesados fueran los representantes de la autoridad, como parece que así lo ha querido el del conocimiento, cuando de manera apresurada en el sentir de esta Sala compulsó copias para que ciertos funcionarios fueran investigados por los delitos de falsedad y falso testimonio".

Y luego se pregunta el Tribunal: "¿Por qué no se le ha hecho dudoso al Juez los numerosos y cuantiosos pagos hechos por el sindicado en los días anteriores a la captura? ¿Por qué no se ha hecho ninguna diligencia investigativa para determinar quiénes fueron los beneficiarios de los cheques y el motivo que originó los mismos? ¿Cuál la razón para que no se haya investigado ni se le haya hecho extraño al Juez la tenencia según el sindicado de numerosos dólares, a quienes se les compró, cómo se les pagó, qué destino tenían? Por qué no se han solicitado los extractos de las cuentas corrientes del sindicado y las copias de sus declaraciones de renta en los últimos cinco años, para que se determine de manera precisa cuál es la capacidad económica del mismo? ¿Cuál la razón, perfectamente maliciosa del sindicado, para que en la diligencia de exposición rendida ante el F 2 se haya limitado a decir que los pagos los había hecho por orden de Jorge Wyllis sin explicar cuál la razón para que hubiera tenido sumas tan cuantiosas de otra persona

ni cual la razón de dichos pagos? Quién es ese misterioso personaje que puede entregar tal cantidad de dinero a un mecánico para que pague tales cuentas? Se le entregaron recibos al sindicado de tales pagos? Qué constancia tiene de tales pagos? Cuál la razón de los mismos? Qué documentos le garantizan a Wyllis los dineros que dice tener el sindicato a su nombre? Pero como decíamos nos encontramos en un proceso perfectamente invertido, el Juez se ha dedicado a dudar de los funcionarios oficiales mientras que le ha dado absoluta credibilidad a lo afirmado por los sindicatos" (fls. 38 y 39 *ibidem*).

Y, tras de otras consideraciones en el mismo orden de las que se dejan transcritas, el Tribunal, luego de decir que el haberse encontrado la marihuana en el apartamento del sindicato "es una prueba por demás suficiente para sustentar el auto de detención" revoca la providencia apelada y decreta la detención preventiva de Vélez Acosta, confirmándola en lo relativo a la no detención de Fernández Mesa y tomando otras disposiciones.

En el presente proceso, como ya se dijo, se reunieron las pruebas principales, entre ellas las copias de que acaba de hacerse mérito y las declaraciones que se dejan resumidas, tras de lo cual el Tribunal entró a resolver sobre la aplicabilidad al caso de autos, del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal lo que decidió negativamente por providencia de 17 de diciembre de 1979 en lo sustancial de la cual se dijo que si bien no podía aseverarse que el sindicato fuera autor de uno de los delitos de cohecho o prevaricato "no menos cierto es que aún sigue flotando dentro del ambiente investigativo las incidencias de que habla el colaborador fiscal de la Corporación, atinentes a la forma irregular que (sic) fueron repartidas las diligencias en las que le correspondió actuar al ex Juez López Pérez, quien en forma rápida e inconsulta o apresurada excarceló a los sindicatos cuando había podido seguir practicando pruebas en orden a concretar los cargos que les formulaban los agentes policiales" (fl. 192).

Finalmente, cerrada la investigación, se profirió el auto materia de la alzada en el cual el Tribunal reitera los argumentos que se acaban de resumir e insiste en que no pueden afirmarse sin lugar a dudas que el doctor López Pérez se hubiera prestado o facilitado para beneficiar a los sindicatos con la libertad cuando jurídicamente era imposible.

Y agrega textualmente: "sin entrar la Sala a polemizar con su colaborador Fiscal, cree en relación a la libertad decretada en favor de los indagados, el 16 de octubre de 1976, que inequívocamente no se puede pensar o admitir en fuerza a lo visto y probado que dolosamente el doctor Darío León López Pérez, con el ánimo de violar la ley, de faltar a la justicia y sin más límites que su deseo vehemente de excarcelarlos lo haya hecho, pues también su conducta dados los motivos que se deja entrever en su providencia de prevención ante los agentes del F 2, así mismo se puede calificar de apresurada, su explicación de no haberse enterado que las sumarias cuestionadas no le podían corresponder legalmente, tampoco riñe abiertamente con la sana lógica de las cosas, porque hasta la presente no se ha logrado demostrar que engañosamente se los hubiera hecho adjudicar".

Tampoco cree que se pueda calificar de ilícita su presencia en la cárcel de Villanueva y concluye manifestando que la conducta, en general, del sindicato "en manera alguna puede ser tomada como inequívoca de un posible delito de prevaricato, pues para podersele concretar un pliego de cargos por un hecho de esta naturaleza, por lo menos se necesitaría una evidencia más concreta y menos dudosa como lo es en cierto sentido las irregularidades que se presentaron en el reparto de las diligencias que motivaron esta investigación, la rapidez con que el ex Juez le impuso al trámite del mismo y finalmente, el criterio que lo llevó a dejar en libertad a los sindicatos".

En consecuencia de todo lo cual decide sobreseer temporalmente y ordenar la práctica de algunas pruebas como la de oír a las personas dejadas en libertad, y a los que presenciaron el reparto y practicar algunos careos.

El recurrente insiste en sus reparos sobre dicho reparto así como también sobre el hecho de que, teniendo diligencias en la cárcel que requerían su presencia en ese lugar de detención, prefirió esperar en su juzgado hasta que llegara el expediente luego de lo cual y pese a que debía efectuar en la cárcel cinco diligencias de reconocimiento en fila de personas, se puso a indagar a uno de los sindicatos y posiblemente esa misma tarde del 15 de octubre de 1976, llevó la boleta de comparendo para el otro, única forma de que éste fuera conducido al día siguiente al despacho del Juzgado. También le merece críticas el hecho de que solo formulara tres preguntas, durante la indagatoria, al sindicato Vélez, dejando de in-

terrogarlo sobre aspectos fundamentales de los hechos como eran los del origen de los dineros que tenía en las dos cuentas corrientes que ascendían a cerca de tres millones de pesos, o a quienes les había girado cheques por valor de un millón y medio de pesos, por qué tenía otro tanto en dólares en un closet de su apartamento, y por qué estaba viviendo hacia tres meses en Cali.

Así mismo objeta que se hubiera dejado de interrogar al otro detenido sobre cuestiones también fundamentales. Califica luego de absurdo el auto por medio del cual se puso en libertad a los dos sindicados, a más de que fue apresurado pues no esperó para ello la práctica de otras pruebas, entre ellas la ratificación de los agentes de policía a cuyo informe restó credibilidad.

Y, finalmente, critica la rapidez con que se firmó el compromiso de presentación y se le entregaron a Vélez las chequeras que habían sido decomisadas por el F 2 así como el hecho de que el memorial del apoderado de los sindicados aparezca foliado antes de la indagatoria de Fernández "lo que significa, dice, que la decisión del Juez ya estaba tomada desde antes de esa diligencia" (fl. 231).

En la presente instancia el Procurador Primero Delegado Penal solicita que se revoque la decisión apelada y que, en su lugar, se llame a juicio al profesional sindicado por el delito de prevaricato.

Estima el colaborador Fiscal que el auto en que dejó en libertad a los sindicados Vélez Acosta y Fernández, demuestra que obró a sabiendas de la ilicitud de su conducta pues en dicha providencia se limitó a criticar el informe del F 2 sobre las capturas y el decomiso del vegetal desechando el grave indicio consistente en la presencia de éste en el apartamento de los sindicados.

Reitera que la providencia en mención fue ilegal e injusta y que a lo largo de los argumentos en ella expuestos "se aprecia el afán de justificar la conducta de los poseedores de la marihuana y de tratar de explicar su incorrecto proceder, al punto de que el funcionario vuelca la prueba en contra de los representantes de la autoridad, los señores agentes del F 2 que intervinieron en el operativo, sin que existiera motivo alguno para negarles credibilidad ya que actuaron dentro del normal ejercicio de sus funciones".

Insiste también en que el funcionario acusado no tuvo en cuenta las grandes sumas giradas por Vélez que, según el parecer de la Procuraduría, no podían provenir de actividades lícitas pues en su indagatoria manifestó que ganaba un es-

tipendio modesto ni resultaba creíble que en Medellín tuviera trabajo pues hacía algún tiempo se hallaba radicado en Cali.

Señala igualmente la rapidez con que obró el Juez al definir la situación jurídica de los encartados y subraya el hecho de haberle correspondido en el reparto dos procesos siendo así que a cada uno de los juzgados que intervinieron en el mismo solo les podía corresponder uno.

Más adelante, al hacer el resumen de las pruebas en contra del ex Juez, menciona entre ellas la de haberse trasladado a la cárcel después del reparto, circunstancia que califica de "increíble" lo mismo que la celeridad con que procedió a recibir indagatoria a los sindicados y dispuso su libertad, siendo así que tenía a su cargo varios procesos y que el caso revestía gravedad pues la prueba contra ellos era contundente no solo por la flagrancia de su comportamiento sino también porque sus explicaciones no eran creíbles. Y concluye manifestando que "el auto que dispone la libertad de tales sindicados contiene una serie artificiosas de argumentos que denotan el proceder ilícito del funcionario, tal como lo destacaron los funcionarios que conocieron de él".

Consideraciones de la Corte

No hay duda de que se está en presencia de un hecho que reviste la mayor gravedad por las circunstancias que lo rodean y que muestran a un Juez de la República poniendo en libertad a dos detenidos en cuya habitación había sido encontrada una cantidad de estupefaciente (marihuana) y que lo hace no solo ostentando inusitada rapidez en su proceder sino que, al mismo tiempo, dando credibilidad al simple dicho de uno de los detenidos, que no tenía prueba alguna en qué apoyarse, ordena investigar a las autoridades cuyo dicho rechaza como prueba de cargo.

Agréguese a esto que no pudiendo adoptar igual proceder con otras pruebas, prefiere ignorarlas, como ocurre con las cuantiosas sumas de dinero de que habían dispuesto los detenidos Vélez Acosta y Fernández y que aparecían, con toda evidencia, en las chequeras que les habían sido decomisadas al primero de ellos, esto para no mencionar lo afirmado por el primero en el sentido de que tenía dentro de un closet de su habitación la suma de un millón y medio de pesos en dólares, hecho que no aparece probado en los autos.

No tuvo ninguna importancia para el ex Juez acusado la circunstancia de que, al tiempo que manejaban los encartados tan cuantiosas sumas

de dinero, no pudieran explicar satisfactoriamente su procedencia y de que el hecho de disponer de ellas estuviera en abierta contradicción con lo que decían ser sus ocupaciones habituales.

Agréguese a lo anterior que ni siquiera se les preguntó dónde vivían las personas de quienes decían proceder ese dinero, ni menos se adelantó averiguación alguna en orden a localizarlas, ni mucho menos se les interrogó antes de proceder a decidir sobre la libertad de los detenidos.

Esta última actuación se basó exclusivamente sobre un factor negativo: la ninguna credibilidad que le merecieron al ex Juez acusado los informes de la policía y del laboratorio o sea que creyó o fingió creer en un supuesto complot de las autoridades de policía judicial para perder a dos presuntos inocentes.

Si esto último hubiera tenido algún elemento de prueba que permitiera respaldar su existencia, explicable sería la desconfianza del Juez. Pero nada aparece en ese sentido, fuera, como ya se dijo, del dicho de los detenidos, ansiosos como es de suponerlo, por escapar a la acción de las autoridades.

La Sala encuentra, asimismo, sospechosa por extremo la actuación del Juez en la tarde del reparto porque si bien no concurrió a esto ni aparece que hubiera tenido directa intervención en que se le adjudicaran dos procesos, uno de ellos, el de los detenidos Vélez y Fernández, sí aparece obrando con inusitada celeridad al trasladarse a media tarde a la cárcel, despachar, si fue que lo hizo, con vertiginosa rapidez los reconocimientos en fila de personas que debía llevar a cabo, cinco en total, para proceder a indagar a uno de los encartados. Y al día siguiente, a temprana hora, oír sin juramento al otro en forma de tener todo terminado antes de medio día, incluyendo la libertad de los dos presos y la devolución de las chequeras.

Agréguese a las anteriores la consideración de que, pedida por el agente del Ministerio Público Especial la revocatoria del auto en que se ponía en libertad a los implicados, el Juez acude a especiosas razones para negar lo pedido. Así, expresa que aun cuando los cielos rasos y los socavones (?) pertenecen a los lugares habitados, lo que hay en ellos no tiene por qué pertenecer a los habitantes de esos lugares. Argumenta también sobre el examen de laboratorio y afirma haber el doctor Illera dicho en el correspondiente informe que el peso de la marihuana incautada era de 320 gramos cuando eso lo expresó algún tiempo después, en su declaración y sin pretender ser exacto.

Todo ello vino a constituir, como lo anotó el Tribunal en el auto que revocó el de libertad, una inversión de valores pues las autoridades resultaron acusadas en dicha pieza y los acusados defendidos por el propio Juez.

Estas situaciones erróneas no son simple fruto de la libertad de apreciación como este último pretende en sus alegatos sino graves fallas de enfoque de los hechos y de las pruebas, inexcusables en quien tiene la misión de administrar justicia y que muestran una consciente determinación de torcer la ley puesta en sus manos.

El delito de prevaricato, previsto en el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 requiere, entre elementos que constituyen el tipo comisivo previsto en el primer inciso de esa norma, que se proceda "a sabiendas".

De diversas maneras ha sido interpretada esta expresión, ora como una exigencia de que se proceda con dolo específico, ya como un elemento subjetivo del injusto, bien como una especial consciencia de la ilicitud del acto.

Sin entrar a tomar partido en esta polémica la Sala se limita a señalar que la expresión comentada implica que el agente procede con conocimiento concreto de la ilicitud del acto.

Vale decir, no basta que se actúe con la consciencia de que se está violando el orden jurídico general, que es el ordinario en delitos que no contienen la exigencia de que se obre a sabiendas.

Es necesario saber que existe una norma concreta que hace ilícito el comportamiento y, a pesar de conocerla, el agente ejecuta el acto sancionado u omite la conducta ordenada.

A esto se ha referido la doctrina cuando dice que en el prevaricato el Juez pese a que conoce el derecho que debe aplicar, da aplicación a uno distinto, es decir, que existe una voluntaria y consciente disparidad entre el derecho aplicable y el aplicado.

Esto sucede ordinariamente con los jueces en quienes es lógico suponer el conocimiento del derecho que deben aplicar en cada caso y también de que si no lo hacen violan determinadas normas penales, pese a lo cual llevan a cabo la conducta punible.

En el caso de autos es dable sentar que el Juez acusado conocía los requisitos necesarios para dictar auto de detención y tenía plena consciencia de que en el proceso seguido contra Vélez Acosta y Fernández, se daban tales requerimientos, ya que en la habitación que ocupaban se había encontrado cierta cantidad de marihuana a más de que uno de ellos disponía de gran cantidad

de dinero, circunstancia no explicable dados sus medios de vida, pese a lo cual los puso en libertad procediendo con rapidez inusitada sin esperar a que el proceso avanzara lo suficiente para tener una idea cabal de lo ocurrido, esto es, sin indagar sobre los antecedentes de los sindicados ni sobre sus movimientos en los tres meses que llevaban de residencia en Cali.

Fuera de eso, pretendió echar sobre las autoridades policivas la sospecha de que habían procedido arbitrariamente sin que para ello hubiera base distinta a la plabra de los propios capturados.

Todo ello muestra un deliberado propósito de apartarse de la ley, es decir, de dejar de aplicar las normas legales de rigor en el caso mencionado.

Cometió, en consecuencia, el delito de prevaricato que, como tantas veces se ha dicho, consiste esencialmente, en no dar aplicación al derecho que se sabe debe ser aplicado, procediendo en ejercicio de funciones oficiales y al dictar, en este caso, un auto dentro de un proceso penal.

Llenados los requisitos que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, es preciso llamar a juicio al funcionario acusado por el delito que me menciona, esto es, el de prevaricato, que se estima cometido en la modalidad contemplada por el inciso primero del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 es decir, en la comisiva.

Como quiera que esta infracción penal está sancionada con pena de prisión y se cumplen los demás requisitos señalados por el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, es necesario ordenar la detención preventiva del encausado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, oído el concepto del Procurador Primero Delegado Penal y acorde con el mismo,

Resuelve:

Primero. Revocar la providencia apelada.

Segundo. Abrir causa criminal contra el doctor Darío León López Pérez, de las condiciones civiles consignadas en su indagatoria, por el delito de prevaricato que define el Capítulo V del Título 3º del Libro II del Código Penal.

Tercero. Decretar la detención preventiva del enjuiciado para lo cual se impartirán las órdenes del caso y se librará la correspondiente boleta de encarcelación.

Cuarto. En el momento de notificarse al enjuiciado esta providencia se le harán las prevenciones de ley.

Quinto. Para la notificación de esta providencia se comisiona con ocho (8) días de término al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION, JUICIOS ADELANTADOS ANTE LOS JUECES DE MENORES

A pesar de que el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal no los hubiere relacionado expresamente, los procesos penales adelantados ante aquéllos funcionarios son susceptibles de cambio de radicación. Por ende, no pueden negarse a expedir las copias que por esa razón, les sean solicitadas por la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, so pretexto de la prohibición genérica consagrada en los artículos 644 y 650 del Código de Procedimiento Penal, porque se haría nugatorio el derecho a pedir el cambio de radicación

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 2 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 86, octubre 2/80.

Vistos

El señor Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, ha enviado a esta Sala para estudio y concepto, de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, la documentación "contentiva de la solicitud de cambio de radicación del proceso penal que cursa en el Juzgado Segundo Promiscuo de Menores de Tunja contra el señor Hernando Guerrero".

En consecuencia, se procede a rendir el concepto correspondiente.

Resultandos y Considerandos:

Constantino Jiménez Plazas, el día 13 de mayo del año en curso, dirigió una nota a la señora Consejera Presidencial, dándole cuenta de que a las siete y treinta minutos de la mañana del 26 de diciembre de 1979, su hijo Alirio Jiménez Vivas había sido víctima de un disparo que le causó la muerte; que iniciada la investigación se conoció que el autor había sido el menor Hernando Guerrero, pasando el caso al Juzgado de Menores de Tunja "a donde fueron llevados tan-

to los padres del menor como el sindicado, quedando luego en libertad y el menor con una fianza solamente y en custodia de los padres. —Más tarde el Juzgado de Menores de Tunja pidió nuevamente al menor y estuvo allí detenido por el término de tres (3) meses aproximadamente—. Cuando volví a enterarme cómo iba la investigación, me informaron que el detenido se iba a poner en libertad, cosa que he podido comprobar".

En consecuencia pido la colaboración de la Consejera Presidencial "para lograr, si es posible, dentro de la ley, que este expediente sea trasladado a la Oficina correspondiente de esta ciudad" (Bogotá).

También informa que "mi familia está en constante peligro ya que las amenazas de parte de los familiares del menor se hacen cada día más repetidas".

El 19 de mayo de este año la Consejera Presidencial envió el memorial petitorio de Jiménez Plazas al Jefe de la Oficina de Quejas y Reclamos de la Presidencia de la República a fin de que por ese Despacho "se adopten las medidas que se estimen convenientes y necesarias para atender la petición" formulada por Jiménez.

Y, el 4 de julio siguiente se dirigió la señora Consejera Presidencial al señor Ministro de Justicia trasladándole la solicitud de cambio de radicación del proceso y enviándole "los documentos allegados por el interesado con base en los cuales pide que se adopten las medidas necesarias para impedir las amenazas que se ciernen contra la aplicación de una recta administración

de justicia, particularmente en este caso de tremenda conmoción de la familia Jiménez Plaza, al ocasionarle la muerte a su hijo menor Alirio Jiménez Vivas”.

El señor Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia se dirigió al Juez Segundo Promiscuo de Menores de Tunja pidiéndole informara si en ese Despacho efectivamente cursaba el proceso penal al cual se ha hecho anterior referencia, que le enviara “todas las pruebas que hayan sido aportadas a dicho proceso para con base en ellas, remitir la solicitud de cambio de radicación de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal a la honorable Corte Suprema de Justicia” y, finalmente, “si en dicho expediente se encuentran manifestaciones denunciadas contra la familia Jiménez Vivas, por parte de los familiares del menor Hernando Guerrero”.

Los únicos elementos probatorios que se allegaron fueron los siguientes:

Oficio de 8 de mayo de 1980, dirigido por el Juez 2º Promiscuo de Menores de Tunja, a la señora Consejera de la Presidencia, en el cual le comunica que “efectivamente cursa en este Despacho un proceso por la muerte del menor Alirio Jiménez; el sindicado se mantuvo en observación por el término máximo legal; el proceso está culminando la etapa investigativa, faltando la audiencia respectiva y por ende la correspondiente sentencia”.

Y, el oficio número 76 de 18 de julio del año en curso, mediante el cual el mismo Juez le comunica al señor Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, en respuesta a anterior petición, que efectivamente en ese Despacho cursa el proceso en referencia; que las pruebas solicitadas no puede hacérselas llegar porque “el Título V del Código de Procedimiento Penal, nos habla sobre juicios y procedimientos especiales, entre los cuales están los juicios ante los Jueces de Menores en su Capítulo II, y en algunos de sus artículos prohíbese expresamente dar información alguna sobre el contenido de éstos. (Artículos 644 y 650 del Código de Procedimiento Penal)”.

Segundo. Competencia de la Corte para conceputar en estos casos:

Dispone el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal: “En cualquier estado del proceso, antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia, podrá el gobierno, de acuerdo con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados por delitos de competencia de

los Tribunales Superiores, los Jueces Superiores, de Circuito, de Distrito Penal Aduanero o Municipales, sean juzgados en otro distrito. Esta medida será tomada por el gobierno, de oficio o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado”.

Se observa que en tal norma no aparecen relacionados de manera expresa los procesos que adelantan los Jueces de Menores. Pero en lógica jurídica tal omisión no indica el que no pueda haber cambio de radicación de procesos penales adelantados ante los Jueces de tal categoría y el que, en consecuencia, la Corte haya de inhibirse de rendir el concepto que aquélla misma exige. Y, se llega a la conclusión positiva para emitirlo, si se tiene en cuenta:

A) Las funciones propias que desempeñan los Jueces de Menores en asuntos de la índole del que se viene tratando: conocer “privativamente y en una sola instancia de los procesos a que dieran lugar las infracciones penales cometidas por los menores. . .” (Código de Procedimiento Penal, artículo 35; Ley 43 de 1940, artículo 2º).

De manera que, en realidad y, de acuerdo con los asuntos de su competencia, tienen funciones que van desde las de jueces municipales hasta las de superiores, inclusive.

B) Las finalidades propias que se persiguen con el cambio de radicación, entre las cuales la Corte ya ha anotado las siguientes:

“a) Hacer más recta e imparcial la administración de justicia;

“b) Impedir que circunstancias o causas de distinta índole interfieran el ejercicio recto de dicha administración de justicia;

“c) Sustraer a ésta el influjo de las pasiones políticas que en un momento dado puedan gravitar sobre ella impidiéndole el cumplimiento de de sus deberes;

“d) Llevar la confianza a los asociados de que ningún sentimiento distinto al de la imparcialidad más absoluta y al más desprevenido criterio, obra en la decisión de los jueces, y

“e) Sustraer a estos en el ejercicio de sus funciones de todo ambiente caldeado o apasionado, a fin de que cumplan su ardua y delicada misión, sin causa alguna que les impida la totalidad de su independencia y libertad en la decisión de los preceptos puestos bajo su cuidado”.

C) La categoría misma que la ley da a los Jueces de Menores: “El Juez de Menores es funcio-

nario de instrucción" (Código de Procedimiento Penal, artículo 433) y, además, también fallador, según antes se indicó. Por ello puede comisionar no sólo a las autoridades de policía y a los jueces municipales, sino también a los de instrucción y a los de circuito (id. artículo 631). Y, entre los requisitos que se exigen para serlo, los de reunir los mismos que "para ser Juez Superior" (Ley 83 de 1946, artículo 3º).

Entonces, siendo claro que en atención a las precisiones que vienen de hacerse son susceptibles de cambio de radicación procesos que por asuntos penales se adelantan en Juzgados de Menores, se impone a la Corte la obligación de conceptuar en casos de que tal solicitud se presente, tanto por el imperativo mandato contenido en el artículo 44 del estatuto procesal penal, como porque así se requiere cuando se trata de una medida de tanta gravedad y trascendencia, como es la que puede llegar a sustraer de su propio juez natural, a aquélla persona sobre la cual pesa una investigación..

Lo anterior lleva a otra conclusión no menos importante:

Para poder conceptuar sobre un cambio de radicación, así sea cuando se trata de asuntos del conocimiento de los Jueces de Menores, es necesario que la Corte disponga de los suficientes elementos de juicio que le permitan llegar a la conclusión, si es el caso, de que ello se estima "conveniente para la recta administración de justicia". Y, consecuente con tal mandato, lo es el contenido en la parte final de la norma 44 del Código de Procedimiento Penal cuando dispone que el gobierno debe "averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado".

Entonces, constituye obligación del gobierno solicitar las pruebas pertinentes para informarse de esos motivos y, lo es de la Corte, conocerlos, estudiarlos y valorarlos para rendir su concepto.

De donde se desprende que no tiene razón el Juez Segundo Promiscuo de Menores de Tunja, al negarse a enviar las copias que dentro de estas diligencias le fueron solicitadas por la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia so pretexto de que está expresamente prohibido por la ley dar

información alguna sobre el contenido de los procesos de esta naturaleza, porque si bien es cierto que tal prohibición numérica exista consagrada en los artículos 644 y 650 del estatuto procesal penal, no lo es menos que ella no hace ni puede hacer relación cuando la solicitud de pruebas la formula un funcionario público en ejercicio de sus funciones y para asuntos en los cuales su conocimiento se hace necesario, como ocurre en el caso cometido a estudio.

Lo contrario, podría llegar a hacer nugatorio el derecho a solicitar cambio de radicación en estos casos, con posible perjuicio de la recta administración de justicia.

Tercero. Ya se ha dicho que la Corte, a fin de poder conceptuar sobre cambio de radicación, necesita disponer de los suficientes elementos de juicio a ello pertinentes.

Mas dentro de estas diligencias, apenas sí se acreditó la existencia del proceso penal cuyo cambio de radicación se solicita y, el que para el 3 de mayo pasado aún faltaba por realizarse la respectiva audiencia pública y por proferirse la correspondiente sentencia.

Pero ni siquiera se sabe la edad del menor autor del homicidio ni se acreditó ningún motivo, ya proveniente de los propios juzgadores, ya de las constantes amenazas a que hace alusión el peticionario en la parte final de su escrito, que permiten llevar a estimar necesario o no el cambio de radicación impetrado.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, CONCEPTÚA DESFAVORABLEMENTE, por ahora, el cambio de radicación del proceso del cual se ha hecho mérito.

Cópiese, devuélvase las diligencias a la oficina de origen. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION

La Corte reitera su doctrina en el sentido de: a) Los conceptos de aplicación indebida e interpretación errónea no son concurrentes; b) La invocación de la violación directa implica la aceptación de la prueba, tal como fue apreciada en la sentencia; c) En los juicios en que interviene el jurado, no se puede invocar la violación indirecta de la ley

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 7 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 88.

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Carlos Alberto González Zapata, contra la sentencia proferida el veinte de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Octavo Superior de esa ciudad, de fecha dieciocho de junio de mil novecientos setenta y nueve, en la que se le condenó a la pena principal de nueve años y dos meses de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago de los perjuicios, en razón de los delitos de homicidio, cometido en Pedro José Abreo Taborda, y lesiones personales, en Erasmo Gil Victoria.

El recurso fue admitido y la demanda fue declarada ajustada a las exigencias formales que prescribe la ley (fls. 2 y 19 del cuaderno de la Corte).

Hechos y actuación procesal

Los hechos se sucedieron en las horas de la noche del día domingo 22 de enero de 1978 y tuvieron por escenario varios establecimientos de cantina situados en el perímetro urbano de la ciudad de Medellín, en el sector comprendido

por la calle Maturín entre carreras Cúcuta y Tenriffe.

Se iniciaron en el bar Katío, cuando se suscitó un incidente relacionado con una grabadora que tenían el procesado y quienes lo acompañaban. Al parecer, trataban ellos de ponerse de acuerdo entre si la dejaban guardada en ese establecimiento o si la llevaban consigo.

Pedro José Abreo Taborda, quien se encontraba también en el establecimiento, cogió en determinado momento, la grabadora, con el propósito, según lo explicó después, de dejarla guardada en el bar, pero Carlos Alberto González Zapata, interpretó la actitud de Abreo, como si la fuera a robar, y ese equívoco desató inicialmente la discusión, luego el intento de agresión en ese mismo bar, y, en secuencia, la persecución por parte de González y sus acompañantes respecto de Abreo, la cual culminó en el bar Siboney, con el lesionamiento de Erasmo Gil y la muerte de Abreo Taborda, atribuidos a Carlos Alberto González. Todos ellos estaban ingiriendo licor, pero de las declaraciones de los testigos y de los comportamientos de los protagonistas, se colige que no estaban embriagados en grado sumo, como para no darse cuenta de lo que estaban haciendo.

Sin embargo, como el procesado sostuvo desde el comienzo que esa noche estaba muy embriagado, que no se había dado cuenta de nada, y que cuando tomaba le ocurría esto, se recibió declaración al doctor Jesús Maya Maya, quien, al parecer, lo había atendido en otra época. El profesional no recordó al paciente, ni conservaba historia clínica de él porque parece que no las acostumbraba. Respecto de la clase de consecuencias que el sindicato afirmó que le producía el licor, anotó el médico: "Yo llevo en Bello trabajando doce años y no recuerdo haber trata-

do a una persona con ese tipo de problemas" (fl. 133 vto.).

El defensor, haciendo uso de la facultad probatoria que le reconoce el artículo 513 del Código de Procedimiento Penal, solicitó que se hiciera comparecer al doctor Maya, a la audiencia pública, con el fin de interrogarlo acerca de aspectos imprecisos de su declaración. Así lo ordenó el juzgado, pero el testigo no compareció (fls. 209 y 210).

En su afán por contar con los mejores elementos de juicio para poder valorar adecuadamente la conducta de González, el Juez dispuso que se le practicara dictamen psiquiátrico. Este se produjo, pero también con resultados negativos para las pretensiones del procesado (fl. 141).

González fue llamado a responder en juicio por los delitos de homicidio simplemente voluntario y lesiones personales, cometidos en concurso material. En la etapa del juicio no varió la situación probatoria que le sirvió de respaldo.

Los cuestionarios sometidos a consideración del jurado fueron redactados en los siguientes términos:

"Cuestión primera. El acusado Carlos Alberto González Zapata ¿es responsable de haber ocasionado, con propósito de matar, la muerte a Pedro José Abreo Taborda, mediante lesiones causadas con arma corto-punzante (cuchillo), a consecuencia natural y directa de lo cual se operó el fallecimiento, según los hechos sucedidos a eso de las diez de la noche del veintidós de enero de mil novecientos setenta y ocho, en la parte interior del bar "Siboney", situado en la calle Maturín con la carrera Tenerife de esta ciudad?"

"Cuestión segunda. El acusado Carlos Alberto González Zapata ¿es responsable de haber ocasionado, sin intención de matar, con arma corto punzante (cuchillo), lesiones personales a Erasmo Gil Victoria, a consecuencia de lo cual sufrió una incapacidad de ocho días, según los hechos sucedidos a eso de las diez de la noche del veintidós de enero de mil novecientos setenta y ocho, en los alrededores del bar "Siboney" situado en la Calle Maturín con la Carrera Tenerife de esta ciudad?" (fls. 217 y 218).

Las respuestas del jurado fueron, en su orden: "Sí es responsable, por mayoría". "Sí es responsable, por unanimidad".

El Ministerio Público había solicitado una respuesta afirmativa y el defensor había pedido que negaran la responsabilidad.

El Juzgado acogió los veredictos y dictó, con base en ellos, la sentencia condenatoria que, recurrida en apelación, fue confirmada por el Tribunal Superior, mediante la sentencia contra la cual se interpuso el recurso que ahora se resuelve.

La demanda

La censura la formula el recurrente al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, concretándola, por la referencia que hace a los prolegómenos de su escrito, a las hipótesis atinentes a la aplicación indebida y a la interpretación errónea, las cuales alega simultáneamente, por no estar en completo acuerdo con quienes las predicen como excluyentes. Al respecto anota: "Creo, así 'vulgarmente' que es factible aplicar una norma donde no era debido y además darle un alcance no querido partiendo de una falsa o errónea interpretación de la misma y/o de los hechos en examen".

Al fundamentar el cargo entra a descalificar los elementos probatorios que sirvieron de base a la sentencia que impugna, indicando que unos fueron practicados con desconocimiento de las normas que regulan su aducción: a otros se les dio un valor que la ley no les reconoce y los hubo también que fueron distorsionados en su exacto sentido.

A estos respectos, expresa: "Aparece de la lectura y análisis de los autos y las piezas que los 'respaldan' una inadecuada recepción de los medios de prueba, una deficiente interpretación de lo allegado al expediente, dando tanto al examen médico-legal y a otros medios, alcance diferente elevando a la categoría de *plena prueba* hechos deficientemente descritos y no constatados. Resulta esto cuando los jueces han considerado como una simple disculpa el estado de alicoramiento en que se encontraba González Zapata, y al tomarse como prueba de que González Zapata, habría actuado conscientemente un dictamen bien deficiente rendido por médicos psiquiatras carentes de motivación para la realización de la justicia" . . . "Invito al estudio de la diligencia de inspección, si ella hace mérito a una cabal investigación y a las normas procesales indicadoras de la manera de practicar esa prueba importantísima".

Reiterando sus argumentos acerca de la falta de plena prueba para condenar y la imperiosa necesidad de aplicar el principio de la duda en favor del procesado, que son los que ha venido presentando en sus diversas actuaciones, orales

y escritas, cita como normas violadas los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal, y pide que se case la sentencia, para que, en su lugar, se dicte el fallo que deba reemplazarla.

Respuesta del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que se deseche el recurso, pues la demanda no le presta sustento, debido a las fallas de técnica en que se incurrió al formularla.

Destaca la contradicción en que se incurre al alegar la violación directa de la ley y desconocer el soporte probatorio de la sentencia que se impugna; y para el caso de que se fuera a interpretar la censura como una violación indirecta, anota que ésta no procede en los juicios en que interviene el jurado.

Al efecto expresa:

“Se advierte en primer término, que al parecer el actor invoca la causal primera por violación directa de la ley, pero su raciocinio se dirige a criticar las pruebas existentes, lo cual impediría su examen, pues el primer concepto implica admitir los hechos como los presente el fallador, en tanto que el segundo conduce a debatir las pruebas, siendo por tanto posiciones opuestas.

“Por otra parte, si se considera que se presenta como alegación la violación indirecta por error de apreciación probatoria, debe recordarse que ésta, conforme a reiterada jurisprudencia de esa honorable Corporación, no es admisible alegarla en juicios con intervención del jurado, pues conduciría o bien a desconocer la soberanía del jurado o a una declaración de contraevidencia que corresponde a las instancias”.

Para concluir, y a manera de simple comentario, manifiesta “que del expediente aparecen las pruebas que demuestran la autoría de los hechos por el procesado, sin que se suscite al respecto duda alguna”.

Consideraciones de la Corte

Le asiste razón al Procurador en sus apreciaciones, pues, en verdad, no hubo claridad en la invocación de la causal ni en la formulación y fundamentación del cargo que se pretendió presentar contra la sentencia de la cual se disentía, lo que inhibe a la Corte para analizar la demanda, pues ello equivaldría a subsanar deficiencias, o hacer interpretaciones, lo cual le está vedado en tratándose de un recurso que se rige por la más severa técnica.

Con reiteración incansable ha sostenido la Sala que los conceptos de aplicación indebida e interpretación errónea no son concurrentes, pues el segundo supone la adecuada selección de la norma aplicable, que es cabalmente lo que se echa de menos en el primero.

De igual manera ha pregonado con insistencia que la invocación de la violación directa (cuerpo primero del ordinal primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), implica la aceptación de la prueba tal como fue apreciada en la sentencia y que, solo en caso de alegarse la violación indirecta (cuerpo segundo de la norma citada), se puede entrar a controvertir la base probatoria, con la amplitud que se desee.

También ha dicho y repetido la Corte que en los juicios en que interviene el jurado no se puede invocar la violación indirecta de la ley, dada la razonable amplitud con que éste puede valorar y apreciar los elementos probatorios para fundamentar en ellos su veredicto, y, además, porque de prosperar el cargo, habría que dictar el fallo que reemplazara a la sentencia casada, lo cual implicaría hacerlo sin apoyo en el veredicto, contraviniendo así la norma que demanda la concordancia entre esos dos fundamentales actos del proceso (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal).

A estos respectos basta con recordar lo siguientes pronunciamientos de la Corporación, los cuales reiteran la doctrina que ha venido siendo mantenida con ostensible inmutabilidad:

“Se propone al amparo de la causal primera de casación, a un mismo tiempo como infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 362 y 31 del Código Penal.

“Así propuesta la censura, la Corte no puede examinarla ni llegar a conclusión ninguna valedera.

“La infracción directa de la ley sustancial, su aplicación indebida y la interpretación errónea, son tres supuestos distintos de la violación directa que obedecen a motivos específicos diversos y excluyentes entre sí.

“La infracción directa se da por falta de aplicación de la ley sustancial al caso pertinente.

“La aplicación indebida, como su nombre lo indica, es justamente lo contrario de lo anterior. Se aplica la ley a un caso concreto ciertamente excluido de sus prescripciones.

“Y la interpretación errónea tiene cabida cuando la norma bien seleccionada por el senten-

ciador ha sido aplicada con exageración o mengua de sus precisos alcances legales.

“En los dos primeros supuestos, el sentenciador equivoca la selección de la norma que justamente reclama el caso sometido a su decisión. En el último, el sentenciador sustituye con el equivocado entendimiento suyo, el justo entendimiento de la ley” (casación de 30 de noviembre de 1978).

“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 encuentran configurados en el fallo objeto de la censura, esto es, acepta la fundamentación factual de éste, discrepando solo 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 actor 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 acervo 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.

“Como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces, es grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —según se ha expresado— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio ámbito de desarrollo, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se les atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación” (casación de 26 de junio de 1975, Gaceta Judicial, Tomo CLI, número 2392, página 248).

“En los juicios que se tramitan con intervención del jurado no es posible casar la sentencia con base en la causal primera, inciso segundo, porque el tribunal popular es soberano en la apreciación de las pruebas en virtud del sistema de convicción íntima establecido por la ley para esos casos, sin límites distintos a la evidencia de los hechos consignados en el expediente. Y cuando el veredicto es notoriamente injusto, esa declaración es competencia privativa de los juzgadores de instancia (artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal), y en ninguna circunstancia la Corte. “Además, si el artículo 583 del estatuto procesal dispone que cuando la Corte case una sentencia con base en la causal primera (del artículo 581), ‘dictará el que deba reemplazarlo’, se torna imposible la admisión de ese motivo para atacar una sentencia dictada con base en el veredicto emitido por el jurado, no solo, como se deja dicho, porque se usurparía competencia, sino porque ello implicaría el quebrantamiento de formas propias del juzgamiento” (casación de 10 de abril de 1975, Gaceta Judicial, Tomo CLI, número 2392, página 98).

En resumen, el cargo no puede prosperar porque el recurrente alegó simultáneamente dos motivos de casación que tienen naturaleza diferente y obedecen a razones diversas, como son la aplicación indebida y la errónea interpretación de la ley sustancial.

Además, porque, aun centrado su impugnación en la violación directa de la ley, lo que tampoco es claro, ya que la fundamentación que da al cargo indica que está aludiendo a la violación indirecta, como que reseña errores de hecho y de derecho, bien que sin especificarlos, no podía desconocer, en ese supuesto, los elementos de prueba que sirvieron de cimiento a la sentencia, lo cual contraviene le censor al hacer amplia crítica al recaudo probatorio.

Y si se llegara a interpretar que su intención fue la de aducir la violación indirecta, en cuyo caso sí sería de recibo el desconocimiento de los soportes probatorios del fallo recurrido, tampoco prosperaría el cargo, por ser inadmisibles en los juicios rituados con intervención de jueces de conciencia.

A todo lo anterior se puede agregar, para acentuar la razón de la desestimación de la censura, que tampoco el recurrente indicó las normas sustanciales vulneradas, ni fijó el alcance de la violación, ni estableció su incidencia en el fallo que impugna.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia acusada.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONFESION. VALOR PROBATORIO

La confesión, para ser admitida o rechazada, debe recibir adecuada comprobación

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., octubre 7 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 088.

Expediente número 25707

Vistos

El Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia de 20 de agosto del año próximo pasado confirmó, modificando las penas accesorias, la proferida por el Juzgado 11 Penal del Circuito de la misma ciudad el 9 de mayo de ese año, por medio de la cual condenó a la procesada Joy Lynn Cain Sanderson, a la pena principal de treinta y ocho (38) meses de presidio, como autora responsable de la conducta descrita y reprimida en el Decreto 1188 de 1974 que le fue imputada en el auto de proceder.

Contra la sentencia del Tribunal interpusieron el recurso de casación el defensor y la procesada, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual aquél presentó la correspondiente demanda, que fue estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando:

I. Los hechos fundamentales materia del proceso son los siguientes, correctamente resumidos por el Tribunal en la sentencia:

“...Hacia las once de la mañana del 17 de abril del año retropróximo, (1978), personal especializado de la Policía Nacional, destacado en el aeropuerto Olaya Herrera de Medellín, evi-

denció en el gringo Jack Montgomery Shelton, ‘convulsiones alucivas (sic) a ataques’ (fl. 2) y hacia las quince horas ‘deambulaba en actitud sospechosa’ la señora Sanderson. El proceso del primero, obedecía a la lenta absorción, por su organismo, de seria porción de cocaína, administrada en ‘bolsitas plásticas’ y en cantidad respetable (45 unidades), que servía como sistema no patentado de burlar la vigilancia de la autoridad. Dos días más tarde (7 a.m. de abril 19), fallecía, en la clínica Soma y tras inútil intervención clínica, aquél. Sobrevivió la procesada Cain Sanderson, pues apenas tres ‘bolsitas’, se diluyeron en sus entrañas, rescatándose, gracias a la oportuna intervención de los galenos, veintidós ‘bolsas’, las que reportaron un peso de ‘49, gramos una décima...’” (fls. 388 a 389).

II. La sentencia ha sido impugnada con fundamento en la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, inciso 2º, por violación indirecta de la ley sustancial originada en interpretación errónea de la prueba, en suposición de ésta y en falta de apreciación de las legalmente producidas, causal al amparo de la cual se formulan los siguientes reparos:

“La existencia de la confesión cualificada la admite la sentencia del *a quo* cuando dice: ‘la prueba que se tuvo en cuenta, entonces fue la siguiente: De una parte la *confesión cualificada* (subraya) que hiciera la encausada acerca de los hechos...’”.

“...La cualificante que introdujera la procesada, anota la sentencia aludida, fue descartada tanto por el Despacho, como por el *ad quem*, toda vez que considerada la prueba habida, se encontró infirmada...”.

“...En esta apreciación es en la que precisamente se incurre en el error de derecho puesto que tanto el *a quo*, como el *ad quem*, les correspondía señalar claramente la existencia de esa prueba, y analizarla en su contenido de infirma-

ción o contradicción de la cualificación, así como valorarla...”.

“...La prueba de la cualificante debe tener entidad y contenido totalmente contrario a lo que se quiere contraponer, contradecir, o contraprobar, y debe ser necesariamente una prueba diferente a la confesión misma...”.

“...Ninguna de las pruebas que relaciona y valora el *a quo*, tiene la virtud de contradecir la cualificación. Es más, es que ni siquiera existen en el proceso. Tanto la primera como la segunda instancia se limitan a hacer la afirmación en el papel de que fue descartada, toda vez que considerada la prueba se encontró infirmada...”.

“...Entonces se ha dividido la confesión que acepta la sentencia sin que en el proceso obre la prueba que la infirma claramente. Al sentenciador no le basta decir de que según las pruebas ‘habidas’ se encontró infirmada, sin entrar a relacionar y analizar las pruebas en que funda su decisión...” (fls. 5 a 6).

“.....”.

“...Al intentar el *a quo*, señalar y valorar la prueba que infirma la confesión, lo hace así...”.

“...La cualificante que introdujera la procesada, fue descartada tanto por el Despacho, como por el *ad quem*, toda vez que considerada la prueba habida, se encontró infirmada...”.

“...En efecto, de la prueba allegada al proceso, incluido el dictamen siquiátrico solicitado por la defensa, se puede concluir que la procesada no obró bajo coacción...”.

“...A esto se limita la afirmación del sentenciador de primera instancia, y no analiza o refiere la prueba de que habla y que permite desechar la restricción, como era lo lógico, y lo consecuente con la afirmación categórica que hace...” (fl. 7).

“.....”.

“...La concurrencia de varios indicios en una misma dirección, partiendo de puntos diferentes, aumenta la probabilidad de cada uno de ellos con una nueva probabilidad, que resulta de la reunión de todas las otras, constituyendo una verdadera resultante, es una conclusión probatoria y jurídica que alegó la defensa en favor de los intereses y derechos de Joy Lynn. Estos indicios y pruebas que convergen a afirmar el dicho de la condenada, no fueron tenidos en cuenta por el sentenciador. Esas pruebas son...”.

“...*Dictamen médico*. Dice el dictamen: ‘Sin embargo, debido a su personalidad neurótico-lábil y a sus antecedentes siquiátricos que anotamos anteriormente con graves estímulos desequilibrantes de la mente, ya en el campo siquiátrico y de acuerdo con el Código Penal, sugerimos que el elemento subjetivo del delito de la inculpada puede ubicarse dentro del numeral 12 del artículo 38 del Código Penal, en concordancia con el numeral 1º del artículo 23, puesto que esta insuperable coacción ajena que nombra este referido artículo puede encontrar un terreno abonado en personas con habilidad emocional grande y con una carga siquiátrica ponderosa, como la que anotamos en la Cain Sanderson’. Además, en las circunstancias en que actuó, las presiones de su ocasional compañero, la sumieron en una crisis neurótica de desamparo y desprotección que la *retrollevaron* a situaciones desvalidas de su infancia y juventud...”.

“...*Preceptos reguladores de la prueba infringidos*. Artículos 265 y 278 del Código de Procedimiento Penal. Señala el último de los artículos citados que el dictamen del perito no es por sí plena prueba. Debe ser apreciado por el Juez o el funcionario instructor, quienes, para acogerlo o desecharlo, total o parcialmente, han de expresar *clara y precisamente las razones en que fundan su decisión...*”.

“...Este precepto se viola clara y ostensiblemente en la sentencia del *a quo*, que fue confirmada por la segunda instancia, puesto que en la sentencia impugnada ninguna referencia se hace a este dictamen. Ninguna razón se plantea para desecharlo totalmente. Se trata de una prueba válidamente incorporada al proceso...” (fls. 7 a 8).

III. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con fundamento en las siguientes consideraciones:

“...La indivisibilidad de la confesión como principio general obedece a un límite: la aparición de pruebas que desvirtúan los motivos de excusa o de justificación —la calificación de que habla el censor— expuestos por el procesado, frente a lo cual resulta imperativo para el Juez desechar parcialmente la confesión, es decir, dividirla...”.

“...La encartada Joy Lynn Cain, confesó haber ingerido numerosas bolsas de plástico que contenían apreciable cantidad de cocaína un día antes de salir de nuestro país rumbo a los Estados Unidos, pero alegó a manera de excusa de

haber sido coaccionada por su compañero fallecido a causa de la intoxicación producida por la sustancia que también él ingirió. A través de la investigación se allegaron pruebas respecto de la situación personal de la sindicada, de sus antecedentes de todo orden; se la sometió a estudio siquiátrico legal, amén de que se obtuvo explicación del estudio siquiátrico —pedido por la defensa— que le adelantó la Seccional del Instituto de Medicina Legal...”.

“... Estos elementos de juicio aunados al cuerpo del delito comprobado de la manera más cierta y científica posible determinaron la conclusión de responsabilidad penal de la acusada a que llegó el juzgador de segundo grado, como claramente se expone en la sentencia impugnada...”.

“... En ningún momento se supusieron pruebas para fundamentar la sentencia de condena, ni se dejaron de estimar las legalmente producidas respecto de la ausencia de responsabilidad aducida por la acusada y la defensa. El Tribunal adelantó, como era su deber, juicioso análisis del dicho de la procesada y de las circunstancias que rodearon su aprehensión, sin dejar obviamente de comentar las características del cuerpo del delito en sus variados aspectos. En cuanto a estos puntos no debe ignorarse la expresa remisión a los razonamientos del auto enjuiciatorio —folio 13 del fallo acusado—...”.

“... La afirmación de que se dejaron de apreciar pruebas ‘legalmente producidas’ capaces de demostrar la excusa traída por la sindicada carece de validez, pues es un hecho cierto que el documento del folio 271 citado en la sentencia, emanado del Instituto de Medicina Legal —Seccional de Antioquia— no es sino la reiteración en lo fundamental del dictamen siquiátrico rendido por la misma Entidad el 16 de agosto de 1978 (fls. 143 a 144), el que a su vez tuvo en cuenta de manera muy destacada las constancias obrantes en el proceso para esa época sobre internamiento en ‘hospitales siquiátricos de los Estados Unidos’ de la procesada en tiempos pretéritos. Siendo el más indicado por obvias razones el médico siquiatra para la interpretación del contenido de las certificaciones de su misma especialidad expedidas por Centros Asistenciales de los Estados Unidos, que lo pusieron al tanto sobre los antecedentes de salud mental de la encartada, y habiendo sido el peritazgo originario de Medicina Legal debidamente aportado al proceso y apreciado por el juzgador para asignar la responsabilidad del delito a la Cain Sanderson, no había razón para que se descalificara el do-

cumento explicativo del folio 271 so pretexto de estudiar documentos a los que precisamente éste se refería...” (fls. 60 a 62).

Considerando:

Los tres cargos que la demanda presenta al amparo del inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 se desarrollan, fundamentalmente, sobre la errónea valoración dada en la sentencia tanto a la confesión de la procesada como al dictamen médico siquiátrico practicado a ésta, pruebas de la primera de las cuales afirma el casacionista que fue dividida sin existir motivo procesal alguno para hacerlo, en tanto que, de otra parte, las conclusiones del dictamen médico siquiátrico fueron desestimadas sin indicar clara y precisamente las razones de la determinación adoptada por los falladores de instancia y con desconocimiento de otras pruebas.

1. La confesión:

Por confesión se entiende, en materia criminal, el reconocimiento solemne y expreso que de su propia responsabilidad hace libre y espontáneamente el sindicado de la comisión de un delito, ya lo haga en forma plena o completa, bien atenuada o restringidamente, lo que quiere decir que, en suma, para que exista realmente confesión, ésta debe producir, en mayor o menor grado, consecuencias procesales respecto del reconocimiento de la responsabilidad penal del confeso.

Cuando ello ocurre y, en consecuencia, existe confesión, ésta no vale, en sí misma, ni como prueba del delito, ni, tampoco, para demostrar la responsabilidad del confeso, pues para que el dicho de éste pueda ser creído es condición insustituible la de que el cuerpo del delito aparezca de otro modo demostrado y, además que no se presente prueba atendible contra la veracidad de la confesión:

“... Artículo 264. Su valor probatorio. La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el Juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito...”.

Es por esa desconfianza que despierta en el legislador la confesión, que el Código de Procedimiento Penal, para darle o negarle mérito, dispone perentoriamente:

“... Artículo 399. Procedimiento en caso de confesión. Si el procesado reconociere francamente su participación en el hecho que se investiga,

el funcionario continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averiguar las circunstancias del hecho; interrogará al procesado acerca de si hubo otros autores o partícipes, si conoce algunas personas que hubieren presenciado el hecho o tuvieren conocimiento de él, y, en general sobre todo aquello que pueda aclarar o confirmar la confesión...

(Subraya la Sala)

Otro tanto ocurre cuando el procesado, so pretexto de una confesión, expone hechos o circunstancias con apoyo en los cuales lo que pretende es explicar o justificar su conducta y descargarse de su responsabilidad, pues si esto sucede y el procesado pretende eludir los cargos que se le hacen, su dicho tampoco basta legalmente, por sí solo, para demostrar su inocencia o irresponsabilidad.

Es por ello que el Código dispone, igualmente, que el Juez debe proceder a la verificación procesal de sus descargos y a la comprobación igualmente procesal de sus aseveraciones:

"... Artículo 392. Constancias y verificación de citas del indagado. No podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos, y se verificarán con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones..."

(Subraya la Sala)

En todo caso, ni la confesión, ni los descargos hechos por el procesado pueden ser admitidos o rechazados sin la adecuada comprobación procesal y, en su defecto, de la atendibilidad de cada uno de ellos, lo que significa, en consecuencia, que aquélla y éstos deben ser razonablemente estudiados por los funcionarios correspondientes en sí mismos o en relación con otras pruebas, para deducir su inconsistencia o su fuerza procesales.

Esta manera de analizar el dicho del procesado frente a los cargos que se le formulan ha sido precisada por Carlos Franco Sodi ("El procedimiento penal mejicano", 3ª edición, editorial Porrúa, S. A., México 1946, páginas 249 y siguientes), citado por Antonio Rocha (De la prueba en Derecho, Universidad Nacional, 1949, página 88), de este modo:

"... A mi modo de ver, dice, la postura más lógica es la de quienes sin preocuparse por la

divisibilidad o indivisibilidad teórica de la confesión, ante una calificada, procuran cerciorarse de su veracidad analizándola junto con las demás pruebas obtenidas en el caso concreto, para aceptar o rechazar la confesión o sus modalidades, según su convicción así obtenida (página 252, obra citada)..."

"... Ante una confesión calificada en cuanto a la responsabilidad, es decir, cuando un individuo confiesa ser el autor del hecho, pero en determinadas circunstancias que modifican y hasta pueden excluir su responsabilidad, dice, el caso se resuelve con el criterio acabado de sustentar, 'si el individuo confiesa ser el autor del homicidio, pero en legítima defensa, hay que averiguar si esto es o no cierto. Si las demás pruebas lo confirman, se admitirá la confesión en todas sus partes; pero si las mismas pruebas demuestran lo contrario, se desechará la causa de justificación propuesta. Mas puede acontecer, agrega Franco Sodi, que la única prueba obtenida sea la confesión calificada, entonces basta con examinarla en sí misma y si resulta verosímil y propone una causa de atenuación, entonces, por equidad, se impondrá la pena atenuada correspondiente, y si de justificación o inimputabilidad se trata, entonces... hay que absolver por duda sobre la existencia de la responsabilidad' (página 253, autor y obra citados)..."

Conforme con esta doctrina, la Corte ha sostenido que la confesión está sujeta, como prueba oral que es, a los mismos requisitos, análisis y valoración que la ley otorga a la prueba testimonial:

"... El juzgador debe investigar si las aserciones que hace el procesado son verdaderas y del examen prolijo deducir si el inculcado merece ser creído en sus justificaciones. Debe con el pensamiento eliminar merced al auxilio que le puedan prestar al efecto, las presunciones o las demás pruebas directas o indirectas las posibilidades que debilitan la confesión para obtener en cuanto sea posible la evidencia de si el reo ha pretendido mentir o no..." (Sent., 27 octubre 1942, LIV, 204).

"....."

"... La estimación de las pruebas no está sujeta en lo penal a pautas rigurosas, pues casi todas son de apreciación racional, esto es, que su valor queda al análisis y criterio de los jueces, sobre todo el testimonio y la confesión. Sobre el testimonio dice el Código de Procedimiento Penal, que el funcionario debe apreciar razona-

blemente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica y, especialmente, las condiciones personales y sociales del testigo, las de las cosas a que se refiere el declarante, las circunstancias en que haya sido percibido lo que se relata y aquellas en que se haga la exposición. Sobre la confesión no dice sino que se presume verídica mientras no haya pruebas en contrario, siempre que, por otra parte, esté demostrado el cuerpo del delito...".

"... Pero como no pierde su carácter de testificación oral, aunque con la particularidad de obrar contra el deponente —atestación contra sí mismo pudiera definirse— lo que la ley estatuye respecto del testimonio puede aplicarse, en cuanto su naturaleza lo comporte, a la confesión..." (Sent., 3 febrero 1948, LXIII, 862).

Fue así como procedieron el Juzgado y el Tribunal Superior de Medellín, en la calificación del sumario y en la sentencia, a juicio de la Corte muy fundadamente, para desestimar la causal de inculpabilidad alegada por la procesada Cain Sanderson.

En la sentencia de segunda instancia además, el Tribunal acogió los siguientes fundados razonamientos del Fiscal de la Corporación expuestos por ésta para desestimar la pretendida "insuperable coacción ajena" pretextada por la procesada cuando ya su fallecido compañero no podía defenderse de su acusación y la señora Cain Sanderson, podía hacerla sin causarle perjuicio alguno:

"... Ante la segunda instancia, el vocero de la comunidad aduce lo siguiente: 'Durante todas sus intervenciones procesales la procesada de manera insistente ha explicado su conducta, en el sentido de que fue obligada a la ingestión de los pequeños recipientes con cocaína. Pero como antes se anotara esto es fruto de una calculada coartada audazmente urdida. Porque ¿cuál la razón para aquella no haber expuesto desde la versión libre que ante la policía judicial rindió, de que fue víctima de aquellas tropelías? Téngase en cuenta que luego de transcurridas varias horas y no obstante conocer el grave estado de salud de su amigo, viene a confesar sobre la ingestión de la euforizante sustancia...".

"... Advértase que en su injurada no habla de serias amenazas que pusieron en peligro su existencia, tan solo se limita a decir que deglutió las bolsas porque si no lo hacía su acompañante la dejaría en esta ciudad, donde a nadie conocía ni sabía hablar nuestro idioma. ¿Por qué no acudir ante el consulado de su país en esta capital y solicitar protección? Que no conoce la ciudad ni

puede darse a entender en español. En el mismo hotel donde se hospedaba podría encontrar la ayuda que en algún caso necesitarse...".

"... Pero en la continuación de su indagatoria, la cual se verificó pasados tres días de su primera intervención, ya es más insistente en lo referente a las amenazas recibidas, ya que si no hacía lo exigido sería asesinada...".

"... Comunica Joy Lynn, que no conocía la naturaleza de la sustancia que tragó, tan solo que Jack le manifestó que ello se trataba de un tipo de anfetaminas fortalecedoras de su salud. Si realizó aquello —la deglución— bajo esta creencia, ¿dónde fundar la intimidación, toda vez que a nada anormal o anti-jurídico se le estaba impulsando?...".

"... Debe tenerse en cuenta además, como lo anota la funcionaria del conocimiento, que también fue destacado por este Ministerio Público en oportunidad pretérita, encaminado todo ello a desvirtuar el estado de insuperable coacción ajena pregonado por la implicada, que para que aquello tenga relevancia jurídica, y obre por ende como exculpante, debe ser invencible o insuperable, es decir, que el amenazado no podía obstar (sic) por otra conducta diversa de la que se le propuso. Debe analizarse aquí condiciones como la seriedad de la amenaza, el valor del bien hacia el cual se dirige la fuerza, la mayor o menor protección de que puede gozar el sujeto, etc. En la situación de la procesada Cain Sanderson, ninguno de estos aspectos de columbran...".

"... La Sala cree que la opinión puntualizada obedece a un planteamiento serio del agente del Ministerio Público, no descalificable a ultranza..." (fls. 390 a 391).

No prospera el cargo.

2. El dictamen médico.

Más infundado e inconsistente que el anterior es el que el recurrente formula a la prueba pericial, también razonadamente analizada en la sentencia, con expresión clara y precisa de las consideraciones y determinaciones adoptadas por el Tribunal:

"... Es cierto que la señora Sanderson estuvo en ajetreos siquiátricos hacia el año de 1974 (fls. 110 a 120). El dato la muestra como elemento apto para narcotraficancia, desde su posición de 'mula', simplemente. La muerte trágica del esposo, presentada hacia enero de 1978 (fl. 267 vto.), no fue óbice para su viaje con Shelton, hombre soltero. La situación sentimental de la niña Collen Christele, de que se da cuenta a fls. 253, 266 y 268 vto., fue factor que debió

conjugar la sindicada, antes de embarcarse con su amigo fallecido...".

"...El dictamen médico legista, reiterado parcialmente a fl. 271, no invalida las conclusiones tomadas, como que un criterio de ilustración, meramente, que adscribe a la Cain Sanderson, condiciones emocionales propensas a su utilización consciente y voluntaria, conforme se dejó sentado. La persona 'fácilmente sugestionable, tímida y neurótica', no es trasladada a la calidad de coaccionado e impotente, a que se refiere el artículo 23 Código Penal..." (fls. 399 a 400).

Cumplió el Tribunal, en consecuencia, con los requisitos que para la validez del dictamen del perito y para la determinación de su valor probatorio indica el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, aplicando al rendido en el proceso el sistema de la libre y razonada convicción de ese elemento de juicio.

Tampoco prospera el cargo.

3. Falta de apreciación de prueba legalmente producida.

Tampoco acierta el recurrente en la formulación de este último cargo, que técnicamente forma parte del analizado en el punto anterior, respecto del cual no acredita el memorialista que la falta de apreciación de la prueba constituya error de derecho o de hecho que aparezca "manifiesto" en los autos, como lo demanda el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y en relación con el cual la Sala acoge los muy juiciosos planteamientos del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que, en lo pertinente, han sido transcritos en líneas anteriores.

Por lo demás, el dictamen que el casacionista echa de menos, al afirmar que la conducta de la

procesada "puede ubicarse dentro del numeral 12 del artículo 38 del Código Penal, en concordancia con el numeral 1º del artículo 23", aparte de que contiene una inexactitud legal, excusable en los peritos, abarca, además, materias puramente jurídicas, ajenas al resorte de los médicos y resulta francamente abusivo e inadmisibles, por tanto, para los funcionarios judiciales.

A este respecto ha dicho la Corte:

"...Los peritos están obligados a rendir su dictamen sin otra norma que la verdad descubierta a través de la ciencia que posean, para auxiliar al Juez en el descubrimiento objetivo de los hechos que son materia del proceso penal..."

"...Cuando afirman conclusiones que no se compadecen con el criterio que informa la cuestión sobre que se les interroga, quiere decir que no cumplen con la misión que se les confía..." (Sent., 18 julio 1952, LXXII, 703).

La demanda, en suma, no prospera.

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 de la Delegada de la Procuraduría y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

VEREDICTO

El artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, autoriza al Jurado para agregar a su respuesta afirmativa de responsabilidad del procesado, "circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario"; empero, la inimputabilidad no puede considerarse como una mera circunstancia, por cuanto es un fenómeno que constituye un aspecto esencial del hecho punible, que sólo puede ser resuelto por el Juez de derecho, quien debe omitir la adición que sobre tal situación haga el Jurado de conciencia en su veredicto

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., octubre 14 de 1980

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 89, de octubre 9/80.

Vistos

Mediante providencia del 23 de octubre de 1979, el Tribunal Superior de Manizales condenó a Roberto y Luis Blandón Torres, a la pena principal de 15 años y 6 meses de presidio y a las accesorias de rigor, como responsables de homicidio en la persona de su pariente Manuel Enrique Blandón Blandón. Contra tal determinación, los condenados interpusieron oportunamente recurso de casación.

Hechos

Viejo pleito familiar fue desatado violentamente por los hermanos Roberto y Luis Blandón Torres, cuando el 7 de agosto de 1977, atacaron y dieron muerte a su pariente Manuel Enrique Blandón, en sector urbano de la población de Marquetalia, con empleo de armas blanca y de fuego.

Actuación procesal

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Marquetalia y continua-

da en el Juzgado Segundo Superior de Manizales, despacho que llamó a juicio a los procesados con intervención de jurado por homicidio agravado; los cuestionarios, que reconocían coautoría de los enjuiciados y señalaban circunstancias de premeditación, sevicia e indefensión de la víctima, fueron respondidos de las siguientes maneras: "*Sí, pero en estado de grave anomalía síquica transitoria*". Con fundamento en ellos el Juzgado, omitiendo considerar el agregado hecho por el jurado, condenó a los hermanos Blandón a la pena de quince años de presidio, que fue elevada en seis meses por el Tribunal al resolver la apelación interpuesta por la defensa.

Demanda

El defensor de los procesados formuló demanda de casación con fundamento en dos causales, así:

Causal segunda. La sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado (artículo 580, número 2º Código de Procedimiento Penal). En relación con ella formula dos cargos:

1. El fallo del Tribunal no se acomoda a la veredicción porque esta reconoce "una especial circunstancia de atenuación" que fue desconocida por el fallador.

Para fundamentar este cargo sostiene que el Tribunal estaba obligado a respetar integralmente el veredicto y, por lo mismo, a reconocer que el homicidio se cometió en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, lo que implicaba imposición de medidas de seguridad a los procesados; de no aceptar así el veredicto, no tenía otro

camino que el de declararlo contraevidente, y “devolver el proceso al juzgado de origen para que el Juez de primera instancia adelantara un nuevo juzgamiento con sujeción a las prescripciones del artículo 29 del Código Penal”. Con el fin de reforzar sus planteamientos cita varias providencias de la Corte en las que esta Corporación ratifica que el Juez de derecho debe acomodar su sentencia a la respuesta del jurado, y una del Tribunal de Medellín, que sostiene la facultad del jurado para pronunciarse sobre la salud mental del procesado.

2. La sentencia del Tribunal no está de acuerdo con el veredicto del jurado en cuanto éste reconoció dos específicas circunstancias de agravación del homicidio y aquel incrementó la pena sobre el supuesto de tres.

Demuestra su tesis con el texto de los cuestionarios en donde se enuncian como circunstancias “premeditación, sevicia y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión” y, agrega que como respecto de la primera no se indicó expresamente que estuvo “acompañada de motivos innobles o bajos” no podía ser tenida como específica agravante del homicidio como lo exige el numeral 2º del artículo 363 del Código Penal, sino como simple agravación genérica (artículo 37 número 5 *ibidem*).

Causal primera. Ataca la sentencia por violación de la ley sustancial (artículo 580, número 1 Código de Procedimiento Penal), y plantea dos cargos:

1. La sentencia del Tribunal es violatoria de la ley sustancial “por falta de aplicación del artículo 29 del Código Penal”.

Sostiene, en efecto el recurrente, que la respuesta del jurado colocó inequívocadamente la situación de los procesados en el plano jurídico del artículo 29 del Código Penal, en cuanto reconoció que habían cometido el homicidio en condiciones de “grave anomalía síquica” con el efecto ineludible de imposición de medidas de seguridad; al desestimar aquella veredicción y condenar a pena violó por inaplicación la citada disposición legal.

2. El Tribunal incurrió en violación directa de la ley por aplicación indebida de los artículos 362 y 363 del Código Penal.

Fundamento de este cargo es el de que la sentencia ha debido aplicar las consecuencias jurídicas del artículo 29 del Código Penal, como lo disponía la respuesta del jurado en vez de referir el fallo a los artículos 362 y 363 del Código

Penal que prevén homicidio doloso que los procesados no podían cometer dada su grave alteración mental.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se desestime el primer cargo de la causal segunda porque el jurado de conciencia no goza de autonomía ilimitada dado que sus respuestas pueden ser rechazadas por el Juez de derecho en casos de inexistencia jurídica anfibológica, contradictoria o contraevidencia, y deben ser desconocidas por este en cuanto agreguen a su respuesta cuestiones que no caen bajo su resorte judicial, como cuando señala penas, sugiere tratamientos punitivos o se pronuncia —como en este caso— sobre la inimputabilidad del procesado, cuestión que le está vedada desde la reforma que el antiguo artículo 498 del Código de Procedimiento Penal, hizo el artículo 1º del Decreto 3347 de 1950.

Respecto del segundo cargo, acepta que aunque en el auto de proceder se mencionó adecuadamente como circunstancia específica de agravación de pena la del número 2º del artículo 363 del Código Penal, en los cuestionarios sólo se hizo mención de la premeditación, sin el agregado que aquella disposición señala y que por esta vía tendría razón el recurrente en cuanto el Tribunal reconoció dicha causal; insinúa en este orden de ideas que se pudiera disponer rebaja de dos meses en la pena impuesta. Sin embargo, plantea rechazo de la demanda por contradicción de los dos cargos formulados, ya que en el primero se sostiene la inimputabilidad de los procesados y en el segundo se acepta que son imputables.

En cuanto a la causal primera, solicita que se rechace porque en lo sustancial está concebida sobre los mismos presupuestos de la anterior, vale decir, sobre la consideración de que los procesados obraron en la situación de inimputabilidad prevista como grave anomalía síquica por el artículo 29 del Código Penal, cuestión sobre la cual se pronunció negativamente.

Concluye así su estudio: “A juicio de esta Procuraduría la demanda debe ser rechazada. Sin embargo, si la Corte estimare que los dos primeros cargos no son contradictorios, la sentencia debe ser casada parcialmente, a fin de que en la sentencia que se dicte para remplazar la casada parcialmente, se disminuya el incremento punitivo que tuvo origen en la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2º del artículo 363 del Código Penal”.

Considerandos:

Causal Segunda. Aunque en el plano estrictamente jurídico tiene razón el colaborador fiscal al señalar contradicción en los pedimentos de los dos cargos que el recurrente hace con base en la causal segunda de casación por cuanto imputabilidad e inimputabilidad generan consecuencias diversas en el ámbito de la punibilidad —pena en la primera y medida de seguridad en la segunda—, la Sala se ocupará de ambos, pues estima que el error del casacionista no es de tal magnitud que impida el examen sucesivo de ambos cargos ya que, en esencia, aquellos fenómenos constituyen los extremos positivo y negativo de una misma entidad jurídica.

Primer cargo. Señala el recurrente que en su respuesta el jurado reconoció “como una especial circunstancia de atenuación” que los procesados habían actuado en “estado de grave anomalía síquica transitoria” y que al desconocerla el fallador incurrió en esta causal de casación.

Pues bien, el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, autoriza a los jurados para agregar a su respuesta afirmativa de la responsabilidad del procesado “circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario”; ¿la adición hecha por el jurado en el caso sub iudice constituirá una de tales circunstancias? veámoslo:

Lato sensu entiéndese por circunstancias cualquier accidente de modo, tiempo o lugar que está unido a la sustancia de algún hecho; en el plano jurídico penal es circunstancia aquel aspecto modal, temporal, espacial o personal que contribuye a la descripción de un tipo legal; si él se integra a la conducta legalmente descrita, dará lugar a un tipo circunstanciado de naturaleza básica o especial, como las maniobras engañosas en la estafa o la violencia en la violación sexual; y si se menciona separadamente para atenuar o agravar la sanción imponible, no afecta la estructura del tipo al cual se refiere, solo tendrá efectos punitivos y conforma figuras accesorias o subordinadas porque carecen de vida jurídica autónoma. En este segundo sentido, las circunstancias pueden ser agravantes o atenuantes, genéricas o específicas; las primeras acarrear aumento en la dosimetría punitiva; las segundas, disminución de la misma; las terceras están previstas en la parte general del código y se predicen, por lo mismo, de aquellas figuras de la parte especial con las que sean compatibles (tales las señaladas en los artículos 37 y 38 del Código Penal de 1936, y 64 y 65 del Código Penal

de 1980) y las últimas aparecen en la parte especial del Código y afectan exclusivamente al tipo penal al cual se refieren, como las que enuncia el artículo 363 como formas agravadas de homicidio (artículo 324 del Código Penal de 1980).

Ahora bien, como las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena solo pueden ser deducidas por el Juez de derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, aquellas a las que se refiere el artículo 535 ibídem, y que el jurado tiene la facultad de reconocer cuando no se mencionan en el cuestionario, son las específicas —atenuantes o agravantes— aunque se hallen reiteradas como genéricas, y las que se integran a elementos del tipo —lato sensu entendido— por el cual se llamó a juicio.

Si observamos la adición hecha por el jurado en su respuesta, se hallará que ella se refiere al reconocimiento de grave anomalía síquica en los procesados al momento de cometer el homicidio por el que fueron llamados a responder y se encontrará, igualmente, que tal fenómeno aparece en el artículo 29 del Código Penal como factor de inimputabilidad.

Sin entrar en disquisiciones sobre el sitio que ha de ocupar la imputabilidad dentro de la estructura del delito, pero considerándola como capacidad de comprensión de la antijuridicidad de la propia conducta y de autodeterminación con fundamento en dicha comprensión y reconociendo, consecuencialmente, que es inimputable la persona que habiendo realizado comportamiento típico y antijurídico no es capaz de comprender su ilicitud ni de determinarse conforme a tal comprensión por causas jurídicamente reconocidas, síguese que este fenómeno es por tal modo trascendental en la teoría del delito que sin él no es posible predicar culpabilidad en el agente y que, por lo mismo, constituyendo aspecto esencial del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia.

El recurrente fundamenta esta parte de su alegato sobre el supuesto de que el jurado sí tiene facultad para pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado; pero olvida que el artículo 498 de la codificación original del Código de Procedimiento Penal, que le concedía tal atributo fue derogado por el artículo 1º del Decreto 3347 de 1950 y que el actual estatuto, como ya se indicó, no le permite tal pronunciamiento. Así lo reconoció esta Corporación en providencia del 8 de julio de 1966 (Gaceta Judicial, CXVII 2282, pág. 358), en la que expuso: “Si de acuerdo con el Decreto 3347 de 1950 (artículo 1º, ordinal

6º), la intervención de los jueces de conciencia quedó suprimida 'en todos los casos en que el agente haya cometido el hecho en estado de enajenación mental o padeciere de grave anomalía síquica', es obvio que esa particular situación mental del acusado debe ser materia del juzgador en derecho, quien, con fundamento en la prueba pericial correspondiente, determinará la forma de seguir el juicio, al calificar el mérito del sumario''.

Dice el recurrente que si el juzgador no compartía la respuesta del jurado ha debido declarar contraevidente el veredicto pero no desechar la referencia a la inimputabilidad de los procesados. Respóndese a este planteamiento con la siguiente consideración: la declaración sobre inimputabilidad hecha por el jurado nada tiene que ver con la materialidad de la conducta de los enjuiciados y con la imputación que de ella surge probatoriamente en forma incuestionable, tanto que el propio jurado la reconoció al responder afirmativamente la pregunta sobre su responsabilidad, por donde no había lugar a declarar contraevidencia alguna.

La incompetencia del jurado para decidir sobre la inimputabilidad del procesado tiene, además, expreso fundamento en el numeral 5º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, en el que se indica que los jueces Superiores tienen competencia para conocer en primera instancia, sin intervención del jurado, entre otros, del delito de homicidio "cuando el imputado se hallare en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal''.

Pero hay algo más que despeja cualquier duda que aún pudiera haber quedado sobre esta cuestión; se trata de que durante la fase sumarial el apoderado de los procesados y actual recurrente pidió y obtuvo que sus patrocinados fuesen sometidos a peritación siquiátrica conforme lo autoriza el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal; pues bien, en cumplimiento de esa labor los peritos del Instituto Seccional de Medicina Legal e Investigaciones Forenses de Manizales en informe de ocho folios llegaron a la conclusión de que "los hermanos y adolescentes Ancízar Blandón Torres y Luis Blandón Torres, en la actualidad, no padecen de grave anomalía síquica ni de intoxicación crónica o cuadro demencial'' y de que "las características de la acción delictiva y la forma como se describen los hechos, tampoco hablan de que en este homicidio hubiera un móvil específicamente patológico'' (fl. 380). Este dictamen, puesto en conocimiento de las partes, no fue objetado (fl.

383). No obstante, el defensor de los enjuiciados —hoy recurrente— propuso de nuevo en la etapa probatoria del juicio otra peritación que fue igualmente decretada por el juzgado y que dio lugar a que los peritos no solamente ratificasen su diagnóstico anterior en el sentido de declarar que los examinados no padecían de ningún trastorno ubicable en el artículo 29 del Código Penal, sino a dejar constancia de que la petición del apoderado parecía más bien un mecanismo dilatorio de la actuación procesal (fls. 432 a 434).

Ostensible resulta entonces que el problema de la supuesta inimputabilidad de los procesados fue ampliamente debatido en las dos fases del proceso —sumario y juicio— y resuelto por quien tenía facultad para ello, con lo que aparece más de bulto la indebida intromisión del jurado en cuestión que no le competía.

No prospera el cargo.

Segundo cargo. Considera el recurrente que la sentencia del Tribunal no está de acuerdo con el veredicto del jurado por cuanto dedujo una circunstancia específica de agravación del homicidio (1º del número 2º del artículo 363), sobre la que este no pudo decidir por no aparecer como tal en los cuestionarios.

Como bien lo anota el Ministerio Público, el cargo es objetivamente cierto en cuanto los cuestionarios solo se refieren a homicidio con premeditación y en la sentencia se lo tomó en el sentido de premeditación acompañada de motivos innobles o bajos.

Sin embargo, en los cuestionarios es un error meramente formal y, por lo mismo jurídicamente intrascendente, por cuanto en el auto de proceder el juzgado se refiere concretamente a la circunstancia específica de agravación del homicidio (artículo 363, número 2º Código Penal), agravante esta que también fue reclamada con toda claridad por el Fiscal en la audiencia pública; por manera que los jurados, que conocieron el auto de proceder y que escucharon al Ministerio Público en el debate que precedió a su veredicto, sabían al responder afirmativamente al cuestionario que este se refería también a la agravante en cuestión.

Pero es que, aún descontada la premeditación como concreta agravante del homicidio persistirían, no obstante, tres circunstancias genéricas de agravación, a saber, la preparación ponderada del delito (número 5º artículo 37 Código Penal), como que a esto equivaldría la premeditación pura y simple, la relación parental que ligaba a los enjuiciados con su víctima y que les impo-

nía una más respetuosa consideración a su persona y un más exigente deber de no vulnerar el derecho inalienable de su vida (número 4º, artículo 37 *ibídem*), y “el obrar con la complicidad de otro, previamente concertada” (número 9 artículo 37) circunstancias estas últimas expresamente mencionadas en la sentencia del Tribunal.

No resulta entonces exagerado y sí, en cambio, modesto el incremento punitivo de seis meses que les dedujo el fallador en segunda instancia por cinco circunstancias agravantes, dos genéricas y tres específicas.

No prospera el cargo.

Causal primera. Como quiera que los dos cargos que con fundamento en esta causal hace el casacionista se reducen en esencia a uno solo, el de violación directa de la ley sustancial por inaplicación del artículo 29 del Código Penal, y por indebida aplicación de los artículos 362 y 363 del mismo estatuto, serán examinados conjuntamente.

Uno y otro cargos descansan sobre la tesis de que el jurado reconoció inimputabilidad en los procesados, reconocimiento que los jueces de derecho estaban obligados a aceptar; de ser cierto tal planteamiento, su conclusión no podría ser otra que la prohibida por el recurrente, porque al desestimar esta parte de los veredictos para condenar, en cambio, a la pena prevista para el homicidio agravado, evidentemente el Tribunal dejó de aplicar el artículo 29 y falló conforme al artículo 363 en concordancia con el artículo 362 del estatuto represivo.

Sin embargo, *la Sala ha demostrado al examinar el primer cargo de la causal segunda que el jurado no tiene facultad legal para adicionar su veredicto con aspectos atinentes a la inimputabilidad del procesado; que el Juez de Derecho bien hace en omitir tal agregado cuando ello ocurre; que en el caso sub *judice* fue correcta su decisión de deducir responsabilidad a los enjuiciados por homicidio agravado en cuanto al jurado dio respuesta afirmativa a la pregunta sobre responsabilidad de los hermanos Blandón, en la muerte de su pariente, y que el Tribunal actuó conforme a derecho cuando les impuso pena y no medida de seguridad.*

Destruídas así las premisas de la argumentación del recurrente, caen por su base las consecuencias que de ellas pretendía derivar.

No se requieren, pues, consideraciones adicionales para concluir que estos cargos tampoco habrán de prosperar.

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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gáviria.

Alberto Mora Cogollo
Secretario.

Salvamento de voto

El Tribunal debió inclinarse por una de estas tres soluciones: Reconocer una contraevidencia, acoger integralmente la respuesta del jurado y aplicar una medida de seguridad, o declarar la inexistencia del veredicto pronunciado. Consecuente con ésto, la Corte ha debido casar la sentencia acusada. Trataré, brevemente, de demostrar la razón de esta apreciación.

La decisión de la cual me aparto se apoya en varios fallos supuestos y en afirmaciones que van más allá de sus propias posibilidades, fuera de introducir una tesis que si se aplica como quiere la mayoría, termina propiamente con las funciones del jurado de conciencia y con el sistema procesal del cual es parte esencial. El suscrito entiende que esta institución tiene hoy aspectos más desfavorables que convenientes, pero esta consideración no le permite ir contra lo que la ley quiere, manda y consagra al respecto, al menos en la actualidad.

La sentencia de mayoría tiene que interpretar, a su modo y asumiendo una función reservada al legislador, el término “circunstancias” mencionado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal y cambiar el sentido integral de lo que fue propósito del Decreto 3347 de 1950, artículo 1º.

De la primera noción —se dice que por— circunstancia debe entenderse el “*accidente* de modo, tiempo, lugar, que se une a la *sustancia* de un hecho ‘o’ el aspecto modal, temporal o espacial que se une a un tipo legal”. De donde como la imputabilidad es fenómeno tan trascendental en

la teoría del delito "que sin él no es posible predicar culpabilidad y que, por lo mismo, constituyendo aspecto *esencial* del hecho punible, no se le puede tener como mera circunstancia".

De la segunda cuestión se anota que, a partir del Decreto 3347/50, artículo 1º, derogatorio del artículo 498 de la codificación original del Código de Procedimiento Penal, al jurado se le prohíbe legalmente pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado, cuestión que aparece de bulto en el artículo 34, aparte segundo, numeral cardinal 5, que manda: "Los mismos jueces (superiores de distrito judicial), conocen en primera instancia, sin intervención del jurado: 5. De los delitos señalados en los numerales 1, 2 y 3 de la parte primera de este artículo, Títulos I (Capítulos 1, 2, 3), II (Capítulos 1, 2, 3, 4) y XV (Capítulo 1), cuando el imputado se hallare en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal".

Se reduce, entonces, la intervención del jurado de conciencia a conocer exclusivamente de "la materialidad de la conducta" y de "la imputación que de ella surge probatoriamente", o sea, decidir si el hecho existió o no, y si lo cometió (físicamente) o no el procesado, pudiendo agregar apenas "circunstancias específicas de agravación o atenuación", ya que las comunes también le están vedadas conforme al artículo 534 del Código de Procedimiento Penal. Esto es lo que traduce, en síntesis, el siguiente párrafo: "la declaración sobre inimputabilidad hecha por el jurado nada tiene que ver con la materialidad de la conducta de los enjuiciados y con la imputación que de ella surge probatoriamente en forma incuestionable, tanto que el propio jurado lo reconoció al responder afirmativamente la pregunta sobre la responsabilidad"; y complementa este otro: "Ahora bien, como las circunstancias genéricas de agravación o atenuación de la pena solo pueden ser deducidas por el Juez de Derecho conforme a lo dispuesto por el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal, aquellas a las que se refiere el artículo 535 *ibídem*, y que el jurado tiene la facultad de reconocer cuando no se mencionan en el cuestionario, son las específicas —atenuantes o agravantes— aunque se hallen reiteradas como genéricas, y las que se integran a elementos del tipo —*latu sensu* entendido— por el cual se llamó a juicio".

Estos planteamientos merecen estos comentarios:

1. No existe una definición legal que zanje la controversia sobre la locución *circunstancia* y si es lo mismo circunstancia del hecho, como dice

el artículo 535 Código de Procedimiento Penal, que circunstancia del delito. Generalmente se la toma como aquello que está en torno del delito (*circum stat*), de donde suele estimarse como algo accesorio, secundario, siendo lo principal el delito. "Mientras la falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, la ausencia de una circunstancia no influye sobre la existencia del delito o de un determinado delito. La circunstancia puede existir o no, sin que el delito desaparezca en su forma normal, teniendo por ello carácter eventual (*accidentalia delicti*). Pero lo que caracteriza a la circunstancia en sentido técnico es el hecho de que determina normalmente una mayor o menor gravedad del delito, y, en todo caso, una modificación de la pena (agravación o atenuación)".

Pero hasta dónde penetra una circunstancia, hasta dónde puede entenderse como tal, es el aspecto que la ponencia no cuestiona y que resuelve en forma unilateral adscribiéndose a un concepto general que no suele ser unánime ni en la doctrina ni en la legislación. Pero la complejidad acrece cuando se trata de fijarle rigor científico a una expresión legal que carece de ella y ha sido objeto de fluctuaciones legales que no han considerado el sistema, para introducir modificaciones acordes, y que a la postre no pueden tener una interpretación tan armoniosa y exacta como se quiere en la sentencia, siguiendo para ello un individual modo de pensar.

Acogiendo el rigor de esta tesis, así sea en gracia de discusión, puede razonarse así: Si lo que caracteriza a la "circunstancia" es su "accidentalidad" o "accesoriedad", dejando inmune lo "principal" o "esencial", o sea el delito, la agregación que hace el jurado de conciencia sobre la anormalidad del agente activo del hecho, no puede dejarse de estimar como circunstancia, ya que este reconocimiento suyo no hace desaparecer al delito, no hace perder al hecho esta naturaleza jurídica. Y si piensa en que tal respuesta repercute en la sanción, pues hace pasar la pena a medida de seguridad, el criterio no se modificaría por ser una de las características de la "circunstancia" incidir sobre la sanción.

Pero algo más de fondo. Cuando se insiste en que no hay una determinación legal rígida, absoluta, incontrovertible sobre el alcance de la noción "circunstancias", se dice una gran verdad. Obsérvese cómo las circunstancias, dentro de la doctrina o la legislación, no se reducen en su clasificación al rubro de "agravantes y atenuantes", pues se tienen por categorías válidas las de "objetivas y subjetivas", "reales y perso-

nales”, “comunes y especiales”, pudiéndose insertar dentro de algunas de éstas el aspecto de la normalidad o anormalidad del procesado.

El Código Penal Italiano, con el cual nuestros estatutos penales guardan tanto nexo, dice en su artículo 70: “*Circunstancias objetivas y subjetivas*. Para los efectos de la ley penal.

1. Son circunstancias objetivas las que se refieren a la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y toda otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro, o las condiciones y calidades personales del ofendido.

2. Son circunstancias subjetivas las que se refieren a la intensidad del dolo o al grado de la culpa, o a las condiciones y calidades personales del culpable, o las relaciones entre el culpable y la persona agraviada, o las que son inherentes a la persona del culpable.

Las circunstancias inherentes a la persona del culpable se refieren a la imputabilidad y a la reincidencia”.

Guillermo Sauer, anota de la legislación alemana, que: “La responsabilidad personal debe existir solo, según la antigua y la moderna redacción del número 50 en ‘las especiales calidades o circunstancias personales’ que agravan, atenúan o excluyen la pena”.

2. La interpretación que se da al Decreto 3347 de 1950 y particularmente al artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, no es la que corresponde a su letra y finalidad. Se le hace decir cuestión bien distinta a la que esta norma fija y se la enlaza con hipótesis que la misma no considera. Lo que esa disposición señala, y léase cuantas veces se quiera su texto, es que cuando en el sumario está demostrada suficientemente la insanidad mental del procesado, y así lo entiende y determina el Juez de Derecho, no es dable su juzgamiento por el jurado de conciencia sino disponerlo con prescindencia de éste; pero la situación que no se indica allí y que la mayoría pretende advertir, es que ocurre otro tanto cuando, por ejemplo, el Juez de Derecho desconoce una pericia indicativa de anormalidad, o se inclina por la normalidad síquica del imputado a pesar de los elementos probatorios recogidos en la sumaria o en la etapa de la causa y de las controversias que las mismas han originado antes o durante la audiencia. En estos casos, la comentada norma ya no dice que se excluye e impide un pronunciamiento del jurado de conciencia sobre tal aspecto. Y si no lo dice, ni la prohíbe expresamente, quiere decir que el jurado está

facultado para reconocer una cualquiera de las circunstancias personales del enjuiciado, quedando al Juez de Derecho admitir la veredicción y aplicar consiguientemente medidas de seguridad, o declarar contraevidente tal veredicto. Pero lo que no puede hacer es lo que patrocina la Sala en su impresionante mayoría: tener la respuesta por afirmativa de normalidad y de responsabilidad y desechar la otra parte del veredicto (lo relacionado con la enajenación, anomalía síquica o intoxicación crónica) por ser cuestión vedada al jurado.

3. Pero la tesis que propicia la mayoría ofrece contrasentidos insoslayables. Cuando se descubren vacila su rigor lógico jurídico. Nadie niega que el jurado pueda admitir una causal de justificación. Las mismas no pueden tomarse como “circunstancias del delito”, porque si algo evidencia aquélla es la desaparición del delito. Mal puede ser circunstancia —aspecto accesorio— lo que tiene la virtud de hacer desaparecer lo principal —el delito—. Entonces, si esta cuestión, que roza con la antijuridicidad misma, es atributo del jurado, no siendo circunstancia ni de agravación ni de atenuación específicas, ¿por qué no puede serlo la inimputabilidad?

El jurado, nadie lo discute, puede convertir un delito intencional de homicidio, en culposo o preterintencional. Como tesis predominante, y más en el sistema actual del Código Penal, se entiende que solo los procesados de mente sana son susceptibles de experimentar actividades síquicas de conocimiento y voluntad, de obrar dolosa o culposamente; que los anormales están impedidos para dirigir su acción u omisión conforme a estas fuerzas, impulsos o situaciones espirituales. Entonces, si el jurado, para poder afirmar aspectos de culpabilidad tiene que reconocer la normalidad mental del procesado, ¿cómo se puede, en el veredicto que se analiza, aceptar esa perfección mental cuando al jurado expresamente dijo que se trataba de un anómalo síquico? ¿De dónde puede deducirse el fenómeno intención, si el jurado lo negó explícitamente? ¿Cómo se admite que un jurado agregue lo relacionado con una intención de matar, o de lesionar, o de conducta culposa si no se le tolera que defina la capacidad de conocer y querer del procesado?

Si como lo dice la conmovedora mayoría de la Sala, al jurado solo se le consiente y llama para que diga si el hecho existió o no existió y si el enjuiciado, físicamente, materialmente, lo cometió o no lo cometió, ¿quién es el que está reconociendo la responsabilidad? Dentro de este planteamiento no es el jurado y sí el Juez, porque

con base en tan precarias funciones, aquél no puede penetrar tanto ni comprometerse a tanto. Cuando se entiende, y esta es la opinión dominante, que el jurado responde sobre la "responsabilidad" es porque ha aceptado, en términos actuales, que la conducta es típica, antijurídica, culpable y se ha realizado por un imputable. Ninguno de estos elementos, circunstancias, presupuestos, condiciones, etc., le son ni pueden serle ajenos.

No alcanzo a imaginarme qué clase de solución acuñará la Sala cuando se enfrente a un veredicto redactado en estos términos: "Sí, pero la conducta es atípica". ¿Mantendrá o impondrá una condena porque lo atinente a la tipicidad no es "circunstancia" específica de atenuación o agravación? ¿O dirá que la sola afirmación colma vacíos y elimina contradicciones?

4. La incontrastable mayoría de la Sala cree justo, técnico y correcto indicar que cuando un jurado de conciencia extralimita sus facultades (v. gr. pasar las discutibles e inasibles fronteras de "las circunstancias del hecho"), la sanción no debe ser para el jurado, sino para el procesado, así se elimine la garantía del debido proceso. Como el jurado admitió una grave anomalía síquica, y no podía hacerlo, lejos de convocar a otro jurado para que realice sus funciones adecuadamente y ofrezca un completo y legal veredicto, se elimina esa parte, así se incurra en contrasentidos como los que atrás se anotaron, y se concluye que el jurado tuvo por normal y responsable al enjuiciado. Se produce un no deseable milagro jurídico: aunque no hay veredicto o éste resulta contraevidente, se apoya en él una sentencia condenatoria, acogiendo, sin los condicionamientos de la respuesta, la afirmación que allí aparece.

No toda afirmación implica responsabilidad. La Corte ha explicado que dos veredictos, uno de ellos: "Sí, pero en legítima defensa"; y otro: "Sí es responsable pero en legítima defensa",

llevan a distintas conclusiones. El primero es absolutorio (la afirmación apenas reconoció la ocurrencia del hecho pero no la responsabilidad, la cual aparece negada con la justificante); el segundo contradictorio, incompatible e inconciliable en su contexto: sí es responsable pero no es responsable.

5. El veredicto cuestionado también sería incompleto, confuso, incierto, aun dentro de la tesis de la incontrastable mayoría. En efecto, si la parte que de él se excluye (la grave anomalía síquica) se elimina con razón y válidamente, solo queda una afirmación, pero no de responsabilidad sino de reconocimiento del suceso material, fáctico: la muerte de una persona. Falta el fenómeno intencional. El jurado nada dijo al respecto, porque así no se admitía la adición, ésta tiene que repercutir en el aspecto fundamental de la culpabilidad. Hay tantas alternativas de lo que pudo querer el jurado si no se le aceptaba lo de la anomalía síquica, tantas explicaciones para el simple hecho material, que no es posible entender, en estas condiciones, que exista veredicto apreciable de responsabilidad.

Estos interrogantes son suficientes para sembrar inquietud y mirar al menos con desconfianza un veredicto como el que se comenta. La solución estaría en su aceptación tal como está expresado. Corrigiéndose la desueta interpretación que se viene dando al artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, o reconocer la inexistencia del veredicto, si se persiste en la idea de entender que el jurado invadió una órbita procesal ajena a sus funciones. En ambos casos el recurso de casación debió prosperar.

Lo que no es aconsejable, por sus contradicciones, vacíos y nocivas amplitudes es la tesis aceptada por tan calificada mayoría de votos.

Gustavo Gómez Velásquez
Magistrado.

AUTO INHIBITORIO. QUE DEBE ENTENDERSE POR INFRACCION PENAL

El artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, autoriza su aplicación no sólo por situación de atipicidad, sino por causal de justificación o de inculpabilidad. Entre otras razones, porque el legislador incrustó en varios tipos penales fenómenos relativos a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Por impaciencias del legislador, los traslados de estos elementos del delito al tipo penal, obligan al juzgador a que anticipe en sede de tipicidad, valoraciones que escapan al ámbito meramente descriptivo de ella, y que pertenecen a los juicios de reproche propios del injusto y de la culpabilidad

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 14 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 90, de octubre 14 de 1980.

Vistos

El señor Coronel José Domingo Viloria Mier, Comandante del Comando Aéreo de Combate número III, formula denuncia contra la señora Elvira Facio Lince de Espinosa, Gobernadora del Departamento de Bolívar, por su actuación en el caso del ciudadano norteamericano Ernesto Abel Morales y que se concreta en las resoluciones proferidas por ella, que llevan los números 516, de 17 de abril, y 661, de 19 de mayo de 1980.

Afirmase al respecto que esta última decisión fue el resultado de una reposición extemporánea, interpuesta contra la primera, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 5º, parágrafo 1º del Decreto 2144 de 1978.

Ocurrió que el señor Ernesto Abel Morales, aterrizó en el aeropuerto de Crespo (Cartagena), el día 22 de marzo de 1980, a las 19:45 horas, con su avioneta Piper Azteca, de matrícula norteamericana N-5055Y. En un principio, y esta fue la base para la Resolución número 516, no se sabía si esa aeronave era privada o comercial y se ignoraba, así mismo, si su llegada a dicho aero-

puerto se había cumplido con el correspondiente plan de vuelo "Nassau, Cartagena, Colón", como lo afirmara su piloto. Como consecuencia de la declaratoria de tener a Ernesto Abel Morales como contraventor del Decreto 2144 de 1978, se le impuso una multa de quinientos mil pesos (\$ 500.000.00), y se ordenó el decomiso de la aeronave y su entrega a la Fuerza Aérea Colombiana.

Ya se dijo que esta resolución está fechada el 17 de abril de 1980. El día 22 se notificó la providencia al sancionado y a su abogado Jaime Cuesta Ripoll. Este, en alegato fechado el 21 de abril, solicitó se repusiera esa determinación, a lo cual se accedió en la Resolución 661, disponiéndose la devolución de cuatrocientos ochenta y un mil pesos (\$ 481.000.00), la avioneta y declarándose inocente al mencionado Ernesto Abel Morales.

De las diligencias previas se deduce:

Que el defensor colocó en su escrito de reposición la fecha de 21 de abril (un día antes de recibir notificación personal de la Resolución número 516), pero realmente la presentó el 5 de mayo, pues así se deduce de una nota colocada en la primera página de ese alegato, en su lado izquierdo, parte superior, sin sello ni firma de nadie (extraña forma de dar por recibido un documento). Esto, por sí, indicaría la extemporaneidad del recurso y la imposibilidad de acceder a esa pretensión, pues a partir del día 22 de abril, inclusive, resultaba vano, por esta vía, este recurso según lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 5º del Decreto 2144 de 1978. Esa alega-

ción fuera de término, por ejecutoria de la providencia, podía tomarse como invitación a la Gobernadora para que revocara su decisión, pero ajustándose a un distinto trámite, en el cual era necesario el previo concepto del Ministerio de Gobierno, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 7º del Decreto 402 de 1979.

Si solo se mira este aspecto, el denunciante tiene razón para exigir y obtener la apertura de un sumario contra la señora Elvira Facio Lince de Espinosa. Pero cabe una apreciación distinta en virtud de un factor que proyecta una indiscutible significación y que se comenta a continuación:

Al presentarse la ameritada alegación, la Gobernadora exigió de su instructor, el doctor Jaime Díaz Olier, asesor jurídico —artículo 2º Decreto 402/79—, la remisión del expediente, que fue enviado con un concepto —mayo 9— en el cual indicaba en forma categórica que se estaba en término de ejecutoria y por tanto procedía contestar la reposición porque “no bastaba la simple notificación personal al piloto, sino, que, siendo el dueño uno de los principales interesados por lesionar su patrimonio el fallo, *debía ser notificado también en forma personal o en su defecto, por edicto*, que debía permanecer fijado en un lugar visible por el término de ocho (8) días hábiles de conformidad con el artículo 96 del Decreto 522 de 1971 —Código Nacional de Policía—, pues es este compendio el único que reglamenta el procedimiento para las contravenciones; y este *edicto* no se ha fijado aún ... el fallo no había cobrado ejecutoria, como tampoco se podía hablar de extemporaneidad, ya que ésta se produce después de la ejecutoria y no dentro del término para que esta ocurra. Se entiende que una providencia se encuentra ejecutoriada, cuando ha vencido el término para recurrir o tres (3) días después de notificadas cuando carecen de recurso; por esta razón, fallo en firme es fallo ejecutoriado.

“Y es que, no se puede aceptar la tesis de que un fallo tenga más de una ejecutoria, es decir, que se ejecute para uno y no para otros; esto es imposible ya que la ejecutoria es una sola y se surte después de los tres días siguientes a la última notificación que para los autos debe ser por estado y para las sentencias por *edicto*. Así repito, el doctor Cuesta Ripoll, tiene su derecho a recurrir indemne y sería un adefesio jurídico el pretender que la Resolución 516 se encuentra ejecutoriada para él y no para otros. (Artículos 208 del Código de Procedimiento Penal, 334 del Código de Procedimiento Civil y 331 *ibídem*).

“Dejo en los anteriores términos rendido mi informe y concepto para que usted se sirva proceder a dictar el fallo que a bien tenga” —fls. 112 y 113—.

Con esta calificada información, al menos para la Gobernadora en referencia, ésta resolvió la petición de reposición en el sentido que aparece en la Resolución 661, en la cual se hace especial mención a las variaciones probatorias ocurridas, esto es, la calidad de avión privado del piloteado por Ernesto Abel Morales y el aviso de plan de vuelo desde Nassau a Cartagena.

No se observa, pues, un caprichoso pronunciamiento por parte de la denunciada sino el ejercicio de una facultad que, para ese momento y en las circunstancias, aparecía como propia y ajustada a derecho, fuera de responder su contenido a una respetable fundamentación que indicaba la justicia de cambiar lo definido en la primera de las comentadas resoluciones.

Esta especial situación de la Gobernadora acusada permite apreciar su conducta como ajena a todo compromiso criminoso, así no se esté de acuerdo integralmente con la opinión de su departamento jurídico, y, la Corte hará las observaciones que entiende pertinentes. Su comportamiento, ciertamente, no lo mira la ley penal como punible a ningún título.

Por eso se dará aplicación al artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.

Por último, debe advertirse que la notificación personal o por edicto sólo dice relación a quien puede, en expediente de esta índole, mirarse como incurso en una cualquiera de las hipótesis reprimidas por el mencionado Decreto 2144 de 1978: Este, para impartir sanción, mira como sujeto activo de la contravención a: 1) los tripulantes, dueños, tenedores o explotadores de aeronaves de servicio privado o comercial; 2) los dueños, poseedores o arrendatarios de predios; 3) la tripulación de aeronave de servicio privado o comercial; y, 4) los comandantes, capitanes, patrones, armadores o propietarios de embarcación marítima o fluvial (artículo 1, letras a, b, c, d). Pero esto no quiere decir que, fatalmente, en todos los casos debe tenerse por tales a todos los que en ese papel prevé la ley como sujetos posibles de actuación criminosa. Si el instructor y fallador, en vista a los elementos de convicción allegados, considera del caso vincular y sancionar a toda la tripulación o parte de ella y al mismo tiempo al dueño de la aeronave, para referirnos a uno de los casos (1, artículo 1-a), bien puede hacerlo y la notificación se entenderá que corres-

ponde a todos ellos. Pero si el evento es distinto, esto es, deja por fuera a uno de ellos, así sea el dueño, no hay por qué acudir a esa notificación personal o por edicto. Si la decisión lo afecta, esa persona, en cualquier momento, puede acudir ante la Gobernadora, para hacer cesar o disminuir el agravio que, sin derecho, se le ha causado. En otros términos, si en el caso de autos no se oyó en descargos al dueño de la aeronave, ni se le emplazó, ésto quiere decir que no había por qué notificarle a él ni por edicto ni en forma directa e individual y que la ejecutoria de la resolución proferida no quedaba en suspenso por falta de esta actuación.

Conviene por último, ya que la cuestión suscita opiniones encontradas y hasta decisiones variables, insertar la argumentación aportada por el conjuer y que le sirvió para inclinar su criterio en favor de la tesis sostenida por quienes con él y en forma acorde concurren a la emisión de este proveído:

Quando el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, establece que "el instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción . . .", autoriza al funcionario competente para que tome la determinación no solamente porque el hecho no se encuentre tipificado, sino cuando aparezca de la investigación o indagación preliminar, plenamente establecido que existe una causal de justificación, de inculpabilidad, o cuando, por ausencia de un requisito previo de procesabilidad "la acción no puede iniciarse".

No puede reducirse el alcance de la norma a los casos de atipicidad, por lo siguiente:

El término infracción implica, en la legislación penal colombiana, una conducta típica, antijurídica y culpable, de tal suerte que si está ausente alguno de sus elementos, no puede hablarse de infracción.

El artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, dispone que "los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal, constituyen el cuerpo del delito. La tipicidad, como abstracta descripción de la conducta, se identifica en nuestra legislación con el concepto de cuerpo del delito, lo que permite concluir que si el legislador hubiese querido reducir la aplicación del artículo 320 a los casos de atipicidad, hubiera empleado diversos términos y no el de infracción.

Además, es imposible encontrar en el Código Penal Colombiano, especialmente en el campo de

los delitos contra la Administración Pública, tipos penales en los cuales se pueda realizar un análisis estrictamente objetivo. Es muy apreciable el número de disposiciones que tienen elemento subjetivo y no despreciable es la cantidad de artículos en los que el legislador incrustó fenómenos de antijuridicidad y de culpabilidad. Cuando en el tipo penal se incluyen términos como "injustamente", "arbitrariamente, sin autorización legal", "sin los requisitos legales", "ilícitamente", el juzgador, al realizar el proceso de adecuación típica, no podrá manejar factores meramente descriptivos, sino que tendrá que iniciar juicios relativos a la antijuridicidad. En el mismo orden de ideas, cuando en el tipo penal se emplean términos como "intencionalmente" "a sabiendas", etc., se incluyen en la figura típica elementos cognoscitivos y volitivos que pertenecen al dolo y en consecuencia, a la culpabilidad.

Por estas razones de técnica legislativa, no resulta apropiado manifestar que en el momento de dictar el auto inhibitorio, el juzgador deba reducir su capacidad hermenéutica a factores de mera tipicidad objetiva.

Las anteriores argumentaciones cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta la existencia del artículo 320 bis, del Código de Procedimiento Penal, que autoriza la indagación preliminar. Durante los diez días de la mencionada etapa, el funcionario bien puede demostrar en forma diáfana la existencia de una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, y no resultaría lógico el que, a pesar de esa claridad sobre la inexistencia de uno de los elementos de la infracción, por la sola existencia de la tipicidad, abriera una investigación penal, con todas sus consecuencias y "a sabiendas" del resultado posterior.

Esa determinación, además, no resulta peligrosa, o mejor, no abre las puertas de una posible impunidad, por que el auto inhibitorio no hace tránsito a cosa juzgada y en el caso de que aparezcan pruebas que desvirtúen la inicial situación, bien puede el juzgador tomar la determinación pertinente.

En el caso presente, está demostrado plenamente que la señora Gobernadora obró de conformidad con los planteamientos jurídicos de su asesor, de buena fe tomó la determinación que se critica y, como se establece un error no proveniente de negligencia, que excluye la culpabilidad, es del caso proferir auto inhibitorio, como que en las actuales condiciones se puede predicar la inexistencia de la infracción penal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, resuelve abstenerse de iniciar sumario a la señora Elvira Facio Lince de Espinosa, Gobernadora de Bolívar, por no constituir delito alguno la conducta denunciada por el Coronel José Domingo Viloría Mier, del Comando Aéreo de Combate número III y por hechos relacionados con el ciudadano norteamericano Ernesto Abel Morales.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

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

Antonio José Cancino M.
Conjuez.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Disentimos de la providencia que, recogiendo muy recientes decisiones mayoritarias de la Sala, ha resuelto ahora que es viable auto inhibitorio cuando de las diligencias preliminares realizadas se desprenda que el denunciado actuó en situaciones de justificación o inculpabilidad.

Para fundamentar nuestra posición recordamos la doctrina inmediatamente anterior de la Corte:

“Cuando por cualquier vía al funcionario de instrucción llega noticia de la probable comisión de un hecho susceptible de investigación penal y exista duda sobre la necesidad de iniciar o no el sumario respectivo, la ley (artículo 320 bis Código de Procedimiento Penal) lo autoriza para disponer la práctica de las diligencias que considere necesarias a fin de despejar aquella duda.

2. “Si como resultado de esa indagación preliminar, el funcionario encuentra que el hecho no ha existido o que la acción penal no puede iniciarse o que no está previsto legalmente como infracción, se abstendrá de abrir investigación en providencia motivada.

3. “Tres son, pues, los motivos que impone al instructor auto inhibitorio:

a) Que el hecho denunciado o del cual ha tenido conocimiento por otros medios, no ocurrió en la realidad, como cuando se informa de un

homicidio y aparece la persona supuestamente ultimada;

b) Cuando no sea jurídicamente posible iniciar proceso, ya porque se trata de un delito que exige querrela de parte y este no se ha presentado aún, o se formuló después del lapso legalmente previsto para ello (caducidad), ora porque la acción penal ha prescrito por vencimiento de los términos a que se refiere el artículo 105 del Código Penal;

c) Que el hecho en cuestión o la conducta atribuida a alguien conocido o desconocido, no corresponda a la genérica descripción que de ella hace un tipo penal.

4. “Este último supuesto apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa; aquella, cuando el hecho o conducta no está recogida en ningún tipo legal, como ocurriría en el caso del adulterio; éste, cuando a pesar de existir uno o varios tipos que describen abstractamente tal comportamiento, el que concretamente se ha indagado no se adecua a ninguno de tales marcos típicos por falta de correspondencia con uno cualquiera de sus elementos integradores (sujetos, objetos, conducta), como cuando alguien se apodera de cosa propia creyendo que es ajena. Tal es el alcance de la expresión “no está previsto en la ley como infracción” que utiliza el legislador en su artículo 320, materia de este comentario analítico.

5. “Como quiera que delito (o contravención) es la realización de conducta típica, antijurídica y culpable, el auto inhibitorio se impone solamente cuando de las diligencias preliminares practicadas se concluya que el hecho examinado no es típico. Las notas o caracteres de la antijuridicidad —con sus causales de justificación— y de la culpabilidad —con sus causales de inculpabilidad— han de ser necesariamente examinadas dentro del proceso, es decir, a partir del auto cabeza de proceso y hasta la sentencia, porque se trata de complejos problemas jurídicos que exigen comprobaciones fácticas y exhaustivos análisis y porque en la aportación de los hechos y en su examen han de intervenir las partes interesadas en su reconocimiento o repudio.

“Pretender la solución del auto inhibitorio por razones de justificación o de inculpabilidad es no solo desconocer el limitado alcance que precisa el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, sino decidir la ausencia de responsabilidad penal de alguien, sin que exista aún proceso y sin que, por lo mismo, las partes interesadas (Ministerio Público, sindicado, apodera-

do) hayan podido intervenir con la aportación de pruebas, en la controversia de las mismas y en su análisis.

La facultad que Ministerio Público y denunciante o querellante tienen de recurrir del auto inhibitorio no subsana aquella irregularidad porque siendo, obviamente, posterior al pronunciamiento judicial, solo conseguiría en caso de prosperar que se inicie tardíamente la investigación propiamente dicha, cuando tal vez diligencias urgentes que no se realizaron, resultarían ya impracticables o de dudosa utilidad.

6. "Que la expresión 'no está previsto legalmente como infracción', utilizada por el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, únicamente se refiere a la tipicidad de la conducta, lo demuestra el hecho de que ella se reitera en el artículo 491 de la misma codificación, como causal de sobreseimiento definitivo, causal que esta norma separa nítidamente de una segunda que consiste en la demostración de que 'el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal', y que no son otros, ciertamente, que los de inculpabilidad y justificación".

Pero como quiera que en esta oportunidad el auto de mayoría agrega nuevas consideraciones, hemos de responderlas, así:

a) Cuando sostenemos que el auto inhibitorio solamente puede dictarse si de la indagación preliminar emerge la atipicidad de la conducta atribuida al denunciante, no estamos haciendo referencia a lo que la providencia denomina "factores de mera tipicidad objetiva", sino al concepto integral del tipo penal con sus necesarios elementos descriptivos y sus eventuales ingredientes normativos y subjetivos que no deben ser confundidos —estos últimos— con el fenómeno de la antijuridicidad ni con referencias a los momentos cognoscitivo y volitivo del dolo que algunas veces con impaciencia antitécnica el legislador incrusta en la figura legal pero que no pertenecen al tipo a menos que se acepte la concepción finalista de la culpabilidad;

b) Si el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal dijese que el Juez instructor, se abs-

tendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho *no constituya infracción penal*, tal vez tendría razón la mayoría al afirmar que la palabra "infracción" allí empleada equivale a delito entendido como conducta típica, antijurídica y culpable; pero lo que en la norma aparece consignado es que el hecho *no está previsto en la ley como infracción*, es decir, que no está descrito legislativamente como tipo delictivo o contravenacional, lo que es bien diverso; es el mismo alcance que el Código le da a esta expresión en su artículo 1º que consagra, sin duda alguna, el principio de tipicidad;

c) Tampoco nos parece correcta la identificación que en la providencia se hace entre cuerpo del delito y tipicidad; la razón es bien simple: si aquél concepto solo apunta a los aspectos objetivos del tipo y éste suele contener, además, ingredientes normativos y subjetivos, síguese que no pueden equipararse uno y otro fenómeno;

d) La norma sobre auto inhibitorio y su complementaria de indagación preliminar se dictaron para evitar iniciación de sumario frente a cualquier denuncia por hecho supuestamente delictivo, pero no con el objeto de adelantar un "proceso" sin partes, ni de dictar "sentencia" absolutoria con pretermisión de las formas propias del juicio; grave y peligroso precedente es este porque en acción secreta, en la que ni siquiera intervienen Ministerio Público, parte civil o denunciado, se declara la irresponsabilidad penal de alguien a quien se imputó la comisión de un hecho descrito en la ley como delito. Que tal determinación no haga tránsito a cosa juzgada no constituye argumento convincente, como ya se indicó, porque lo evidente es que se ha hecho pronunciamiento negativo de responsabilidad fundado en acervo probatorio que no pudo ser controvertido, al menos por el representante de la sociedad.

Tales son las razones que nos han impulsado a consagrar este disentimiento.

Dante L. Fiorillo Porras, Alfonso Reyes Echandía, Pedro Elías Serrano Abadía, Darío Velásquez Gaviria.

PECULADO. JUNTAS DE ACCION COMUNAL

Enfoque de la conducta frente a la legislación penal anterior y a la vigente

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 16 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 91, de octubre 16/80.

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación formulado por el defensor del procesado José Francisco Godoy, a la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio que confirmó la de condena emitida por el Juzgado 1º Penal del Circuito de la misma ciudad por un delito de peculado.

1. Los antecedentes:

Los resume el Ministerio Público de la siguiente manera:

“José Francisco Godoy, desempeñaba el cargo de Tesorero de la Junta de Acción Comunal de la Inspección Departamental de Veracruz, en el Municipio de Cumaral, Departamento del Meta, desde octubre de 1975 hasta marzo de 1977. En tal condición le fueron entregados auxilios nacionales, parte de los cuales se apropió como se comprobó en la visita fiscal que le fuera practicada en el mes de junio de 1977, en la cual se estableció que el monto de lo apropiado ascendía a la suma de \$ 50.979.85”.

2. La actuación procesal:

Abrió la investigación el Juzgado Promiscuo Municipal de Cumaral en auto cabeza de proceso de 29 de marzo de 1977. José Francisco Godoy, fue indagado y el 20 de abril de ese mismo año se le dictó auto de detención. Luego de practicar varias diligencias fue cerrada la investigación y mediante providencia de 6 de septiembre del año

citado se le llamó a responder en juicio por peculado en providencia que confirmó el Tribunal.

Realizada la audiencia pública, el Juez 1º Penal del Circuito, en sentencia de 11 de mayo de 1978, condenó a Godoy por peculado a la pena principal de cuatro (4) años de presidio. Apelada esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Villavicencio el 3 de octubre de 1978.

3. La demanda:

Alega el demandante que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad (numeral 4º, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), pues se incurrió en el auto de calificación en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (numeral 5º, artículo 210 del Código de Procedimiento Penal).

No niega el censor la apropiación de dineros de la Junta por parte del procesado Godoy Rodríguez. Critica sí la ubicación de la infracción que de allí surge en el artículo 3º del Decreto 1188 de 1951, pues no se trata de peculado porque Godoy como Secretario de la Junta no podía ser considerado como empleado o funcionario público, ni como empleado de empresa en que tenga parte el Estado. Era, dice, “dignatario de la Junta de Acción Comunal de Veracruz, mas no su empleado”. Como quiera que se ha centrado la calificación del hecho en la idea de que las Juntas de Acción Comunal son empresas en que tiene parte el Estado les niega este carácter en orden a la impugnación. Solicita se declare la nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción para que se le dé la que corresponde y que considera debe ser la de abuso de confianza.

En segundo lugar agita la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, cuerpo segundo, por “violación indirecta de la ley sustancial, al existir error de derecho manifiesto en los autos”, según dice. Los errores consisten en haber apreciado mal y valorado peor

tanto el acta de constitución de la Junta como la de la elección de la Directiva de la misma. Esos documentos, dice, no prueban ni la existencia legal de la Junta ni la calidad de empleado que se atribuye a Godoy. Esos errores llevaron a los juzgadores a calificar de peculado en lugar de abuso de confianza. De prosperar esta causal, pide la absolución de su poderdante.

4. El concepto del Ministerio Público:

Conceptúa el Procurador Primero Delegado en lo Penal que la demanda debe prosperar por la causal de nulidad alegada y anular lo actuado para que se califique el proceso por un delito contra la propiedad y no por peculado.

Se refiere al sujeto activo calificado para el peculado y al peculado por extensión de que trata el artículo 155 del Código Penal para descartarlos en el caso de autos. Luego de citar "la abundante fronda legislativa que regula las Juntas de Acción Comunal" niega en ellas el carácter de instituciones de instrucción o de beneficencia y cita, *in extenso*, una providencia del Tribunal Superior de Bogotá sobre el tema.

En conclusión afirma que cuando los representantes de las Juntas de Acción Comunal "se apropien o hagan uso indebido de los bienes que se les han encomendado podrán cometer un delito contra la propiedad", pero no de peculado. Solicita la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de proceder y se releva, por tanto, de examinar el segundo cargo de la demanda.

5. Las consideraciones de la Sala:

En primer término y tal como la técnica del recurso lo indica se resuelve la tacha de nulidad que formula el censor cuando alega una posible denominación jurídica equivocada de la infracción por la cual fue procesado y condenado el recurrente.

Las Juntas de Acción Comunal aparecen por primera vez y como meras posibilidades previstas a partir del artículo 22 de la Ley 19 de 1958. Desde aquella fecha hasta el momento es abundante la legislación acumulada alrededor de dichas instituciones.

Una definición de las mismas, anterior a los hechos que aquí se investigaron, se consigna en el artículo 1º del Decreto 2070 de 1969, que dice: "Es Junta de Acción Comunal toda asociación voluntaria de los vecinos de un municipio, barrio, inspección de policía, corregimiento, vereda o caserío, que se organiza democráticamente, sin ánimo de lucro, para conseguir el desarrollo social y económico de los asociados y de las familias que integran la respectiva comunidad".

Más tarde, el Decreto 1930 de 1979 en su artículo 1º la considera como "Corporación Cívica, sin ánimo de lucro, compuesta por los vecinos de un lugar, que aunan esfuerzos y recursos para procurar la solución de las necesidades más sentidas de la comunidad".

Los dos estatutos en cita consagran a favor de dichas Juntas el derecho a obtener personería jurídica y a conformar sus propios organismos directivos. El patrimonio de dichas asociaciones o corporaciones está constituido con los bienes que ingresen a sus arcas por concepto de contribuciones, auxilios, aportes, donaciones y por los que provengan de cualquier actividad u operación que efectúen, y es clara la previsión de que se trata de algo independiente del que pueda pertenecer a todos y a cada uno de sus afiliados (artículo 31 del Decreto 2070 de 1969 y 31 del Decreto 1930 de 1979).

El artículo 34 del Decreto 2070 de 1969, prescribe que dichos auxilios, aportes y donaciones que reciban para obras específicas o para obras varias, se someterán a lo que establezcan las leyes y los decretos, ordenanzas o acuerdos, y el artículo 32 del Decreto 1930 de 1979, aclara que: "los aportes oficiales que se giren a las Juntas para la realización de obras destinadas a uso público o fiscal, no ingresarán a su patrimonio y el importe de los mismos figurará contablemente en rubro especial".

De los términos de las dos disposiciones debe concluirse que no siempre los aportes, auxilios o donaciones oficiales ingresan al patrimonio de las Juntas puesto que si son para la realización de obras destinadas a uso público o fiscal se mantienen fuera de aquél y bajo rubro especial en la contabilidad que allí se lleve. En caso diferente sí concurren a engrosar dicho patrimonio y van a la contabilidad común.

Sea lo uno, sea lo otro, el aporte, donación o auxilio es tan solo una eventualidad en el conjunto de bienes que puede manejar una Junta de Acción Comunal. Esa eventualidad o contingencia no las convierte, desde luego, en "empresas o instituciones en que tenga parte el Estado", para reprimir como peculado, en los términos del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, las apropiaciones o usos indebidos que en la administración de tales bienes puedan realizar los encargados de cumplirla, pues no responde al concepto de "parte" la concesión de aportes, donaciones o auxilios, como bien se sabe.

También resulta innegable que, según lo disponen los Decretos 659 de 10 de abril de 1974,

126 de 1976 y 1930 de 1979, el Ministerio de Gobierno orienta, coordina y vigila el funcionamiento de las Juntas de Acción Comunal. Pero que así sea no es motivo para arribar a la conclusión de que ellas sean sujeto pasivo de peculado, pues no basta para ello el solo control funcional o direccional que el Estado pueda tener en la marcha de determinado organismo, ni la vigilancia que sobre él pueda ejercer, para derivar hacia esa condición de "tener parte" que se le niega.

Además, por definición las Juntas de Acción Comunal, asociaciones voluntarias de vecinos o corporaciones cívicas, son entidades particulares que para su operancia pueden o no necesitar auxilios estatales. Pero considerar que cuando los reciben son de aquellas instituciones aludidas en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, y no en el caso en que no los reciban equivale a otorgárseles una especie de hibridez estructural que no es de recibo y que contraría la unidad de la naturaleza jurídica de que han de revestirse los organismos públicos y privados.

Está bien que el Estado controle la inversión del aporte o auxilio oficial y que éstos se mantengan fuera del patrimonio de las Juntas, para efectos contables, cuando estén destinados a obras de uso público o fiscal, porque de esta manera se facilita el cómputo de los egresos estatales, pero no es posible reprimir como peculado la apropiación ilícita o el uso indebido de tales bienes cuando se destinan, por uno u otro motivo, a las Juntas de Acción Comunal, o de los demás bienes que integran su patrimonio, pues ello sería tanto como estimar peculador al particular que sin ser servidor público y sin estar en connivencia con alguien que sí lo es, toma para sí o utiliza de mala manera los bienes del Estado, excepción hecha de caudales pertenecientes a empresas o instituciones en que éste tenga parte o que se trata de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia (artículo 155 del Código Penal).

Cabe agregar a lo dicho que una infracción como la que aparece aquí será peculado en el futuro pues el legislador, consciente de la creciente importancia de las Juntas de Acción Comunal ha pensado dar una mayor protección penal a las mismas y, en este sentido, las conductas constitutivas de peculado (artículos 133 y ss. del Decreto número 0100 de 1980), cubrirán "por extensión", aquellas que afecten los bienes de dichas Juntas. Así se ve en el numeral 2º del artículo 138 del nuevo Código Penal.

El procesado en el caso de autos fue llamado a responder en juicio en la primera instancia

como infractor del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 y también del artículo 155 del Código Penal. Todo indica que en la segunda instancia el Tribunal fue consciente del error de considerar a las Juntas de Acción Comunal como establecimientos de instrucción o de beneficencia y, sin mayores análisis concretó su examen a la hipótesis del artículo 3º del Decreto 1858, tarea en la cual también se equivocó, según queda demostrado. El asunto marchó hasta sentencias de condena, en primera y segunda instancias, a pesar de la errónea calificación jurídica de la infracción, y de allí que sea indudable el vicio que afecta al proceso y cuya enmienda se demanda en sede de casación mediante combinación de lo que preceptúan los artículos 210, numeral 5º, 580, numeral 4º y 583, numeral 3º.

Como consecuencia de lo dicho y con base en los razonamientos y cita de disposiciones legales que anteceden se declarará la nulidad de todo lo actuado en este proceso, desde el auto de proceder en adelante, y se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de origen para que éste lo envíe a la primera instancia y allí se califique en debida forma la delincuencia que en este asunto aparece.

Se trata, en consecuencia, de un delito contra la propiedad. El Ministerio Público en su interesante estudio del caso llega también a dicha conclusión pero no ubica, en el elenco de tales infracciones la que aquí se configura. La Sala sigue esa misma conducta luego de limitarse a descartar el peculado para no fijar pautas que puedan encerrar el criterio de aquel a quien corresponde dar la nueva calificación, es decir, al Juez 1º Penal de Villavicencio pues en él concurren todos los factores que fijan la competencia.

Por lo que hace relación con el segundo de los cargos, al prosperar el primero la Sala queda relevada de penetrar en su estudio; sin que tal cosa impida decir que todos los análisis y razonamientos que contiene repiten las alegaciones hechas para sustentar el cargo de nulidad formulado en primer término.

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:

CASAR la sentencia impugnada por haberse dictado en juicio viciado de nulidad desde el auto de proceder y ordenar que se reponga la actuación cumplida mediante una adecuada califica-

ción de los hechos a partir de dicho momento procesal.

Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez

Alberto Mora Cogollos
Secretario.



DELITO IMPOSIBLE

Se estructura la tentativa absolutamente inidónea, cuando los medios empleados, el modo de usarlos o las condiciones del objeto material del ilícito, nos permite inferir que no puede surgir peligro para el bien jurídicamente tutelado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 23 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 94.

Vistos

Contra la sentencia de 26 de noviembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó, en todas sus partes, la proferida, el 7 de septiembre del mismo año, por el Juzgado Quinto Superior de esta ciudad, recurrió en casación el procesado José Omar Mosquera Ruiz, habiéndole sido aceptado el recurso y declarada ajustada a derecho la posterior demanda de casación.

Hechos y actuación procesal

El 20 de febrero de 1978, se encontraba la mujer Omaira Teresa Garzón Rodríguez, en el bar "El Ron", ubicado en la calle 6ª cruce con Avenida Caracas de esta capital, conversando con dos clientes del establecimiento donde ella prestaba sus servicios como mesera, cuando entró, a eso de las diez y media de la noche, su amante José Omar Mosquera Ruiz, quien al verla con otros hombres la llamó a un reservado donde la atacó con arma cortante ocasionándole una herida en el cuello que fue descrita por médicos legistas así: (fl. 68).

"...herida con arma cortopunzante en la región lateral izquierda del cuello de siete centímetros y que comprometió piel, tejido celular

subcutáneo, músculos, caras anterior, posterior y lateral izquierda de la tráquea, esófago, cartílago cricoides y tiroides...".

La incapacidad definitiva fue de catorce (14) días y dejó como secuela deformidad física permanente por la cicatriz del cuello y voz disfónica.

La investigación penal iniciada con motivo de ese hecho, culminó con auto de 18 de octubre de 1978, proferido por el Juzgado Quinto Superior de Bogotá, en el cual se llamó a juicio al procesado por el delito de homicidio en grado de frustración.

Apelada dicha providencia, el Tribunal la confirmó por la suya de 30 de enero de 1979.

Tanto en la providencia de primera instancia como en la del Tribunal se hizo referencia especial al arma con que el procesado causó la lesión descrita a su amante, señalándose que fue un cuchillo.

En la segunda de esas decisiones se descarta expresamente la manifestación hecha por Mosquera, de que había atacado a Omaira Garzón, con un corta uñas y se afirma, por el contrario que lo hizo con un cuchillo (fl. 125).

En ambas providencias se hizo detenido análisis de las circunstancias en que fue perpetrado el hecho, las modalidades del mismo y las condiciones del arma empleada para concluir que había existido por parte del procesado el propósito de dar muerte a la ofendida así como también que había ejecutado todos los actos necesarios para conseguir ese resultado.

Adelantado el juicio sin que se produjeran pruebas, se fijó fecha para audiencia pública que se llevó a cabo el 24 de agosto de 1979.

En ella se sometió a la consideración de los jurados el cuestionario que se reproduce a continuación:

“El procesado José Omar Mosquera Ruiz, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable de haber ejecutado todos los actos necesarios tendientes a consumir el delito de homicidio, con el propósito de matar a Omaira Teresa Garzón Rodríguez el cual no se realizó por circunstancias independientes de la voluntad del agente empleado para ello, arma corto punzante (navaja), según hechos ocurridos en la noche del veinte de febrero de mil novecientos setenta y ocho, en el bar “El Ron”, situado en la calle 6ª con Avenida Caracas de esta ciudad, jurisdicción de este Distrito Judicial”.

El jurado contestó:

“El procesado José Omar Mosquera Ruiz, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable de cometer el delito de homicidio en la persona de Omaira Teresa Garzón Rodríguez, el cual no se consumó porque la herida no era mortal, empleando para ello arma corto punzante (navaja), según hecho ocurrido en la noche del veinte de febrero de mil novecientos setenta y ocho en el bar “El Ron” situado en la calle sexta con Avenida Caracas, de esta ciudad, jurisdicción de este Distrito Judicial”.

En la sentencia que se deja arriba mencionada, el Juzgado Quinto Superior, encontró fundada la respuesta del *juri* y, acogiéndola, procedió a desarrollarla aseverando que en ella el tribunal de conciencia había admitido la tentativa acabada, tipificada en el artículo 17 del Código Penal y que la explicación que añadiera el veredicto en el sentido de que no se consumó el homicidio porque la herida no era mortal “no modifica la esencia de la veredicción emitida sobre el cuestionario sometido a su consideración”.

Sobre estas bases y teniendo en cuenta que no existen antecedentes penales ni de policía o sea que se configura la circunstancia de menor peligrosidad descrita en el numeral 1º del artículo 38 del Código Penal, el Juez impuso la pena principal de cinco (5) años y cuatro (4) meses de presidio cuantía obtenida al disminuir del mínimo consagrado en el artículo 362 *ibídem*, una tercera parte.

El Tribunal en la providencia que es materia del presente recurso extraordinario hace hincapié en que el jurado no acogió la respuesta que al cuestionario sugirió el defensor en el sentido de que contestara o bien que se trataba de unas lesiones personales culposas o que había actuado el procesado en error esencial de hecho bajo la influencia de un estado catatímico (*sic*), o en tercer término, que se trataba de un delito imposible.

Observa, a continuación, el *ad quem*, que si bien el género de delito por el que se llama a juicio es inmodificable, los jueces de hecho pueden variar las circunstancias calificadoras o modificadoras del mismo y, desde luego, esa variación puede hacerse en la sentencia.

Agrega el Tribunal que si bien el jurado en su veredicto varió las circunstancias al decir que la herida no era mortal, siendo así que en el llamamiento a juicio se le reconoció ese carácter letal y que no habiéndose presentado en el plenario de la causa ni durante la audiencia pública pruebas que desvirtuaren la aseveración en tal sentido de los jueces de derecho y teniendo, por otra parte, según lo ha reconocido esta Sala, estos la facultad de retirar en la sentencia los excesos en que hubiere incurrido el jurado, bien hizo el juzgador de primera instancia al desechar la circunstancia degradante de la responsabilidad que gratuita y arbitrariamente le reconocieron los jueces de hecho” (fl. 47 *cdno.* del Tribunal).

Rechaza el *ad quem*, la afirmación que hace el defensor de que la respuesta del jurado fue mutilada, califica tal aseveración de “temeraria” y observa que el acta de audiencia pública fue firmada por el defensor, lo que no debió hacer si echaba de menos la aclaración que se dice no fue consignada.

Termina la providencia analizando las circunstancias del hecho para concluir que existió, por parte del procesado, el propósito de matar y concluye, como ya se dijo, por confirmar la decisión del *a quo*.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Se resumen a continuación los cargos hechos por el censor a la sentencia recurrida y, con cada uno de ellos, la contestación del Ministerio Público representado en el presente recurso por el Procurador Segundo Delegado Penal.

Primer cargo. Lo ubica el demandante en el marco de la causal primera, cuerpo primero, de casación por cuanto dice que la sentencia violó, por aplicación indebida, el artículo 362 del Código Penal, en concordancia con el artículo 17 del mismo estatuto.

Argumenta diciendo que el arma con la cual se ejecutó el hecho era inidónea para matar pues el procesado utilizó “un simple cortañas”.

Agrega que el Tribunal aceptó que éste había sido el instrumento que utilizó el procesado y que, sin embargo, echando mano de razones para-

médicas como "secuelas, posibilidades, probabilidades y eventualidades", hizo el estudio de la idoneidad del medio empleado para cometer la infracción o sea que confunde dicha idoneidad, con el concepto de los facultativos sobre la lesión.

Concluye diciendo que equivocada como fue la motivación del *ad quem*, eso lo llevó a aplicar indebidamente la ley sustancial ya que en vez del artículo 18 del Código Penal, aplicó el artículo 17 del mismo ordenamiento.

Replica la Procuraduría que "en la sustentación del cargo el impugnador entra a criticar las premisas de hecho de la sentencia, evalúa la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los del fallador, lo que es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación. Debió aceptar la fundamentación factual de éste y discrepar en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido".

Termina solicitando que se deseche el cargo.

Segundo cargo. Hace consistir esta censura el actor en que la sentencia se profirió en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Insiste en que hubo por parte de éste una aclaración posterior al veredicto de la que no se dejó constancia en el acta, según la cual los jurados habrían añadido a su respuesta la siguiente frase: "El jurado ha dado ese veredicto porque consideramos que con esa arma no se podía matar".

Tal aclaración, continúa diciendo, no se tuvo en cuenta en la sentencia, que fue condenatoria cuando debió, dice, absolverse al procesado ya que mediante esa aclaración se estaba negando la responsabilidad del procesado.

"El Juez de segunda instancia, expresa el actor, al manifestar que 'no se atendió a la aclaración por la simple razón de que nada aclaraba', era una mera iteración de la coletilla aquella de que el delito 'no se consumó porque la herida no era mortal' no solo contradice su propio pronunciamiento, sino que desconoce la veredicción, se aparta ostensiblemente de ésta y disloca en su sentencia la convicción íntima del jurado de conciencia".

Replica el Ministerio Público este cargo manifestando que la aclaración de que habla el actor no ocurrió ya que no aparece en el acta de la audiencia firmada sin observaciones por el defensor y que, además, el jurado sí afirmó la responsabilidad del procesado como lo entendieron tanto el juzgador de primera instancia como el Tribunal.

Estima, que al igual que el anterior, este cargo tampoco debe prosperar.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. Pese a la forma confusa como lo presenta el actor, se alcanza a entender que éste acusa la sentencia por indebida aplicación del artículo 17 del Código Penal, esto es, por haber considerado el Tribunal que se trataba de un delito frustrado de homicidio, cuando, según la demanda, se está frente a un delito imposible. En otras palabras critica que se hubiera subsumido el hecho en la norma que se deja citada y no en el artículo 18 del ordenamiento de las penas.

En apoyo de su tesis alega que el arma usada por el procesado era inidónea para causar la muerte ya que se trataba, según lo dice reiteradamente, de un simple "corta uñas".

Sobre el particular dice que "estamos ante una inidoneidad relativa del medio empleado, por ser el arma para matar no suficientemente apta para ello".

Examinado el cargo se tiene, en primer término, que si bien lo enuncia el censor dentro del ámbito de la primera parte de la causal primera de casación, esto es, como una violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de la misma, al sustentarlo se apoya en la prueba ya que discute sobre la interpretación de la misma, alegando que el Tribunal tomó como idóneo para matar un instrumento (corta uñas), que no lo era, lo cual envuelve ya una falla técnica de casación, pues el que se apoya en dicho aparte primero está aceptando los hechos y discutiendo el derecho aplicado, mientras que en el presente caso el censor cuestiona un aspecto importante de los hechos, como es el instrumento vulnerante esgrimido por el agente.

En segundo lugar, olvida el demandante que en el presente proceso intervino el jurado que, al responder afirmativamente el cuestionario a él presentado y en que se le preguntaba si el procesado era responsable por un delito de homicidio no consumado y se mencionaba que la herida no era mortal y que se había causado con un arma corto punzante (navaja), respondió afirmativamente, sin hacer ninguna observación sobre la naturaleza del arma.

Es decir, que el *juri* se pronunció sobre los aspectos discutidos por el censor en este cargo, despejando con la autoridad que le confiere el poder fallar en conciencia, cualquier duda sobre ellos y sin que su veredicto hubiera sido tachado por los jueces de instancia, que eran quienes po-

dían hacerlo, como contrario a la evidencia de los hechos, lo que ciertamente corresponde a la verdad procesal.

No puede, pues, en sede de casación entrar a discutirse el aspecto probatorio del proceso para cuestionar la apreciación que el jurado hiciera de las pruebas. Esta ha sido una doctrina sostenida repetidamente por la Corte y que una vez más reitera en el presente caso.

No sobra, finalmente, para presentar un motivo más, fuera de los que se acaban de expresar, que obliga a la Sala a rechazar este cargo, anotar cómo es el mismo demandante quien califica el instrumento usado por el procesado para herir a su amante, de relativamente inidóneo y no suficiente para matar, pese a lo cual pretende que se debió calificar el hecho de homicidio imposible.

Es bien sabido que esta última modalidad del homicidio o de cualquier otro delito se llama también "tentativa absolutamente inidónea" porque bien por los medios empleados, ora por el modo de usarlos, ya por las condiciones mismas del objeto material del ilícito no puede producirse el resultado previsto como punible. Es decir, no existe peligro alguno de lesión para el bien jurídicamente protegido.

En consecuencia no se puede hablar al mismo tiempo de inidoneidad relativa del medio empleado y de delito imposible, porque son dos afirmaciones que se contradicen.

Si el medio solo era relativamente inidóneo, se está frente a una tentativa inacabada cuando no se han llevado a cabo todos los actos ejecutivos o de una tentativa o completamente acabada cuando se han realizado todos y no se ha producido el resultado punible.

Así, pues, el mismo actor está afirmando, sin quererlo, que en el caso de autos sí hubo una tentativa punible.

Por las razones que se dejan expuestas, se rechaza el presente cargo.

Segundo cargo. La afirmación que hace el demandante de una pretendida aclaración hecha por el jurado a su veredicto, no encuentra sustento alguno en los autos.

Basta, para rechazar su existencia, tener en cuenta que siendo de tanta importancia como la que le atribuye el actor, su omisión hubiera pasado desapercibida para la defensa cuyo representante firmó el acta de la vista pública sin hacer ninguna observación al respecto.

Igual cosa hicieron todas las otras personas que intervinieron en la audiencia, entre ellas el propio procesado quien luego elevó un memorial al Juez en el que no hace referencia a la pretendida aclaración de los jurados, pese a que comenta expresamente el veredicto.

No se admite este 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, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal y acorde con el mismo,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

SUBROGACIONES PENALES. CONDENA Y LIBERTAD CONDICIONAL

Oportunidad para la concesión de estos institutos, libertad provisional de conformidad con lo dispuesto en los numerales 5º y 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal; oportunidad para dispensarla

La Corte como organismo jurisdiccional que se ocupa de la casación, no tiene facultad para pronunciarse acerca de un beneficio de excarcelación sobre la base de una posible condena condicional, porque esta es potestad exclusiva y excluyente de las instancias. Por ello tampoco es competente para considerar la libertad condicional

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 23 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 93, de 22 de octubre de 1980.

Vistos

Jaime Guzmán, como infractor de la Ley 66 de 1968, fue condenado a la pena privativa de la libertad de veinticuatro (24) meses de prisión, mediante sentencia del Juzgado 29 Penal de Circuito (noviembre 19 de 1979) y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, (febrero 4 de 1980).

Contra tal decisión se interpuso en tiempo oportuno, y se surte su trámite, recurso de casación, buscando con esta impugnación, exclusivamente, se reconozca al procesado el beneficio de la condena condicional, censurable negativa de los juzgadores de instancia, principalmente del mencionado Tribunal, corporación que debió enmendar este yerro.

Ahora, con motivo de la vigencia de la Ley 22 de 1980 (promulgada en el Diario Oficial número 35611 de septiembre 30 de 1980), solicita la suspensión condicional de su condena, invocando para ello lo dispuesto en el artículo 6º.

Se resuelve de plano (artículo 674 Código de Procedimiento Penal), pues se ha formulado la pretensión como adición al fallo de condena, propio al subrogado de la condena condicional y no como incidente excarcelatorio o de libertad provisional.

Para resolver se considera:

A) *La citada Ley 22 de 1980 introdujo dos fundamentales modificaciones al instituto de la condena condicional, reconocido y desarrollado por el Código Penal en sus artículos 80 y 84 y en el de Procedimiento Penal en sus artículos 688 a 695, y que consisten en lo siguiente:*

a) *En cuanto a la oportunidad para su concesión, pues no pocos sostienen que solo al momento de proferirse el correspondiente auto de proceder o sentencia condenatoria, debe y puede tomarse una determinación al respecto; y,*

b) *En cuanto a la naturaleza de la pena, ya que se excluía la de presidio, permitiéndose ahora el subrogado cuando esta clase de sanción no exceda de dos años.*

B) *La Corte como tendencia, se ha mostrado renuente a conocer de los subrogados (condena y libertad condicionales), durante el trámite de un recurso de casación, así se les estime como tales o se les relacione con el beneficio de excarcelación que pueden implicar. La razón para ello es bastante simple: se trata de medidas ajenas al extraordinario medio de impugnación, objetivo no solo fundamental sino hasta exclusivo de su competencia para actuar, y, por co-*

rresponder a facultad de los jueces de las instancias, mientras éstas se cumplen.

C) Pero este rígido criterio ha cedido en forma notable, no en cuanto a la concesión del subrogado en sí, como institución pura, que sigue reclamando el mismo modo de pensar, sino como fenómeno propio a la excarcelación del procesado.

D) Tanto el estatuto penal sustantivo como el de procedimiento señalan el momento en el cual debe concederse la condena condicional, o sea la suspensión condicionada de los efectos de la sentencia, cuando ésta señala una pena privativa de la libertad inferior a tres años, si se trata de arresto, y a dos años, si se refiere a prisión o presidio (artículo 80 Código Penal, Ley 22 de 1980, artículos 6, 171, letra e), 688 y 689 Código de Procedimiento Penal). Este privilegiado acto es la emisión del fallo de única, primera o segunda instancia.

Este subrogado, en cuanto él puede implicar la liberación provisional del procesado, estando en trámite el proceso, también puede ser concedido a partir del auto de proceder (artículo 453-5 Código de Procedimiento Penal).

E) Pero esta segunda eventualidad (excarcelación) ha originado una aguda controversia que se plantea así: ¿es posible, después de proferirse un auto de proceder y antes de llegarse a proferir la sentencia de primer grado, discutir y obtener la concesión de la libertad provisional, por parte del Juez de Primera Instancia?; ¿y es igualmente posible, para el Juez de la Segunda Instancia, desde que llega a su despacho el proceso con sentencia de primera instancia hasta que dicta la de segundo grado, disponer la excarcelación?

En un tiempo se tuvo la rígida interpretación de entender que solo al momento de proferir o revisar por apelación el auto de cargos se podía, conforme al artículo 453-5 Código de Procedimiento Penal, hacer un pronunciamiento de esta índole. Luego la Corte expresó que era viable tomar esta clase de decisiones desde el auto de proceder hasta la emisión de sentencia. En apoyo de la tesis se dijo: "Tratándose de un derecho sustancial del procesado como es el de la libertad, es forzoso interpretar las normas que regulan su ejercicio con el criterio de favorabilidad recomendado por el sistema jurídico colombiano. Es así como debe entenderse que el momento oportuno para estudiar la excarcelación de acuerdo con el numeral 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, no es solo aquél en que se califica el mérito del sumario, sino

cualquier otro posterior, pues la ley se limitó a privar de facultades al instructor para hacer ese reconocimiento, dejando el asunto al juez competente, que ya tiene elementos de juicio a fin de acordar si procede o no cualquiera de los dos subrogados penales de que trata dicho numeral, elementos que solo excepcionalmente aparecen en las primeras actuaciones" (Auto en proceso contra Juan Carlos Payares González, octubre 29 de 1973, magistrado ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

Pero conviene advertir que este era un expediente en el cual la Corte actuaba como Juez de Segunda Instancia y por tanto tenía los mismos poderes del Juez de la Primera, en lo concerniente a la condena condicional. No ha dicho lo mismo la Corporación cuando se trata de una intervención suya como organismo de casación, esto es, si puede excarcelar con base en una casual condena condicional, omitida su consideración por el Tribunal o negada por éste, en virtud de los atributos que tendría al dictar un fallo de sustitución, de prosperar el recurso de casación interpuesto.

F) En cuanto a la libertad condicional, la Corte, durante largo tiempo, sostuvo de manera rígida su incompetencia para considerar el subrogado de la libertad condicional como tal y aun como factor incidente en el beneficio de excarcelación, al considerar que un pronunciamiento de esta índole era "medida ajena al recurso extraordinario" (ver Gaceta Judicial, LXXIV, pág. 201; LXXXVII, pág. 243; LXVII, págs. 602, 603). Finalmente cambió de criterio y se estabilizó una opinión que permitía considerar el aspecto de la libertad para efectos excarcelarios. Esta variación se logró, a no dudarlo, por la ineludible vigencia del artículo 453-6 Código de Procedimiento Penal, la benigna interpretación que cabe dar a las normas sobre libertad provisional y a la incapacidad transitoria de los jueces de instancia para ocuparse de una pretensión de esta naturaleza, tan inaplazable como legítima, por encontrarse el proceso en la Corte.

H) Varios aspectos deben analizarse en este tema. Su presentación y solución es la siguiente:

1. ¿Puede otorgar la Corte la condena o la libertad condicionales?

Se responde:

a) Como organismo jurisdiccional de instancia (de única, por fueros constitucionales o legales; de segunda, por fueros legales), posee los mismos atributos que tendría, al respecto, el de primera instancia (tribunal); y,

b) Como organismo jurisdiccional que se ocupa de la casación tiene, ciertamente, las mismas potestades del Tribunal, cuando éste profirió el fallo impugnado, pero solo cuando prospera el recurso y se dicta la sentencia de reemplazo.

2. ¿Y cuál es la oportunidad del Juez para conceder la libertad o la condena condicionales?

Se responde:

2.1. En cuanto a la condena condicional:

2.1.1. Esta puede mirarse como subrogado propiamente dicho. La ley es muy enfática en señalar que esa coyuntura procedimental lo es el momento en que se profiere la sentencia (de única, de primera o de segunda instancia). Así lo mandan los artículos 80 Código Penal, 171 letra e), 688 y 689 del Código de Procedimiento Penal.

2.1.2. O contemplarse como factor anticipado que refleja su efecto en la excarcelación. En este evento el artículo 453-5 Código de Procedimiento Penal, señala un dies a quo, integrado, en cuanto a su dies ad quem, en los artículos citados en el párrafo inmediatamente anterior. O sea, desde el auto de proceder hasta el fallo.

2.1.3. Aquí conviene dilucidar estos interrogantes:

2.1.4. ¿La condena condicional, como fenómeno inherente a la excarcelación (artículo 453-5 Código de Procedimiento Penal), debe confinar su posibilidad de otorgamiento al momento de dictarse el auto de proceder? Esta literal y rígida aplicación del citado artículo fue la apreciación inicialmente acogida, y contaba tanto para el que profería el auto de proceder en primera instancia como para el que actuaba en segunda. Luego se avanzó en la interpretación, particularmente a expensas de la ya citada doctrina de la Corte (proceso contra Juan Carlos Payares González, octubre 29 de 1973), tendencia ésta la más acogida, aunque no en forma unánime y pacífica. Se propiciaba así el reconocimiento de la condena condicional (como fenómeno que precedía a la sentencia y para procurar la liberación provisional), tanto en el auto de proceder como en la actuación posterior que tenía por término el proferimiento de la sentencia de primera instancia, pues al llegarse a ésta aparecía la condena condicional como subrogado penal, que comportaba la consecuencia de la excarcelación. Pero quedaba un vacío y que se concretaba en esta pregunta: ¿podía el funcionario de la segunda instancia, omitida o negada la condena condicional por el de primera, pronunciarse sobre ésta y como factor que propiciaba la excarcelación, o tenía que esperarse a dictar el fallo de segunda instancia?

2.1.5. Este interrogante solía resolverse en forma dispar y hasta caprichosa. Y a ello no obstaba la ya reproducida decisión de la Corte que, en el siguiente destacado aparte, recomendaba la inclusión de esa hipótesis: "debe entenderse que el momento oportuno para estudiar la excarcelación, de acuerdo con el numeral 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, no es solo aquél en que se califica el mérito del sumario, sino cualquier otro posterior, pues la ley se limitó a privar de facultades al instructor para hacer ese reconocimiento, dejando el asunto al Juez competente". La tesis más respetable, conviene reiterarlo, era la de que el Juez de la segunda instancia, en ese intervalo procesal (entre la sentencia de primera y de segunda), podía emitir una resolución excarcelatoria, pues, evidentemente, si dejaba llegar el expediente a ese segundo extremo (sentencia de segundo grado), lo que debía producir correspondía a lo mandado en los artículos 80 Código Penal y 171 letra e), 688 y 689 del Código de Procedimiento Penal.

2.1.6. Aquí la Ley 22 de 1980, artículo 6º cancela la diversidad de criterios e impide reticencias o dubitaciones conceptuales. Esto lo logra con la expresión inicial "cuando se haya impuesto pena..." La locución enseña en definitiva, que entre la sentencia de primera instancia (que impuso una pena de arresto menor de tres años, o una de prisión o presidio inferior a dos años) y la de segundo grado, es factible considerar la eventual concesión de la condena condicional para conceder un beneficio de excarcelación, mientras se produce ese fallo de segunda instancia, que terminará por definir la cuestión.

Algunos creen ver en esta diversidad de expresiones ("cuando se imponga la pena..." —artículo 80— o "... al dictar la sentencia..." —artículo 688 Código de Procedimiento Penal—, de una parte, y "cuando se haya impuesto pena..." —L. 22/80—, de la otra), un efecto más amplio. Esto es, que aun después de ejecutoriada una sentencia, háyase o no interpuesto el recurso de casación, y estar propiamente archivado el proceso, puede suscitarse y en consecuencia resolverse un incidente de condena condicional.

2.1.7. Pero la tesis resulta inadmisibles:

a) Porque la interpretación que se aviene con ese segmento del artículo 6º, es el anteriormente indicado;

b) Porque la condena condicional sigue siendo un debate propio de instancias, mientras estas se suceden, y no suceso posterior a su finalización. Como bien lo ha dicho la Corte, en explicación

acorde con disposiciones que tienen vigencia antes y después de la referida Ley 22/80 y que conforman el marco legal y complemento de la institución comentada, "el momento de otorgar ese beneficio es el del pronunciamiento del fallo definitivo puesto que es entonces, cuando "se analizan y deciden, con supremo poder jurisdiccional, todos los objetivos de la investigación y se aprecia, en su plenitud, la peligrosidad del delincuente, de la cual depende, en esencia, la suspensión de la condena" —Gaceta Judicial, LXIX, pág. 794—;

c) Porque evento tal exigiría la consagración de un procedimiento que salvara vacíos y evitara sorpresas o fraudes, lo que no se ha indicado en parte alguna;

d) Porque siendo obligatorio, según lo preceptúa el artículo 171 letra e), un pronunciamiento del Juez sobre la condena condicional, para negarla o concederla, no puede entenderse la posibilidad de la omisión o de la revocación de lo decidido en una sentencia, por parte del mismo Juez que la ha pronunciado o por otro de inferior categoría. Además, renuencias conscientes u olvidos involuntarios sobre la condena condicional, tienen prevista una solución procedimental, distinta a inventar un procedimiento y aniquilar de paso la institución: la del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 8º del Código de Procedimiento Penal. Pero el término para subsanarlos es perentorio: el de la ejecutoria del fallo, pasado el cual los interesados asumen las consecuencias nocivas de su inercia o ineficacia;

e) Porque no hay expresa ni implícita modificación, a este respecto, de los artículos 80 Código Penal y 171 letra e), 688 del Código de Procedimiento Penal; y,

f) Porque de no, se intercomunicarían hasta confundirse dos distintas instituciones, que operan en muy diferentes etapas: la condena condicional y la libertad condicional.

2.1.8. Conviene fijar criterio sobre las siguientes eventualidades:

¿Puede el superior, mediante un auto, conceder la excarcelación a expensas de una condena condicional determinable en su sentencia de segundo grado, si fue negada, en sentencia, por el de primera, o éste omitió referirse a la misma?

Cuando nada se dijo en la sentencia de primer grado es potestativo del de segunda pronunciarse sobre el particular. Pero si fue negada expresamente en ese fallo, el de segunda instancia

solo podrá remover esta negativa mediante la sentencia que le es dable proferir.

¿Competerá al Juez de primer grado, tomar, a partir del auto de proceder emitido por el de segunda instancia, una resolución excarcelatoria con base en la probable condena condicional que llegare a otorgar? Si éste nada dijo al respecto, el de primera conserva plenamente sus poderes sobre la cuestión, pero si el superior la negó explícitamente, obvio resulta la falta de atributos en el inferior para revocar una decisión de esta índole, que solo sobrevendrá cuando el proceso avance y se dicte una providencia de mayor jerarquía a la resolución tomada por el superior, en otras palabras, la decisión tomada por éste en un auto de proceder solo puede cambiarla aquél al emitir su fallo de primera instancia.

3. En cuanto a la libertad condicional debe anotarse lo siguiente:

3.1. Como excarcelación.

Para los funcionarios de primera, segunda instancia y la Corte como organismo de única o segunda instancia, resulta propio a sus facultades considerar la libertad condicional, así como rebajas especiales —L. 32/71—;

3.2. Y como subrogado propiamente tal:

La Corte carece de competencia, al actuar en sede de casación, para dispensarlo. Es atributo exclusivo y excluyente de la primera y segunda instancia. Esta especialísima función solo aparece en cabeza de la Corte cuando actúa en el rol de juzgador de única o segunda instancia.

4. Para los casos en los cuales se impuso una pena inferior a los dos años de presidio, en vía de cumplimiento, es posible, en virtud de lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, volver sobre la condena condicional aun después de estar ejecutoriada la sentencia que la negó con base en el artículo 80 del Código Penal. Pero este debate debe plantearse ante el Juez de la primera instancia, cuya decisión, por lo mismo que integra la sentencia pronunciada, es susceptible de los mismos recursos y grado de jurisdicción que aquella tenía. Pero solo esos jueces son competentes para tomar esta decisión.

5. En el caso sub exámine debe decirse lo que a continuación se anota:

1. No se acudió al artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, porque tanto el fallo de primera como de segunda instancia no omitieron lo relacionado con la condena condicional. En el primero se escribió: "al sindicado Jaime Guzmán, le aparecen varias sindicaciones por delitos

contra la propiedad, pero sin comprobación dactiloscópica y sin coincidir los datos biográficos con los informados por el inculcado... se ha dicho renglones antes, que la conducta se 'presume' buena 'buena', pero ello no significa que haya sido siempre buena, pues dentro del plenario figuran antecedentes, o mejor, sindicaciones contra un señor 'Jaime Guzmán', cosa que no se logró establecer con certeza contra quién recaían, por ello de conformidad con el artículo 80 del Código Penal, no se le concede el subrogado penal de la condena condicional" —fls. 166 y 170—; y en el segundo se afirmó: "por infringir el Decreto 1135 de 1970, Jaime Guzmán, ha sido solicitado a la policía por los Juzgados 42 y 50 Penales Municipales. Le aparece otra constancia por un delito de violencia carnal y otra solicitud de captura, ignorándose a qué se debe... No es acreedor al beneficio de la condena condicional por no estar comprobada su buena conducta anterior" —fls. 7 y 8—;

2. *La Corte no tiene facultad para pronunciarse, en sede de casación, sobre un beneficio de excarcelación sobre la base de una posible condena condicional porque esta es potestad exclusiva y excluyente de las instancias, que debe ejercerse desde el auto de proceder hasta la emisión de la sentencia de segunda instancia, etapa que supera la elimina la posibilidad excarcelatoria en quien la tuvo (Juez y Tribunal) y también, en los mismos, la de disponer la condena condicional como subrogado propiamente dicho;*

3. *La Corte solo puede asumir esta función mediante el correspondiente fallo de sustitución si prospera la impugnación, evento en el cual asume todos los atributos que contaron para el Tribunal que emitió la decaída sentencia; y,*

4. *Agréguese a esto que a la Corte no le es permitido prejuzgar sobre lo que es materia del recurso de casación, ya que anticipar un concepto exige como presupuesto no solo una pertinente autorización sino una exigencia de que así se haga. Como la Corte no está facultada para emitir juicios provisionales de excarcelación, cuando actúa en sede de casación, sobre la base de una eventual condena condicional, no puede festinar esta decisión que precisamente es el objeto único, en el caso sub estudio, del mencionado recurso.*

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, declara que no es competente para conocer de la petición de Jaime Guzmán, entendida ésta como suspensión de los efectos de una sentencia condenatoria que le impuso 24 meses de prisión, lo que es motivo del recurso extraordinario interpuesto, o como ex-

carcelación por la posible condena condicional que podría sobrevenir en caso de prosperar dicha impugnación, porque este es incidente reservado a los jueces de las instancias, mientras estas se desarrollan.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Alvaro Luna Gómez, Dante L. Fiorillo Porras, Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Lisandro Martínez Zúñiga
Conjuez.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

De acuerdo con la parte resolutive de esta providencia, no comparto algunos aspectos de su motivación. Estas son las razones de mi disidencia:

1. La llamada condena condicional es una causal de extinción de la punibilidad en concreto y, por lo mismo, supone previa deducción de responsabilidad penal y concreción de ella en pena privativa de la libertad personal con precisa cuantificación. Su más correcta nomenclatura —la de condena de ejecución condicional— dice relación a una sentencia condenatoria legalmente proferida en la que se impone pena privativa de la libertad cuya ejecución se suspende durante cierto lapso —período de prueba— después del cual se ejecuta plenamente si el beneficiado incumple las obligaciones que se le impusieron, o se cancela en definitiva si los cumple a cabalidad.

2. De estas premisas se desprende que la precitada institución puede reconocerse no solamente en el momento de proferir el fallo de condena en primera o segunda instancia y durante el término de su ejecutoria (hipótesis reconocidas en esta providencia), sino también en uno posterior, aun después de su ejecutoria, siempre que no se den los requisitos propios de la libertad condicional.

3. La tesis contraria, prolijada por la mayoría de la Sala, parte del supuesto de que su otorgamiento después de ejecutoriada la sentencia lesiona el principio de la cosa juzgada que ha de permanecer intocable. No comparto este planteamiento porque la institución que se comenta no modifica la estructura sustancial de la sentencia; se limita, como ya se indicó, a suspender

condicionalmente la ejecución de la pena impuesta; y resulta de ostensible lógica jurídica que aquella ejecución es fenómeno diverso y posterior al de la sentencia condenatoria a la cual se refiere; por manera que su otorgamiento ulterior deja incólume aquella providencia. Si de reforma de la sentencia pudiera hablarse, habría de reconocerse que ella se produce cuando, otorgada la condena de ejecución condicional en el momento del fallo, el beneficiado cumple las obligaciones impuestas y el Juez dispone entonces la extinción definitiva de la pena (artículos 83 Código Penal y 691 Código de Procedimiento Penal).

4. Supone la mayoría de la Sala que ejecutoriada la sentencia condenatoria no puede ser alterada por auto posterior; sin embargo, existen varios casos en que ello ocurre; tales los de la libertad condicional (artículos 90 Código Penal y 700 Código de Procedimiento Penal), la rebaja de pena por trabajo o estudio (Ley 32 de 1971), la amnistía impropia, el indulto propio (artículo 705 Código de Procedimiento Penal) y el aplazamiento de la ejecución de la pena (artículo 673 Código de Procedimiento Penal).

5. El argumento de que toda sentencia debe señalar los fundamentos en que se apoya la condena condicional (artículo 171, número 5º letra e, Código de Procedimiento Penal), como demostrativo de que solamente en ella puede concederse, no es convincente porque lo que allí está exigiendo el legislador es que cuando el juzgador decida otorgarla en la misma sentencia, deberá fundamentar su determinación, como resulta apenas obvio. Desde luego, que también se ocupará de tal institución en ese mismo momento procesal cuando niegue petición que la solicite.

6. Para conceder la condena de ejecución condicional después de ejecutoriada la sentencia no se requiere inventar procedimiento alguno, pues que hecha la petición o de oficio, el Juez comprobará si se dan o no los requisitos legales pertinentes; en caso positivo otorgará el beneficio tal como lo señalan los artículos 81 del Código Penal y 689 del Código de Procedimiento Penal; de lo contrario, lo negará, en uno y otro casos en auto motivado, como que sería interlocutorio.

7. El artículo 688 del Código de Procedimiento Penal, establece que el Juez *podrá en la misma sentencia* suspender condicionalmente la ejecución de la pena impuesta, lo que significa que también *podría hacerlo* después de proferido el fallo, determinación que resulta, ciertamente, más lógica si se tiene en cuenta que es esta, como

ya se dijo, una causal de extinción en concreto de la potestad punitiva del Estado.

8. Los fundamentos de esta tesis no están, pues, en el artículo 6º de la Ley 22 de 1980, como lo sugiere la mayoría de la Sala —norma que, por lo demás, se refiere a la pena de presidio para extender a ella la concesión del beneficio— aunque la expresión “cuando se haya impuesto pena”, que utiliza tal norma, facilita aún más la interpretación que ahora prohijo y que desearse en análisis sistemático de las disposiciones sustantivas y procedimentales que regulan el fenómeno de la condena de ejecución condicional.

9. Rechazar el otorgamiento de la institución que se comenta cuando se dan sus presupuestos legales con el solo argumento de pretendida extemporaneidad, es negar el reconocimiento del bien jurídico de la libertad personal a que tiene derecho el condenado, con fundamento en formalismos insustanciales.

10. Dice la providencia de mayoría —para señalar otro motivo de disentimiento— que cuando el juzgador de primera instancia niega en la sentencia el reconocimiento de la condena de ejecución condicional y se le pide al de segunda el beneficio de la excarcelación con fundamento en el número 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, este no puede resolver sobre ella sino en la sentencia de segundo grado. Y agrega que cuando el superior niega en auto de proceder esta modalidad de excarcelación, el inferior ante quien se reitere tampoco tiene facultad para pronunciarse sobre ella y debe esperar hasta el momento procesal en que dicte sentencia. Para comprender estas situaciones, basta suponer la hipótesis del procesado a quien se le niega excarcelación porque aparece condenado anteriormente o porque no ha demostrado buena conducta, y posteriormente comprueba que la sentencia condenatoria en cuestión se refería a otra persona (homónimo) o que su comportamiento precedente ha sido óptimo.

Tampoco estoy de acuerdo con estas soluciones porque contrarían el perentorio mandato del artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, que le impone tanto a los jueces de instancia como a la Corte aun en sede de casación, la obligación de resolver petición de libertad provisional “en cualquier momento procesal”; la excepción referida al numeral 5º del artículo 453 *ibídem*, sólo tiene el alcance de que no puede impetrarse y resolverse *antes* de la oportunidad de calificar el mérito del sumario. Como la misma providencia lo reconoce, la facultad de decidir sobre excarcelación con fundamento en con

dena condicional se extiende desde el momento en que se dicta auto de proceder hasta el de ejecutoria de la sentencia condenatoria de segundo grado. También aquí el derecho legalmente reconocido a obtener la propia libertad, ha de prevalecer sobre consideraciones de mero ritualismo formal.

Tales son las razones de mi respetuoso disenso del auto precedente.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

Aclaración de voto

Muy respetuosamente me permito aclarar mi voto en la siguiente forma:

1. Estoy de acuerdo con lo insinuado en la providencia, de que en el caso concreto del señor Jaime Guzmán, no hay fundamento para concederle la libertad provisional, por no reunirse los requisitos necesarios para la condena condicional. Por tanto comparto las razones que sobre el caso *sub judice* se consignan a folios 14 y 15 de la providencia.

2. Mas no estoy acorde en algunas manifestaciones que se hacen en el texto del proveído. Estimo que como lo dispone terminantemente el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, la libertad provisional en estos casos *puede concederse en cualquier momento del proceso* a partir de la calificación del mérito del sumario; el proceso aún no se ha terminado y por tanto en mi sentir tal beneficio puede otorgarse aun dentro del trámite del recurso extraordinario de casación. Las resoluciones sobre libertad en los ordenamientos de los países democráticos, no deben someterse a limitaciones formalistas ni restrictivas y debe tramitarlas cualquier funcionario que accidental o incidentalmente conozca del proceso, conforme a presupuestos supralegales. El derecho a la libertad fundado en razones sustanciales no se puede negar con argumentos formales. Por tanto, respetuosamente disiento de la afirmación tan terminante de que la Corte no tenga facultad para pronunciarse en sede de casación, sobre un beneficio de excarcelación sobre la base de una posible condena condicional, porque ésta es potestad exclusiva y excluyente de las instancias. Esta afirmación no encaja en mi manera de pensar, en el texto de la norma citada y vulnera con argumento formalista un derecho sustancial, como es el de la libertad.

3. Evidentemente hay un argumento aparentemente poderoso para reforzar el punto de vista de la mayoría de la Sala: el de que a la Corte no le es permitido prejuzgar sobre lo que es materia del recurso de casación. Sin embargo, resulta que si se analiza en conjunto nuestro sistema normativo se encuentra que precisamente en tratándose del sagrado derecho de la libertad, nuestro ordenamiento vigente autoriza al Juez para emitir juicios previos, para hacer valoraciones provisionales en torno a la libertad. Así encontramos cómo en los casos de los numerales 6 y 9 del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, se autoriza al Juez para determinar antes de la sentencia cuál sería la pena a imponer o si aun sin haber dictado auto de proceder podría determinarse la existencia de prueba necesaria para vocar a juicio. Igualmente en el caso de la prescripción, la Corte en providencias reiteradas de 7 de octubre de 1954, de 14 de febrero de 1957, de 29 de julio de 1965 y otras, ha aceptado que para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal se hagan cálculos previos para establecer la pena aplicable para el caso concreto e individualizado y no para el delito en su tipo genérico.

Surge el escollo de que el enfoque que se está exponiendo, llevaría a prejuzgar sobre la técnica de la demanda misma, pero él se remueve con la consideración de que ésta es una cuestión netamente procesal, sobre la cual prima la sustancia del derecho a la libertad. Esta valoración provisional no atenta contra el espíritu del artículo 453-5 citado, sino antes por el contrario encaja exactamente dentro de él.

4. Significa lo anterior que estoy de acuerdo con lo sostenido por los Magistrados Reyes Echandía y Dante Fiorillo Porras, de que no se puede rechazar el otorgamiento de la libertad provisional con el solo argumento de pretendida extemporaneidad cuando se dan los presupuestos de la condena condicional.

5. Por último y solo en forma tangencial, me permito observar muy respetuosamente que la providencia motivo de esta aclaración, fija criterios sobre algunas eventualidades distintas del caso a estudio, esto es, que se extiende en consideraciones que no se refieren precisamente al caso *sub judice*, sino a otras hipótesis que no son objeto ni del recurso, ni de la petición.

Podría pensarse entonces que la providencia a que me refiero está internándose en los complejos campos de la interpretación por vía general, valiéndose de la coyuntura de la aplica-

ción de una nueva norma (Ley 22 de 1980). Esto es, que se están dando pautas a los Jueces de la República para la futura aplicación de la Ley de Emergencia. Estimo que tal finalidad es ampliamente loable y de gran eficacia práctica. Sin embargo, sería menester reflexionar si tal conducta encuentra obstáculo en lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil que prohíbe a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía general o reglamentaria. Es cierto que esta es una norma del ordenamiento privado, pero también lo es que contiene sapientes principios sobre interpretación, aplicación y efectos de la ley en general. Trata esta norma de condicionar la labor de interpretación a la de *aplicación* en el caso concreto. Esto es, que la aplicación de la ley al caso concreto es la *finalidad* de la función jurisdiccional, mientras la interpretación no es sino un *medio* para lograr tal fin. "El valor vinculante que el orden jurídico confiere a las decisiones del Juez y niega a la opinión del jurisconsulto privado o del doctrinante radica en la circunstancia de que aquel al pronunciar la decisión pedida excluye la relevancia y la proponibilidad de una apreciación interpretativa diversa de aquella que se formula en el caso concreto". (*Betti Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici. — Giuffré Milano, 1949, págs. 130 y ss.*)

Se podría hasta pensar que al no tratarse de consideraciones sobre el caso sometido a decisión sea dudoso que ellas puedan catalogarse con la autoridad de los "precedentes judiciales" o que cumplan la finalidad de consolidación de la jurisprudencia, a pesar del valor intrínseco de los argumentos o de la innegable autoridad de los autores.

Y es que no debe olvidarse que el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, al darle el valor de doctrina probable a tres *decisiones* de la Corte usa este vinculante término. Se refiere a una resolución que se toma sobre un caso sometido a estudio. Se excluyen por tanto consideraciones generales sobre *hipótesis no sujetas a la decisión*.

Por tanto tímidamente pongo de presente este escollo que surge en muchas normatividades contemporáneas para la encomiable finalidad que al parecer busca la providencia acotada de evitar o disminuir los traumatismos que necesariamente surgen al entrar en vigor una nueva ley penal.

Señores Magistrados,

Lisandro Martínez Z.
Conjuez.

Bogotá, noviembre 13 de 1980.

Salvamento de voto

No comparto ni las motivaciones, ni la parte resolutoria de la anterior decisión de la mayoría, por las siguientes consideraciones que, en su oportunidad, puse en conocimiento de mis eminentes colegas de Sala.

I. Respecto de la parte motiva, porque estimo indispensable hacer las siguientes precisiones:

1. Nunca, hasta donde recuerdo, se ha puesto en tela de juicio el momento procesal en el que el Juez puede conceder *el subrogado penal de la condena condicional* y antes, por el contrario, la doctrina y la jurisprudencia, frente a las normas expresas de la ley, consideraron siempre que la *única oportunidad* en la que era legalmente posible tomar una determinación al respecto era al *momento de dictar sentencia*, ya fuera ésta de única, de primera o de segunda instancias y, en el evento del ordinal 1º del artículo 583 del Código de procedimiento penal, aun en casación.

a) Las normas del procedimiento que regulaban el instituto de la condena condicional eran, en relación con la oportunidad en la que podía tomarse una determinación al respecto, de una claridad meridiana:

"... Artículo 688. Su aplicación. El Juez, a solicitud de parte o de oficio, *al dictar la sentencia, podrá en ella misma suspender condicionalmente su ejecución* en los casos previstos por el artículo 80 del Código Penal, siempre que en el proceso se hubieren probado plenamente las circunstancias determinadas en dicho artículo..."

"... Artículo 689. Contenido de la *sentencia*. Copias. *La sentencia en que se otorgue la condena condicional* deberá contener las prescripciones inherentes a la caución de buena conducta y a la reparación de los daños causados por el delito; copia de ella se enviará al director general de prisiones y a la autoridad judicial y policiva de la residencia del condenado, y, si este estuviere detenido, al director del establecimiento de detención respectivo..."

"... Artículo 691. Extinción de pena y cancelación de fianza. Vencido el período de prueba *fijado en la sentencia*, el Juez a solicitud de parte o de oficio, declarará extinguida la pena y procederá a la cancelación de la fianza..."

"... Artículo 692. Comunicación sobre extinción de pena. Las providencias de que trata el artículo anterior se comunicarán a las mismas personas o entidades a quienes se comunicó *la sentencia de condena condicional*..."

“... Artículo 694. Ejecución de la pena por no pago de perjuicios. Si el condenado condicionalmente no pagare los perjuicios civiles dentro del término que le haya fijado el Juez, se ordenará inmediatamente la ejecución de la pena y se procederá como si la sentencia no se hubiere suspendido...”.

b) Frente a estas terminantes e inequívocas disposiciones legales, la doctrina y la jurisprudencia sostuvieron, inveterada e inmodificablemente, que la condena condicional solo podía otorgarse en la respectiva sentencia:

“...a) Cuándo se otorga. Que es en la sentencia condenatoria que se dicta cuando simultáneamente se concede la gracia de la condena condicional, se colige, en primer término, del texto del artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, en el que se señala el contenido de las sentencias. En efecto, allí se dice en su lit. e), que en la parte motiva debe indicarse ‘los fundamentos jurídicos en que se apoye, en su caso, la condena condicional o el perdón judicial’, y más adelante, en el numeral 6 del mismo artículo, se expresa que en la parte resolutive del fallo debe declararse, si fuere el caso, que ‘se otorgará la condena condicional o el perdón judicial...’”.

“...Otras alusiones a que es en la sentencia en la que se decreta la condena condicional, se encuentran en algunas otras normas legales, como el artículo 692 del Código de Procedimiento Penal, que habla de ‘la sentencia de condena condicional’, el 691, que se refiere al ‘período de prueba fijado en la sentencia’, y el 689, que menciona ‘la sentencia en que se otorgue la condena condicional...’”.

(Gustavo Humberto Rodríguez, Nuevo Procedimiento Penal Colombiano, 2ª ed. pág. 571).

“.....”.

“... Siendo, pues, potestativo del Juez de instancia el otorgamiento de la condena condicional, no corresponde a la Corte conceder tal gracia, sino cuando asume aquel carácter y en virtud del mismo procede a dictar el fallo que reemplace el recurrido...”.

“... Si el demandante aspiraba a que la Corte tomara el carácter de Juez de instancia, debió reclamar la invalidación del fallo y no aceptar la condenación que en la sentencia se hace, que le impone al reo una pena de dos años de prisión, pues en tal caso, sí habría podido la Corporación al modificar la pena, disponer lo necesario en lo

tocante a la condena condicional...” (Casación Penal. Mayo 9 de 1968). Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.

No comparto, por tanto, la siguiente equívoca afirmación contenida en el fallo de mayoría, que parece confundir el beneficio de la libertad provisional (inciso 2º del ordinal 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal), con el subrogado de la condena condicional (artículos 80 a 84 del Código Penal y 688 a 695 del de Procedimiento).

“... La citada Ley 22 de 1980, introduce dos fundamentales modificaciones al instituto de la condena condicional, reconocido y desarrollado por el Código Penal en sus artículos 80 a 84 y en el de Procedimiento Penal en sus artículos 688 a 695 y que consisten en lo siguiente: a) En cuanto a la oportunidad para su concesión, pues no pocos sostienen que solo al momento de proferirse el correspondiente auto de proceder o sentencia condenatoria, debe y puede tomarse una determinación al respecto...”.

La condena condicional jamás puede concederse en el auto de proceder; lo que puede hacerse es otorgar la libertad provisional con fundamento en los requisitos exigidos para la procedencia de aquel subrogado.

2. No comparto, tampoco, la afirmación conforme a la cual la Corte ha modificado su criterio frente al subrogado de la libertad condicional, fenómeno que siempre se consideró sujeto a la ejecutoria y firmeza de la sentencia, reservado privativamente, por ello, al Juez de primera instancia.

Fue respecto de la libertad provisional por el cumplimiento parcial de la pena imponible que el Código de Procedimiento Penal, y no la Corte, modificó los requisitos para concederla, que de acuerdo con el artículo 411 de la Ley 94 de 1938 solo procedía cuando el procesado hubiese sufrido en detención preventiva “un tiempo igual al que mereciere como pena” y que luego, de conformidad con el artículo 453 del Decreto 409 de 1971 (7º de la Ley 17 de 1975), se extendió al cumplimiento parcial de la pena, esto es, cuando el procesado había cumplido en detención “el tiempo necesario para obtener libertad condicional”, incluidas, para tales efectos, las rebajas concedidas en la Ley 40 de 1967 y aquellas a que se refiere la Ley 32 de 1971.

La Corte en casación, o como Juez de segunda instancia, que yo sepa, jamás concedió la libertad condicional, ni podía hacerlo, desde luego, porque por disposición expresa del Código de

Procedimiento Penal, ésta solo podía ser otorgada por el Juez que hubiese dictado la sentencia de primera instancia:

“...Artículo 696. Quién la concede. El condenado que se hallare en las circunstancias previstas por los artículos 85 y 89 del Código Penal, podrá solicitar la libertad condicional al Juez que hubiere dictado la sentencia de primera instancia...”.

Esta norma no ha sido modificada por disposición alguna posterior, ni lo ha sido, tampoco, por la Ley 22 de este año, luego ni la Corte en casación, ni ésta ni los Tribunales o Juzgados de segunda instancia pueden, en ningún caso, conceder este beneficio todavía:

“...La Corte cuando actúa como tribunal de casación, carece de competencia para estudiar y resolver un pedimento de libertad condicional, porque de acuerdo con lo previsto por el artículo 696 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el 7º, el competente para resolver ese pedimento es el Juez que hubiere dictado sentencia...” (Autos, 18 junio 1952, LXXII, 636; 4 febrero 1953, LXXIV, 201; 23 febrero 1956, LXXXII, 171).

Lo que sí pudo hacer la Corte a partir de la vigencia del artículo 453 del Decreto 409 de 1971 como podía hacerlo cualquier otro funcionario a quien le correspondiera decidir la cuestión, era conceder la *libertad provisional* cuando el procesado llevara en detención preventiva “el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla” (ordinal 6º, inc. 2º), que son situaciones absolutamente diferentes.

Disiento, en consecuencia, del contenido de los siguientes párrafos aprobados por la mayoría de la Sala en cuanto en ellos se afirma, reiteradamente, que los Jueces de segunda instancia, la Corte entre ellos, pueden conceder la *libertad condicional*:

“...f) En cuanto a la *libertad condicional*, la Corte, DURANTE LARGO TIEMPO, sostuvo de manera rígida su incompetencia para considerar el subrogado de la *libertad condicional como tal* y aun como factor incidente en el beneficio de excarcelación...”.

“.....”.

“...h) Varios aspectos deben analizarse en este tema. Su presentación y solución es la siguiente:...”.

“...1. ¿Puede otorgar la Corte la condena o la *libertad condicionales*?...”.

“...Se responde:...”

“...a) Como organismo jurisdiccional de instancia (de única, por fueros constitucionales o legales; de segunda, por fueros legales), posee los mismos atributos que tendría, al respecto, el de primera instancia (Tribunal); y...”.

“.....”.

“...2. ¿Y cuál es la oportunidad del Juez para conceder LA LIBERTAD o la condena condicionales?...”.

“...Se responde:...”

“.....”.

“...3. En cuanto a la *libertad condicional* debe anotarse lo siguiente:...”.

“.....”.

“...3.2. como subrogado propiamente tal:...”.

“...La Corte carece de competencia, al actuar en sede de casación, para dispensarlo. Es atributo exclusivo y excluyente de la primera y segunda instancia. Esta especialísima función solo aparece en cabeza de la Corte cuando actúa en el rol de juzgador de única o segunda instancia...”.

3. Tampoco comparto la afirmación según la cual no puede prejuzgarse sobre el tema sujeto al recurso de casación, ni aun incidentalmente, porque estimo, por el contrario, que tanto la Corte como cualquier otro funcionario judicial está obligado a resolver provisionalmente cuestiones respecto de las cuales ha de pronunciarse más adelante de manera definitiva, siendo, en este particular, numerosas las ocasiones en las que, por disposición expresa de la ley, la Corte, los Tribunales y los Jueces deben adelantar conceptos sobre cuestiones de fondo, con el objeto de decidir incidentes o actuaciones previas a las que han de ser más adelante decisiones definitivas, lo que quiere decir que el cumplimiento de tales actividades previas provisionales no es, en ningún caso, motivo de prejuzgamiento.

La Corte, luego de vacilaciones sobre esta materia, adoptó una diáfana y ya varias veces reiterada doctrina en relación con ella, uno de cuyos fundamentos fue la siguiente, contenida en auto de 3 de enero de 1978 con ponencia del Magistrado doctor Julio Salgado Vásquez:

“...Los conceptos jurídicos que los funcionarios judiciales exponen a lo largo de los procesos penales, por lo regular no tienen la característica

de ser vinculantes en forma absoluta, porque son de esencia mudable. Solo las sentencias implican el carácter de ser definitivas. En el proceso penal no hay propiamente verdades formales...”.

“.....”.

“... La mejor demostración de que las opiniones emitidas sobre el asunto materia del proceso se refieren a quien como abogado expresa conceptos sobre pleitos o controversias, que tienen la consecuencia de crearle una causal de recusación cuando, posteriormente, como Juez o Magistrado debe conocer del asunto sobre el cual produjo una opinión jurídica, radica en que el recurso de reposición le corresponde decidirlo al mismo funcionario que ha proferido la providencia reclamada. Si la opinión o concepto jurídico que el funcionario expuso en la providencia impugnada, pudiera constituirse en la causal 4ª de recusación atinente a dicha opinión, el recurso de reposición dejaría de existir, porque le compete resolverlo al mismo funcionario que ha dictado el auto contra el cual se esgrime tal recurso...”.

Ultimamente, de otra parte, la Sala ha venido sosteniendo esa tesis invariablemente:

“... los actos ejecutados por los Jueces y Magistrados en cumplimiento de sus deberes oficiales no pueden constituir, al propio tiempo, motivo de impedimento para su posterior conocimiento del asunto, afirmación tanto más cierta entre nosotros cuanto que la legislación procesal colombiana entrega de tal modo a un mismo funcionario el conocimiento de la totalidad del proceso, que bien puede éste (actuar en un proceso desde el auto con que se inicia, hasta la sentencia que le pone término)...” (Auto de 29 de marzo de 1979).

No comparto, en consecuencia, las siguientes afirmaciones contenidas en el fallo de mayoría en el sentido de que la Corte no puede decidir sobre la suspensión de la ejecución de la pena, que es actuación provisional, porque sobre ese mismo asunto trata la demanda de casación y sobre él ha de versar la sentencia que ha de proferir más adelante:

“... 4. (... , a la Corte no le es permitido juzgar sobre lo que es materia del recurso de casación, ya que anticipar un concepto exige como presupuesto no solo una pertinente autorización sino una exigencia de que así se haga. Como la Corte no está facultada para emitir juicios provisionales de excarcelación, cuando actúa en sede de casación, sobre la base de una eventual

condena condicional, no puede festinar esta decisión que precisamente es el objeto único, en el caso *sub estudio*, del mencionado recurso...”.

Menos aún comparto el fallo de mayoría si se considera que no obstante declarar éste que la Corte no tiene competencia para decidir la solicitud, porque prejuzgaría sobre la materia del recurso de casación, entra, no obstante, a transcribir el siguiente análisis de la sentencia recurrida, hecho para negar la condena condicional:

“... tanto el fallo de primera como de segunda instancia no omitieron lo relacionado con la condena condicional. En el primero se escribió: ‘al sindicado Jaime Guzmán, le aparecen varias sindicaciones por delitos contra la propiedad, pero sin comprobación dactiloscópica y sin coincidir los datos biográficos con los informados por el inculcado... se ha dicho renglones antes, que la conducta se ‘presume’ ‘buena’, pero ello no significa que haya sido siempre buena, pues dentro del plenario figuran antecedentes, o mejor sindicaciones contra un señor ‘Jaime Guzmán’, cosa que no se logró establecer con certeza contra quién recaían, por ello de conformidad con el artículo 80 del Código Penal, no se le concede el subrogado penal de la condena condicional —fls. 166 y 170—; y en el segundo se afirmó: ‘por infringir el Decreto 1135 de 1970, Jaime Guzmán ha sido solicitado a la Policía por los Juzgados 42 y 50 Penales Municipales. Le aparece otra constancia por un delito de violencia carnal y otra solicitud de captura, ignorándose a qué se debe... No es acreedor al beneficio de la condena condicional por no estar comprobada su buena conducta anterior’ —fls. 7 y 8—;...”

4. Disiento, finalmente, del criterio expuesto por la mayoría en cuanto extiende al procedimiento penal la institución de la *sentencia complementaria* autorizada en el artículo 311 del Procedimiento Civil, de la lectura de cuyo texto me parece que resulta absolutamente inaplicable al procedimiento penal y cuya adopción jurisprudencial implica violación de la norma expresa del artículo 207 de este estatuto.

“... Artículo 311. *Adición*. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o guarde silencio sobre costas, o sobre perjuicios en razón de temeridad o mala fe de las partes o sus apoderados, podrá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte. El superior podrá también complementar la sentencia del *a quo* cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada haya apelado o adherido a la

apelación; pero si el Juez de primera instancia dejó de resolver la demanda de reconvencción o algunas de las demandas de procesos acumulados, se le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria sobre ellas. El auto que deniegue la adición no admite recurso alguno...".

"...Los autos podrán complementarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o mediante recurso de reposición, o por solicitud de parte siempre que para ello no sea necesario retrotraer la actuación...".

Contra esta norma de procedimiento civil existe, en el de procedimiento penal, la que prohíbe toda reforma a la sentencia, salvo el caso de error aritmético, en cuyo evento manda que se esté a lo dispuesto en el artículo 310 del civil:

"...Artículo 207 (Código de Procedimiento Penal). Irreformabilidad de la sentencia. Excepción. La sentencia definitiva *no es reformable* ni revocable por el mismo Juez o Tribunal que la hubiere dictado, *salvo* el caso de error aritmético, en el cual se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil...".

"....."

"...Artículo 310 (Código de Procedimiento Civil). *Corrección de errores aritméticos*. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el Juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella...".

"...Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en el artículo 205...".

No comprendo, en consecuencia, cómo una sentencia en materia criminal pueda complementarse "con otra" para subsanar omisiones respecto de "la resolución de cualquiera de los extremos de la litis", o "sobre costas" o sobre perjuicios "en razón de temeridad o mala fe de las partes o sus apoderados" o que pueda el Juez *ad quem*, en materia penal, devolver el expediente al *a quo* "si el Juez de primera instancia dejó de resolver la demanda de reconvencción o alguna de las demandas de procesos acumulados", como se prescribe para el procedimiento civil.

II. *Respecto de la parte resolutive, porque no comparto, en modo alguno, la declaración de incompetencia que en ella hace la Corte, aun para conocer, actuando como Tribunal de casación, de cualquier solicitud de suspensión de ejecución de la pena.*

1. El Congreso, mediante la Ley 22 de 17 de septiembre pasado, introdujo dos (2) sustanciales modificaciones al instituto de la condena condicional reglamentando en los artículos 80 a 84 del Código Penal y 688 a 695 del de Procedimiento Penal, una en cuanto a la *oportunidad* en la que es ahora legalmente posible decretar la suspensión de la ejecución de la sentencia y la otra en cuanto a la *naturaleza de la pena* que puede dar lugar a ella.

Los artículos 80 del Código Penal y 688 del de Procedimiento, en efecto, solo permitían la suspensión condicional de la condena al momento de proferirse la respectiva sentencia, en tanto que el artículo 6º de la Ley 22 de 1980 lo autoriza aun luego de proferida ésta; el artículo 80, de otra parte, solo facultaba la suspensión de las penas de arresto no mayores de tres (3) años y de prisión que no excedieran los dos (2), en tanto que el artículo 6º de la Ley 22 la extiende aun para las de presidio que no sobrepasen este último límite.

"...Artículo 6º *Cuando se haya impuesto* pena que no exceda de los *dos (2) años de presidio*, el Juez podrá suspender la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos a cinco años *si concurrieren las circunstancias señaladas en el artículo 80 del Código Penal...*".

La aplicación de esta disposición, de otra parte, no obstante que se la circunscribe a sentencias ya proferidas y que sus efectos se extienden, indebidamente, a la suspensión de la ejecución de la totalidad de la sentencia, implica, a mi juicio, una clara ampliación de la disposición del artículo 80 del Código Penal, *para todos los efectos procesales*, por virtud del principio de favorabilidad:

"...Artículo 26. (Constitución Política). Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

"...*En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable...*".

"....."

"...Artículo 6º (Código de Procedimiento Penal). *Principio de favorabilidad*. En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...".

“.....”.

“... Artículo 44 (Ley 153 de 1887). En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito...”.

“... Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo condena...”.

“... Artículo 45.”.

“... Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna...”.

2. Como resultado de estos principios, de inexcusable cumplimiento, la disposición del artículo 80 del Código Penal, modificado por el 6º de la Ley 22 de 1980, queda así:

“... Artículo 80. (Mod. Ley 22, artículo 6º). Cuando se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión o presidio que no exceda de dos, podrá el Juez suspender la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos a cinco años, si concurrieren las siguientes circunstancias:...”

“... a) Que sobre el procesado no haya recaído ninguna condenación por delitos;...”

“... b) Que su conducta anterior haya sido siempre buena;...”

“... c) Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes, den al Juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio no es peligroso para la sociedad y de que no volverá a delinquir...”.

Resulta incuestionable, en suma, que actualmente pueden darse tres hipótesis en las que juegan las condiciones indicadas en el artículo 80 del Código Penal y en el 6º de la Ley 22 de 1980:

a) *Para la libertad provisional*, de conformidad con el ordinal 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal:

“... Artículo 453. Modificado. Ley 17 de 1975, artículo 7º. Casos de libertad provisional. Salvo los casos previstos en disposiciones especiales, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia si hubiere lugar a ella:

“.....”.

“... 5º Cuando llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario, aparezca que son

aplicables conforme a la ley la condena condicional (artículo 80 del Código Penal y 6º de la Ley 22 de 1980, o el perdón judicial...”.

“.....”.

b) *Para la condena condicional*, de conformidad con el artículo 688 íbidem:

“... Artículo 688. Su aplicación. El Juez a solicitud de parte o de oficio, al dictar la sentencia, podrá en ella misma suspender condicionalmente su ejecución en los casos previstos por el artículo 80 del Código Penal (y en el 6º de la Ley 22 de 1980), siempre que en el proceso se hubieren probado plenamente las circunstancias determinadas en dicho(s) artículo(s)...”; y,

c) *Para la suspensión de la ejecución de la pena*, de conformidad con el artículo 6º de la Ley 22 de 1980:

“... Cuando se haya impuesto pena que no exceda de los dos (2) años de presidio, el Juez podrá suspender la ejecución de la sentencia (en lo tocante a la pena) por un período de prueba de dos a cinco años si concurrieren las circunstancias señaladas en el artículo 80 del Código Penal...”.

Siguiendo los principios y la interpretación dados por la doctrina y la jurisprudencia a los institutos procesales anteriores, me parece que la *libertad provisional* en el evento del ordinal 5º del artículo 453 procede desde la calificación del mérito del sumario, inclusive, hasta antes de proferirse la sentencia de primera instancia; la *condena condicional* al momento de proferir la respectiva sentencia, sea ésta de única, de primera o de segunda instancias o de casación en el caso del numeral 1) del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal y la *suspensión de la ejecución de la pena* impuesta en la sentencia, luego de proferida ésta, no importa que sea de única, de primera o de segunda instancia o de casación en la hipótesis indicada atrás.

La suspensión de la ejecución de la pena es el objeto de la solicitud del procesado Jaime Guzmán, luego no puede la Corte, a mi modo de ver, negarse a considerar siquiera su estudio y resolución, bien para concederla, ya para rechazarla.

Como ya lo ha dejado muy claramente advertido el señor Magistrado Reyes Echandía, en su anterior salvamento de voto, la tesis contraria, prohijada por la mayoría de la Sala, parte del supuesto equivocado “de que su otorgamiento después de ejecutoriada la sentencia lesiona el principio de la cosa juzgada” o entraba el nor-

mal desarrollo de los trámites procesales, lo que no es rigurosamente exacto:

“...la institución que se comenta no modifica la estructura sustancial de la sentencia; se limita, como ya se indicó, a suspender condicionalmente la ejecución de la pena impuesta; y resulta de ostensible lógica jurídica que aquella ejecución es fenómeno diverso y posterior al de la sentencia condenatoria a la cual se refiere; por manera que su otorgamiento ulterior deja incólume aquella providencia...”

“.....”

“...Rechazar el otorgamiento de la institución que se comenta cuando se dan sus presu-

puestos legales con el sólo argumento de pretendida extemporaneidad, es negar al reconocimiento del bien jurídico de la libertad personal a que tiene derecho el condenado, con fundamento en formalismos insustanciales...”

Otras numerosas críticas podrían formularse al fallo de mayoría, pero estimo que las consideraciones anteriores son suficientes para explicar mi respetuosa, pero radical inconformidad, con su contenido.

Dante L. Fiorillo Porras

Noviembre 7 de 1980.

RIÑA IMPREVISTA

No puede beneficiarse con la diminuyente, quien habilidosamente provoca en forma deliberada la riña

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., octubre 29 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*.

Aprobado: Acta número 95, octubre 28/80.

Vistos

Decide la Corte acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jorge Eliécer Ortiz Rozo y su defensor, contra la sentencia de 1º de marzo de 1979, mediante la cual, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al confirmar la de primera instancia del Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, le condenó a la pena principal de ocho años de presidio, a más de las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio en Luis Hernando Díaz Acevedo.

Hechos

En las primeras horas de la noche del 28 de noviembre de 1976, en la cantina que Luis Alfredo Murcia Guzmán tenía en "La Pradera" del Municipio de Acacías, se encontraban tomando licor Vidal Silva, Luis Arnoldo Guzmán y los hermanos Hernando y Guillermo Díaz Quevedo, siendo atendidos por Jorge Eliécer Ortiz Rozo. De pronto allí se suscitó un alegato y los hermanos Díaz Quevedo, se retiraron del lugar, pero poco después y frente a la casa de Cupertino Guerrero, fueron alcanzados por Jorge Eliécer Ortiz Rozo y Luis Arnoldo Guzmán Rozo, e hicieron los disparos que causaron la muerte a Hernando Díaz Quevedo (sic).

La demanda

El censor invoca la causal segunda de casación en cuanto en su criterio "la sentencia acusada 'está en desacuerdo con el veredicto del Jurado'".

En orden a fundamentarla, expone:

El veredicto unánime fue: "Sí es responsable de homicidio en riña", con lo cual el Jurado quiso reconocer la atenuante de responsabilidad consagrada en el artículo 384 del Código Penal, pero tanto el Juzgado Superior como el Tribunal han considerado que esa riña sería la prevista en la norma 38 del mismo estatuto, lo cual está contra la voluntad del Tribunal popular que quiso reconocer la primera contra la ley, puesto que al Jurado le corresponde reconocer aquélla y le está prohibido declarar la última, puesto que esta función le corresponde únicamente al Juez de derecho.

Además, la declaración de Vidal Silva: "Se agarraron con Hernando Díaz", pone de presente que hubo una riña violenta y que fue imprevista y no pactada, por lo cual debe aceptarse "el resultado reconocido en conciencia por el cuerpo popular de jurados".

De otra parte, en las audiencias no se trató nada de la circunstancia de menor peligrosidad del artículo 38. El Fiscal pidió condenación por homicidio de propósito y el defensor, también condenación "pero en riña e ira provocada. De todo lo cual se intuye con naturalidad que si los señores jurados hubieran aceptado a plenitud los argumentos de acusación para nada habrían mencionado la expresión 'en riña', fruto de su íntima y soberana convicción", agregación que hicieron de acuerdo con el artículo 353 del Código de Procedimiento Penal.

No habiéndose proferido la sentencia en armonía con el veredicto, debe casarse para que la Corte, de acuerdo con la norma 583 del estatuto últimamente citado, dicte la que deba remplazarla.

Se responde el cargo

El veredicto unánime y escueto fue: "Si es responsable de homicidio en riña".

Para que la riña pueda tener el alcance de circunstancia de atenuación de la pena en los casos de homicidio o lesiones personales, debe haberse suscitado de un modo imprevisto, tal como claramente lo dice la misma ley (artículo 384) y como constantemente lo ha enseñado la jurisprudencia de esta Corporación. Sin que tampoco baste la simple circunstancia de la imprevisión, ya que, además se hace necesario que tal atributo se predique con relación al sindicado, es decir, que sea imprevista para él, ya que lo contrario llevaría el absurdo jurídico de beneficiar con la notable disminución que señala esa regla a quien, habilitadosamente y, en consecuencia, demostrando una mayor peligrosidad, provoca deliberadamente una riña y mata o lesiona dentro de ella, viniendo a aprovecharse, se repite, de manera astuta, del beneficio que da la ley a quien sí se ha visto colocado, de pronto, en riña imprevista.

Otra cosa sería que la riña fuera imprevista tanto para víctima como para victimario, por haberse presentado en circunstancias que le dieron tal característica, caso en el cual cualquiera de los dos puede gozar de tal beneficio, tratándose de lesiones personales recíprocas o, el homicida en el de muerte de uno de los contendientes.

Pero, la declaratoria de la riña como imprevista para el enjuiciado corresponde hacerla al jurado y no al Juez de derecho (Código de Procedimiento Penal, artículo 533 s.), así como al último compete fijar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (id. 534), sin que ninguno de los dos pueda invadir la órbita del otro, por esas expresas prohibiciones legales.

Durante la audiencia, como lo recuerda el demandante, el Ministerio Público solicitó la condena del procesado, por homicidio simplemente voluntario, en tanto que el defensor, en su primera intervención, al pedir también veredicto condenatorio, argumenta para que se le reconozca "ira por grave provocación" y la "riña imprevista", sobre la cual expone largamente para finalizar "solicitando al Jurado de conciencia entonces que se conteste el cuestionario con la

respuesta 'Sí es responsable en riña imprevista y en ira por provocación'". (Fl. 255).

La Fiscal en su segunda intervención se pronunció contra el fenómeno de la ira, así como también contra el de la riña, puesto que el provocador de ella fue el mismo sindicado (fl. 255) y el defensor, en su exposición final, volvió sobre sus ya expuestos puntos de vista e insistió "que se conteste el cuestionario Sí es responsable en riña en ira por provocación" (fl. 256).

Ya se vio la decisión: "Sí es responsable de homicidio en riña", con lo cual descartó las dos tesis de la defensa, puesto que con relación a la ira propuesta no hizo ni siquiera la menor de las alusiones y, en lo referente a la riña, apenas sí la reconoció, sin calificaciones ningunas, como lo explicó la señora Fiscal en su segunda intervención, cuando afirmó que había sido provocada por el procesado (fl. 255), dándole, pues, la razón a ésta, tanto en cuanto a la existencia de la riña en sí misma considerada, como en que por haber sido provocada por el procesado, no había sido imprevista para él.

Al Jurado no le estaba legalmente vedado estampar la simple circunstancia de la riña, sin aditamentos ningunos. Y, en la valoración de la prueba y, meditando en su conciencia entre las tesis antagónicas propuestas por Ministerio Público y Defensa, ya se vio por cuál se decidió.

En consecuencia, la sentencia impugnada en casación sí se profirió en armonía con el veredicto del Jurado, por lo cual el cargo no prospera.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, oído el Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida dentro de este proceso por el Tribunal Superior de Villavicencio, el 1º de marzo de 1979.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la Corporación de origen. Cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

R E C U R S O S

Cuando los de reposición y apelación han sido interpuestos conjunta o simultáneamente, la procedencia del de apelación está subordinada a la condición de que el de reposición ante el inferior no prospere

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 30 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 096.

Expediente número 26514

Vistos

A virtud del recurso de apelación interpuesto por el procesado y por su apoderado como subsidiario del de reposición y por el Fiscal de la Corporación, como único, el Tribunal Superior de Santa Marta, con salvedad de voto de uno de los miembros de la Sala, ha enviado a la Corte el proceso seguido contra el Juez 9º de Instrucción Criminal de esa ciudad, doctor Víctor Manuel Barrios Díaz Granados, por abuso de autoridad y violación de domicilio, para que la Sala de Casación Penal revise la providencia del 30 de junio del año en curso por medio de la cual aquella Corporación no accedió a cesar el procedimiento y decretó, simultáneamente, la detención preventiva del Juez acusado.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de criticar con evidente acierto el trámite dado a los recursos, ha concluido, no obstante, solicitando a la Corte que confirme la decisión recurrida en cuanto dispone proseguir la investigación y que la revoque, en cambio, en cuanto al auto de detención proferido contra el funcionario.

Considerandos

No tiene la Corte, sin embargo de la determinación del Tribunal de Santa Marta y del concepto del señor Procurador Delegado, competencia funcional para decidir respecto de la apelación interpuesta por el procesado, su apoderado y el Fiscal del Tribunal, a causa de haber sido extemporáneamente concedido tal recurso, esto es, sin que previamente hubiese sido resuelto el de reposición igualmente interpuesto contra la providencia en tiempo oportuno (dentro del término de la ejecutoria) y cumpliendo los requisitos exigidos por la ley para su procedencia (mediante escrito debidamente motivado).

Como se advierte del cuaderno de copias enviado a la Corte, el auto recurrido fue proferido el 30 de junio del año en curso (fls. 61 a 70) y debidamente notificado a todos los intervinientes en el proceso, al sindicado el 30 de junio, a su apoderado el 3 de julio y al Fiscal el 7 de este último mes (fl. 70 vto.).

Dentro del término de la ejecutoria formal de la providencia, ésta fue recurrida por todos los intervinientes, por el procesado y su apoderado, quienes interpusieron como principal el recurso de reposición y como subsidiario el de apelación y por el Fiscal que interpuso el de apelación, habiendo presentado el apoderado del sindicado el correspondiente escrito de sustentación del recurso el día 7 de julio (fls. 85 a 91 vto.), alegato que, correctamente, se puso en Secretaría, a disposición de las partes, por el término legal (fl. 91 vto).

El día 11 del mismo mes de julio, sin que la Corporación hubiese adoptado decisión alguna respecto de la admisión o rechazo de la reposición interpuesta contra su providencia, el Magistrado Sustanciador se apresuró a conceder el recurso

de apelación y, en consecuencia, a someter a la revisión de la Corte el auto pendiente de la decisión del propio Tribunal (fls. 96 a 97), determinación que se reiteró, con salvamento de voto del Magistrado Víctor Guardiola Jacquin el 7 de septiembre pasado, luego que la Presidencia de la Sala de Casación Penal de la Corte devolvió el asunto al Tribunal para que el recurso fuese otorgado o negado por la respectiva Sala de Decisión y no, como se había hecho inicialmente, por solo uno de sus miembros.

El proceder del Tribunal de Santa Marta, de suyo inconsecuente, peca abiertamente además, contra la naturaleza, el trámite y la oportunidad de los recursos determinados por la ley, a cuyas disposiciones deben sujetarse y subordinarse jueces y abogados y, desde luego, con mayor rigor, aquéllos.

Los autos interlocutorios, en efecto, están sujetos a los recursos de reposición y de apelación, que pueden interponerse dentro del término de la ejecutoria de las providencias, ya como recursos únicos, en cuyo caso el de reposición se resuelve directamente por el propio funcionario, sin la revisión posterior del superior y el de apelación directamente por éste sin la intervención de aquél; ya como recursos conjuntos o simultáneos, en cuyo caso la procedencia del de apelación ante el superior está subordinada a la condición de que el de reposición ante el inferior no prospere.

Los medios de impugnación, su trámite y oportunidad no han sido dejados al arbitrio de los funcionarios, sino precisamente señalados en los casos, en el tiempo y de la manera indicada por la ley.

El recurso de apelación, como es sabido, tiene por objeto hacer que el superior jerárquico revoque o modifique la decisión que ha proferido el funcionario inferior y es evidente que el recurso pierde todo fundamento y carece de objeto si la providencia es revocada o modificada por el propio Juez que la ha proferido; la causa o motivo de la impugnación resultaría entonces satisfecha y por sustracción de materia no habría ya lugar a esperar decisión alguna del superior.

En consecuencia, para saber si existe o no materia de discrepancia entre el Juez y los intervi-

nientes y por tanto para resolver si el recurso de apelación es o no legalmente procedente, el funcionario que ha proferido la decisión recurrida debe manifestar previamente si accede o no a la reposición solicitada; sólo si la disparidad de criterios se mantiene y subsiste la impugnación, corresponde al superior decidir el asunto.

El Tribunal de Santa Marta no ha dicho todavía si accede o no a la petición de revocación que le ha hecho el señor apoderado del sindicado y por no haberlo dicho no puede saberse si hay o no lugar a la decisión de la Corte; su competencia está pendiente de la Resolución que el Tribunal profiera al respecto, la cual, igualmente puede inclinar el ánimo del Ministerio Público y llevarlo a desistir de su impugnación.

El Tribunal, pues, no ha perdido su competencia para resolver el asunto, ni la ha adquirido de otra parte la Corte para hacerlo.

Para determinar la capacidad de la Sala de Casación Penal es requisito previo indispensable que el Tribunal decida sobre la reposición y para que lo haga será forzoso devolverle el expediente con ese objeto.

Bastan las anteriores breves consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—,

Resuelva:

Abstenerse, como se abstiene de decidir el recurso de apelación interpuesto, por haber sido éste extemporáneamente concedido.

Notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen para que resuelva respecto de la admisión o rechazo del recurso de reposición igualmente interpuesto contra la providencia apelada.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCUSION Y COHECHO. DIFERENCIAS

No es la iniciativa, sino la posición de igualdad de las partes, que determinan la distinción entre la concusión y el cohecho

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 30 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 95, de octubre 28/80.

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Bucaramanga, su providencia de 27 de marzo del año en curso por medio de la cual condenó al doctor Ernesto Parra Leguizamo, a la pena principal de un año de prisión como responsable por el delito de concusión cometido en el mes de agosto de 1977, cuando desempeñaba el cargo de Juez del Distrito Penal de Aduanas de esa ciudad.

En la misma sentencia no se accede a declarar la nulidad solicitada por el defensor del procesado como tampoco a otorgar la condena condicional pedida por éste para su patrocinado.

Hechos y actuación procesal

Los primeros fueron examinados y resumidos, lo mismo que las pruebas pertinentes, por esta Sala cuando conoció del proceso en virtud de apelación del auto de proceder providencia que se confirmó sin modificaciones y como quiera que a partir de la ejecutoria de la misma y en la secuela posterior del juicio tales hechos y pruebas no hubieran sufrido variación que obligara a valorarlos nuevamente, estando, por otra parte, la Sala plenamente de acuerdo con el criterio expuesto entonces sobre unos y otras así como respecto a las conclusiones que, en derecho, fueron expresadas en esa oportunidad, pasa a reproducir

lo que entonces se dijo para fundamentar la presente decisión:

“El 26 de agosto del año antepasado se presentó al Juzgado del Distrito Penal Aduanero de Bucaramanga, el ciudadano Helvecio Ortega Salazar, quien puso en conocimiento de su medio hermano Reynaldo Salazar, escribiente de dicho Juzgado, que en el almacén ‘Picolina’ situado en el sector de ‘Cabecera del Llano’ en esa ciudad se expendían mercancías de contrabando, más específicamente juguetes extranjeros.

“Por tal motivo se le recibió denuncia bajo juramento y el Juez, que para ese entonces era el actual procesado, Carlos Ernesto Parra dispuso practicar el 29 de ese mismo mes una inspección judicial al almacén en referencia que resultó ser de propiedad de la señora Ligia Mutis de Clausen.

“Para tal efecto se trasladó el día señalado el personal del Juzgado al almacén ‘Picolina’ y, una vez noticiada su dueña del objeto de su presencia allí, se procedió a revisar la mercancía ante la consternación de la propietaria que, preguntada por las facturas que amparaban las mercancías puestas a la venta dijo que unas, la mayor parte, eran de procedencia nacional, otras compradas en San Andrés Islas y las restantes adquiridas en los establecimientos denominados ‘San Andresitos’ de la ciudad.

“En dicha diligencia acompañó al personal del Juzgado un perito aforador cuyo principal cometido fue el de dictaminar sobre la procedencia de los artículos.

“Como quiera que el día mencionado no se pudiera terminar la diligencia, se dispuso por el Juez que quedara un guarda de aduana vigilando el almacén y se citó al personal del Juzgado para continuarla al día siguiente.

“Entre tanto la señora de Clausen, presa de la mayor consternación por lo que le estaba sucediendo, llamó a sus amigas Cecilia de Pérez y y Adiela de González, para noticiarlas de lo ocurrido y ellas inmediatamente se apersonaron del asunto y determinaron concurrir en las horas de la noche, a la casa del Juez para interceder por doña Ligia, junto con el esposo de la primera, Eduardo Pérez y las señoras Teresa de Cáceres y Myriam Motta, como, en efecto, hicieron, presentándose a eso de las ocho, en la residencia del doctor Parra quien se encontraba con su esposa y ante el cual expusieron su ruego, contestándoles él, en un principio, que nada podía hacer puesto que había un denunciante, pero luego, en el curso de la conversación, les manifestó que podían callar a éste dándole una suma de dinero. Ellas insinuaron cinco mil pesos, ante lo cual el Juez se rió, mencionando él sesenta mil pesos, pero terminando por concertar la de treinta mil pesos, no sin haber dicho el funcionario que al denunciante le correspondía por ley, el 10% del valor de las mercancías del almacén las cuales estimaba en quinientos mil pesos, lo que pareció excesivo a las señoras.

“Al día siguiente a eso de las nueve y media de la mañana, volvió el Juez con su personal al almacén y allí se notició a la señora de Clausen de lo convenido en la noche anterior lo que aumentó la perturbación de la señora que, desecha en lágrimas y ante la insinuación de uno de los presentes, de acudir a un banco, se dirigió al de Bogotá donde se entrevistó con el Gerente Luis Ernesto Vanegas quien accedió, de inmediato, a prestarle el dinero y, aún más, no habiendo llevado la señora, en su confusión, la respectiva chequera, dio orden de hacerle una nota de cargo y entregarle, sin más, la suma solicitada, lo que cumplió el secretario Luis Fernando Murillo. Con la mencionada cantidad en su poder, volvió la señora de Clausen a su almacén donde trató de entregarla al Juez quien se negó a recibirla diciendo que si tal hacía se sospecharía que era para él y no para el denunciante, por lo cual se entregó a Eduardo Pérez y a su señora quienes tenían que retirarse, por razones personales, del sitio y que se comprometieron a llevar al escribiente Salazar, hasta cerca del Juzgado así como de transportar la suma en cuestión para que le fuera entregada al Juez con destino al denunciante.

“Entre tanto se concluyó la diligencia con el dictamen del perito quien dio su concepto, compartido expresamente por el Juzgado, de que en el almacén solo había muñecas, en su mayoría

de fabricación nacional y como la dueña manifestara que, en su totalidad tales juguetes eran hechos en el país, se comprometió a presentar ante el Juzgado, el mismo día, fotocopia de las facturas correspondientes, compromiso que solo pudo cumplir dos días después, una vez sacadas las fotocopias (ver fl. 29).

“Puestos en camino los esposos Pérez, llevando al escribiente del Juzgado, Reynaldo Salazar, éste les manifestó que podían dejarlo cerca del despacho y así lo hicieron, apeándose unas dos cuadras antes del sitio señalado, no sin haber recibido de manos de doña Cecilia de Pérez, un sobre de manila en que, en el Banco, se habían puesto los treinta mil pesos. Con dicho sobre caminó el mencionado Salazar hasta el Juzgado, y, según su propia declaración (fl. 62), lo puso en el escritorio del Juez y después informó a éste de lo que había hecho.

“El dinero contenido en el sobre no llegó, sin embargo, a manos del denunciante quien manifestó (fl. 85), tal cosa y además, que cuando puso el denuncia se le dijo regresara a los veinte días lo cual hizo, informándosele que no había existido contrabando, después de lo cual no volvió a enterarse de nada referente al asunto.

“No obstante la cuestión trascendió llegando a oídos de la Fiscal del Juzgado Superior de Aduanas, doctora Graciela Moreno de Rodríguez, quien lo puso en conocimiento de la doctora Mariela Vega de Herrera, la cual presentó la denuncia correspondiente, el 5 de octubre de 1977, ante el Presidente de la Sala Penal del Tribunal que se deja mencionada quien ordenó una investigación preliminar.

“Posiblemente de ésta tuvo conocimiento el doctor Carlos Ernesto Parra el que, según manifiesta el declarante Eduardo Pérez Puerto (fl. 39), lo llamó desde Bogotá para recomendarle que no dijera nada sobre el dinero porque si lo hacía él (Parra), Pérez, su esposa y todos los que habían estado en el almacén ‘Picolina’ se iban a la cárcel.

“Abierta la investigación se trajeron al expediente las constancias de la calidad de Juez en el acusado, a saber: copia del acuerdo de nombramiento (fl. 41), copia del acta de posesión (fl. 36), certificado sobre ejercicio del cargo (fl. 34).

“Se recibieron las declaraciones de las señoras María Cecilia Pineda de Pérez, Adiela de González, Myriam de Motta y Teresa de Cáceres, de las cuales las señoras de Pérez y de Cáceres son enfáticas al afirmar que en la casa del doc-

tor Parra, la noche del 29, éste les dijo que podían callar al denunciante entregándole una suma de dinero ya que a éste le correspondía un porcentaje del valor de lo decomisado. Las otras dos, o sea las señoras de Motta y de González, no hablan directamente de esa insinuación si bien la primera dice que se entretuvo en examinar los tapetes de la casa del Juez (fl. 108) y la segunda asevera no haber visto la entrega del dinero pero haber oído el comentario de que se habían dado al Juez treinta mil pesos (fl. 43).

“Los declarantes Eduardo Pérez, ya mencionado, y Ligia Aguilera de Sánchez dan cuenta de que en el almacén el Juez, al intervenir ellos en favor de la señora de Clausen ante el Juez, éste les dijo que expresaran a la última que eso se arreglaba con dinero, dándole al denunciante treinta mil pesos después de lo cual éste retiraba la denuncia y él (el Juez) desaparecía o embolataba el expediente (fls. 39, 119 y 54).

“Por su parte Luis Ernesto Vanegas y Luis Eduardo Murillo, Gerente y Secretario de la Sucursal del Banco de Bogotá, en ‘Cabecera del Llano’ declararon diciendo ser cierto como ante ellos se presentó, el día atrás mencionado, la señora de Clausen, desecha en lágrimas, a solicitar un préstamo y ante una pregunta del primero relató lo que le estaba sucediendo en el almacén por lo cual el Gerente determinó darle de inmediato el dinero en la forma ya detallada (fls. 47 y 48).

“Los esposos Luis Eduardo Pérez y María Cecilia de Pérez, en los folios ya mencionados, hacen un relato circunstanciado de la forma como intervinieron en el caso de autos, especialmente del momento en que se le entregó el dinero a la segunda en un ‘bojote’ (sic y tal como había salido del Banco, lo puso ella en un bolso grande, se subió al carro de su esposo en el cual también tomó asiento el empleado del Juez y como a éste le entregaron el paquete o bolsa antes de que se bajara y ellos siguieron en el vehículo. Así mismo da cuenta el declarante de que el doctor Parra llamó posteriormente a su residencia preguntando por el esposo de ella a quien ella negó pero aprovechó esas llamadas para decirle a la exponente que manifestara a Ligia (Clausen) que se callara la boca porque estaba hablando demasiado y lo estaba perjudicando, así como también que él había obrado en favor de esta última (fl. 57).

“Interrogado, sin juramento, el doctor Carlos Ernesto Parra Leguizamo, habla sobre la visita de las señoras y del testigo Pérez a su casa la

noche del 29 de agosto para pedirle que quitara al guarda de aduanas y que hiciera algo por la señora de Clausen a lo cual dice haber respondido que esto era imposible y advirtiéndoles que el día siguiente resolvería el caso según el dictamen del perito de Aduanas y que, cuando al día siguiente se reunieron en el almacén de dicha señora continuaron la diligencia, terminada la cual la señora se comprometió a enviarle, ese mismo día fotocopia de numerosas facturas lo cual hizo por intermedio de Reynaldo Salazar empleado del Juzgado quien le llevó un sobre con las mencionadas fotocopias dejándoselo sobre su escritorio de lo cual le dio noticia tan pronto como el exponente llegó, un poco más tarde, a su despacho.

“Se llevaron a cabo diligencias de careo entre el sindicado y los testigos Eduardo Pérez, María Cecilia de Pérez y Teresa de Cáceres. En la primera de ellas sostiene el doctor Parra (fl. 149) que son falsas las aseveraciones de Pérez en particular la de que hubiera pedido dinero para el informante expresando al respecto que como le iban a dar dinero a éste si el dictamen del perito decía que se trataba de mercancía nacional (fl. 149).

“En el careo con doña Cecilia de Pérez ésta le sostiene al ex Juez que de éste partió la denuncia de que el denunciante ganaba un porcentaje y que después de expresar varias opiniones llegaron a un acuerdo sobre la suma de treinta mil pesos, suma que debían entregar antes de que se continuara la diligencia al día siguiente, todo lo cual niega terminantemente el sindicado, a lo cual replica la señora de Pérez que le parece muy rara esa actitud del acusado y reiterando sus aseveraciones (fls. 155 y ss.).

“Otro tanto sucede en el careo con la señora Teresa de Cáceres (fls. 160 y ss.), en el cual ella sostiene ante el doctor Parra que éste afirmó poderse tapar la boca al denunciante dándole dinero y convino en que treinta mil pesos era una cantidad adecuada para tal efecto, pronunciándose también una negativa del sindicado sobre el particular.

“En copia auténtica se trajo al expediente lo actuado por el Juzgado Primero del Distrito Penal Aduanero de Bucaramanga, a cargo del sindicado, en relación a la denuncia de Helvecio Horteiga Salazar (fl. 26 y ss.), en las cuales aparece la de la inspección judicial al almacén ‘Picolina’ y de la providencia de abstención producida por esa dependencia judicial (fls. 30 y 31).

“Cerrada la investigación y luego de extenso concepto del Fiscal Primero del Tribunal en que se solicita enjuiciamiento por concusión contra el doctor Parra Leguizamo, se produjo el auto materia de la alzada.

“En este, luego de un prolijo resumen de las pruebas y detenido análisis de las mismas, se sostiene que estén reunidas las exigencias legales para dictar auto de proceder.

“Especialmente se analiza la alegación del sindicado y de su apoderado sobre la imposibilidad moral en que se encontraba el primero de exigir dinero a la señora de Clausen a trueque de dejar en poder de éste las mercancías, siendo así que éstas no eran de contrabando.

“Pero dice el Tribunal, en ello radica justamente el abuso de la función pública. En el aprovechamiento indebido del temor que experimentaba la propietaria frente al poder del funcionario que amenazaba con retirar los bienes del almacén con finalidad de decomiso. Aquella creía que entre las existencias de su negocio había mercancía traída de las Islas de San Andrés. En esta base motivaba sus preocupaciones que tenían más fundamento putativo que real, según vino a demostrarlo el peritazgo escrito del Juzgado, cuando ya se había perfeccionado la ilicitud penal. En esta misma creencia abundaban las personas que intervinieron en búsqueda de la benevolencia del Juez. Pero éste aprovechó habilidosamente las circunstancias pretextando los derechos del denunciante. No pedía para sí sino para un tercero, a quien se le hizo saber en su momento que carecía de participación porque no se había encontrado contrabando. Y continúa diciendo, más adelante, el *a quo*: ‘Además el Juez conminaba con el decomiso de la mercancía, atribución conferida a los Administradores de Aduana por el artículo 12 del Decreto 1851 de 1969, ya que se había tratado de mercancía procedente del Puerto Libre de San Andrés y Providencia, traída al interior bajo un régimen preferencial de exención de derechos aduaneros (artículo 1º del Decreto 1851/69), subrogado por el artículo 1º del Decreto 1989 de 1973, cuya violación determinaba un evento de mera contravención penal aduanera (artículo 8º Ley 21 de 1977)’”.

“Así mismo analiza, para desecharla, la objeción que el sindicado y apoderado hacen de que no se iba a exigir dinero en presencia de personas desconocidas para el primero, haciendo ver al Tribunal que la mayor parte de ellas eran amigas, desde antes, del Juez Parra y que tam-

poco es posible pensar en una conjura de las señoras contra éste.

“De todo lo cual concluye que debe llamarse a juicio, como en efecto hace, al doctor Carlos Ernesto Parra Leguizamo, por el delito de concusión de que trata el artículo 156 del Código Penal.

“En la misma providencia decretó la detención preventiva del enjuiciado lo que se llevó a cabo el 20 de junio de este año, en Bogotá (fl. 246), habiéndosele remitido ese mismo día a Bucaramanga (fl. 249), donde se encuentra actualmente privado de libertad.

“En la presente instancia, el Ministerio Público, representado por el Procurador Segundo Delegado Penal, solicita que se confirme la providencia materia de la alzada.

“Además, refiriéndose a la solicitud de libertad provisional que, con base en el numeral 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal, hace el apoderado del sindicado, conceptúa en forma negativa.

“Respecto a lo primero asevera, en síntesis, la Procuraduría, que las explicaciones del Juez respecto a lo ocurrido en la visita que a su casa hicieron las amigas de la señora de Clausen se hallan desvirtuadas por las declaraciones de éstas, en particular las de Teresa de Cáceres y Cecilia de Pérez, reafirmadas en las confrontaciones tenidas con el propio sindicado y que tampoco adquiere validez el argumento de que no iba a hacer propuestas de dinero en presencia de personas desconocidas porque no se trataba de tales sino de amigas suyas. Y anota, respecto a la calidad de nacionales de las mercancías, alegadas por el Juez como prueba de que no hizo alusión a dinero para el denunciante, que en el acta de inspección judicial se dejó margen para una posible calificación de contrabando ya que se dijo que solo la mayoría de los juguetes eran de fabricación nacional.

“Finalmente, califica de inverosímil la aseveración del Juez de que la bolsa dejada en su escritorio por Salazar solo contenía fotocopias, haciendo ver que estas fueron entregadas al Juez dos días después de la inspección como aparece de la declaración de la propia señora de Clausen.

“Por lo que hace a la solicitud de libertad provisional sobre la base de reunirse en el procesado los requisitos para merecer condena condicional, pide el Ministerio Público se rechace porque ‘la realidad de autos nos indica que el doctor Carlos Ernesto Parra Leguizamo fue in-

fiel al cumplimiento de sus deberes, faltó a la importante, digna y alta misión que le confió el Estado, traicionándolo por el más ruin de los motivos, la obtención ilícita de dinero, circunstancia indicativa de peligrosidad social y de idoneidad para el delito’.

“El apoderado del recurrente se dirigió a la Sala en extenso memorial en el que solicita, en primer término, que se revoque el proveído para que en su lugar, se sobresea definitivamente en favor de su patrocinado y, subsidiariamente, que se conceda a éste el beneficio de libertad provisional conforme a lo previsto en la disposición atrás anotada.

“En relación a su primera solicitud, dice, en resumen, que si bien el doctor Parra Leguizamo, obró con torpeza al insinuar que se pagara al denunciante Helvecio Ortega para callarlo, eso no es un delito y que, en definitiva, la suerte que corriera el dinero sacado por la señora Ligia Mutis de Clausen del Banco, sólo se sabe a través de dos declaraciones: la de Reynaldo Salazar quien dice que lo entregó al Juez Parra Leguizamo, y la de éste que asevera no haber recibido dinero sino un sobre con fotocopias de facturas.

“Argumenta entonces el memorialista:

“‘Si el dinero efectivamente fue enviado con destino al Juez Parra Leguizamo, no se tiene prueba suficiente que permita concluir que llegó a manos del acusado. El empleado Salazar, en el supuesto de que lo hubiera tomado para su provecho, obviamente rechaza esta posibilidad. Pero igualmente la rechaza mi mandante. Y entre estas dos posibilidades opuestas, no se ve por qué debe atenderse únicamente la que compromete al doctor Parra Leguizamo’.

“En otros términos: ‘la única persona que afirma haber hecho entrega a mi representado del dinero que fue dejado en manos de Salazar, es éste mismo. Y su aseveración, cabe repetirlo, es enfáticamente rechazada por el doctor Parra Leguizamo. Además, corresponde insistir, en el supuesto (que resulta del rechazo de haber tomado tal dinero el doctor Parra Leguizamo) de que Salazar hubiera dejado para su provecho aquella cantidad que, se dice, le fue enviada en una bolsa al Juez, es natural que niegue tal acontecimiento y deje comprometido a mi mandante en tal aprovechamiento’.

“En memorial aparte se refiere el apoderado al concepto negativo de la Procuraduría sobre la solicitud de libertad provisional para decir que las consideraciones de ésta llevarían a establecer una excepción a la regla que, para estos

casos, establece el numeral 5º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal ya que precisamente el delito de concusión requiere que se ofenda la administración pública obrando con infidelidad a los deberes del funcionario y movido por intereses de orden económico.

“Por lo que, para conceder el aludido beneficio, no se pueden tener en cuenta, en estos casos, ni el bien jurídicamente protegido ni los móviles de la conducta delictuosa”.

Consideraciones de la Corte

“Teniendo en cuenta las pruebas que se dejan mencionadas en los apartes anteriores, pueden considerarse demostrados los siguientes hechos:

“En denuncia que, hasta el momento, aparece como espontánea, Helvecio Ortega acusó a la señora Ligia Mutis de Clausen de expender en su almacén artículos de contrabando.

“Tal denuncia motivó la actuación del Juzgado Distrital de Aduana de Bucaramanga, a cargo del doctor Carlos Ernesto Parra Leguizamo.

“Este ordenó y practicó una diligencia de inspección judicial al almacén ‘Picolina’ de propiedad de la mencionada señora, haciéndose acompañar de un perito aforador de la Administración de Aduana de la mencionada ciudad.

“Durante dicha diligencia manifestó a la dueña que iba a verse obligado a decomisar la mercancía que no estuviera amparada por la correspondiente factura de compra.

“Interrumpida la inspección por lo tarde de la hora, dejó el Juez como vigilante del almacén un guarda de Aduana que solicitó previamente a la mencionada administración.

“Ya para entonces, la dueña de ese comercio, señora de Clausen, estaba prácticamente aterrada por la diligencia y la medida anunciada y se dirigió a sus amigas en busca de ayuda cerca del Juez acusado.

“Este fue visitado por ellas esa misma noche e insinuó que pudiera arreglarse el asunto dándole dinero al denunciante para callarlo.

“El mismo Juez señaló la cantidad de treinta mil pesos como suficiente a tal efecto, añadiendo que debía entregarse antes de las ocho de la mañana del día siguiente, hora en que debía reanudarse la diligencia.

“Al otro día se puso en conocimiento de la señora de Clausen esa situación y ella, profundamente perturbada, se dirigió al Banco donde consiguió la cantidad requerida.

“Ese dinero fue entregado a Reynaldo Salazar escribiente del Juzgado para que lo diera al Juez, doctor Parra Leguizamo, quien debía entregarlo a Helvecio Ortega.

“Salazar dice que puso el dinero, en un sobre, en el escritorio del Juez y dio a éste noticia de ello.

“El Juez acusado acepta haber recibido el sobre pero dice que solo contenía fotocopias de facturas.

“También niega haber insinuado el pago de los treinta mil pesos a Helvecio Ortega.

“O sea que el acusado rechaza dos cosas: la insinuación del pago y la entrega a él del dinero.

“Pero su primera negativa la desvirtúan las plurales declaraciones que obran en el expediente y que dicen lo contrario, entre ellas, la de María Cecilia Pineda de Pérez y Teresa de Jesús Flórez de Cáceres, ya mencionadas. Se refuerzan con la de Eduardo Pérez Puerto quien se dio cuenta de la insinuación del pago el día 30 de agosto en la continuación de la diligencia y transportó a Salazar en su carro al tiempo que su esposa llevaba el sobre con el dinero que posteriormente fue entregado al escribiente para que éste, a su turno, lo diera al Juez.

“Estas pruebas, se repite, son suficientes para estimar demostrado que éste último sí insinuó el pago de dinero a entregar.

“c) Constreñimiento de la víctima. De otro lado puede decirse que esa entrega fue fruto del terror que la intervención del Juez produjo en la señora de Clausen quien temió perder las mercancías de su almacén y sufrir, por lo tanto, un daño económico grave.

“Este terror se lo causó la intervención del Juez no como persona privada sino como funcionario público en ejercicio de sus funciones, ya que fueron las determinaciones del doctor Parra Leguizamo como Juez lo que la señora en mención temía;

“d) La dación del dinero. Respecto a la segunda negativa del acusado, o sea la de haber recibido dinero en el sobre, tampoco encuentra apoyo en los autos. No es que, como lo dice el apoderado, se enfrente el dicho del Juez con el del testigo Salazar y haya que preferir el del primero, tal vez, aunque no lo dice el abogado, aplicando el principio *in dubio pro reo*, sino que está comprobado en el expediente que las fotocopias que dice el doctor Parra Leguizamo conte-

nía dicho sobre no fueron entregadas aquél día 30 de agosto de 1977 sino dos días después, luego no podían ir en el sobre que, es forzoso concluir, contenía el dinero que acababa de ser entregado a Salazar por los esposos Pérez, de lo cual no cabe duda posible. Debe considerarse, además, que para que en el trayecto de dos cuadras que caminó este último con el sobre en la mano, hubiera podido sustituir el dinero con las fotocopias se necesitaría no solo que estas ya hubieran sido tomadas (lo que se sabe no era así), sino que el escribiente las tuviera a su disposición para ponerlas en el sobre, previa sustracción del dinero, cosa que tampoco aparece por parte alguna.

“Así es que se impone la conclusión de que el sobre con el dinero fue puesto en manos del Juez y éste lo tomó para sí, apropiándose en su provecho.

“Esta conducta, o sea todo el episodio, desde el momento en que el Juez insinuó que debía pagarse al denunciante para callarlo hasta que tomó para sí el dinero contenido en el sobre, configura el delito de concusión de que trata el artículo 156 del Código Penal. No el 157 del mismo ordenamiento citado por el apoderado.

“En efecto, se dan en ella los elementos típicos de esa figura penal, a saber:

“a) Un sujeto activo calificado, o sea un funcionario público, en este caso, un Juez Distrital de Aduana;

“b) El abuso de la función. El Juez Parra Leguizamo estando legítimamente investido de las inherentes al cargo en referencia pero sin que le correspondiera llevar a cabo el decomiso de las mercancías, amenazó a la señora de Clausen con este hecho provocando en ella un evidente y grave temor de perderlas poniéndola en condiciones de adherir a la voluntad del funcionario para evitar un mal peor. Es decir, el Juez desplegó frente a la señora una violencia moral, una amenaza para producir un resultado de naturaleza psicológica que era la sumisión de ella a la voluntad de él.

“Este estado de ánimo fue aliviado por las señoras que acudieron al domicilio del Juez buscando ayudar a su amiga, la de Clausen, siendo ese el momento que aprovechó el Juez Parra Leguizamo para presentar el único remedio, según él, a la situación, o sea el pago de dinero al denunciante.

“Como era de esperarse, dados los antecedentes que se citan, esa insinuación fue aceptada de inmediato no solo por dichas señoras, cooperado-

ras inocentes del hecho delictuoso, sino por la propia víctima o sea la señora Mutis de Clausen.

“Dentro de este plano psíquico y fáctico se consumó el hecho al sacar la señora el dinero del Banco, entregárselo a los esposos Pérez, estos al escribiente Salazar y éste, por último al Juez.

“Que esta entrega no era debida, es evidente, porque el Juez no tenía por qué servir de intermediario entre denunciante y denunciado, caso que el propósito del funcionario hubiera sido entregarle a aquél esa suma lo cual no era así. Menos podía destinarla a su propio peculio.

“Hubo, pues, un procedimiento en que se utilizó habilidosamente por parte del Juez el estado anímico de miedo a la autoridad (*metus potestatis*), de la señora de Clausen, con el propósito de obtener una entrega indebida de dinero al funcionario todo lo cual configura, como se deja dicho, el delito de concusión por el cual fue llamado a juicio el apelante en decisión que merece, en virtud de todo lo expuesto, ser confirmada”.

La audiencia pública en el presente proceso se llevó a cabo el 28 de febrero del año en curso y en ella el defensor del procesado, en pormenorizada glosa de la decisión de esta Sala por medio de la cual se confirmó el auto de proceder, sostuvo, una vez más, que no se trata en el presente proceso del delito de concusión sino del de cohecho afirmación en que insiste al resumir, en el memorial correspondiente, sus alegaciones de la audiencia pública y en el cual pide ahincadamente se declare la nulidad de lo actuado por error en la denominación jurídica del delito.

El Tribunal, en la providencia que es materia del grado de jurisdicción anota, se refiere específicamente a esta solicitud para desecharla por considerar que los hechos se ajustan correctamente a la calificación que les dio esa entidad y que la Corte encontró acertada.

Y valiéndose de su propio auto de proceder, el *a quo* reitera esta afirmación considerando, al mismo tiempo, que el procesado aparece, de acuerdo con las pruebas que obran en el informativo, como responsable por el delito de concusión y por él lo condena a la pena ya mencionada, o sea a un año de prisión.

Y en cuanto a la solicitud de condena condicional también la desecha por estimar que “es tan elevado y de tanta delicadeza el Ministerio Judicial, en cualquiera de sus jurisdicciones, se vinculan a su ejercicio tantos valores tocantes con el bien público y las condiciones éticas de la co-

munidad, que difícilmente podrá otorgarse al Juez que comete concusión o que incurre en barratería el beneficio de la condena condicional” razones que, a más de otras allí mismo expuestas, llevan al *a quo* a negárselo al procesado.

“En el presente grado de jurisdicción, el Procurador Segundo Delegado Penal se muestra totalmente de acuerdo con los razonamientos y conclusiones del Tribunal por lo cual solicita que se confirme la sentencia consultada.

Consideraciones de la Corte

Revisado cuidadosamente de nuevo el proceso en orden a analizar y sopesar sus elementos probatorios tanto como las consideraciones de derecho a que dan lugar, especialmente los consignados por esta Sala en el auto por medio del cual se confirmó el de proceder, encuentra la Corte que no hay fundamento alguno para variar estas últimas pues que del expediente brota con claridad y firmeza la convicción, sustentada por las pruebas atrás mencionadas, de que el procesado es responsable del delito por el cual fue llamado a juicio.

Ya en la doctrina acotada por el Tribunal y en otras, esta Sala ha expuesto ampliamente su criterio de que *lo primordial para dilucidar si se trata de un delito de concusión o de uno de cohecho no es, como lo pretende la defensa, fijar de quién viene la iniciativa sino, ante todo, examinar la posición de las partes en orden a establecer si actúan en un plano de igualdad, como ocurre en los contratos, o, por el contrario, una de ellas, el particular, se encuentra supeditado a la otra, el funcionario, quien, para obtener sus fines, hace valer su condición oficial intimidando al otro, es decir, suscitando en este el metus potestatis que lo hace plegarse a la voluntad del agente.*

De otra parte, el medio usado no tiene por qué ser siempre, como parece entenderlo el defensor del imputado según sus argumentaciones tanto en audiencia pública como en memoriales, la imposición violenta de su voluntad o de su primacía como autoridad, sino que puede consistir en procedimientos indirectos. “No es necesario, dice Manzini, que se trate de una coacción absoluta: basta que el sujeto pasivo sea puesto por el agente en condiciones de deber adherir a la voluntad del funcionario público para evitar un mal peor, siempre que no le sea posible resistir”.

Otro autor Riccio sostiene que “el constreñimiento puede ser también causado por otros

comportamientos que no sean propia y verdadera violencia, es decir, por cualquier medio que sin ser explícitamente una amenaza determine la voluntad y cree decisiones en el sujeto pasivo". Y agrega "por consiguiente no la iniciativa sino el medio usado, la acción querida, la particular situación psicológica del particular, el dolo, establecen si se trata de una concusión o un cohecho".

Esto es lo que sucedió en el caso de autos, no hubo amenazas expresas ni coacciones explícitas pero el comportamiento del procesado produjo en el sujeto pasivo la convicción absoluta de que estaba frente a un mal grave como que se le pretendía decomisar mercancías cuya lícita adquisición no podía demostrar con la rapidez que las circunstancias requerían y abrigaba el temor fundado de perderlas, para evitar lo cual se vio afrontada al remedio sugerido por el Juez, o sea, entregarle dinero supuestamente destinado al denunciante del presunto contrabando.

El hecho de que un grupo de señoras hubieran ido a casa del funcionario a buscar un arreglo, no hace desaparecer la coacción, como también lo ha pretendido la defensa, pues esa situación fue solo un episodio en la conducta del Juez que, al tiempo que las atendía, continuaba ejerciendo vigilancia, por intermedio de un guarda de aduanas, sobre el almacén y mantenía explícitamente su propósito de adelantar la diligencia, todo ello con el fin fácilmente advertible de dejar la amenaza de decomiso pendiente como medio para doblegar la voluntad de la denunciada.

Así pues, no es posible aceptar la ahincada solicitud de nulidad hecha por el defensor quien, como se ha visto, la fundamenta en el supuesto de que se trata no de un delito de concusión sino de uno de cohecho, pretensión que cae por su base al considerar la absoluta desigualdad en que se encontraba la voluntad de la señora de Clausen frente a la decisión del Juez manifestada en hechos que no por indirectos dejaban de ser una grave amenaza para los intereses de aque-

lla, ante la cual le quedaba la alternativa de sufrir un daño económico de considerables proporciones o plegarse a entregar dinero al funcionario.

Por lo que hace a la condena condicional la Sala estima que habiéndose puesto ya en libertad, por pena cumplida, al procesado, no es del caso entrar a establecer si procede o no concederla.

Finalmente, por lo que respecta a la dosificación de la pena la Sala también comparte los criterios expuestos sobre el particular por el *a quo* al fijarla en el mínimo que la disposición violada (artículo 156 del Código Penal), señala o sea un año de prisión, ya que no obstante el afán de lucro que caracterizó la acción punible y los medios por los cuales fue llevada a cabo, no cabe incrementar la condena por ser esos ingredientes psicológicos propios del delito en sí mismo frente a lo cual aparece a la consideración del juzgador la buena conducta antecedente del procesado y la ausencia de circunstancias de mayor peligrosidad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal y acorde con el mismo,

Resuelve:

CONFIRMAR la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

El artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, se apoya en el numeral 2º del artículo 231 del Código Penal. Por ello, la primera disposición en nada difiere del tipo de falsedad en documento público del Código Penal; en consecuencia, debe conservar el mismo régimen en su tratamiento

No es punible la falsedad por culpa, ni la inocua

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 30 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 96, de octubre 30/80.

Vistos

Por vía de consulta corresponde a la Sala, revisar la providencia de 11 de julio del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá, sobreesee definitivamente a favor de la doctora María Elsy Herrera Hernández, Juez 37 Penal Municipal, por los cargos de falsedad alrededor de los cuales gira este proceso.

De la revisión del expediente se concluye que existe prueba plena y completa de que la procesada desempeñaba, por el tiempo de sucesión de los hechos investigados, el cargo de Juez 37 Penal Municipal de Bogotá (Acuerdo de elección, acta de posesión y certificación de tiempo de servicios a folios 122 y 123) y que en tal carácter le correspondió conocer de un proceso por lesiones personales en el cual aparecía como presunta víctima María Eugenia Gómez Robledo y como sindicada Teresa Castro de Riveros.

Comprobado quedó también que en dicho proceso y con fecha del 8 de marzo de 1977 se recibió declaración a la ofendida sin que tal diligencia la presidiera la Juez y en ella actuara su Secretario Jesús Isidro Lugo B. La declaración fue recibida en la casa de la señorita Gómez

Robledo por el escribiente llamado Jesús María Forero Quintero. El acta correspondiente aparece con las firmas de la Juez y de su Secretario. Con posterioridad a la declaración rendida en la casa de la denunciante, concurrió ella al Juzgado y conoció tanto a la titular del despacho como a su secretario y en vista de que ni la una ni el otro le habían tomado la declaración que como suya aparecía en el expediente así lo dijo a su abogado y éste formuló la denuncia que sirvió de cabeza de proceso junto con las demás actuaciones que se llevaron a cabo en la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial que levantó investigación disciplinaria a la Juez.

El asunto disciplinario aludido terminó mediante providencia de 21 de septiembre de 1978 (fls. 108 y ss.), con absolución. De las copias que a él pertenecen se toma para éste la declaración del escribiente Forero Quintero, a quien no se pudo encontrar durante la sumaria.

La procesada ha dicho que no tomó dicha declaración. Su Secretario afirma que tampoco intervino en la diligencia. En consecuencia, se corroboran las afirmaciones de la señorita Gómez Robledo. Y cobran mayor fuerza con la declaración del escribiente que dice haber recibido él solo la declaración en cuestión.

La declaración que recibió el escribiente lleva fecha del 8 de marzo de 1977 (fl. 26) y se dice en su texto que se practicó en la residencia de la declarante. Posteriormente, el día 12 de abril, y también en su residencia, se le recibió nueva declaración con asistencia de la Juez, del Secretario, de la apoderada de la sindicada y del apoderado de la parte civil (fl. 29). Con posterioridad a esta declaración se produjo la denuncia

ratificada el 18 de julio (fl. 5). Después viene una tercera declaración, segunda en verdad dada la clara ilegalidad de la primera, que se realizó en el Juzgado el 25 de agosto (fl. 100). En sus lineamientos generales dichas declaraciones, incluida la ilegalmente recibida, dicen más o menos lo mismo.

La procesada Teresa Castro de Riveros, autora de las lesiones en María Eugenia Gómez Robledo, fue sobreseída definitivamente por el Juzgado del conocimiento y dicha providencia recibió confirmación del Juzgado 26 Penal del Circuito el día 13 de abril de 1978 (fl. 104).

Tales son los antecedentes que, aunados a las explicaciones que en sus respectivas versiones de lo sucedido rendidas por Jesús María Forero Quintero (escribiente), Jesús Isidro Lugo B. (Secretario) y María Elsy Herrera Hernández (Juez), llevaron al Tribunal a emitir el sobreseimiento definitivo que ahora consulta, sobre la base de que aunque objetivamente comprobados los factores de la figura delictuosa prevista en el numeral 2º del artículo 231 del Código Penal, "norma a la cual remite indudablemente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal", falta en la conducta de la procesada "el importante ingrediente de la culpabilidad" y cita en su apoyo un fragmento de una providencia de esta Sala (auto de 23 de enero de 1975), que desemboca, para un caso similar, en el reconocimiento de la ausencia de dolo o intención de causar perjuicio con esa conducta, como fundamento para el sobreseimiento definitivo que allí se adopta.

El Ministerio Público, representado esta vez por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, llega a las mismas conclusiones del *a quo*, y apunta: "En el evento examinado se trata más de una de esas actuaciones que se suceden a diario en los Juzgados en muchas ocasiones por exceso de trabajo y que no obstante ser abiertamente perniciosas, no alcanza a estructurar el delito de falsedad documental y cae más adecuadamente dentro del terreno meramente disciplinario".

El artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, norma ésta que se dice transgredió la Juez acusada en el presente caso, establece que:

"Los testigos deberán ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción o el Juez, ante su Secretario, circunstancia que se hará constar en el texto de la declaración. En ningún caso y por ningún motivo podrá el Juez ni el funcionario de instrucción delegar esta función. Si el testigo no fuere interrogado por el

mismo funcionario de instrucción o el Juez y en la diligencia se afirmare que lo ha sido, el Juez o el funcionario que debió recibir la declaración y el que realmente la recibiera incurrirán, por este solo hecho, en el delito de falsedad de documento público.

"La declaración que no fuere recibida conforme a lo dispuesto en este artículo, no tendrá valor alguno".

Las reglas de procedimiento que allí se consagran y el posible delito que surgiría de contravenir las son de muy vieja data.

Solo la inclusión de las palabras "por ese solo hecho" y la denominación jurídica expresa de la infracción en que se incurre aparecen por vez primera en el Decreto 409 de 1971 que constituye el Código de Procedimiento Penal en vigencia.

La falsedad que prevé la comentada disposición quedaría sin apoyo y sin sanción si no se la relacionara con la hipótesis: "Haga aparecer que intervino en un acto una persona que no ha concurrido a él" de que trata el numeral 2º del artículo 231 del Código Penal. De la misma manera la invalidez a que se refiere el inciso segundo debe relacionarse con el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal sobre inexistencia del acto procesal.

Esta correlación de normas enclavadas en distintos Códigos para su primera forma permite afirmar que la infracción aludida en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, en nada difiere del tipo de falsedad en documento público del Código Penal y, por tanto, que se debe conservar el mismo régimen en su tratamiento.

Con fundamento en tales razones cabe recordar aquí que tanto la doctrina como la jurisprudencia constante concuerdan en sostener que dentro del sistema penal en vigencia la falsedad sólo puede darse por conducta dolosa. Y que también se tiene aceptado que no resulta punible cuando no se halla en ella la capacidad para producir un daño. Despréndese de lo anterior que no tienen relevancia penal ni la falsedad por culpa, ni la inocua.

Las palabras "por ese solo hecho" que aparecen en el cuerpo del primer inciso del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, deben entenderse como referidas a un algo intencionalmente realizado y que una vez producido con tan exclusiva especie de culpabilidad permita encontrarle un contenido dañoso, así este último sea simplemente potencial.

La prueba recogida en la sumaria del caso concreto permite afirmar con certeza que la falsedad comprobada tuvo su origen en la determinación del escribiente de tomar él solo y sin que nadie lo autorizara la declaración de la denunciante incapacitada como estaba para moverse de su residencia. Por tanto, la Juez y su Secretario fueron ajenos a dicho proceder y, lo que es más, lo advirtieron en su exacto momento, amonestaron al empleado y resolvieron no firmar el acto anómalo.

El pecado estriba entonces en que pasado algún tiempo, por negligencia, descuido, exceso de trabajo, o cualquiera otra circunstancia totalmente apartada del propósito de contrariar la verdad, esa diligencia imposible fue firmada por la Juez y por su Secretario. El mismo reconocimiento que ambos hacen del hecho, las explicaciones que dan y la versión del escribiente, indican la buena fe con que obraron en este caso. Luego se subsanó el error que no influyó en la solución del asunto, como ya se dijo.

Así las cosas la culpa en el actuar de la Juez resulta evidente y muy puestas en razón las

amonestaciones que al respecto contiene la bien concebida providencia que se revisa. Ante la ausencia de culpabilidad que se destaca de todos los análisis y razonamientos que anteceden se desintegra la infracción que se imputó a la procesada y bien está que como consecuencia de tales comprobaciones se la sobreseyera definitivamente.

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia en —Sala Penal—,

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia consultada.

Notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

Son delitos de responsabilidad aquellas conductas previstas como hechos punibles, realizadas por el funcionario dentro de la esfera de facultades o atribuciones legales, o con ocasión de las mismas.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 30 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 96, de octubre 30 de 1980.

Vistos

El señor Adalberto Ovalle Muñoz, miembro de la Cámara de Representantes por el Departamento del Cesar, en escrito presentado el dieciséis de septiembre del año en curso, denuncia al señor José Guillermo Castro Castro, actual Gobernador del mencionado Departamento, por los presuntos delitos de "abuso de autoridad y contra la integridad moral".

Las circunstancias que dieron lugar a esta acusación consisten en que el citado señor Castro Castro, por diversos medios de comunicación, ha expresado en reiteradas oportunidades que el señor Ovalle Muñoz, "había comprado votos en el Departamento del Cesar para obtener ... nominación a la Cámara en las pasadas elecciones para corporaciones públicas ... y ... que ... estaba vinculado a los grupos de narcotraficantes de la Costa Norte de Colombia, pues en una de (sus) fincas se había encontrado unos bultos de marihuana", manifestación esta última que se produjo por "distorsión" del siguiente hecho: "A fines del mes de marzo de 1978, en una de mis fincas del Departamento del Cesar, agentes del DAS decomisaron unos bultos de marihuana, que según el capataz de la finca Antonio Basilio Padilla Guerra, quien ya no es trabajador mío,

él las guardó en ella, en razón de que lo obligó un sujeto de apellido Rumbo. El capataz declaró ante las autoridades que este hecho se verificó con total ignorancia de mi parte, y que yo era enemigo de este tipo de problemas. Por la época en que esto acaeció, yo me encontraba viviendo en Bogotá, ya que desempeñaba la Presidencia de la Cámara de Representantes. Una vez que fui informado por el Jefe del DAS de Valledupar de lo que había sucedido, le solicité que pusiera en conocimiento de los Jueces competentes la comisión del delito, a fin de que fuese rigurosamente investigado. Se procedió así, y el negocio penal le correspondió por reparto al Juez 3º Penal del Circuito de Valledupar. En ese expediente se dictó auto de detención contra Antonio Basilio Padilla Guerra; posteriormente se le sobreseyó temporalmente. A petición personal del suscrito la Procuraduría Regional del Distrito de Valledupar designó un Agente Especial del Ministerio Público para ese proceso.

"En conclusión, el Gobernador del Cesar, José Guillermo Castro Castro, distorsionó un hecho delictivo, a fin de hacer una imputación falsa en mi contra, y poder relacionarme al ilegal gremio de los narcotraficantes. Esto lo hizo por medios eficaces para divulgar el pensamiento, y con ello me ha expuesto a la animadversión y el desprecio públicos".

Se invocan los artículos 32 inciso 6º, del Código de Procedimiento Penal y 175 del Código Penal y se reitera que el señor Castro Castro, con abuso de su cargo, ha lesionado en materia grave el patrimonio moral del denunciante.

Consideraciones de la Corte

Por más que en la relación anterior su autor insiste en destacar el carácter oficial de la ac-

tuación del señor Castro Castro, a efectos de establecer una competencia por razón de fuero, por parte de esta Corporación, no se advierte como realidad tal situación. Ninguna de las diferentes intervenciones del denunciado, en los variados medios de comunicación que se dice utilizó, traduce o evidencia el ejercicio legítimo de una actividad de Gobernador del Departamento del Cesar. En esas ocasiones no realizaba actos propios a su investidura ni daba cumplimiento a funciones públicas propias o exclusivas de ese carácter. Aparentemente es difícil distinguir cuándo se actúa como simple particular y cuándo como Gobernador, si la persona, en ninguna de sus intervenciones, puede desprenderse de esta dignidad y responsabilidad. Pero lo que en un principio constituye complicada distinción a la postre se convierte en comportamiento perfectamente diferenciable. La ley, entendida esta expresión en su sentido lato, suele fijar el rol público y oficial de la función, quedando por fuera de esta delimitación todo lo que no pertenezca a ese campo, así se cumpla por individuo al cual siempre se le reconozca la calidad de empleado público. El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 32-6, se refiere a los delitos de responsabilidad, esto es, a conductas previstas como hechos punibles que se realizan dentro de una esfera de facultades o atribuciones legales, o con ocasión de las mismas. El Gobernador Castro Castro, al llevar a cabo la actividad que le adjudica su denunciante, evidentemente no dejaba de ser tal, pero no es menos cierto que no estaba desempeñando una determinada función estatal ni se dedicaba a la ejecución de facultad oficial alguna. Esto de por sí indica, a las claras, que su presunto comportamiento criminoso está reservado en su juzgamiento a los jueces penales de circuito de Bogotá, conforme a lo que al respecto dispone la Ley 29 de 1944, artículo 42.

Y en cuanto al abuso de autoridad, al menos en el aspecto señalado por el memorialista (“yo estaba vinculado a los grupos de narcotraficantes de la Costa Norte de Colombia, pues en una de mis fincas se había encontrado unos bultos de marihuana” —subraya la Sala—), no tiene la entidad que se trata de caracterizar. En efecto, según el relato ya transcrito, cuando el señor Castro Castro, lanzó estas expresiones, ya las autoridades competentes tenían conocimiento de lo acaecido y se desarrollaba la correspondiente averiguación. Nótese que tan pronto ocurrió el hecho del hallazgo de la marihuana en una de las propiedades rurales del señor Ovalle Muñoz, intervino el DAS, cuyo Jefe en Valledupar le comunicó prestamente el suceso, llegándose a iniciar

la investigación y dictándose auto de detención preventiva contra Antonio Basilio Padilla Guerra (luego sobreseído temporalmente), empleado del citado señor Ovalle Muñoz. Entonces, la actividad policiva y jurisdiccional no se impidió en momento alguno y menos pudo incidir en ello el delictuoso silencio atribuido al señor Castro Castro, por su denunciante. Por sustracción de materia, por ausencia de comisión de la conducta calificada de criminosa, no es posible solicitar y aceptar la apertura de un sumario en contra de este denunciado por la actuación última que se comenta.

En consecuencia, no es el caso de que la Corte abra proceso penal al señor José Guillermo Castro Castro Gobernador del Cesar, por abuso de autoridad. Su conducta, en lo que pueda entrañar un delito contra la integridad moral del señor Adalberto Ovalle Muñoz, corresponde conocerla a los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, a quienes se enviará esta denuncia, con los documentos que con la misma se aportaron, a efecto de que tales funcionarios resuelvan lo pertinente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

De los artículos 75 y 97 de la Constitución Nacional y de los ordinales 5º, 6º, 7º y 8º del 32 del Código de Procedimiento Penal se advierte, a mi juicio, las siguientes hipótesis respecto del juzgamiento por parte de la Sala Penal de la Corte de los funcionarios sometidos a fuero:

Por la comisión de delitos comunes sin relación alguna con las funciones del cargo correspondiente:

El ordinal 5º del artículo 32 del Procedimiento Penal atribuye a la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, el conocimiento:

“...5º De los procesos *por delitos* cometidos por el presidente de la República o el encargado de la presidencia, los ministros del despacho, el

procurador general de la nación, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los consejeros de Estado y los fiscales del Consejo de Estado, en los casos en que corresponda conforme a la Constitución Nacional...”.

Esta norma es desarrollo de lo dispuesto en el artículo 102 de la Constitución Nacional, conforme al cual:

“... Artículo 102. Son atribuciones especiales de la Cámara de Representantes:

“.....”.

“... 4ª Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales o legales, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Consejeros de Estado...”.

En tal caso la competencia de la Corte está sujeta al cumplimiento previo del trámite señalado al respecto en la Constitución Nacional, conforme al cual:

“... En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:...”

“... 1ª Siempre que una acusación sea públicamente admitida, el acusado queda de hecho suspendido de su empleo...”.

“.....”.

“... 3ª Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa, y en caso afirmativo pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema...”.

Por delitos de responsabilidad únicamente:

Los casos en que la competencia de la Corte está limitada al conocimiento de delitos de responsabilidad u oficiales, de manera que sólo le está permitido conocer de los ejecutados en relación con el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente, son los siguientes, en los que el legislador, de manera expresa, circunscribió su competencia a los “delitos cometidos en ejercicio de (las) funciones” o cometidos “por razón de ellas”.

El ordinal 7º del artículo 34 dice, en efecto, que la Corte conoce:

“... 7º De los procesos que se sigan contra el registrador del estado civil, los intendentes y

comisarios, los magistrados de los tribunales administrativos, los fiscales de los tribunales superiores y de los tribunales administrativos, los procuradores delegados en lo civil, en lo penal, ante la policía y ante las fuerzas armadas y los procuradores de distrito, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas...”.

El ordinal 8º del mismo artículo precisa, igualmente, que la Corte conoce:

“... 8º De las causas de responsabilidad por infracciones penales cometidas por los senadores y representantes en el caso del artículo 75 de la Constitución Nacional...”.

La norma constitucional citada dispone, a este respecto, que:

“... Artículo 75. Toda reunión de miembros del Congreso que, con la mira de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del Poder Público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y las personas que en las deliberaciones tomen parte serán sancionadas conforme a las leyes. (Artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1968)...”.

En análogo sentido, el ordinal 2º del artículo 97 de la Constitución confiere a la Corte el conocimiento de los delitos cometidos en ejercicio de las funciones y de los actos constitutivos de indignidad por mala conducta atribuidos a los funcionarios indicados en el artículo 102, 4ª cuando aquellos delitos o estos actos constituyan infracción que tenga pena diferente a las que puede imponer el Senado:

“... 2º Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero se le seguirá juicio criminal al reo ante la Corte Suprema, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena...”.

Por la comisión de cualquier delito, ya lo sea en relación con el ejercicio del cargo correspondiente, esto es, por motivos de responsabilidad, o bien por infracción de la Constitución o leyes, ya, finalmente, por mal desempeño de las funciones:

El ordinal 6º del artículo 32 atribuye a la Corte el conocimiento:

“... De las causas que por motivos de responsabilidad, por infracción de la Constitución o

leyes, o por mal desempeño de sus funciones, se promuevan contra los jefes de departamentos administrativos, el contralor general de la república, los agentes diplomáticos y consulares de la nación, los gobernadores, los magistrados de los tribunales superiores de distrito, los magistrados de los tribunales superiores de aduanas, el tesorero general de la república, y los jefes superiores de las oficinas principales de hacienda de la nación...”.

En los casos contemplados en la disposición anterior, me parece que la competencia de la Corte no está limitada a los delitos cometidos por estos funcionarios “en ejercicio de sus funciones” o “por razón de ellas”, como lo preceptúan la regla 2ª del artículo 97 de la Constitución Nacional y los ordinales 7º y 8º del artículo 32 del Procedimiento Penal, ni se extiende, tampoco, al conocimiento de los delitos comunes cometidos sin relación alguna con el cargo, como se indica para otros en particular (Ord. 5º íbidem).

Entre ambos extremos, (competencia de la Corte para conocer sólo de delitos comunes y para conocer sólo de delitos de responsabilidad), el legislador ha impuesto a la Corporación el deber de juzgar, entre otros funcionarios, a los Gobernadores, por todas las infracciones cometidas por éstos en ejercicio del cargo, esto es, tanto por delitos de responsabilidad, como por todos los demás ejecutados con quebrantamiento de las obligaciones o prohibiciones constitucionales y legales señaladas al empleado e, incluso, de los perpetrados aun por mal desempeño de los deberes propios del cargo.

En este sentido ha venido pronunciándose la Corte últimamente y conforme a tal criterio ha dispuesto investigaciones criminales contra funcionarios de los indicados en el ordinal 6º del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, entre ellos contra un Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, el doctor Gregorio Rodríguez Vásquez, a quien, a pesar de ser acusado del delito común de calumnia, se le consideró sujeto al juzgamiento por la Corte en consideración a las funciones que desempeñaba al momento de cometer el hecho.

Esta situación es semejante a la que se presenta respecto del señor Gobernador del Cesar, doctor José Guillermo Castro Castro, quien aparece acusado de violar, en tal carácter, las normas constitucionales que imponen a las autoridades de la República, sin excepción, el deber de “proteger a todas las personas residentes en Colombia,

en sus vidas, honra y bienes” y aquellas que les hacen responsables tanto por infracción a la Constitución y a las leyes, como por extralimitación de funciones u omisión en ejercicio de éstas:

“...Artículo 16. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Artículo 9º del Acto Legislativo número 1 de 1936)...”.

“.....”.

“...Artículo 20. Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas...”.

Tenía razón, en consecuencia, el honorable Representante a la Cámara, doctor Adalberto Ovalle Muñoz, al acudir ante la Corte para que ésta investigara el comportamiento del Gobernador del Cesar, pues, como lo precisa el denunciante, las infracciones que atribuye al funcionario fueron cometidas por éste, ya abusando de su cargo o con omisión de sus deberes, ora con infracción a la Constitución y a las leyes, bier. por mal desempeño de sus funciones:

“...Considero, distinguidos Magistrados, que esa honorable Corporación es competente para conocer de esta causa, en virtud del artículo 32 inciso 6º del Código de Procedimiento Penal, ya que la responsabilidad de los gobernantes ha de mirarse no solo respecto de los asuntos a su cargo, sino respecto de las personas de sus gobernados, especialmente, de las proyecciones de su personalidad, una de las cuales es la honra...”.

“...La mecha que desencadena la explosión verbal del Gobernador del Cesar fue la inconformidad que manifesté públicamente por su ratificación como Gobernador. José Guillermo Castro Castro, se disgustó conmigo, porque abiertamente, en mi calidad de Representante a la Cámara, me opuse a que fuese ratificado en el cargo. O sea, la causa de sus ataques calumniosos es un acto mío, en contra de él, como Gobernador del Cesar.

“...José Guillermo Castro Castro, hace sus declaraciones a los medios informativos, no como un mero ciudadano, sino como Gobernador del Cesar. Al ser inquirido por algún acucioso periodista para que expre(se) si actúa en calidad de

Gobernador al formular sus cargos calumniosos es explícito que los hace con esta calidad...".

"...El Primer Mandatario de la Nación, doctor Julio César Turbay, lo regaña públicamente por excederse en sus actuaciones como Gobernador suyo, y por omitir el deber de gobernante, de poner en conocimiento de la Rama del Poder Público competente, las infracciones de la ley que ha conocido en ejercicio de su cargo...".

"...Las consecuencias, sobre el sujeto pasivo del delito son más gravosas, si el actor está revestido de la autoridad que confiere el cargo de Gobernador de un Departamento...".

"...En resumen, de la causa y del modo como ha procedido José Guillermo Castro Castro, se tiene que concluir que él hizo los cargos en mi contra, como Gobernador que era del Departamento del Cesar, con el fin de aniquilarnos social, económica y políticamente!...".

"...A fuer de lo antes expuesto, que permite ubicar el delito de *calumnia* en la órbita de la competencia de ustedes; es abusivo el Acto del Gobernador de no formular sus denuncias ante las autoridades competentes; y aprovecharse de su cargo, para utilizar la prensa nacional para menoscabar la honra de sus conciudadanos. El artículo 175 del Código Penal actualmente vigente consagra este tipo de Abuso de Autoridad...".

"...Por todo lo antes expuesto, son ustedes los competentes para investigar y sancionar penalmente al señor José Guillermo Castro Castro, actual Gobernador del Departamento del Cesar...".

En los "Anales del Congreso", que el denunciante acompaña a su denuncia, pueden leerse, en efecto, los siguientes apartes del debate político hecho por los perjudicados con el comportamiento del Gobernador del Cesar, en presencia del Ministro de Gobierno:

"... (Hemos) venido soportando, de tiempo atrás, una serie de difamaciones por parte del Gobernador José Guillermo Castro Castro, quien prevalido de su poder político, en su calidad de Gobernador de ese Departamento y como agente directo e inmediato del señor Presidente de la República, y empleando para tal fin medios eficaces para divulgar el pensamiento, como lo establece el Código Penal en lo referente a calumnia e injuria, medios de información masiva, ha lanzado cargos repetidos no solamente por la televisión sino por la prensa escrita y hablada... " (pág. 469).

"....."

"... Es preocupante que un ciudadano prevalido de su *status* legal y consciente que por esta condición de que es titular, algunos medios de información social agigantan sus declaraciones, recurra a estos instrumentos de publicidad para colocar en entredicho la dignidad de otras personas, más cuando las autoridades están instituidas para preservar y defender, entre otros bienes, la honra de los asociados omitiendo torticeramente presentar ante los mismos medios el respaldo probatorio a que se obliga el denunciante... " (pág. 475).

Los siguientes mensajes del Presidente Turbay sobre este asunto, tampoco dejan duda respecto de la actuación del Gobernador Castro Castro, unas veces con abuso de las funciones propias de su empleo, otras con omisión de sus deberes oficiales:

"... En la mañana de hoy la cadena 'Todelar' de Colombia transmitió declaraciones injuriosas del Secretario General de ese Despacho contra el señor Presidente de la Cámara, doctor Adalberto Ovalle...".

"... Si el Secretario General tiene cargos concretos que formular contra el doctor Ovalle, bajo la gravedad del juramento puede hacerlo ante las autoridades competentes...".

"... Lo que de ninguna manera está bien es que los funcionarios públicos se comprometan en campañas de prensa con finalidades políticas que se separan del correcto ejercicio de sus deberes constitucionales y legales...".

"... Favor instruir inmediatamente a todos sus colaboradores en el sentido de que promuevan ante la justicia las acciones que contra presuntos responsables de violación de la ley consideren pertinentes, absteniéndose de recurrir a los medios publicitarios en vez de utilizar los procedimientos que nuestra ordenación legal establece...".

"... Sírvase acusarme recibo...".

"Presidente, Turbay Ayala...".

"....."

"... José Guillermo Castro.

"... Gobernador del Cesar.

"... Valledupar.

"... El Representante Adalberto Ovalle se ha dirigido en mensaje telegráfico a mí para pedir respeto para su nombre y garantías para su honra, sostiene el que usted ha hecho nuevas declara-

raciones para una radiodifusora en las que reitera las acusaciones anteriores que fueron objeto de un amplio debate en la Cámara de Representantes en el cual él y sus compañeros de representación del Cesar se descargaron plenamente...”.

“...El criterio del Gobierno sobre este particular fue fijado por mí en telegrama que a usted mismo le envié con ocasión de unas declaraciones del Secretario General de su Despacho...”.

“...Si usted tiene cargos concretos debe presentarlos ante los jueces o ante el Procurador General de la Nación, pero de ninguna manera puede utilizar los medios de comunicación para formular acusaciones contra personas que mientras no se demuestre lo contrario son acreedoras al respeto general y particularmente de los Gobernantes...”.

“...Déjeme usted decirle que no me agrada ver a mis Gobernadores comprometidos en este

género de disputas y que espero que su conducta futura se acomode al espíritu de este mensaje...”.

“...Cordial saludo...”.

“Presidente Turbay Ayala...”.

Considero, en suma, que ya se miren los hechos atribuidos al señor Gobernador del Cesar como delitos de responsabilidad u oficiales o como infracción a la Constitución o a las leyes o como expresión de un mal desempeño de sus funciones, que de todas esas condiciones participa su conducta, la competencia para su juzgamiento concierne, en todo caso, a la Sala de Casación Penal de la Corte.

Con fundamento en tal consideración, muy respetuosamente, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

Bogotá, noviembre 3 de 1980.

RECURSO DE CASACION. PROCEDENCIA POR EL FACTOR PUNITIVO

El fenómeno del concurso de delitos, no se debe tener en cuenta para determinar la procedencia de este recurso extraordinario, como sí el del delito continuado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., octubre 30 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Aprobada: Acta número 96.

Expediente número 25523

Vistos

Este recurso de casación fue interpuesto por el defensor de Luis Alberto Sepúlveda Pineda, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del 23 de marzo de 1979, por medio de la cual confirmó la que había proferido el Juzgado Séptimo Superior de esta ciudad el 25 de noviembre de 1978, en la que se le impuso como pena principal, por varios delitos de homicidio y lesiones personales culposos, en concurso material, 38 meses de prisión, los que fueron elevados a 48 por la sentencia ahora recurrida. El procesado fue condenado también a la privación, por el mismo lapso, del ejercicio de la profesión de conductor en todo tipo de vehículo automotor, y al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con los delitos. Igualmente le fueron impuestas las sanciones accesorias correspondientes.

El recurso fue admitido y la demanda fue declarada ajustada a las exigencias formales que prescribe la ley.

Hechos

Así los relató en su vista fiscal el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

“En la mañana del 29 de diciembre de 1976, Luis Alberto Sepúlveda Pineda conducía el bus Dodge, último modelo, de placas T.M.15-96, afiliado a ‘Transportes Gómez Hernández’, y hacía el recorrido entre Chigorodó y la ciudad de Medellín. El cupo del automotor era de 34 pasajeros y en Dabeiba lo superó prosiguiendo la marcha con exceso de velocidad y a cuatro kilómetros de esa localidad, en una amplia curva, apenas logró detener el vehículo para dar paso a otro que transitaba en sentido contrario, para luego arrancar haciendo un viraje a la izquierda, al parecer para tomar de nuevo el centro de la vía, pero lo cierto fue que el automotor siguió hacia el abismo existente a la izquierda de la ruta a donde se precipitó, abandonado ya por el conductor, yendo a dar a las aguas del río Sucio, que a más de 200 metros pasa. Resultaron muertos 31 pasajeros, lesionados 3, desaparecidos 5 e ileso 2 y el conductor”.

Considerandos:

Se percató la Sala de su falta de competencia para admitir el recurso de casación, declarar ajustada la demanda y, con mayor razón, para dictar sentencia en el presente caso.

Si bien, aquí se dan los presupuestos para la viabilidad del recurso relativo a que la sentencia impugnada fue proferida por un Tribunal Superior de Distrito Judicial y a que se produjo en segunda instancia, no se cumple en cambio, el referente al monto de la sanción privativa de la libertad del delito o de los delitos que la motivaron para que sea susceptible de casación.

En efecto, la norma que determina las resoluciones que pueden ser objeto del recurso de casación precisa:

“Artículo 569. Procedencia del recurso. *Habrà recurso de casación en lo penal, contra las sen-*

tencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años”.

De ella se desprende que este recurso extraordinario procede contra sentencias dictadas por delitos que tienen señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años. Los delitos aludidos son los que fueron definidos en la sentencia acusada, y el “...máximo de cinco años a que debe atenderse la Corte para admitir o desechar el recurso de casación, no es el indicado en la legislación positiva para los delitos en genere, sino el imponible en el caso sub iudice...” (Autos del 21 de junio de 1957, LXXXV, 540 y 9 de septiembre de 1957, LXXXVI, 204).

Esto es obvio:

En toda sentencia el Juez declara una concreta voluntad de ley, es decir, aplica un precepto legal a una determinada relación jurídica-sustancial que es materia del proceso. Y, en penal, al hecho imputado y a su autor.

Cuando esa concreta voluntad de ley es la norma sustancial que describe el hecho punible y establece su sanción, por regla general, se integra con otras que individualizan aún más el delito constitutivo del caso juzgado, lo que permite, con mayor exactitud, fijar la sanción máxima que pudiera hipotéticamente imponerse.

En consecuencia, en esta labor de individualización entra no sólo el precepto que de manera concreta tipifica la conducta ilícita de que se trata sino también aquellos que estatuyen circunstancias específicas que agravan o disminuyen su punición y que se estimaron en la sentencia.

De aquí que la Corte enseñe:

“...El quantum de la sanción se determina en el artículo constitutivo del delito o de cada uno de los delitos por los cuales se dictó la sentencia que se pretende impugnar, y la señalada en los artículos que estructuran las circunstancias específicas que se tuvieron en cuenta para aumentar o disminuir la sanción con los aumentos máximos o disminuciones mínimas que pudieran computarse. Todo lo cual dará por separado la sanción máxima imponible en cada delito, que de resultar para uno solo de cinco o más años, hará la sentencia susceptible del recurso extraordinario de casación...” (Auto, 24 de julio de 1980).

El fenómeno jurídico de los concursos no se tiene en cuenta para este proceso de individua-

lización del ilícito. Dos son los argumentos para excluirlas: primero, porque la ley no se refiere a la sanción impuesta en la sentencia sino al máximo imponible por el delito considerado en sí mismo; y, segundo, porque los concursos no son sino mecanismos legales para graduar la pena frente a una pluralidad de infracciones, pues no son circunstancias pertenecientes a cada delito en particular como devienen las que lo modifican y las específicas de agravación o de atenuación. Si por su naturaleza los concursos no pertenecen al delito en sí, no pueden ser computados para determinar la pertinencia del recurso de casación.

No corre igual suerte el delito continuado, porque los varios ilícitos que lo integran se consideran como un solo hecho por mandato de la ley, y porque la unidad de designio que allí se exige para el enlace de las infracciones episódicas que conforman la figura, crea, por decirlo así, un nuevo tipo delictual llamado por la jurisprudencia y la doctrina, delito continuado. Comportándose, entonces, como una sola entidad ilícita, tal ficción legal se constituye en factor ineludible de la dosificación que se haga para definir si la sentencia accede a este recurso extraordinario.

En este proceso la sentencia recurrida se dictó por un concurso de delitos de homicidio y de lesiones personales, en la modalidad de culpa, cometidos al conducir un medio de transporte. A simple vista se advierte que ese fallo no puede ser cuestionado en sede de casación. Así lo entendió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, cuando inicialmente se negó a conceder el recurso con razones que encajan perfectamente con las aquí expuestas.

Dijo en esa oportunidad el Tribunal:

“...De conformidad con el artículo 370 del Código Penal la pena máxima para el homicidio culposo es la de cuatro años de prisión. En cuanto a las lesiones personales, en este caso las más graves son las que padeció el pasajero Ariel Duque Pérez (30 días de incapacidad en forma definitiva y una desfiguración facial de carácter permanente), encuadran perfectamente en lo estatuido por el artículo 373 del Código Penal, cuya sanción máxima es de seis años de prisión, ordinal 1º del artículo 373 ibídem. Pero esta penalidad tiene una disminución de las tres cuartas partes a la mitad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 380 de la obra mencionada. Es decir que la pena en modo alguno supera los cinco años de que habla el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

“Así las cosas se tiene que ninguna de las infracciones imputadas a Luis Alberto Sepúlveda Pineda, llena los requisitos que para interponer el recurso extraordinario de Casación exige la ley y por ello no prospera la petición del abogado de la defensa. Sabido es que para efectos de la competencia funcional no puede tenerse en cuenta la pena del concurso de delitos, pues cada delito concurrente es autónomo...”

No cabe duda que la Corte, en este caso concreto, incurrió en nulidad por incompetencia funcional de acuerdo con el artículo 210-1 del Código de Procedimiento Penal, al declarar admisible el recurso extraordinario de casación por auto del 2 de agosto de 1979 y darle al asunto tramitación hasta ponerlo en situación de sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, *declara* la NULIDAD de todo lo actuado en este proceso a partir de su propio auto de fecha 2 de agosto de 1979, inclusive. Consecuencialmente, *declara* INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis Alberto Sepúlveda Pineda, contra la sentencia a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Por cuanto estimé y sigo estimando que, en el presente caso, fue correctamente admitido el recurso de casación, elaboré la respectiva ponencia sobre el fondo del asunto y la sometí a estudio de la Sala, la cual se abstuvo de analizarla por considerar que no era procedente el recurso y que, en consecuencia, se debía declarar, como se hizo, su inadmisibilidad.

Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria, en razón de las siguientes apreciaciones:

El recurso de casación, entendido como la oportunidad que tiene el condenado de que la sentencia que lo afecta pueda ser sometida por la

máxima Entidad de la organización judicial a un riguroso juicio frente a la ley, ha estado reservado para los delitos considerados de mayor entidad o gravedad.

El Código de Procedimiento Penal, en sus artículos originales (556 y 557) y luego el Decreto 528 de 1964 (artículo 55), apreciaron esa gravedad desde un doble punto de vista, el de la jerarquía del juzgador y el de la cuantía de la pena.

Por el primer aspecto, se consagraba el recurso respecto de las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores en causas cuyo conocimiento hubiese correspondido a los Jueces Superiores, quienes, conveniente es recordarlo, tenían asignada la competencia en relación con los delitos de mayor entidad, a la cabeza de ellos el de homicidio en sus diversas modalidades.

Por el segundo aspecto, procedía también el recurso contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores en procesos por delitos que tuvieran señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo fuera o excediera de cinco años y que fuesen de conocimiento de los Jueces de Circuito, o de los municipales que los reemplazaron durante la efímera existencia —en ese aspecto— de la llamada Reforma Judicial de 1964.

La norma que hoy rige (artículo 569 del Código de Procedimiento Penal), unificó en el *quantum* de la pena el criterio para la procedencia del recurso, y lo hizo atendiendo a que fuera la señalada para el delito, esto es, la imponible, de naturaleza privativa de la libertad y cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Siendo el criterio de la pena el indicado legalmente para la procedencia del recurso, aparte de otros que no se discuten como aquellos de que la sentencia provenga de un Tribunal Superior de Distrito Judicial y haya sido dictada en segunda instancia, es conveniente determinar cómo debe entenderse ese máximo de pena.

No hay duda alguna en cuanto a que no se trata de la sanción efectivamente impuesta en la sentencia recurrida, esto es, de la individualización judicial de la pena, sino de la que era factible imponer, o sea, de aquel límite hasta el que se podía llegar en el más extremo caso de gravedad, o lo que es lo mismo, la individualización legal de la pena, entendiendo por ella la que hace el legislador al expedir la norma.

La divergencia de criterio se presenta cuando se relaciona esa pena con el delito, para saber si únicamente se refiere a la sanción conminada en la norma básica que lo describe, insularmente

tomada, o si se consultan también otros factores que acrecen o disminuyen ese *quantum* básico imponible, como pueden ser las circunstancias específicas de agravación o atenuación de la punibilidad o el fenómeno concursal.

Por lo que respecta a las circunstancias de agravación y atenuación, la Corte ha entendido, desde hace ya bastante tiempo, que ellas tienen que ser tenidas en cuenta para la fijación de ese monto máximo imponible. Así lo ha afirmado en providencias de 21 de septiembre de 1954 (*Gaceta Judicial*, LXXVIII, 763), 22 de octubre de 1954 (*Gaceta Judicial*, LXXVIII, 1040), 10 de diciembre de 1954 (*Gaceta Judicial*, LXXIX, 358), 29 de septiembre de 1955 (*Gaceta Judicial*, LXXXI, 312), 21 de febrero de 1956 (*Gaceta Judicial*, LXXXII, 165), 7 de mayo de 1956 (*Gaceta Judicial*, LXXXII, 620), 29 de marzo de 1957 (*Gaceta Judicial*, LXXXIV, 488), 9 de septiembre de 1957 (*Gaceta Judicial*, LXXXVI, 204).

A título de simple ilustración del tema, se inserta a continuación, ese pensamiento, contenido en decisiones de 27 de octubre de 1956 y 9 de septiembre de 1957:

“La sanción debe consultar no sólo la norma base de la disposición violada, sino aquellos preceptos que influyen en la determinación de la pena por ser modificadores de la responsabilidad. En estos casos la sanción que corresponde al delito no es únicamente la que reprime el hecho en su forma genérica, sino la imponible para el caso *sub judice*, o sea la resultante de combinar la disposición principal con todas aquellas normas que por contemplar situaciones especiales en las cuales se realiza el hecho —riña imprevista, ira o intenso dolor o complicidad correlativa— le dan al delito una fisonomía particular y lo tipifican para efecto de la pena en una modalidad distinta a la que contempla la disposición base” (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXXIII, pág. 533).

“La Corte ha interpretado esta disposición en el sentido de que el punto de partida que allí se indica (cinco años o más), ‘no se refiere a la sanción establecida para las infracciones previstas genéricamente en la ley, en abstracto, sino a la específica resultante de relacionar la pena señalada para el delito base con la deducida en la respectiva sentencia por razón de las modalidades objetivas y subjetivas de cada caso *sub judice*’” (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXXVI, pág. 204).

Recientemente ha vuelto la Corte a precisar, sobre esos mismos lineamientos, el tema objeto de las decisiones que se dejan referidas.

Así lo hizo en auto de 24 de julio de 1980 y lo acentúa ahora en su pronunciamiento mayoritario respecto del presente negocio. De ellos se desprende que ese *quantum* de pena imponible resulta de la combinación de la sanción básica con “la señalada en los artículos que estructuran las circunstancias específicas que se tuvieron en cuenta para aumentar o disminuir la sanción con los aumentos máximos o disminuciones mínimas que pudieran computarse” (auto de 24 de julio de 1980).

Se establece, así, una unificación jurídica de la pena imponible que consulta no solamente el espíritu de la norma (artículo 569), sino también la lógica jurídica, porque estas posibilidades de incremento o disminución de la pena no son ajenas al monto total imponible de sanción.

Por este aspecto, se advierte ya una amplitud conveniente y necesaria en la fijación del alcance de la expresión empleada por el texto legal “delitos que tengan señaladas una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años”, pues la interpretación rigurosamente exegética llevaría a pensar que solamente se trata de la pena establecida en la norma que describe el delito en su tipo básico o fundamental.

La providencia respecto de la cual estoy salvando, con todo respeto, mi voto, es enfática en excluir del proceso de individualización del ilícito el fenómeno de los concursos por “no pertenecer al delito en sí”, “no ser sino mecanismos legales para graduar la pena frente a una *pluralidad* de infracciones” y “porque la ley no se refiere a la sanción impuesta en la sentencia sino al máximo imponible por el delito considerado en sí mismo”.

Deja la providencia a salvo la suerte del delito continuado “porque los varios ilícitos que lo integran se consideran como un solo hecho por mandato de la ley” y porque la unidad de designio que para su configuración exige “crea, por decirlo así, un nuevo tipo delictual llamado por la jurisprudencia y la doctrina, delito continuado”.

Sin dejar de reconocer, porque no podría hacerlo, que se cuenta con un apoyo legal para hacer las consideraciones que ofrece la decisión de mayoría respecto del delito continuado y para tener, por lo mismo, como susceptibles de dar base al recurso de casación, delitos que, aisladamente considerados, no consentirían dicho recurso por razón de su propia sanción, no puedo menos de afirmar que solo en virtud de una ficción se puede hacer esa especie de unificación de las diversas penas correspondientes a cada hecho

delictivo separado para deducir como imponible una sola con el aumento que prescribe el artículo 32 del Código Penal.

Esto me lleva a hacerme la siguiente reflexión: Si en el concurso de delitos los varios hechos, constitutivos cada uno de ellos de un delito diferente, también vienen a ser sancionados, en virtud del sistema de la acumulación jurídica, con una sola pena imponible que es la correspondiente al delito más grave, con los aumentos que prescribe el artículo 33 del Código Penal, por qué no advertir también en éste otra especie de ficción, para tener, con base en ella, como unificada la sanción para el concurso, y admitir el recurso cuando ese máximo imponible, resultante de la pena del delito más grave más el incremento del artículo 33, sea igual o superior a cinco años.

Esta consideración resulta más atendible en casos como el juzgado en este proceso, ya que por la forma como ocurrieron los hechos, o sea, en un solo contexto de acción, los delitos a que ellos dieron origen se presentaron simultáneamente, en forma inseparable *ab initio*, de tal manera que, desde entonces, se sabía ya que su autor, de llegársele a deducir responsabilidad por su conducta, tendría que responder inexorablemente por un concurso material de delitos (pluralidad de homicidios y lesiones culposas), en el cual la pena imponible, dados el sistema acogido y la agravación establecida en el artículo 33 del Código Penal, rebasa el máximo de cinco años, exigido para la prosperidad del recurso.

En este proceso, "el caso *sub judice*", para tomar la expresión empleada por la Corte en las providencias transcritas, no son los delitos aisladamente considerados treinta y seis homicidios y tres lesiones culposas), sino en su conjunto, ligados indefectiblemente por el concurso y con una sanción imponible superior a cinco años, compuesta no por la suma de las que corresponderían a cada delito, sino por la del más grave, aumentada hasta en otro tanto, en lo que podría llamarse unificación jurídica de la pena.

Esta apreciación parece no violentar el sentido y alcance de la norma (artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, pues se está atendiendo el criterio de gravedad, que es el que ha imperado siempre en la ley para otorgar el recurso de casación, criterio de gravedad que está centrado

al presente en la pena imponible, que para un delito juzgado separadamente será la básica más las agravaciones o atenuaciones específicas, y que para el concurso de delitos es la del más grave aumentable hasta en otro tanto (artículo 33 del Código Penal).

Es que, para decirlo de otra manera, no se advierte por qué para el delito aisladamente considerado se deba consultar, en orden a encontrar su pena imponible, tanto la sanción básica como sus agravaciones y atenuaciones, y en cambio, cuando se trata de delitos en concurso, no obstante que la ley prescribe que su sanción es la del más grave aumentada hasta en otro tanto, no se puede tener como pena imponible, el resultante de esta operación.

A las precedentes apreciaciones, de tipo teórico si se quiere, se suma, en el caso que se estudia, la consideración de que el tema fue discutido en el ámbito del proceso, pues el Tribunal en principio negó el recurso y luego lo concedió. Para la Corte no pudo ser desconocido este hecho y, no obstante, admitió el recurso y aceptó la demanda como ajustada a las prescripciones formales que prescribe la ley.

En cuanto a la gravedad del caso nadie podría negársela ni aminorársela, pues así el comportamiento del procesado haya sido culposo, ocasionó el impresionante resultado de 31 muertos, 5 personas desaparecidas y tres lesionadas.

Un caso de tal gravedad, sancionado en concurso delictual con una pena *imponible* que supera los cinco años, debió haber merecido, si es que la gravedad constituye el criterio determinante del recurso, ser debatido en casación, máxime que habiéndose tenido en cuenta el sistema concursal para la fijación de la pena que se le impuso al procesado, no se ve la razón para descartarlo cuando de la favorable para él se trata, o sea, del conocimiento del proceso por parte de la Corte, diciendo respecto de este punto que los delitos deben ser ya considerados aisladamente.

Estas sencillas anotaciones fundamentan mi respetuoso disenso de la decisión de mayoría en el tema que nos ocupa.

Dario Velásquez Gaviria
Magistrado.

DERECHO DE DEFENSA

Cómo debe alegarse en casación el quebrantamiento del derecho de defensa, por la omisión de practicar pruebas fundamentales para el proceso

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 4 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bortero*.

Aprobada: Acta número 98.

Expediente número 25837

Vistos

Se entra a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el 24 de septiembre de 1979, que confirmó la condenatoria del Juzgado Primero Superior de Barrancabermeja el 9 de junio de ese mismo año y por medio de la cual se impuso a Eugenio Rodríguez Moreno la pena principal de ocho años de presidio y las accesorias de rigor por el delito de homicidio en la persona de Ricardo Gil Narváez.

Hechos

“... En las horas de la tarde del día 1º de mayo de 1977, en el corregimiento de ‘Vijagual’ comprensión Municipal de Puerto Wilches, numerosos campesinos de la región departían alicorantes en algunos establecimientos en completa armonía especialmente en el de propiedad de Euclides Alcocer, de donde salió Ricardo Gil Narváez al establecimiento de Bertha Ahumada, con el fin de cancelar una deuda, cuando intempestivamente fue agredido por Eugenio Rodríguez Moreno, quien con arma cortopunzante le

ocasionó numerosas heridas que determinaron su muerte en forma inmediata...”.

Actuación procesal

La investigación la inició el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Wilches y la continuó el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal.

El Juzgado Primero Superior de Barrancabermeja, llamó a responder en juicio a Eugenio Rodríguez Moreno, como autor responsable del delito de homicidio en Ricardo Gil Narváez.

En término probatorio de la causa se pidió la práctica de pruebas, que al parecer no se practicaron. En la audiencia pública el Jurado contestó “Si es responsable de haber dado muerte, con propósito de matar, pero bajo los efectos de la embriaguez voluntaria”. Este veredicto fue acogido por el Juzgado del conocimiento que dictó en consecuencia, fallo condenatorio.

El Tribunal Superior confirmó ese pronunciamiento con la sentencia que es objeto de este recurso.

La demanda

Al amparo de la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), formula únicamente un cargo al fallo de segundo grado dictado por el Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso. Se funda en que dicha sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional (artículo 26 de la Constitución Nacional), por cuanto al no practicarse unas pruebas se violó el derecho de defensa.

Para fundamentar el cargo anota que en la causa se decretaron una inspección judicial con reconstrucción de los hechos y un careo entre los testigos José Manuel Peña Cadena y Andrés

González, sin embargo de lo cual no se practicaron.

Afirma que con esas pruebas era imperiosa la absolución del procesado, pues ellas hubieran permitido reconocer plenamente la forma como ocurrió el hecho y la razón determinante del mismo.

Consecuente con lo anterior solicita que se case decretando la nulidad del proceso desde el auto que ordenó practicar las aludidas pruebas, exclusive.

El Ministerio Público

Acepta que las pruebas referidas no fueron practicadas, pero observa que no es cierto "...que el proceso haya quedado desprovisto de elementos de juicio suficientes para la determinación que tomó el juzgador respecto al procesado...".

En este orden de ideas, apunta:

"...En el presente caso, los juzgadores no solamente disponían de otros valiosos elementos de juicio como la confesión del procesado y las versiones de dos testigos oculares cuyas versiones sobre los hechos aparecen acordes y no infirmados por nadie...".

Al efecto concluye:

"...la omisión en la práctica de las probanzas aludidas no afectó el derecho de defensa del procesado...", para terminar pidiendo que se deseché el cargo "...por carecer de fundamento...".

Se considera

Afirma el demandante que se violó el derecho de defensa porque, en el término probatorio de la causa, se dejaron de practicar unas pruebas que eran fundamentales para el proceso.

Si para demostrar este quebranto se aduce que tales elementos de convicción tenían la virtualidad de cambiar sustancialmente la situación jurídica del procesado, de haber sido conocidos por el jurado o por el Juez sentenciador, tendrían, entonces, que aportarse con la demanda las mencionadas pruebas para establecer con certeza si realmente poseían la capacidad modificadora que se les atribuye, actuación imposible en la casación que, por definición no es un recurso probatorio.

No obstante lo anterior, para fundamentar, en estos casos, la violación del derecho de defensa, ante la imposibilidad jurídica de aportar la pue-

ba, es de recibo la afirmación de que una probanza no practicada era trascendente, siempre y cuando se logre acreditar que los datos que suministra el proceso conducen a esa conclusión.

Ya el Ministerio Público dejó sin piso la trascendencia de las pruebas a que se refiere el demandante porque, según su criterio, que compare la Sala, la inspección judicial que se reclama tendría que hacerse con base en la confesión del procesado y la versión de dos testigos acordes y no infirmados por nadie, lo que permite concluir que no podría favorecerlo de manera manifiesta; y en cuanto al "...careo entre Andrés González y Manuel José Peña no tenía por objeto confrontar sus dichos en lo referente a la autoría del homicidio o el momento de los hechos, sino a circunstancias anteriores consistentes en que mientras González dice haber observado que el procesado exhibía un arma en presencia de Peña, este dice no haberse presentado tal hecho...".

Frente a la certeza de que los elementos de juicio no recaudados resultarían vanos para la defensa, porque, en el mejor de los eventos, no incidirían favorablemente en la situación jurídica del procesado, se debe concluir que con su omisión ni se impidió ni se obstaculizó el derecho de defensa.

En consecuencia, la censura no prospera.

En mérito de lo expuesto, 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 fechada el 24 de septiembre de 1979, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ. RECUSACION AL FUNCIONARIO QUE HACE USO DE ELLOS

Cuando el Juez hace uso de los poderes disciplinarios que le confiere la ley, no puede ser separado del conocimiento a través de una recusación, porque cuando es irrespetado o desobedecido, el ordenamiento jurídico lo ha constituido en árbitro propio de la ofensa o el desacato

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 5 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 98, de noviembre 4 de 1980.

Vistos

Por vía de apelación conoce la Corte de la providencia de 8 de julio de 1980, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga se abstuvo de iniciar sumario contra el doctor Félix Roldán Salcedo, Juez Segundo Civil Municipal de esa ciudad, en razón de los cargos que, por el delito de abuso de autoridad, le formuló el abogado Carlos Cobo Bejarano.

Este asunto fue repartido al suscrito Magistrado Sustanciador, y, respecto de él, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita se confirme la providencia impugnada, por cuanto que "Si la demora en desatar el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 005 aparece, de acuerdo al texto del acto, como fruto de la equivocada interpretación de la facultad de revocatoria directa ciertamente contemplada en el artículo 310, inciso 4º del Código de Régimen Político y Municipal, . . . es lo cierto que así ella, como conducta de aparente abuso genérico de autoridad se torna atípica".

De otra parte, el propio Tribunal Superior de Buga, mediante providencia de 22 de julio de 1980, también se abstuvo de abrir investigación

penal en contra del mismo Juez Segundo Civil Municipal de esa ciudad, doctor Roldán Salcedo, en relación con los cargos que, en su contra, formuló el doctor Alvaro Mena Delgado por el delito de Prevaricato cometido en el ejercicio de dicho cargo.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en la parte final de su concepto que es favorable a la confirmación del auto recurrido, expresó: "Como quiera que se tiene conocimiento de que los mismos hechos fueron materia de otro auto inhibitorio que se encuentra en apelación en el Despacho del honorable Magistrado doctor Darío Velásquez Gaviria, la Procuraduría Delegada insinúa la posibilidad de reunir ambas diligencias para que sean resueltas en una misma providencia a fin de evitar eventuales contradictorias sobre el mismo tema".

El honorable Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, a quien por reparto correspondió este segundo asunto, acogió, en auto de 13 de octubre de 1980, la sugerencia del Ministerio Público y ordenó remitir las diligencias al suscrito Magistrado.

La argumentación central del Procurador Tercero Delegado en lo Penal para solicitar la confirmación del auto apelado es la siguiente: "Aunque aparece manifiesto que el propio Juez Roldán Salcedo, había confesado anticipadamente, declarándose impedido repetidas veces para conocer negocios en que actuaba de apoderado el doctor Mena Delgado, la existencia de grave enemistad y que no habiendo desaparecido la causal, en sana lógica, debió separarse del conocimiento en el evento de autos, tal omisión carece de relevancia jurídica en el presente caso, debido a que al dejar sin efectos la mentada

resolución, revocándola a favor del sancionado, alejó toda sospecha de parcialidad que se le pudiera endilgar, cumpliéndose así el objeto fundamental que persigue la institución de los impedimentos”.

Hechos

El Juez Segundo Civil Municipal de Buga, doctor Félix Roldán Salcedo, mediante Resolución número 002 de 13 de marzo de 1980, sancionó con 12 días de arresto al abogado en ejercicio Carlos Cobo Bejarano, por cuanto éste lo agredió físicamente en uno de los pasillos del edificio donde funcionan los despachos judiciales en dicha localidad, en presencia de Gloria Barbery Guzmán, Oficial Mayor del Juzgado, y del doctor José Omar García Díaz, Fiscal 2º Superior. Esta determinación la fundamentó el Juez en la facultad contenida en el artículo 309 de la Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal). Ordenó, igualmente, poner los hechos en conocimiento del Tribunal Superior para los fines del artículo 50 del Decreto 196 de 1971 (Estatuto del Ejercicio de la Abogacía).

De la resolución se notificó el doctor Cobo Bejarano el 5 de mayo de 1980 y al día siguiente confirió poder al doctor Alvaro Mena Delgado, para los efectos de su defensa, quien presentó el 7 de mayo del presente año, su solicitud de reposición de la decisión sancionatoria.

Como no se resolvía oportunamente el recurso de reposición, el abogado sancionado, se quejó ante la Procuraduría Regional. El abogado Visitador comisionado practicó visita especial al Juzgado del cual es titular el acusado Félix Roldán Salcedo, la cual se llevó a efecto el día 11 de junio del presente año y se percató de que hasta ese momento el Juez Roldán Salcedo no había resuelto el recurso interpuesto contra la mencionada resolución. La visita en forma no pudo efectuarse ese día porque el Juez expresó que tenía que salir de su despacho a cumplir una comisión. Al ser levantada, el día 27 de ese mismo mes, la correspondiente acta, se comprobó que el Juez resolvió acerca del recurso el día once, presumiblemente una vez que el Visitador abandonó su despacho (fl. 36 de las diligencias número 26363).

Al efecto, el funcionario acusado profirió una nueva Resolución (número 005 de 11 de junio de 1980), por medio de la cual determinó no sancionar al doctor Carlos Cobo Bejarano, basado en que “el artículo 310 de la Ley 4ª de 1913, en su inciso 4º, establece que quien impone una pena

correccional con fundamento en el artículo 309 ibídem, puede en cualquier momento revocar su resolución, o rebajar la pena, o de oficio o a solicitud de parte”. En otros términos, revocó su anterior decisión.

Quedó establecido también en el expediente que desde tiempo atrás el Juez Roldán Salcedo, se venía declarando impedido en todos aquellos asuntos en que intervenía como apoderado el doctor Alvaro Mena Delgado. No obstante, no lo hizo en este caso, en el cual el mismo profesional estaba interviniendo en el trámite del recurso de reposición interpuesto contra la resolución que sancionó a su patrocinado doctor Carlos Cobo Bejarano.

Contra el Juez fueron presentadas ante el Tribunal Superior de Buga, dos denuncias con base en estos mismos hechos. La primera la formuló el abogado sancionado, doctor Carlos Cobo Bejarano, quien deduce de ellos que el funcionario cometió un delito de abuso de autoridad, por cuanto no resolvió oportunamente el recurso de reposición interpuesto por su apoderado, y que solo vino a quedar desatado el mismo día en que la Procuraduría inició visita a su juzgado en razón de la queja que él mismo formuló. La segunda denuncia la instauró el apoderado de Cobo Bejarano, doctor Alvaro Mena Delgado, para quien el funcionario acusado incurrió en el delito de prevaricato, consistente en no haberse declarado impedido, como era su deber, y lo había venido haciendo antes sin excepción, para decidir acerca de la reposición interpuesta. La causal que generalmente motivó los anteriores impedimentos fue la de la grave enemistad a que se refiere el artículo 142, ordinal 9º del Código de Procedimiento Civil.

El Tribunal ordenó, en los dos asuntos, la práctica de varias diligencias para los efectos expresados en el artículo 2º de la Ley 17 de 1975. Así se estableció la existencia de los hechos en la forma como quedaron descritos y la calidad de Juez Segundo Civil Municipal de Buga, que tenía, por la época de éstos, el doctor Roldán Salcedo.

De las providencias inhibitorias que dictó el Tribunal respecto de cada una de las denuncias se transcriben los siguientes apartes que condensan la argumentación central de esas decisiones:

“Es preciso atender para su cabal procedencia, no solamente el aspecto meramente objetivo surgido del simple vencimiento de los términos estipulados por la ley, sino que se requiere la concurrencia del elemento subjetivo interviniendo en la oportuna o tardía evacuación de los di-

ferentes negocios a estudio del funcionario, amén de circunstancias, muchas veces insuperables, que escapan a sus capacidades mentales y el afán para cumplir fielmente con sus deberes, como ocurre con el frecuente cúmulo de negocios existentes en los estrados judiciales.

“... Descartada, pues, la estructuración de un ilícito penal atribuible al doctor Félix Roldán Salcedo por no haber resuelto con prontitud la reposición solicitada por el apoderado del denunciante, sin que de su parte se vislumbre una actitud dolosa o guiada por el marcado interés de faltar *injustificadamente* a sus deberes, su conducta podría quedar circunscrita al ámbito disciplinario. Pero como esta acción también fue ejercida por el doctor Cobo Bejarano, no hay lugar al compulsamiento de copias para tales fines”. (Denuncia del doctor Carlos Cobo Bejarano).

“... No se vislumbra siquiera la posibilidad de que el funcionario cuestionado hubiera cometido un acto ‘contrario a la ley expresa o manifiestamente injusto’ por animadversión hacia el apoderado denunciante Mena Delgado, cuando dictó la Resolución número 005, pues el mencionado artículo 310 de la Ley 4ª —de 1913— facultaba al funcionario para revocar su resolución sancionatoria ‘en cualquier tiempo’ y además la reposición fue completamente favorable a su petición, por donde no se ve animadversión y menos injusticia alguna.

“La sola circunstancia de no declararse impedido el Juez Roldán Salcedo, en lugar de resolver sobre la reposición de la resolución primigenia, atendidas las otras condiciones ya vistas de la legalidad y justicia de la última resolución, no puede, en modo alguno, estructurar la presencia del delito de prevaricato a que alude el doctor Alvaro Mena Delgado, en su denuncia escrita”. (Denuncia de Alvaro Mena Delgado).

Se considera:

Por tratarse de unos mismos hechos, que para uno de los denunciados entrañan la comisión del delito de abuso de autoridad y para el otro el de prevaricato, pueden ser estudiados conjuntamente y se puede decidir acerca de ellos en una misma providencia, como lo sugiere el Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

1º En relación con el cargo que, por abuso de autoridad, se formula contra el doctor Félix Roldán Salcedo, debe precisarse que en las diligencias practicadas no se encuentra todavía una satisfactoria o al menos suficiente explicación de la

demora en resolver el recurso de reposición interpuesto por el doctor Alvaro Mena Delgado, contra la Resolución número 002 de 13 de marzo de 1980, pues no se puede tener por tal, para excluir de plano la ilicitud de la conducta del juez, la razón que él pretende dar en su oficio número 0395 de 21 de junio de 1980, dirigido al Tribunal, consistente en que la decisión sancionatoria podría ser revocada “en cualquier tiempo”, como permite hacerlo la norma que sirvió de base para dictarla. (Fls. 14 y 15 proceso número 26363).

Esta facultad discrecional debe ser entendida sin perjuicio de los recursos procedentes que sean interpuestos, pues, en ese caso, deben ser resueltos dentro de los términos que para ello fija la ley, salvo que exista situación que impida hacerlo dentro de esos marcos temporales.

A lo dicho se suma la consideración de que la revocatoria solo se produjo a raíz de la presencia del funcionario de la Procuraduría que fue a practicar visita al juzgado en relación con la queja motivada en la tardanza para resolver el recurso y, en todo caso, con posterioridad a la formulación de la denuncia penal.

Debe, por tanto, explicarse el sindicado su conducta, razón por la cual se impone ordenar, respecto de este cargo, la apertura de la correspondiente investigación.

Esta ocasión será propicia para que, además, aclare por qué no recurrió, al sancionar a quien lo agredió, a la norma especial contenida en el Código de Procedimiento Civil (artículo 39), ya que la que aplicó (artículo 309 del Código de Régimen Político y Municipal), deja a salvo las disposiciones de carácter especial; y por qué impuso doce días de arresto, cuando esta última norma, dada la jurisdicción territorial que tiene un Juez Municipal, parece no permitirle aplicar más de tres días de arresto, según consideraciones que hace el abogado en el memorial de reposición.

2º En relación con el cargo que, por el delito de prevaricato, le atribuye el abogado Alvaro Mena Delgado, consistente, según sus propias afirmaciones, en el hecho de no haberse declarado impedido conforme a la causal 9ª del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, cabe observar que si bien es cierto que en ocasiones anteriores el Juez Roldán Salcedo se declaró impedido para conocer de los asuntos en los cuales intervenía dicho abogado, no lo es menos que al proferir la nueva Resolución (número 005 de 11 de junio de 1980), mediante la cual dejó sin

valor la sanción impuesta al doctor Cobo Bejarano, despejó cualquier inquietud que pudiera subsistir en cuanto a su animadversión o parcialidad respecto de los intereses representados por el abogado Mena Delgado ya que eso cabalmente era lo que éste pretendía a través del recurso que interpuso, según la expresa manifestación de su alegato de que se repusiera para que se revocara la resolución.

Es que, como bien lo afirma el Procurador 3º Delegado en lo Penal, la esencia y objeto fundamental de la institución de los impedimentos y las recusaciones es alejar del funcionario toda sospecha que ponga en peligro la producción de una resolución o determinación de la cual pueda afirmarse que no es serena, imparcial y jurídica, y no, únicamente, la de separar al funcionario del conocimiento de un determinado asunto.

Es cierto que el Juez al tomar su decisión, ignoró al abogado, y esto, unido a la recíproca situación de animadversión que vivían, deducible de las reiteradas manifestaciones anteriores de impedimento por parte de él respecto del profesional, explica la inconformidad de éste y le hace ver aviesas intenciones en el funcionario por haber resuelto el fondo del asunto, en lugar de separarse del conocimiento.

Pero lo importante es que el interés trabado en el litigio no resultó perjudicado con esta actitud final del Juez. De otra parte, la disposición a que acudió para fundamentar la sanción permite su revocatoria por parte de quien la impuso.

Es más, el propio abogado, al formular el recurso, no solicitó al Juez que se declarara impedido, ni anunció que lo recusaría, en caso contrario.

Pero por encima de estas consideraciones, derivadas de la decisión favorable proferida por el Juez, pero que no tendrían igual cabida si otra hubiese sido la resolución, *se impone observar que en casos como el que se analiza el funcionario no tiene por qué declararse impedido, ni procede su recusación, pues la ley ha querido constituirlo, cuando es irrespetado o desobedecido, en árbitro propio de la ofensa o el desacato que, a través de él, se infiere a la investidura que ostenta. Es una atribución especial que obedece a la naturaleza de la falta y a las finalidades que se persiguen con la sanción.*

De allí la denominación de poder disciplinario que a la facultad sancionadora le da el Código de Procedimiento Civil (artículo 39) y el tratamiento de excepción que, respecto de la plenitud

de las ritualidades del juzgamiento, le reconoce la Constitución Nacional donde encuentra su fuente (artículo 27). De allí también la explicación del arbitrio que le otorga al funcionario ultrajado la Ley 4ª de 1913, en su artículo 310, para revocar la sanción que asigna o para modificar su rigor.

No tendría sentido el que la norma permitiera al funcionario imponer el castigo, pues hasta esa denominación le dan la Constitución y la ley (artículo 27 Constitución Nacional y 309 del Código de Régimen Político y Municipal) y luego facultar a su recusación, a fin de que fuera otro quien decidiera acerca del mantenimiento o modificación de la pena impuesta.

Es que la propia investidura y el respeto a la autoridad son los afectados con la ofensa o la desobediencia, antes que la persona misma del funcionario. Por eso se considera que es éste, en cuanto los encarna en ese momento, quien en mejores condiciones está de valorar el desacato y sancionarlo condignamente. La naturaleza de la falta no consiente dilaciones más allá de su propio trámite, que harían perder la eficacia ejemplarizante de la pena.

El funcionario responderá por los excesos o desvíos en que incurra en el ejercicio de este peculiar poder disciplinario y el afectado tendrá, desde luego, el derecho de procurar que, a su vez, sea sancionado aquél si incurrió en conducta reprochable.

El delito de prevaricato no tuvo, pues, existencia y, por tanto, la decisión inhibitoria del Tribunal de Buga referente a él, será confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo en parte con el concepto del Ministerio Público, expresado por intermedio de los Procuradores Segundo y Tercero Delegados en lo Penal,

Resuelve:

1º Revocar la providencia del Tribunal Superior de Buga, de fecha 8 de julio de 1980, por medio de la cual se abstuvo de iniciar sumario contra el doctor Félix Roldán Salcedo por el delito de abuso de autoridad que se le atribuye en la denuncia formulada por el doctor Carlos Cobo Bejarano, y, en su lugar, ordenar que se abra la correspondiente investigación penal.

2º Confirmar la decisión del mismo Tribunal, adoptada en providencia de 22 de julio de 1980,

mediante la cual se inhibió para abrir proceso al mismo denunciado, en razón del delito de prevaricato que le atribuyó el doctor Alvaro Mena Delgado, en libelo de 20 de junio de 1980.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PROCESO DE REVISION, INTERVENCION DE LA PARTE CIVIL

La revisión no es un recurso. Sustancialmente es una acción. En la fase rescindente de la revisión no tiene cabida la parte civil

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 13 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bortero*.

Aprobado: Acta número 102.

Expediente número 25798

Vistos

Se viene tramitando el recurso extraordinario de revisión presentado por el señor Alfonso Cadavid García, contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali lo condenó por el delito de Abuso de Confianza en la modalidad de usura.

Abierto a pruebas el proceso de revisión, y al disponer la notificación de ese auto al recurrente y al Ministerio Público según lo ordena el artículo 586 del Código de Procedimiento Penal, acudió a la Corte el señor Luis Carlos Hoyos Jiménez, quien fuera el denunciante y ofendido en la investigación que culminó con la sentencia cuya revisión se tramita, para solicitar que, por intermedio de apoderado, se le permita actuar dentro del trámite del recurso de revisión, al igual que lo hizo en las instancias en su calidad de parte civil.

El distinguido profesional que recibió poder de éste para que lleve su representación en caso de serle reconocido el derecho a actuar dentro del recurso extraordinario en tramitación, solicita que se tenga a su mandante como parte interesada en el mismo y se le reconozca personería para representarlo.

Fundamenta su pretensión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

a) El resarcimiento está condicionado a la suerte del proceso, de donde, al pedir que éste se revise, queda en peligro la indemnización establecida en él. Si prospera la demanda, como se levanta la autoridad de la cosa juzgada y se reabre el proceso, queda negada la pretensión del ofendido con el delito, quien se ve obligado a plantearla de nuevo. Si ordenada la revisión se produce sentencia absolutoria, el ofendido está obligado a restituir al procesado o a sus herederos las sumas ya recibidas. Si la parte civil estuvo presente durante toda la investigación y aportó pruebas para acreditar el quebranto sufrido y obtener el reconocimiento de la indemnización, no sería equitativo negarle competencia para oponerse al desquiciamiento de la sentencia que le sirve de soporte.

A este respecto, recuerda cómo el artículo 134 del Código de Procedimiento Penal, además de las facultades de la parte civil a que expresamente alude, concluye autorizándola para “desarrollar las demás actividades que la ley le concede”;

b) En nuestra legislación la revisión no es un acto autónomo de impugnación, sino un recurso, entendido como manifestación de oposición a las determinaciones finales del proceso, de donde colige que subsisten los vínculos de tal recurso con las cuestiones debatidas por quienes tomaron parte en aquél y, por tanto, quienes las suscitaron y sustentaron como partes no pierden en éste la calidad de tales.

Si bien la parte civil no está legitimada para proponer el recurso de revisión, pues los cinco numerales del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, solo mencionan a la parte condenada, no por ello está inhibida ni excluida para

concurrir cuando ésta lo interpone, pues no puede obligársele a abandonar situaciones consolidadas en la sentencia. Cita a Manzini en el siguiente aparte de su obra Tratado de Derecho Procesal Penal: "La parte civil tiene derecho a intervenir en el procedimiento de revisión, por efecto de su originaria constitución, pero solo produciendo memorias o instancias escritas";

c) Existe norma expresa que sustenta el derecho de la parte civil para actuar en el recurso extraordinario de revisión, y es el numeral 2º del artículo 382 del Código de Procedimiento Civil que exige al demandante precisar "nombre y domicilio de las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia para que con ellas se siga el procedimiento de revisión", norma que es aplicable en el campo penal en virtud de lo dispuesto por el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, y que lo sería también aunque éste no existiese, pues la acción civil dentro del proceso penal está respaldada no solo por el ordenamiento penal sino también por las regulaciones de carácter civil y procesal civil;

d) Al fallo de la Corte de 23 de febrero de 1952, el cual generalmente es citado cuando se trata de negar legitimación a la parte civil para actuar en el recurso de revisión, se le ha dado un alcance, en este aspecto, diferente del que le otorgó la Corporación, pues lo que se colige de él es que la parte civil carece de derecho para demandar la revisión del proceso penal, pero no para actuar en dicho procedimiento cuando el proponente del recurso es el condenado o el Ministerio Público.

En esa oportunidad no solamente la parte civil fue la instauradora del recurso, sino que parece que no había actuado en las instancias, y su pretensión rebasaba el ámbito de sus facultades, ya que aspiraba a que se agravara la responsabilidad del condenado, y por ende, la penalidad que le había sido impuesta.

Además, el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal entonces vigente restringía la órbita del reenvío a las normas civiles para llenar vacíos observados en el campo penal, pues solamente hacía aplicables, para estos efectos, "las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil" con lo cual ubicaba el radio de aplicación de la norma en la parte general de aquel estatuto, excluyendo la posibilidad de extender preceptos contenidos en otras secciones. La disposición incluida en el artículo 8º del actual Código de Procedimiento Penal no contiene esas limitaciones.

En conclusión, pide que, "sin necesidad de reponer la providencia ya emitida (alude al auto que decretó la apertura del recurso a pruebas y ordenó su notificación al recurrente y al Ministerio Público), la honorable Corte acuerda conceder audiencia al señor Luis Carlos Hoyos, quien fue parte civil y ahora está representada por el suscrito, para que con su medianería continúe el procedimiento de revisión" y, en consecuencia, se le cite "a fin de que pueda hacerse oír dentro de las limitaciones que la ley concede".

Por último, debe consignarse que el actual Ponente de este asunto honorable Magistrado Darío Velásquez Gaviria presentó proyecto de decisión aceptando la intervención de la parte civil en el recurso, pero le fue rechazado por la Sala con el concurso del Conjuez que suscribe esta decisión.

Se considera

1) *La revisión no es propiamente un recurso como lo denomina el Código de Procedimiento Penal sino que sustancialmente es una acción. En efecto:*

El recurso es un incidente que surge en el proceso para el proceso mismo. Por ser el recurso un incidente dentro del proceso hay continuidad, pues lo ventilan los mismos sujetos procesales, o partes como suele llamárseles, con su intervención activa o pasiva en proponerlo, o mediante actos de oposición o coadyuvancia al discutirlo.

La acción, por el contrario, es un derecho que surge antes o después del proceso para cambiar o modificar un status que en la revisión es el que establece la sentencia condenatoria. Por ser la acción un derecho y no un mero incidente del proceso no hay continuidad procesal predicable, pues la revisión simplemente busca provocar un nuevo proceso sobre el proceso ya fenecido.

En este nuevo proceso (juicio rescindente) no se discuten intereses privados, se cuestiona la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, es decir, se ataca el interés público a que cualquiera que sea la sentencia judicial que se tenga por definitiva, se reputa justa. La defensa de ese interés público le compete de manera exclusiva al Estado, porque va en ello su prestigio y, su impugnación, a quien se cree condenado injustamente. El Ministerio Público actúa en cumplimiento y desarrollo de su deber fundamental de legítimo contradictor de toda pretensión indebida.

En la fase rescindente de la revisión no tiene cabida la parte civil. Primero, porque ésta no puede entenderse como una continuación de las instancias y, segundo, porque el interés particular de la parte civil no coincide con los objetivos propios de esta acción, pues nadie ignora que no la excitan motivaciones superiores. Lo esencial para ella es sostener, a todo trance, el imperio de una sentencia condenatoria.

2) La estructura procesal que hoy regula la revisión ignora a la parte civil en el juicio rescindente. Sin embargo:

a) ¿Qué podría hacer la parte civil frente a dos causales de revisión que jurídicamente la repudian? La primera, porque la existencia de fallos de condena contradictorios entre sí supone que uno de ellos tiene que subsistir, por lo que, de todas maneras, el interés personal de la parte civil queda asegurado, pero, sobre todo, se pregunta, ¿con qué interés legítimo podría oponerse a que, en tal evento, se ordene la revisión del proceso donde se condenó a quien no pudo ni podía cometer el delito?; y, la segunda, porque la evidencia de que la víctima del homicidio está viva, no admite en sana lógica, réplica alguna;

b) ¿Qué tendría que hacer el Juez frente al silencio normativo? Puede afirmarse que si la parte preceptiva, de mera tramitación, no dispone notificaciones ni traslados a la parte civil, es porque sin lugar a dudas la excluye. Pero si, en gracia de discusión, se llegara a aceptar su intervención en esta fase, nacerían, entre otras, estas inquietudes: ¿podría constituirse en parte si no lo hizo en su oportunidad?; y, ¿si el delito, a juicio del fallador, no causó perjuicios, podría intervenir? Estos y otros interrogantes tendrían que despejarse jurisprudencialmente con riesgo de que la Corte, por esta vía, empiece legislando.

No se diga, entonces, que para superar estas objeciones se puede hacer una interpretación sistemática de todas las normas procesales que tocan con la parte civil y salvar así aparentes imprevisiones legislativas en este campo de la revisión, porque una cosa es desentrañar la voluntad expresa de la ley y otra muy distinta hacerla decir lo que no dice, o lo que no podía decir con soberana razón.

Tampoco resulta pertinente acudir al Código de Procedimiento Civil para estos efectos, porque el instituto de la revisión penal, como se ha visto, tiene características muy peculiares. Basta con anotar que en materia civil se definen, por modo directo o indirecto, valores económicos

mientras que, en penal, se agita la inocencia del condenado. Luego, los bienes que en uno y otro se cuestionan no tienen posibilidad de ser homologados y cualquier intento al respecto cae fatalmente en el sofisma. Siendo los fines diferentes, es apenas lógico concluir que los procedimientos se orientan cada uno al suyo propio, con absoluta fidelidad. Si ésto es indiscutible, no hay razón para involucrarlos o intercambiarlos bajo cualquier pretexto.

3) La parte civil no tiene la titularidad de la revisión ni es parte obligada en ella.

Sería ilógico que pudiera interponer el recurso de revisión contra la sentencia condenatoria que, por el sólo hecho de tener ese carácter, le garantiza el resarcimiento del daño, y si, de otro lado, la sentencia absolutoria, contra la que tendría plena razón para recurrir, por que la priva del derecho a ser indemnizada, no es susceptible de este recurso, la ausencia de legitimación de la parte civil en la revisión resalta con claridad meridiana. Entonces, no siendo parte recurrente, porque en ningún caso puede proponer el recurso, ¿cómo podría llegar a ser parte no recurrente si carece de su titularidad?

Además, la parte civil no podría ser parte obligada o sujeto procesal necesario en el trámite de la revisión, sin cuya participación no se podría articular la relación jurídica-sustancial, ya se le considere recurso o acción, porque tendría que serlo por ministerio de la ley, es decir, por voluntad expresa de ésta, y resulta que, como ya se dijo, ni siquiera la propia regulación del instituto la menciona.

4) Finalmente, la revisión no deja expósita a la parte civil. Esto es evidente:

El proceso revisorio es complejo. Se compone de dos etapas: en la primera o juicio rescindente, solo intervienen el condenado y el Ministerio Público, aquél en su propio interés y éste en el de la sociedad; en la segunda o juicio rescisorio, el proceso retorna a las instancias para ser reconducido hacia una nueva sentencia la que pone término a la revisión, fase final que se surte con la intervención de todos los sujetos procesales, inclusive con el concurso de la parte civil.

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

Resuelve:

1º Declarar que el señor Luis Carlos Hoyos, quien actuó como parte civil dentro del proceso que terminó con sentencia condenatoria para

Alfonso Cadavid García, por el delito de abuso de confianza, NO TIENE DERECHO para asistir o intervenir ni para ser representado por apoderado en el trámite del recurso extraordinario de revisión que se surte ante esta Corporación y que propuso el condenado.

2º En firme esta providencia se entrará a resolver sobre el memorial de pruebas presentado por el doctor Alfonso Torres Bueno en su condición de apoderado del recurrente para lo cual la Secretaría de la Sala devolverá el expediente al honorable Magistrado Darío Velásquez Gaviria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

José María Velasco Guerrero
Conjuez.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

Por cuanto estuvimos de acuerdo con el análisis y conclusiones contenidos en la ponencia inicialmente presentada y seguimos estimando que debieron haber merecido el asentimiento de la Sala, reproducimos, a manera de respetuoso disentimiento de la opinión mayoritaria de la Corporación, la argumentación central de dicha ponencia, no sin dejar de referirnos de manera expresa a los aspectos sobresalientes de la decisión de mayoría.

La naturaleza de la acción civil para demandar y obtener la indemnización de los perjuicios causados por el delito no puede relegarse, entre nosotros, al estricto campo del derecho privado, pues la indemnización del daño forma parte de la acción pública, como que éste constituye una de las consecuencias del delito, y no puede quedar equiparado al perjuicio derivado del incumplimiento de un contrato civil o mercantil.

Entre la acción penal y la civil no puede establecerse una línea divisoria precisa, de tal forma que pueda llegarse a concluir que la naturaleza de ambas es absolutamente diferente, pública la una, eminentemente privada la otra; los titulares de una y otra completamente distintos, de una parte el Estado, de otra el particular ofen-

dido; y el campo de su ejercicio igualmente diverso, la una dentro del proceso penal y la otra en el juicio civil.

Entre las dos existe una estrecha interdependencia, consecuencia de la inseparabilidad que se presenta entre la declaratoria de la ilicitud penal y la obligación de reparar o resarcir los daños y perjuicios causados con la infracción.

El Estado no puede darse por satisfecho con resarcir el daño público o social mediante la imposición de una pena, sino que debe atender igualmente a la retribución del quebranto sufrido por la víctima, pues esta obtiene la reparación de su daño solamente a través del resarcimiento concreto y particular decretado a su favor. La sensación de pública seguridad, derivada de la imposición de la pena al transgresor de la ley, beneficia a la víctima de manera general, al igual que a los demás miembros del conglomerado social del que ella forma parte, todos los cuales ven así fortalecido ese sentimiento de común tranquilidad, que constituye el desagravio público o social, consecuencia del daño de igual naturaleza generado por el delito.

La indiferencia frente al daño particular sufrido, encaminaría a la víctima hacia una vindicta privada o convertiría el resarcimiento en un reprochable sentimiento de venganza, consistente en la vituperable satisfacción de ver al ofensor privado de su libertad.

Entendida la retribución del daño ocasionado al ofendido o perjudicado como una especie de función social reparadora, se comprende mejor porque se encomienda al Ministerio Público, entre sus funciones, la de procurar la indemnización de los perjuicios causados con la infracción (artículo 102 del Código de Procedimiento Penal), y su obligación de colaborar con los interesados en ese cometido e, inclusive, actuar por sí solo en caso de que estos se abstengan de hacerlo (artículos 93 del Código Penal, 24 y 136 del Código de Procedimiento Penal).

También se entiende mejor, en ese supuesto, porque la propia Constitución Nacional se ocupa de amparar el cubrimiento de los perjuicios, al disponer que "en ningún caso los indultos pueden comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares" (artículo 119, numeral 2º), y que, en tratándose de la amnistía, si a los favorecidos se les exime de la responsabilidad civil respecto de los particulares, el Estado asumirá la indemnización a que hubiere lugar (artículo 76, numeral 19). De igual forma se entenderá mejor por qué razón

también el Código Civil se ocupa de la materia, al preceptuar, en su artículo 2341, que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. Igualmente se comprenden de mejor manera previsiones legales, como las siguientes: la muerte del condenado extingue los efectos penales de la sentencia, pero no impide que se haga efectiva la indemnización de perjuicios sobre los bienes del causante (artículo 100 del Código Penal); la acción civil se ejerce dentro del proceso penal, excepto cuando se trate de los delitos de injuria y calumnia, en cuyo caso puede intentarse por la vía civil, independientemente de la acción penal (artículos 24, 22 y 125 del Código de Procedimiento Penal); ordenada la detención del sindicado, el Juez decreta, en ese mismo auto, el embargo y secuestro preventivos de bienes en cantidad suficiente para garantizar el pago de los perjuicios (artículo 138 del Código de Procedimiento Penal), y dicha medida procede aun respecto de delitos que no exigen detención preventiva, siempre que existan los supuestos probatorios que relaciona el artículo 139 *ibidem*; en caso de haber sido embargados o secuestrados bienes del sindicado, el Juez designará, en el mismo auto en que se abre el juicio a pruebas, perito evaluador de los daños y perjuicios (artículo 503 del Código de Procedimiento Penal); la condenación por perjuicios se hace en forma solidaria, a fin de que abarque a todos los responsables a indemnizar (artículo 92 del Código Penal); se condenará siempre, al menos en forma genérica, cuando establecido el quebranto, no se hubiere acreditado su cuantía (artículo 26 del Código de procedimiento Penal); la sentencia, una vez en firme, presta mérito ejecutivo para efectos del correspondiente juicio civil (artículo 27 del Código de Procedimiento Penal), y en éste, el Juez no podrá desconocer el hecho constitutivo de la infracción, ni la responsabilidad del condenado (artículo 28 del Código de Procedimiento Penal), las cosas secuestradas y no confiscadas, se destinarán, al pago, en primer lugar, de las sumas que deba cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios (artículo 727 del Código de Procedimiento Penal); y, finalmente, para garantizar la efectividad de la indemnización decretada, la ley no vacila en supeditar el disfrute de los subrogados penales al pago efectivo de los perjuicios, siempre que la condenación haya sido en concreto y aceptada por el procesado, y desde que no se demuestre la imposibilidad en que se encuentre para cubrirlos (artículos 81 y 90 del Código

Penal y 29, 144 y 689 del Código de Procedimiento Penal). En tratándose de condena condicional, si no los paga dentro de los términos fijados para ello, se ordena inmediatamente la ejecución de la pena y se procede como si la sentencia no hubiera sido suspendida (artículos 694 y 695 del Código de Procedimiento Penal).

No está por demás anotar que el nuevo Código Penal, cuya vigencia está prevista para finales de enero de 1981, otorgar la obligación de reparar el daño ocasionado por el delito prevalencia sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aun respecto de la multa (artículo 103), y faculta al Juez para señalar prudencialmente, como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos oro, cuando el daño material derivado del hecho punible no pudiese evaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito (artículo 107).

De todo lo anotado se desprende que el interés de la parte civil para obtener la declaratoria de indemnización por perjuicios y hacerla eficaz y mantener sus efectos, es tan legítimo como el del sindicado para proteger su inocencia, y tan digno de tutela jurídica como éste. Debe tener ciertos límites en cuanto a la órbita de su ejercicio, esto es, en cuanto a lo que pueda pedir y pretender, pero no en cuanto al tiempo u oportunidad procesal en que pueda hacer valer su pretensión restricta, pues siempre que el sindicado esté actuando legítimamente en defensa de su inocencia, la parte civil ha de poderlo hacer, válidamente también, en amparo de sus intereses. Que se la limite en el ámbito de sus facultades, pero no en el campo de las oportunidades, máxime que la ley equilibra justamente los derechos de ambos en esta materia.

En efecto, si a la parte civil le otorga facultades para solicitar pruebas tendientes a acreditar, entre otros aspectos, la responsabilidad penal de los autores del hecho generador de los perjuicios, y le concede derecho para denunciar bienes que sean embargados y secuestrados, y le otorga mérito ejecutivo a la sentencia en que se decretan los perjuicios, e impone al Juez Civil el respeto de lo declarado en dicha sentencia penal (artículos 27, 28 y 134 del Código de Procedimiento Penal), al sindicado lo protege, al disponer, que la parte civil, si denuncia bienes, deba prestar caución para responder por los perjuicios que pueda causarle; que se decrete, en caso de exceso en el embargo, el desembargo de lo excedente; que, en caso de proferimiento de

sentencia absolutoria, o de providencia por una cualquiera de las hipótesis contempladas en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, o de sobreseimiento de carácter temporal o definitivo, se disponga el desembargo de los bienes que hubieren sido objeto de esta medida preventiva; que se aplique igual medida, cuando los interesados, una vez en firme la sentencia condenatoria, no promovieren, dentro del plazo que fija la ley, el incidente de regulación de perjuicios o no instauren el juicio de ejecución; que no pueda intentarse por la vía civil la persecución de perjuicios cuando en el proceso penal se hubiere declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó, o que el sindicado no lo cometió, o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa (artículos 30, 140, 141, 142 y 145 del Código de Procedimiento Penal).

Ese tratamiento amplio, justo, no simplemente generoso, que depara la ley al interés de la parte civil obedece, de una parte, al carácter público del daño ocasionado por el delito y consecuente interés del Estado en que sea reparado o satisfecho, y, de otra, a la consideración de que la parte civil, al aportar elementos de prueba y de convicción para cimentar su pretensión indemnizatoria, contribuye también al esclarecimiento de la verdad en cuanto a la existencia y modalidades del hecho delictuoso, sus autores o partícipes y la responsabilidad de éstos, de donde no resulta desacertado considerarla como un colaborador de la justicia, por contraposición a la otra tendencia que mira en ella una mera expresión de la concepción jusprivatista del derecho penal y concibe su interés como egoísta, vindicativo y casi que bastardo.

Consecuencia de la primera posición es la validez que el Código de Procedimiento Penal reconoce a todo cuanto se practicó con la cooperación de la parte civil, aun cuando después se resuelva por el superior que era improcedente su admisibilidad y revoque el auto en que dio campo a su actuación (artículo 133).

Conviene recordar que esta Corporación, después de algunas vacilaciones al comienzo, terminó reconociendo a la parte civil su capacidad para actuar en casación, tanto frente a sentencias condenatorias como absolutorias, bien que con limitaciones que surgen de la naturaleza del objetivo que pueden perseguir, que es siempre y solamente la indemnización de perjuicios, y de las que resultan del imperativo de la ley en cuanto al monto del interés para recurrir (artículo 572 del

Código de Procedimiento Penal — Ley 22 de 1977, artículo 3º).

En cambio, la posición no ha sido la misma cuando se trata del recurso de revisión.

A este respecto forzoso es aludir a la sentencia proferida el 23 de febrero de 1952, en la cual, ante la interposición del recurso por parte del apoderado de los perjudicados, expresó categóricamente que la víctima o sus herederos son extraños al recurso, porque éste fue establecido en favor del injustamente condenado, criterio que reiteró posteriormente en sentencia de 13 de febrero de 1975, pues de ella se desprende que la Corte sigue entendiendo que los titulares del recurso son únicamente el condenado y el Ministerio Público (*Gaceta Judicial*, Tomo CLI, número 2392, págs. 34 y 35).

En la primera de las providencias citadas dijo la Corte:

“El recurso extraordinario de revisión está establecido en favor del injustamente condenado. De ahí que en el incidente sólo se discuta si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hecho o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas. El recurso no tiene por finalidad la de corregir el error en que hubiere incurrido el fallador sobre la cantidad o calidad de la pena impuesta, sino sobre una o más de estas circunstancias:

a) que el procesado ha sido condenado por un delito que no pudo ser cometido sino por un solo individuo y por el cual ya se condenó a otro;

b) que se le ha condenado por un delito inexistente;

c) que la prueba que sirvió para condenar es falsa;

d) que esa prueba fue obtenida por medios no autorizados por la ley; y

e) que después de la sentencia aparecieron hechos nuevos, o pruebas no conocidas al tiempo de los debates, conforme a los cuales resulta la inocencia del acusado, o que constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia. De tal suerte que la apreciación de los elementos probatorios, referentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen en la determinación de la pena, son factores que deben estimarse en las instancias del juicio, y no en este recurso de revisión, porque esta medida no es una tercera instancia y sólo es aplicable para

los casos taxativamente enumerados en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo mismo —dice el señor Procurador Delegado en lo Penal— que la revisión tutela la inocencia del condenado, es un recurso propio de éste y también del Ministerio Público, que obra en interés de la ley y de la sociedad. De donde se sigue que la víctima del delito, o sus herederos (parte civil), son extraños a este recurso, puesto que esas personas sólo tienen dentro del proceso penal un interés jurídico limitado a asegurar el resarcimiento del daño causado por la infracción, para lo cual pueden pedir las pruebas atinentes a la existencia del delito y a la responsabilidad de su autor, o sea a establecer, precisamente, algo distinto a la inocencia del condenado que es la finalidad de la revisión.

“En este orden de ideas —prosigue— resultan impertinentes las pretensiones de la demandante, en su carácter de esposa del que murió y de su representante de sus menores hijos, pues lo que intenta en el fondo es que se agrave la pena impuesta al homicida Sanabria, contra expresa prohibición del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, y que la investigación se reabra para adelantarla contra los presuntos autores intelectuales del delito, situación ésta que en nada se relaciona con la inocencia del reo Sanabria” (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXI, números 2110 y 2111, pág. 224).

Del análisis de esa sentencia se desprende que la Parte Civil actuó como recurrente y que sus pretensiones se orientaban a hacer más grave la situación del condenado en cuanto a su responsabilidad y respecto de la pena que le había sido impuesta en las sentencias con que culminaron las instancias.

En efecto, aspiraba a que el homicidio simplemente voluntario o de propósito por el que se le había condenado, fuera convertido en uno agravado, en razón de circunstancias como la asechanza, la alevosía y la remuneración previamente pactada y que, como consecuencia de ello, se le incrementara la pena en forma apreciable.

La Corte tuvo razón al negar la revisión en ese caso, pues la ley no otorga a la parte civil titularidad para interponer el recurso, y además, porque sus pretensiones desbordaban el campo de sus facultades, que están limitadas a solicitar y procurar la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la infracción.

Pedir que se vuelva más onerosa la situación del condenado es no solamente una aspiración indebida de la parte civil, sino también un vano

empeño, pues ni siquiera cuando es el procesado quien solicita la revisión y ésta se ordena, se puede, en caso de que la nueva sentencia sea igualmente condenatoria, empeorar su situación anterior, pues en este evento no procede la *reformatio in pejus* (artículo 589 del Código de Procedimiento Penal).

En ninguna de las causales que autorizan el recurso de revisión cabe la pretensión que pudiera tener la parte civil de modificar la situación que quedó consolidada en la sentencia, pues su interés se satisfizo con la condenación al pago de los perjuicios que en ella tuvo que haberse hecho, bien en forma concreta o de manera abstracta, y si ésta no colmó la plenitud de sus aspiraciones debió haberlas hecho valer en casación.

Solamente un interés tan relevante y fundamental como la inocencia del condenado puede reabrir el debate, con desconocimiento de la respetabilidad de la cosa juzgada.

Pero si la parte civil no puede aspirar a modificar las situaciones definidas en la sentencia en firme, si tiene derecho, en cambio, a procurar que no sean alteradas en lo que a ella incumbe. Distinto sería que, no obstante las contingencias de la revisión, se mantuviera incólume la declaratoria de perjuicios ya hecha, pero ello no es así, ni podría serlo, pues, como ya se dijo, las consecuencias civiles del delito son inseparables de las consecuencias penales del mismo.

De allí que no repugne jurídicamente su intervención en el recurso de revisión cuando es propuesto por el condenado o por Ministerio Público, y siempre que sus ambiciones permanezcan dentro del ámbito de sus facultades.

Es que ella no puede ser indiferente frente a la posibilidad de que pueda ser removida la *res iudicata* y, con ello, puede llegarse a dictar una nueva sentencia que deje sin piso el reconocimiento logrado de los perjuicios causados con el delito.

Ni puede serle negado su interés para intervenir en apoyo de una relación jurídica debatida en las instancias y a la cual ella no fue ajena. Existe, en ese caso, una verdad procesal a cuya cimentación concurrió, y si ahora se pretende que ésta no coincide con la verdad real o histórica, se le debe conceder la oportunidad de aportar sus elementos de convicción en defensa de aquella, y ha de poder hacerlo desde ahora cuando se analiza la viabilidad de ordenar la revisión, lo cual consulta, además, razones de economía procesal.

Propuesto el recurso de revisión corre el perjudicado u ofendido con el delito un peligro cierto de que sus derechos vuelvan a quedar en el simple campo de la controversia y aun de que sean nugatorios, pues la nueva sentencia podría llegar a ser absolutoria en razón de uno cualquiera de los supuestos considerados en el artículo 30 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo caso no podría intentar tampoco por la vía civil la persecución de los perjuicios.

Si cuando no tenía a su favor más que una expectativa de ser indemnizado, se le permitió actuar en las instancias y en casación, con mayor razón ha de poderlo hacer ahora cuando le asiste un derecho reconocido, y en veces hasta satisfecho, y cuando sobre él se cierne, como se anotó, un peligro real.

En el recurso de revisión, frente a ese interés supremo que es la inocencia del condenado, se tiene otro igualmente legítimo y digno de protección, que es la intangibilidad de las decisiones judiciales y de la firmeza de las determinaciones que de ellas dimanaron, entre las cuales se cuenta precisamente el reconocimiento del perjuicio y la obligación de resarcirlo. Al desatarlo, es necesario tener presente tanto al uno como al otro.

De allí su importancia y el carácter de excepcional, reiteradamente destacados por la Corte. Así, en sentencias de 5 de abril y 7 de mayo de 1975, dijo:

“Porque es de interés público esencial la seguridad y certeza de las sentencias judiciales y su efecto *erga omnes (res iudicata pro veritate habetur)*, como imprescindible factor de armonía y convivencia social, solo en casos excepcionalísimos (artículo 584 del Código de Procedimiento Penal), y siempre que se demuestre inequívocamente la relevante probabilidad de que en el juzgamiento se incurrió en error judicial, la revisión puede decretarse. Y porque ello es así, el artículo 585 del estatuto procesal establece que al proponerse la acción de revisión del proceso se haga mediante una verdadera demanda (aunque la ley no la llame expresamente así), que debe contener una serie de requisitos similares a los necesarios para la casación (artículo 546) y tan exigente como la instituida para los procesos civiles (artículo 75 del Código Judicial). Y está bien que así sea, porque de lo contrario la seguridad de las decisiones judiciales quedaría permanentemente amenazada por la inminencia de un nuevo debate probatorio en el cual la Corte operaría como tribunal de instancia” (*Gaceta Judicial*, Tomo CLI número 2392, pág. 91).

“Recuérdese que, como ha dicho la Corte, el recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia o sea, que en uno la materia *sub iudice* es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada” (*Gaceta Judicial*, Tomo CLI número 2392, pág. 155).

En presencia de una decisión de tal naturaleza y de tan serias consecuencias, no parece aconsejable privarse de los elementos de prueba y convicción que la parte civil pueda suministrar, pues al fallador le interesa tanto ahora como antes encontrar la verdad real, y en esa búsqueda es importante contar con las opiniones contrarias a las de la parte recurrente, empeñada en aportar solamente razonamientos de inocencia.

Si procesado y parte civil actuaron en las instancias y protagonizaron la litis o contención que concluyó con la sentencia definitiva, y si van nuevamente a intervenir, en pie de igualdad, en el nuevo debate a que abre campo la revisión, no se ve por qué no puedan hacerlo también conjuntamente ahora cuando se trata de decidir si hay hechos o circunstancias que no fueron conocidos al momento de resolver de fondo sobre la relación jurídico-procesal debatida.

Las precedentes consideraciones llevan a la Corte a afirmar, en esta ocasión, que si bien la parte civil no está legitimada para interponer el recurso de revisión, por las razones ya anotadas, sí tiene en cambio interés jurídico para actuar en el procedimiento del recurso cuando el condenado o el Ministerio Público lo proponen, y esto sin perjuicio de su posterior intervención en caso de que prospere la pretensión del recurrente y se ordene la revisión.

En una y otra oportunidad ha de hacerlo dentro de los estrictos límites de sus atribuciones, orientadas hacia el reconocimiento de la indemnización por los daños y perjuicios y el mantenimiento de la situación jurídica en caso de haberlos percibido.

En el proceso que terminó con la sentencia cuya revisión se solicita, la parte civil fue aceptada y actuó en las instancias y estuvo presente en el recurso de casación interpuesto por el condenado y que fue declarado desierto por no haber sido presentada oportunamente demanda de casación. De igual forma inició el proceso de ejecución con base en la sentencia condenatoria y estuvo

siempre atenta a buscar por los medios que le brinda la ley la efectividad de ese reconocimiento. A instancias suyas fue revocado el beneficio de la suspensión de la condena por haber transcurrido, sin pagarlos, el término fijado para cubrir los perjuicios decretados en forma concreta (fls. 13 y 14 del cuaderno de la parte civil; 533 a 538 del cuaderno principal y 68 vuelto del cuaderno número 1 de la Corte). No fue por tanto ajena a ninguno de los momentos procesales importantes de la investigación y fallo.

No obstante que los planteamientos anteriores, que conformaron la argumentación central de la ponencia original, constituyen, por sí mismos, suficiente respuesta a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, consideramos conveniente aludir brevemente y de manera especial a algunos de los puntos de vista de la providencia mayoritaria.

Parte ella de la base de que la revisión, no obstante que se le denomine recurso, no es tal, sino que configura una acción, para deducir de allí que no hay continuidad procesal entre todo lo que se realizó antes y lo que se va a efectuar ahora; que no existen en ella para dar cabida a las que como tales actuaron desaparecen ya para dar cabida a los titulares de la acción entre los cuales no está la parte civil, pues se trata de un nuevo proceso que versará sobre el proceso fenecido, y en el cual no se discutirán intereses privados, sino que se cuestionará la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, cuya defensa "le compete de manera exclusiva al Estado, porque va en ello su prestigio y, su impugnación, a quien se cree condenado injustamente".

A esa afirmación, muy respetable desde luego, se le puede enfrentar otra igualmente atendible, y es la de que la ley clasifica de manera expresa la revisión como un recurso extraordinario y lo ritúa al lado del otro recurso de igual índole que es el de casación.

No se ve, por tanto, razón convincente para variar, contra la expresa denominación de la ley, la naturaleza de medio de impugnación que se le otorga a la revisión, pues ello implica dar cabida a una interpretación que, de otro lado, se inadmite para el caso de que la pretensión sea la de ampliar el sentido de las normas, a fin de permitir a la Parte Civil que intervenga en toda la actuación que suscita la interposición del recurso de revisión por parte del procesado.

Si la revisión es un recurso, como indubitablemente lo llama y trata el Código de Procedimiento Penal, lo es para las partes, con las limitaciones

que la ley quiera establecerles, y, por lo mismo, quienes actuaron en calidad de tales en las instancias y en casación no pueden ser excluidos de su ejercicio, o por lo menos de su intervención cuando otra lo promueva.

Es que no hay lógica ni equidad en afirmar que el proceso terminó pero para la Parte Civil, no para el sentenciado, pues a ello equivale el esfuerzo mental que se hace en la providencia para tener como acción lo que se desestima como recurso, no obstante que la ley lo denomina así. El proceso termina para todos, o se reabre, pero también para todos.

Parece más atendible decir que cuando se ejercita este recurso el proceso vuelve a tener existencia jurídica, pero ese mismo proceso anterior, no uno nuevo. Revive en virtud del recurso, justamente llamado por la ley extraordinaria por contraposición a los que se ejercitan en las instancias y a los que llama ordinarios (artículo 193 del Código de Procedimiento Penal). Esta aseveración no repugna jurídicamente, pues se traduce en considerar que, para los efectos de este extraordinario medio de impugnación, la ejecutoria de la sentencia fue de carácter formal, no material. Al no denominar la ley a la revisión como acción, o juicio de reenvío, o, en una palabra, establecerle carácter autónomo, es más difícil la conclusión contraria, porque frente al proceso terminado y sellado con una ejecutoria de naturaleza material, nada podría hacerse, ni por parte del sindicado, contra la intangibilidad de la cosa juzgada.

Si la acción civil se puede ejercer dentro del proceso penal (artículo 125 del Código de Procedimiento Penal), y éste puede llegar a revivirse por virtud del recurso de revisión, la posibilidad de actuar para quien se constituyó en oportunidad como Parte Civil debe extenderse también hasta esa etapa de reapertura extraordinaria.

No quiere esto decir que pueda la Parte Civil instaurar el recurso, pues la ley no le otorgó esa precisa facultad, pero sí que pueda intervenir, cuando otro lo promueva, en defensa de la inmutabilidad de la cosa juzgada y, por ende, de sus intereses vinculados a la estabilidad de la sentencia amparada por una presunción de verdad, cuya tutela no incumbe de manera exclusiva y excluyente al Estado, como lo predica la providencia adoptada por mayoría, pues la Parte Civil tiene también un interés en defender ese fallo, porque la beneficia y por haber contribuido a esa decisión; y ese interés es legítimo, pues nace del derecho a ser indemnizado que le reco-

noce a la víctima la ley y descansa en el carácter público del daño generado por el delito.

Sostener que la Parte Civil solamente se mueve por intereses estrictamente privados y que, por tanto, debe estar excluida de la etapa de revisión, en la cual únicamente tienen cabida "motivaciones superiores", pues en ella, por contraposición a valores de orden económico, "se agita la inocencia del condenado", es desconocer esa naturaleza pública del daño que emana de la comisión del delito y el interés social de que la víctima sea indemnizada. También llevarían esas consideraciones de la providencia a excluir —lo que nadie ha pretendido— a la Parte Civil igualmente del llamado "juicio rescisorio", pues con mayor razón en él se irá a discutir la inocencia del condenado y tampoco podría permitírsele actuar en las instancias ni en casación, ya que a lo largo de ellas sostiene también el procesado su inocencia, o al menos la situación que más lo favorezca.

Es que, al promover la revisión de un proceso y al ordenarla, no se pretende ni se lleva a cabo un juicio exclusivo de inocencia, sino, por sobre todo, un juicio de verdad, como todo aquel que motiva una decisión judicial, máxima ésta tan trascendente de desconocer la respetabilidad de la cosa juzgada. Se ordenará la revisión cuando se ofrecen o se tienen elementos probatorios indicativos de que el contenido de verdad del fallo pugna con la realidad, y se desestimará la pretensión revisoria en caso contrario.

Siendo que la sentencia, como decisión judicial suprema, está asistida por una presunción de verdad, que ahora viene a cuestionarse, no se ve por qué razón haya de estar excluida la Parte Civil de la posibilidad de aportar al Juez elementos de juicio para sostener esa presunción de veracidad, garantía de la estabilidad jurídica de los pronunciamientos de la justicia.

La misma razón filosófica del recurso de revisión, la cual descansa en la fabilidad humana, entendida como posibilidad de que el Juez se haya equivocado al dictar la sentencia, hace, más que aconsejable, necesaria, la intervención de la Parte Civil ahora cuando más obligación se tiene de no desacertar, para lo cual es conveniente escuchar los razonamientos contrarios a los que ofrece la parte interesada en que la sentencia sea revisada.

El argumento de que la Parte Civil no va a estar desamparada en sus justas aspiraciones, porque va a poder actuar en la etapa rescisoria y porque en la rescindente intervendrá el Minis-

terio Público, es, de una parte, pasar por encima de la consideración de que, cuando la Corte decide favorablemente la demanda y ordena, por tanto, la revisión de la causa, se establece, por ese solo hecho, una especie de situación favorable en orden a la sustitución de la cosa juzgada, pues aunque el Juez, que no será el mismo que profirió la sentencia (artículo 587, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal), tiene la capacidad y el deber de apreciar libre e independientemente las pruebas allegadas al recurso, no puede ignorarse que generalmente ellas van a ser las mismas que sustentan la decisión en el llamado "juicio rescisorio", y que la respetabilidad de las decisiones de la Corte entraña una seguridad de acierto que no es indiferente para el funcionario que actúa en las instancias. De otro lado, si la intervención del Ministerio Público es garantía de tal orden que hace innecesaria la intervención de la Parte Civil en el "juicio rescindente", tampoco debería actuar dicha Parte, lo que a nadie se le ocurriría sostener, ni en las instancias ni en casación, pues allí se cuenta igualmente con la intervención del Ministerio Público.

Más lógico nos parece sostener que la Parte Civil está legitimada para actuar desde que se promueve el recurso de revisión, *legitimatio ad causam* que emana de su constitución como tal en las instancias y que tuvo una culminación final en la sentencia definitiva condenatoria de perjuicios, bien *in genere* o en concreto.

Desde entonces, desde esa sentencia, quedó indisolublemente unida, y con un interés jurídico, y por lo mismo legítimo, al resultado de esos perjuicios. Ese interés radica en la defensa de los mismos o en el derecho a percibirlos y, por esto, toda situación que sea adversa o peligrosa respecto de ellos no le es indiferente y la ley tiene que brindarle protección.

En síntesis, su legitimidad para actuar la constituye el interés jurídico que le asiste para defender esa situación jurídica consolidada, reconocida por la sentencia y amparada por la intangibilidad y firmeza de la cosa juzgada. Y ese interés se evidencia tanto al ser propuesto el recurso, como cuando se decreta la revisión de la causa. En el primer caso, porque la remoción de la cosa juzgada produce una consecuencia adversa concreta, cual es la suspensión de los efectos de la sentencia, entre ellos obviamente los civiles, y con ello, la paralización de cuanto viniere realizando en el campo de la ejecución de la misma. Y en el segundo caso, porque la sustitución de la cosa juzgada le acarrearán el daño efectivo de

la imposibilidad de ser indemnizado. Tiene, por tanto, interés en ambos momentos procesales.

Es cierto, como se desprende de alguno de los planteamientos de la providencia, que los artículos 586 y 587 del Código de Procedimiento Penal no mencionan a la Parte Civil, de donde deduce que la estructura procesal del recurso la ignora. Ello es evidente, pero de eso se trata, de buscar una interpretación viable de esas normas para dar cabida a la intervención de dicha Parte, sobre la base de admitir que su pretensión de actuar es justa y que no lesiona derechos ajenos, pues no se trata de "sostener, a todo trance, el imperio de una sentencia condenatoria", sino de hacer valer unos derechos reconocidos legítimamente y amparados, hasta que no se demuestre lo contrario, por una presunción de verdad y acierto que caracteriza a toda decisión judicial.

Esa interpretación es factible en tratándose de un recurso que no fue tan esmeradamente ritualizado como el de casación y que, por tanto, se ha prestado a una amplia gama de precisiones y deducciones.

En efecto, el Código de Procedimiento no señala taxativamente quiénes son sus titulares, como sí lo hizo en el de casación (artículo 570); por inferencia, se dice que son el sindicado, porque en las causales se alude "al que está cumpliendo condena" (artículo 584), y el Ministerio Público, porque a éste se le ordena correr traslado (artículo 587). No se fija el plazo dentro del cual ha de interponerse el recurso, como sí se hace para el de casación (artículo 573); por deducción se dice que debe ser mientras el procesado esté cumpliendo la pena, y también se interpreta que debe tratarse no solamente de la que tiene carácter privativo de la libertad, sino también de las de diversa naturaleza, como en el caso de la interdicción para el desempeño de empleos o para el ejercicio de derechos o funciones públicas (artículos 150 y 167 del Código Penal); inclusive hay quienes dicen que también procede el recurso aunque la pena hubiere quedado cumplida, pues al condenado puede interesarle que, no obstante haberla purgado, se le declare inocente y se le posibilite así su reclamación de indemnizaciones y devolución de perjuicios (artículos 590 y 591 del Código de Procedimiento Penal); respecto del Ministerio Público, como no se indica cuál de sus funcionarios ha de intervenir, se colige que debe ser el Fiscal de la instancia donde se consolidó la cosa juzgada. Como en virtud de lo dispuesto por el artículo 589, la sanción, en caso de que el nuevo fallo fuere condenatorio, no debe ser más gravosa que la ante-

rior, se discute si se trata únicamente de la sanción privativa de la libertad o de toda clase de sanción; hay quienes excluyan la de carácter pecuniario que sí podría llegar a variar. Finalmente, por no existir tampoco norma expresa, se cuestiona la suerte del recurso cuando, interpuesto y en tramitación, fallece el condenado.

Como se ve, no hay una decantación exacta de todos los alcances de este recurso, por lo cual no repugna jurídicamente, habida consideración de lo dicho y de la naturaleza excepcional del mismo, interpretar en sentido amplio los artículos 586 y 587 del Código de Procedimiento Penal, para admitir que, aunque la Parte Civil no puede, por las razones que ya se anotaron, interponer el recurso, lo que quizá explique el silencio de la ley respecto de dicha parte, sí puede en cambio intervenir, en defensa de la inmutabilidad del fallo, cuando otro lo impugna en revisión.

Después de todo, la jurisprudencia es un instrumento de cambio y de renovación jurídicos, y existen, además, normas en el procedimiento civil que exigen la citación de quienes fueron partes en el proceso en que se dictó la sentencia cuya revisión se demanda (artículo 382 numeral 2º del Código de Procedimiento Civil), las cuales pueden ser aplicadas, no solamente porque permite hacerlo el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, sino también en atención a la índole de la acción indemnizatoria que participa más de la naturaleza civil que de la penal, así se ejerza dentro del proceso penal, por razones que no es del caso entrar a analizar en esta oportunidad.

Su intervención puede reducirse a simples alegaciones, por escrito, o, en caso de reconocerse más amplio ámbito de acción, los términos para traslados o solicitud de pruebas pueden entenderse comunes con los que correspondan al Ministerio Público, a fin de no afectar en nada los que incumben al procesado. Todo ello condicionado a que hubiere sido reconocida como parte en oportunidad y hubiere actuado como tal, y sin la exigencia de tener que presentar demanda en revisión, porque no es actor, sino que responde a la excitación proveniente de la instauración por otro del recurso que intenta modificar situaciones que la favorecen y a cuya consolidación contribuyó como parte en las instancias.

Las apreciaciones que contiene la providencia respecto de la imposibilidad de actuación que surge para la Parte Civil, derivada de la naturaleza y finalidades de las causales primera y segunda de revisión (artículo 584 del Código de Procedimiento Penal), son ciertas si se enfocan

a posteriori, es decir, sobre la base del resultado final que arroje el recurso de revisión desatado favorablemente, pero no si se las analiza *a priori*, porque cabalmente lo que tratará de probar la Parte Civil es que, por ejemplo, así estén condenadas dos personas en sentencias aparentemente contradictorias, no lo son en realidad, pues estuvieron ambas vinculadas a los mismos hechos, así se les haya deducido la respectiva responsabilidad por ellos en procesos diferentes; como también puede aspirar a probar que el que pretende la revisión de la sentencia que lo condenó es el verdadero autor de los hechos y, por ello, quien debe en verdad responder, pues lo que interesa no es que haya, en fin de cuentas, un condenado, uno que responda, sino que se trate del que en realidad debe y tiene que responder ante la justicia y por los perjuicios irrogados a la víctima. También en este caso se persigue una verdad real y no una mera apariencia de verdad.

Tocante a la segunda causal, el empeño de la Parte Civil será el de probar que la que ahora aparece como víctima rediviva no lo es en realidad; claro que si esto se encara *a posteriori*, resultaría vano e inoficioso el esfuerzo de la Parte

Civil, como lo sería el del sindicado en el caso de que los resultados de la revisión le fueren adversos.

Finalmente, si el delito, a juicio del fallador no causó perjuicios, como lo plantea también la providencia para objetar la intervención de la Parte Civil, no tendría lugar la actuación de ésta, pues ella supone que en realidad el hecho ilícito le hubiere causado perjuicios bien de orden material o de índole moral (artículos 9º y 127 numerales 4º y 5º del Código de Procedimiento Penal).

Estas son las consideraciones que fundamentan nuestro respetuoso disentimiento del pensamiento de la mayoría de la Sala en el asunto que nos ocupa.

Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Fecha ut supra.

NULIDAD SUPRALEGAL

Se incurre en nulidad de origen constitucional por quebrantamiento del debido proceso, cuando los cargos imputados al procesado en el auto de proceder se han formulado de manera anfibiológica

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 13 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porrás*.

Aprobado: Acta número 102.

Expediente número 25938

Vistos

El Tribunal Superior de Popayán, mediante sentencia de 6 de noviembre de 1979, revocó la de primer grado proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad el 13 de agosto de ese año que había absuelto al procesado Alejandro Fuentes Moncayo, y, en su lugar, le condenó a la pena principal de cuatro (4) años de presidio como autor de la infracción al Decreto 1188 de 1974 y del delito de cohecho que le fueron imputados en el auto de proceder, a las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y publicación especial de la sentencia, *in genere*, al pago de los perjuicios causados con la infracción.

Contra la sentencia del Tribunal Superior interpuso el recurso de casación el defensor del procesado Alejandro Fuentes Moncayo, que fue oportuna y legalmente concedido y en ejercicio del cual su apoderado presentó la correspondiente demanda, estimada formalmente ajustada a las exigencias legales por la Corte.

Resultando:

I. Los hechos fundamentales materia del proceso, sintetizados por el juez del conocimiento, son los siguientes:

“...Los señores Antero Hernández Díaz, Elías Forero Zambrano y en su orden, Jefe del Grupo de Estupefacientes, y al mismo tiempo Jefe (E) de Policía Judicial y Jefe del SIPEC del Departamento de Policía (Valle), el día 26 de enero de 1976, ante el señor Comandante de la Tercera Brigada, con sede en la ciudad de Cali, pusieron en conocimiento de esa Institución los siguientes hechos...”

“...Por medio del presente me permito poner en conocimiento del señor Brigadier el procedimiento llevado a cabo en la ciudad de Popayán, el día 23 de los cursantes, el que arrojó como resultado, el decomiso de una sustancia blanca, al parecer cocaína, en la cantidad de 997 gramos, el decomiso también de ciento dos cartones de cigarrillos Marlboro, de procedencia ecuatoriana, la suma de setenta y siete mil novecientos pesos en dinero efectivo moneda corriente, y la captura de Alejandro Fuentes, natural de Mercaderes (Cauca), con cédula de ciudadanía número 1482912 de Mercaderes (Cauca), casado, alfabeto, con profesión comerciante, hijo de Rosa y Darío Moncayo (fallecido), residente en la carrera 7ª número 19-N-35 Popayán, Barrio El Jardín, lo mismo que el decomiso de un automóvil marca Dodge tipo 1.500, Sedan color azul oscuro placa GU30-40, vehículo éste decomisado al capturado mencionado...”

“...Sucede mi Brigadier, que siendo las 22:00 10:00 p.m. horas del día 22 de los corrientes, en comisión integrada por los agentes Cubides Ceбалlos José Alirio, Ibañez Alvaro Omar y Llanos Perlaza Henry, a órdenes del suscrito, nos trasladamos a la ciudad de Popayán, ya que teníamos conocimiento de que en esta ciudad estaba efectuándose una transacción, en cantidad no determinada de cocaína y con la esperanza de que pudiéramos capturar tanto a los poseedores

como a los intermediarios, nos dirigimos a la carrera 4ª número 10-06 sector central de la ciudad de Popayán toda vez que las informaciones concluían en que en este lugar estaba la cocaína aludida; serían las 2:30 horas de la mañana del día 23, cuando localizamos en la citada dirección a una persona que solamente sabíamos responde al nombre de Gilberto, de que nos vendiera dos kilos de cocaína que tenía lista y fue así como de inmediato salió y abordó un automóvil Chevrolet modelo 47, color azul, tipo coupé placas D29-53 y regresó veinte minutos después, con los señores Francisco Gómez Babbage y su hijo Francisco Gómez Gaviria, portando la cantidad de 875 gramos de cocaína. Como es de suponer de inmediato le intimidamos captura, decomisándonos la sustancia aludida. Al darse cuenta Gilberto de quienes éramos, intentó huir, logramos localizarlo nuevamente y lo obligamos a que nos condujera a donde la persona poseedora del otro kilo de cocaína llevándonos enseguida a la carrera 7ª número 19-N-35 Barrio Ciudad Jardín de Popayán (Cauca), allí nos entrevistamos entonces con el señor Alejandro Fuentes, quien de inmediato extrajo de una de las habitaciones de su residencia un empaque plástico que contenía una sustancia blanca al parecer cocaína, que posteriormente sometida al reactivo de los alcaloides, arrojó positivo para la misma. Una vez nos identificamos como miembros del F 2 y decomisada la sustancia aludida, procedimos requiza (sic) en toda la residencia y encontramos allí la cantidad de 102 cartones de cigarrillos Marlboro de contrabando y la cantidad de setenta y siete mil novecientos pesos en dinero efectivo. Una vez el aludido ciudadano, se dio cuenta de que estaba en una situación comprometedor, procedió de inmediato a tratar de 'arreglar', de tal manera que nos ofreció, nos lleváramos el dinero aludido, el Marlboro y la mercancía 'cocaína' y que nos fuéramos tranquilos, que no había ningún problema, es más, que volviéramos el día domingo 25 y nos tendría una buena suma de dinero. Como quiera que su esposa y sus dos hijas lo mismo que un menor se dieron cuenta del asunto, se presentó una situación conflictiva en esta casa y como quiera que las dos hijas mencionadas, están embarazadas tuvimos que actuar con demasiada cautela ya que la situación se tornó tensa en esta casa; dialogamos por más de dos horas, se insistía en que recibiésemos el dinero, la cocaína y los cigarrillos y como lo dije con mucho tacto logré convencerlos a que se viniera a la ciudad de Cali, que yo aquí le ayudaría, como quiera que a este último negocio fui solamente con los agentes Llanos e Ibáñez, hubo

un momento de descontrol, cuando estaban efectuando la requisa que fue aprovechado oportunamente por el mencionado Gilberto N. y emprendió la huida, sin que hasta el momento haya sido posible su localización..." (fls. 475, 476 y vuelto)..."

II. La sentencia ha sido impugnada con base en las causales 4ª y 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al amparo de las cuales se formulan sendos cargos:

Causal cuarta

Cargo único:

"...El auto de proceder hizo la calificación genérica respecto del cohecho, y el fallo condenatorio la refrenda, pero aquella providencia dejó sin soporte la segunda, invalidándose así misma e invalidando el proceso, en cuanto dejó de calificar las circunstancias especificadoras de aquella calificación genérica, como obliga a hacerlo el numeral 3º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal. El acervo probatorio debe contener alguna guía para precisar si el acusado pagó o prometió. También puede que de allí se saquen conclusiones sobre lo que se propuso, esto es, sobre lo subjetivo de su culpabilidad: ¿quiso que los policías se abstuvieran de capturarlo? O que no rindieran informe al superior? ¿O que no denunciaran el hallazgo de la cocaína? ¿O que retardaran estas actividades a fin de disponer de más tiempo para explicarse? ¿O esa conducta indefinida de dar o prometer tuvo por objeto la ejecución de un acto contrario a los deberes de los policías? Y si esto pudo ser, ¿cuál fue el acto materia de remuneración?...".

"...El auto de proceder no responde ninguna de estas preguntas, debiendo hacerlo porque son algo más que circunstancias. Son elementos constitutivos del tipo complejo de cohecho, según las descripciones de los artículos 164 y 161 del Código Penal. No hay claridad en los cargos, y de allí el que esa pieza fundamental del proceso deba caer bajo la sanción de nulidad suprallegal, pues propició un debate sin encuadramiento adecuado y así la defensa debió ejercerse sobre las generalidades del cohecho, habiendo carecido de medios para oponerse a una calificación específica que no se hizo..."

"...La defensa no podía pedirle al sentenciador que se decidiera por cualquiera de las conductas descritas en los artículos 164 y 161. Esa no era su tarea. Había de circunscribirse al con-

fuso pliego propuesto y desempeñarse de conformidad. Pero su función se redujo considerablemente desde el punto de vista técnico, aunque no faltara desde el punto de vista formal o de presencia. Es más grave no poder enfrentarse a un cargo porque este aparece envuelto entre diversas posibilidades jurídicas, que enmudecer en la audiencia. El defensor no puede ir más allá de lo fijado por el juzgador. Si no aparece así, su deber no es precisamente indicarle al funcionario otras fuentes de incriminación, o destacar la única fuente de entre muchas otras...".

"...Tan costoso como inútil resultaría ponderar ahora las exigencias requeridas por la ley, la jurisprudencia y la doctrina para el decreto de enjuiciamiento. Baste recordar que éste debe plantearse en su parte motiva con netos esclarecimientos, sin los cuales la providencia es incomprendible para que la persona comprometida ejerza su defensa, sabiendo, ante todo, de qué se defiende. El acusado está en grandes dificultades para enfrentar una acusación simultáneamente formulada sobre tres verbos rectores, cuando solo es posible esperar la concurrencia de uno...".

"...Las calificaciones genérica y específica son formas propias del juicio y, cuando se prescinde de ellas, o cuando sobrevienen en indefinida acumulación, se obstaculiza el derecho de defensa y por eso es forzoso reconocer la nulidad proveniente del artículo 26 de la Carta Política...".

"...El cohecho es un pacto o la proposición de un pacto para la venta de la autoridad, de manera que es imprescindible saber cuáles son las condiciones de ese contrato ilícito o propuestas unilaterales para llevarlo a cabo. Expresiones tan amplias como la de 'arreglar' el asunto son precisamente las que pueden dar sustento al auto de proceder. *Arreglar* es término que tiene significaciones variadas, pues va desde la simple invitación hasta el extremo límite de la venalidad. De allí el que, cuando se trata de cohecho, el vocatorio a juicio deba destacar los hechos específicos que se incriminan, fórmula que no se articula a un simple deseo de identificación de los cargos, sino a un imperativo del proceso...".

Causal segunda

Cargo único:

"...Como quedó enunciado al principio de esta demanda, el segundo cargo hecho a la sentencia consiste en haberse dictado en desarmonía con el auto de proceder. Es suficiente confrontar los términos del vocatorio con los del fallo para

deducir sin esfuerzo alguno que existe incongruencia entre las dos determinaciones. El señor Fuentes Moncayo fue enjuiciado por una sola conducta, la de *conservar* cocaína en su casa de habitación, y el vocatorio lo repite varias veces tanto en la parte motiva como en la resolutive. En cambio, la sentencia lo condena por dos conductas, como son las de *conservar* y *ofrecer* la droga, lo cual varía sustancialmente la atribución punible...".

"...En otros términos, el fallo agrava la calificación del auto de proceder, pasando de la incriminación singular a una plural, y eso significa que ha incurrido en la causal de casación prevista en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal...".

"...El desarmónico resultado se evidencia mejor si se tiene en cuenta que, para robustecer la posición adoptada, en el auto de proceder, el Tribunal había apelado nada menos que a las explicaciones de Reyes Echandía sobre los tipos penales alternativos, que, como bien dice el joven maestro de derecho penal, 'enuncian varias modalidades de una misma conducta, cada una de las cuales estructura el delito'. La sentencia no condena solamente por la infracción que se traduce en el verbo *conservar*, sino que añade una segunda infracción no identificada en el vocatorio: la de *ofrecer*...".

"...Las conductas de *ofrecer* y *conservar*, o, al contrario de *conservar* y *ofrecer*, pueden ser sucesivas y concurrir en el mismo sujeto. Pero para ello es indispensable que el auto de proceder lo establezca, o lo considere establecido. Es irregular formular el cargo por una sola de ellas y condenar por las dos. Este exceso debe ser corregido en casación...".

"...El verbo '*ofrecer*' se introdujo para remplazar una fórmula que hablaba de la culpabilidad del 'intermediario' propuesta por Darío Velásquez Gaviria, pues en la acción consiguiente queda comprendida la del que promete entregar drogas heroicas, lo mismo que las de quien se obliga a presentarlas o mostrarlas. Son los promotores de ventas, que hacen lo posible para interesar a otros en la adquisición de valores, derechos o especies algo así como en una misión de corretaje mercantil pero extraña a la ley; no llevan los efectos consigo cuando hacen la oferta, sino que se limitan a anunciarlos con la pretensión de traspasarlos personalmente o por conducto de terceros, así se trate de cosas propias o ajenas. Ciertamente que esta conducta no constituye un verdadero tráfico, pues se cumple antes, lo cual es un desacuerdo de la descripción en cuanto

autoriza el castigo para un característico acto preparatorio. Pero la norma existe y es preciso contar también con sus excesos...".

"... En cambio, conservar implica una guarda o mantenimiento de la cosa en lugar preciso, o en distintos lugares sucesivos. La conservación entraña cuidado, vigilancia, defensa, es decir, actividades opuestas al abandono y al olvido. Si alguien deja por allí un objeto sin volver a preocuparse de él, sin mantenerlo, sin preservarlo del deterioro, no efectúa labor de conservación. No se conserva sino lo que se quiere, bien porque se va a utilizar o por motivos de afecto o de utilidad. También aclaró este punto Alfonso Reyes en la Comisión Redactora del Estatuto Nacional de Estupefactantes, advirtiendo que el verbo conservar 'supone una relación temporal más o menos estática respecto de una cosa'. Interesa destacar el carácter de *relación*, es decir, una atadura entre el tenedor y el objeto...".

"... Conviene dejar constancia de que la referencia a Darío Velásquez Gaviria no se hizo antes por algo expuesto por él después de su ingreso a la Corte, sino por cuanto dijo en la Comisión Redactora del Estatuto...".

"... Queda, pues, demostrado que el auto de proceder se hizo por un delito y la sentencia condenatoria se dictó por dos infracciones. No hay manera de hacer compatible una providencia con la otra, pues no se trata de dos circunstancias delictivas que puedan juntarse en una, si no de dos tipos perfectamente diferenciados, conforme a lo que el propio vocatorio lo acepta y como corresponde a la realidad jurídica frente al complejo delictivo del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974...".

III. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal se ha opuesto a las pretensiones del recurrente con fundamento en las consideraciones que en el estudio de cada cargo hará la Corte más adelante:

Considerando:

Causal cuarta:

El proceso es nulo, afirma el casacionista, porque el procesado fue llamado a juicio sin que se precisara, en la parte motiva, las circunstancias que individualizaban o especificaban el hecho, de modo que pudiendo presentarse varias modalidades del delito, la ambigüedad del cargo hizo imposible o, cuando menos, dificultó el ejercicio de una adecuada defensa.

La Delegada de la Procuraduría, por el contrario, ha considerado injustificado el cargo:

"... *Causal cuarta de casación.* Esta Procuraduría Delegada encuentra que el cargo formulado en primer término contra la sentencia impugnada, por cuanto a juicio del recurrente el auto de proceder en relación con el delito de cohecho, fue ambiguo y confuso, no está llamado a prosperar por las razones que en seguida se enuncian...".

"... a) Constituye verdad recordada reiteradamente por la jurisprudencia que los individuos a quienes atribuye la realización del comportamiento que riñe con el ordenamiento penal, deben responder por los hechos y no por las denominaciones jurídicas que a esos hechos haya dado la ley. Es también evidente que para que el debate se adelante sobre bases de seguridad, con el fin de garantizar el derecho de defensa, nuestra ley dispone en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, que a tales hechos se les dé una *calificación genérica* en la motivación del auto de enjuiciamiento y que en la parte resolutive se identifique el delito con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo o título sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considera aplicable...".

"... b) El artículo 164 del Código Penal, que define y sanciona el llamado cohecho activo y que fue la disposición que dio lugar al llamamiento a juicio y posterior condena de Fuentes Moncayo, es norma que puede aplicarse con prescindencia de la actividad que pueda predicarse del funcionario, ya que lo que se persigue con ella es sancionar la conducta corruptora del particular que atenta contra el buen nombre de la administración pública al dar u ofrecer dinero o dádivas al funcionario para que realice un acto propio de sus deberes, o uno contrario a ellos o para que omita o retarde la actividad funcional que debe cumplir. Esto es, que nuestra ley no hace distinciones, por cuanto para la tipificación de la conducta igual resulta dar que prometer y tiene igual significación jurídico-penal que la entrega u ofrecimiento se haga para que el funcionario asuma algunos de los comportamientos anteriormente indicados...".

"... c) Si se repasa con algún detenimiento el auto de proceder forzoso es llegar a la conclusión de que tal providencia es de una claridad meridiana y que en ella se hizo una ponderada evaluación de la prueba para llegar a una calificación clara y sin ambigüedad de ninguna índole, por cuanto se dio al ilícito la denominación ge-

nérica que exige la ley y se señalaron las características de la infracción que impedían que esta pudiera confundirse con otra...";

"....."

"...d) De lo dicho en precedencia resulta que el auto de proceder fue elaborado conforme lo aconsejan los cánones legales, pues en tal providencia se hizo la calificación genérica de los hechos y, además, se precisaron las circunstancias conocidas de esa ilicitud, al punto de que no quedó la menor duda sobre el delito imputado ni sobre la finalidad perseguida por el agente al cometerlo. En consecuencia, en momento alguno puede afirmarse que el auto de proceder sea oscuro o impreciso y que por tal motivo se haya dificultado la defensa del procesado y si esto es así, tampoco es dable afirmar que se violaron las formas propias del juicio...".

"...Tramitado correctamente el proceso, el cargo debe ser rechazado, por cuanto en momento alguno tuvo existencia la nulidad invocada...".

Se considera:

La Corte ha reconocido como causal suprallegal o de origen constitucional, por quebrantamiento del debido proceso y del derecho de defensa, la formulación anfibológica de los cargos imputados al procesado en el auto de proceder, de manera que no le resulte posible a la defensa, en tales circunstancias, determinar con precisión los medios adecuados tendientes a desvirtuar la acusación, ni saber, a ciencia cierta, cuál de las varias posibles interpretaciones ha de acogerse en la sentencia, con el riesgo de que la actividad profesional del defensor se haya encaminado hacia la demostración de la inocencia del procesado por una de tales interpretaciones y éste resultar condenado, a la postre, a causa de una diferente, de origen judicial.

Este fenómeno, contra lo que afirma el recurrente, no se da remotamente siquiera respecto de la imputación al procesado Alejandro Fuentes Moncayo de la comisión del delito de cohecho, que reiteradamente se precisa en el auto de proceder y en la sentencia con referencia a la disposición del artículo 164 del Código Penal y, también de acuerdo con los hechos repetidamente declarados demostrados, con relación al artículo 161 ibídem, pues que la entrega u ofrecimiento del dinero a los funcionarios se realizó para que éstos omitieran el acto propio de sus cargos consistente en decomisar el estupefaciente y los artículos de contrabando e, igualmente, para que omitieran, de consiguiente, la aprehensión o captura de los responsables:

"...A través del proceso y como lo anotaba el Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial en providencia de fecha 26 de abril del presente año (fls. 549 y ss. del primer cuaderno original número 1). 'En el evento que se ilustra este sumario se tiene que contra Alejandro Fuentes Moncayo los funcionarios de la Policía formularon dos cargos a saber:...' "

"...1º Que en la madrugada del 23 de enero de 1976 fue aprehendido en su residencia de la carrera 7ª número 19-N-35 en el acto de conservar y ofrecer en venta 997 gramos de cocaína, avaluados en la cantidad de \$ 100.000.00, sin permiso de autoridad competente...".

"...2º Que descubierto en su acción ilícita, Fuentes Moncayo, ofreció a los funcionarios investigadores el pago de una suma superior a los \$ 77.900.00 y el regalo de la cocaína para que se abstuviera de aprehenderlo y denunciarlo...".

"....."

"...Llamar a responder en causa criminal y por los trámites del procedimiento ordinario, a Alejandro Fuentes Moncayo, hijo legítimo de Darío y Rosa, natural de Florencia, Corregimiento de Mercaderes, Cauca, vecino de Popayán, con residencia en la carrera 7ª número 19-N-35, de profesión comerciante, de 53 años de edad en 1976, casado con Nelly Meneses, alfabeto, como autor responsable de los siguientes delitos que se han calificado atrás así: 'Contra la salubridad pública' que describe y sanciona el Código Penal Colombiano en el Libro II, Título VIII, Capítulo II y el Decreto 1188 de 1974, en su artículo 38 inciso I en la modalidad de imperfecto por no haberse podido consumir el delito por circunstancias ajenas a su voluntad y en *conexidad* por un delito del cohecho en que también incurrió y que define el mismo Código en el Libro II, Título II, Capítulo III concurso de delitos que se hace al tenor de los artículos 17 y 33 de la misma obra, cuya determinación se toma en virtud de reunirse los requisitos exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal y cuyas pruebas se han dejado analizadas en el curso de la presente providencia, en tiempo, modo y lugar de que dan cuenta los autos...".

"....."

"...d) Por las mismas razones la Sala otorga credibilidad a los informes y testimonios que se vienen comentando, en cuanto de modo terminante acusan a Alejandro Fuentes Moncayo,

de haberles ofrecido a los agentes el regalo de los \$ 77.900.00 decomisados y aun de los 997 gramos de cocaína para que se abstuvieran de aprehenderlo y también de denunciar el delito, prometiéndoles entregar más dinero en los días inmediatamente posteriores. Tal oferta no fue aceptada por los funcionarios, quienes de todas maneras aprehendieron a Fuentes Moncayo y lo pusieron a órdenes de la Tercera Brigada, juntamente con el dinero en efectivo hallado en la alacena de la casa de aquél. Esa es una reacción bien característica y frecuente en quienes se dedican a esa actividad vulgarmente llamada 'tráfico de estupefacientes', según eso es lo que se aprecia en los múltiples procesos que registra la experiencia judicial, pues el enriquecimiento ilícito que les deviene a través de pingües ganancias los capacita para buscar la impunidad intentando halagar y corromper a los encargados de luchar contra la criminal empresa, conscientes como lo son de que al lograr resultados positivos fácil y rápidamente podrán resarcirse de las cantidades desembolsadas con la simple repetición e incremento del sucio delito...";

"...e) Se acepta así mismo la versión de policía judicial, en cuanto los captores informan que las dos hijas y otros familiares de Fuentes Moncayo participaron en el ofrecimiento de dinero para evitar la captura de éste, ya que no hay motivo alguno para negarle credibilidad a ese aspecto de los informes y testimonios oficiales referente a la ocurrencia objetiva del comportamiento que se asigna a los allegados del principal acusado, y antes bien se aprecia que él es evento humano de verosímil y explicable acaecer, dados los intereses familiares puestos en juego...".

".....".

"...Desde cuando se revisó el auto de detención preventiva esta Sala negó credibilidad a la exculpación de Alejandro Fuentes Moncayo y la encontró pueril, acomodaticia y mentirosa, según puede verse en la providencia de fecha 7 de septiembre de 1976 (fls. 380 a 399). Pues las verdaderas circunstancias modales conforme a las cuales se produjo el decomiso del kilogramo de cocaína y de los setenta y siete mil novecientos pesos están claramente expuestos por los informes y testimonios de Antero Hernández Díaz, Omar Alvaro Ibáñez y Henry Llanos Perlaza, quienes en la condición de funcionarios públicos sin interés alguno para faltar a la verdad refutan al acusado y hacen saber que Fuentes, les brindó en venta el paquete de cocaína

que conservaba y guardaba dentro de su casa, y que para impedir la captura y su traslado a la ciudad de Cali les ofreció regalarles el estupefaciente y los \$ 77.900.00 hallados en la alcoba, aparte de que les pidió regresar el domingo siguiente para darles otra suma considerable de dinero...".

".....".

"...El artículo 164 del Código Penal conmina prisión de uno a cinco años para la persona que diere u ofreciere dinero o dádivas a los funcionarios o empleados públicos para inducirlos a omitir un acto propio de sus funciones, o para determinarlos a ejecutar uno contrario a los deberes oficiales que les incumben. Tal pena puede reducirse hasta la mitad cuando el dinero, la dádiva o la oferta no son aceptados por los servidores públicos y en ese caso, por mandato del artículo 166 ibídem, procede el decomiso del dinero para los fines señalados en el artículo 59 de la misma obra...".

"...Esta conducta aparece claramente realizada por Alejandro Fuentes Moncayo, cuando la mañana del 23 de enero de 1976, una vez que fue descubierto por el Teniente Antero Hernández Díaz y los agentes Alvaro Omar Ibáñez y Henry Llanos Perlaza, en el acto de conservar ilícitamente cocaína, les ofreció regalarles la sustancia decomisada y los setenta y siete mil novecientos pesos hallados en su alcoba, aparte de otra cantidad considerable de dinero que les entregaría dos días después, a condición de que no lo capturaran y se abstuvieran de promover la investigación penal por el delito que estaban obligados a denunciar en el carácter de funcionarios de policía judicial...".

".....".

"...Llámase a juicio ordinario de responsabilidad penal al mismo Alejandro Fuentes Moncayo, por una de las infracciones que contempla genéricamente el Código Penal en su Libro Segundo, Título 3º, Capítulo III, bajo el rubro jurídico 'del cohecho', conforme a los hechos y las pruebas que se dejan expuestos en la precedente motivación...".

(Autos de proceder de 27 de junio de 1977 y de 7 de noviembre del mismo año).

".....".

"...Ahora entonces, como en aquella oportunidad, a juicio del Despacho, a Alejandro Fuen-

tes Moncayo debe condenársele por un delito 'del cohecho' de que trata el Libro 2º, Título 3º, Capítulo 3º, artículo 164 del Código Penal, a una pena principal de seis (6) meses de prisión, considerando que el ofrecimiento no fue aceptado por los agentes del orden, pena que ya ha descontado en detención preventiva...".

"....."

"...Por las mismas razones la Sala otorga credibilidad a los informes y testimonios que se vienen comentando, en cuanto de modo terminante acusan a Alejandro Fuentes Moncayo, de haberles ofrecido a los agentes el regalo de los \$ 77.900.00, decomisados y aun de los 997 gramos de cocaína para que se abstuvieran de aprehenderlo y también de denunciar el delito, prometiéndoles entregar más dinero en los días inmediatamente posteriores. Tal oferta no fue aceptada por los funcionarios, quienes de todas maneras aprehendieron a Fuentes Moncayo y lo pusieron a órdenes de la Tercera Brigada, juntamente con el dinero en efectivo hallado en la alacena de la casa de aquél. Esa es una reacción bien característica y frecuente en quienes se dedican a esa actividad vulgarmente llamada 'tráfico de estupefacientes', según eso es lo que se aprecia en los múltiples procesos que registra la experiencia judicial, pues el enriquecimiento ilícito que les deviene a través de pingües ganancias los capacita para buscar la impunidad intentando halagar y corromper a los encargados de luchar contra la criminal empresa, conscientes como lo son de que al lograr resultados positivos fácil y rápidamente podrán resarcirse de las cantidades desembolsadas con la simple repetición e incremento del sucio delito...".

(Sentencias de 13 de agosto de 1979 y de 6 de noviembre del mismo año).

Por lo demás, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte en numerosas decisiones, entre ellas la de 10 de julio de 1975, con ponencia del doctor Julio Roncallo Acosta:

"...la ambigüedad o imprecisión en el auto de proceder tiene relevancia jurídica y lesiona el derecho de defensa cuando la confusión en los cargos en él formulados no permita conocer con claridad y exactitud qué delitos se atribuye al acusado y cuáles las circunstancias en que lo cometió...".

(*Gaceta Judicial*, Tomo CLI, número 2392, pág. 276).

Cuando, como en este proceso, existe una clara, exacta y reiterada formulación del cargo y los

hechos estimados demostrados en el proceso corresponden con fidelidad a la denominación jurídica que se ha dado a ellos, no resulta posible afirmar que hubo ambigüedad o imprecisión ni en los hechos aceptados por los juzgadores de instancia, ni respecto de las circunstancias especificadoras, ni en relación, finalmente, con la concreta imputación contenida en el auto de proceder.

No prospera, pues el cargo.

Causal segunda

La sentencia sostiene el recurrente, no está en consonancia con los cargos contenidos en el auto de proceder referentes a la infracción al Decreto 1188 de 1974 imputada al condenado.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, a su turno, ha considerado infundada la tacha:

"...c) Realmente el cargo que se le hizo al procesado fue por el hecho de conservar la sustancia ya mencionada. Así quedó claramente establecido en el auto de proceder y a lo largo de toda la motivación de la sentencia; sin embargo, en la parte resolutive del fallo se incluyó el verbo ofrecer, pero no con el propósito de afirmar que el condenado hubiera realizado tal comportamiento, sino con la clara intención de darle una simple denominación a la infracción que daba lugar a la imposición de la pena. En efecto, en la resolución se dice que se condena a Fuentes Moncayo '... como autor penalmente responsable de los delitos por los cuales fue llamado a juicio, relacionados con la infracción a los artículos 38 del Decreto 1188 de 1974 y 164 del Código Penal, que tratan de la conservación y ofrecimiento de cocaína y del cohecho en su orden...'. Esto es, que en esta última parte de la sentencia solo se dio una denominación a la infracción, sin que ello significara la condena por un cargo no hecho oportunamente...";

"...d) Todo lo dicho con respecto a este cargo conduce a la afirmación de que la sentencia se dictó en consonancia con el auto de proceder, ya que la denominación que al delito se dio en la parte resolutive de la sentencia no modificó en manera alguna la responsabilidad del procesado ni influyó en la dosificación de la pena, al punto de que si, en gracia de discusión, pudiera prosperar el cargo, lo único que podría hacerse sería quitar de la parte resolutive la expresión ofrecimiento, pero el resto de la decisión continuaría igual. Sin embargo esto no es jurídico y tampoco conduce a resultados prácticos ni teóricos de ninguna clase...".

Se considera:

Constituye, sin duda, exagerada aspiración del recurrente la que le lleva a solicitar a la Corte que case la sentencia del Tribunal Superior de Popayán porque, según dice, el procesado fue condenado por *conservar* y *ofrecer* la droga y no, como se dijo en el auto de proceder, sólo por *conservarla*, siendo que resulta evidente que la expresión motivo del ataque a la sentencia se incluyó en ésta innecesaria e inmotivadamente, sin derivar consecuencia alguna ni como nuevo cargo hecho al procesado, pero que ni siquiera como elemento de modificación de la responsabilidad o de agravación de la penalidad.

Con ser el anotado un error o una ligereza del Tribunal, es también cierto que, como oportunamente lo ha advertido la Delegada de la Procuraduría, el inútil agregado contenido en la sentencia carece de relevancia procesal, de modo que su inclusión o su exclusión ningún beneficio o perjuicio ocasiona al procesado, evento este últi-

mo en el cual podría discutirse el interés del casacionista en la anulación del fallo.

Tampoco prospera, en consecuencia, este 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 de la Procuraduría Delegada y en un todo de acuerdo con él, NO CASA la sentencia recurrida.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Aljonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DOCUMENTOS PUBLICOS

Características esenciales: Los denominados documentos militares no constituyen una especie diferente de los demás provenientes del Estado; simplemente toman este nombre por su procedencia —Fuerzas Armadas— mas no por su naturaleza, que es la de documentos públicos

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 13 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 102.

Vistos

El Tribunal Superior Militar en sentencia que lleva fecha 10 de abril del año en curso, confirmó la que el 29 de marzo del año pasado dictara el Consejo de Guerra Ordinario que se reunió en el Comando del Ejército, en esta capital y por la que se condenó al Subteniente (r) Alvaro Rodríguez Arias, a la pena principal de cinco (5) años de presidio como responsable por los delitos de falsedad en documentos militares y peculado por hechos ocurridos en Barrancabermeja en los meses de junio de 1972 a septiembre de 1973 cuando el procesado desempeñaba el cargo de Comandante de la Compañía "H" Unidad Táctica Orgánica del Batallón "Charry Solano", adicionándola en el sentido de condenar también al inculpado a las sanciones accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares, publicación de la sentencia, interdicción en el ejercicio de funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y pérdida de la patria potestad si la tuviere.

Contra dicha decisión interpuso oportunamente el procesado recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala en donde se le ha dado el trámite de rigor durante el cual se recibió, también oportu-

tunamente, la correspondiente demanda que se consideró ajustada a los términos de la ley.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede ya que no se observa nulidad alguna en el trámite del recurso.

Hechos y actuación procesal

Desde el primero de enero de 1971 fue destinado el Subteniente Alvaro Rodríguez Arias a prestar servicio en el Batallón Brigadier General Charry Solano y poco después se le dieron órdenes de organizar una compañía denominada con la letra "H" destinada a actividades de inteligencia y contrainteligencia en la región del Magdalena Medio y con sede en Barrancabermeja.

En tal concepto era el encargado de pagar al personal bajo sus órdenes y para ese efecto se le giraban los dineros correspondientes.

Pero con el objeto de disimular las actividades de dicho personal y previa orden de montar una "fachada" para ocultar la verdadera naturaleza de sus actividades, organizó primero una venta de "Chitos" que fracasó por cuanto en la población mencionada había un agente de esos productos que los vendía a un precio menor.

Se le dio entonces orden al Teniente Rodríguez de organizar una nueva "fachada" y entonces emprendió el negocio de venta de elementos agrícolas para poder penetrar en las regiones rurales al tiempo que sus subalternos, en su totalidad suboficiales del Ejército, se dedicaban a otras actividades con el mismo propósito de disimulo.

Esta empresa ficticia tenía el nombre de "Instituto Tecnológico de Encuestas y Estadísticas"

(I. T. E. E.) y a él se giraban los sueldos y bonificaciones de los integrantes de la compañía "H", para lo cual se dio orden al procesado de abrir sendas cuentas en los Bancos del Comercio y Ganadero de Barrancabermeja.

Los pagos en cuestión se hacían por medio de la compañía "H" sin números claves al frente de cada uno de los cuales debía firmar el respectivo beneficiario del pago y al pie de las mismas el procesado con su denominación oficial, vale decir, la de "Comandante de la C. P. 'H'" (ver fls. 3 y siguientes del cuaderno número 3).

Muchas de las firmas que aparecen en dichos documentos, no son auténticas. Según resulta de autos, el procesado firmaba a veces en lugar de sus subalternos o le pedía al Sargento Viceprimero Silvio Daza, quien era el encargado del régimen interno de la compañía, que lo hiciera.

Al preguntársele al primero por el motivo para ello, manifestó que como quiera que el comando del Batallón "Charry Solano" exigía que las nóminas se devolvieran firmadas antes del veinte de cada mes y debido a las distancias en que se encontraban muchas veces los integrantes de la Compañía "H" así como la falta de vías de comunicación, se ponían, con el conocimiento de ellos, sus firmas en las planillas, reservándose una copia de las mismas para las firmas auténticas (fl. 85 edno. principal).

Al mismo tiempo el procesado llevaba a cabo algunas actividades personales de tipo comercial, como comprar productos agrícolas, en compañía con el Mayor Manuel Sanmiguel Buenaventura quien le adelantaba dineros para compras, habiendo montado el Teniente Rodríguez Arias en Barrancabermeja para ese efecto y también para el manejo de la Compañía "H" una oficina privada cuyos muebles adquirió personalmente.

Ambas actividades, la del Comando de la mencionada Compañía "H" y los negocios de índole privada se mezclaron en tal forma que, al parecer, el procesado empleó en esta segunda los dineros que le giraba el Comando para atender los pagos de la primera.

Fue así como dispuso de sueldos y bonificaciones de algunos de sus subalternos a quienes no les pagaba oportunamente, dándoles diversas disculpas, entre ellas, la de que los dineros no le habían sido girados, entregándoles por partes lo que correspondía darles de una sola vez.

De esto no se sospechaba en el Comando del Batallón "Charry Solano" por cuanto allí se recibían puntualmente las planillas con las co-

rrespondientes firmas de cuya falsedad no se tenía noticia.

Pero entonces, se tuvo conocimiento de diferencias de negocios existentes entre el Teniente Rodríguez Arias y el Mayor Sanmiguel Buenaventura, para averiguar las cuales se comisionó al Mayor Norberto Ramírez Restrepo, segundo jefe del mencionado Batallón a quien varios de los suboficiales que componían la Compañía "H" presentaron quejas sobre el comportamiento del Comandante de la misma y especialmente respecto al pago de sus sueldos diciéndosele que hacía varios meses éstos no eran cubiertos.

Se inició entonces una averiguación de tipo disciplinario que culminó en la separación del Teniente Rodríguez Arias de las Fuerzas Armadas y también se dio comienzo al presente proceso penal en el curso del cual se oyeron numerosos testimonios, se practicaron varias diligencias de inspección ocular y se llevó a cabo una pericia de carácter grafológico sobre las planillas de que se ha hablado (fls. 195 a 198 del cuaderno principal), en la que se dijo que muchas de las firmas correspondientes a Arcesio Liévano eran auténticas pero otras no. Lo mismo respecto a las de José Antonio Bello Mancera.

Estos dos nombres corresponden a otros tantos suboficiales integrantes de la Compañía mencionada y a quienes el Teniente Rodríguez Arias, les quedó debiendo un total de \$ 64.046.00, suma para cuyo pago les entregó: al Sargento Segundo Arcesio Liévano dos cheques contra el Banco Ganadero, en donde el procesado tenía su cuenta personal, por la suma de diez y siete mil pesos (\$ 17.000.00), cada uno, fechados a noviembre 5 y a diciembre 5 de 1973, y al Sargento Viceprimero José Antonio Bello Mancera, también otros dos cheques sobre el mismo Banco y la misma cuenta, uno de ellos por ocho mil cuarenta y seis pesos (\$ 8.046.00), y el otro por veintidós mil pesos (\$ 22.000.00), fechados a 6 de noviembre y éste a 6 de diciembre del mismo año de 1973, cheques que el Banco girado no pagó por cuenta cancelada.

Entre los declarantes figura el Sargento Viceprimero Silvio Daza Samboní, ya mencionado, quien se desempeñaba, según queda dicho, como Régimen Interno de la Compañía "H" y el cual afirma, entre otras cosas, que en cuatro oportunidades y en vista del demasiado retardo en la firma de las planillas, el Teniente Rodríguez Arias, le ordenó que firmara imitando la firma de los suboficiales, orden que cumplió después de preguntarle al Teniente si ya los sueldos res-

pectivos habían sido pagados y recibir respuesta afirmativa (fls. 29 y siguientes cuaderno principal).

Otro declarante, el Sargento Segundo Leonel de Jesús Rincón, asevera (fls 49 y siguientes), que nunca autorizó al Teniente Rodríguez para que pusiera en las planillas la firma del declarante. Asevera igualmente que el Teniente Rodríguez le retuvo varias veces sus sueldos y bonificaciones y que pese a los reiterados reclamos del exponente, no se lo entregaba sino que sacaba diversas disculpas, terminando por pagarle, finalmente, todo lo que le debía.

Al preguntársele, en su indagatoria, al teniente Rodríguez Arias, por estos hechos, dijo que no era cierto retuviera lo sueldos y bonificaciones a sus subalternos contra la voluntad de estos sino que, debido al hecho de que permanecían ausentes en regiones, a menudo inaccesibles, ellos lo habían autorizado para tener en su poder tales dineros.

Agrega que debido al mal resultado de las operaciones comerciales que llevaba a cabo como "pantalla" se fue endeudando y que por tal motivo su situación económica llegó a ser crítica, hasta el extremo de no poder pagar la oficina cuyo arrendamiento debían cubrir el Comando del Batallón y el propio indagado, pero aquél no le giraba sino las dos terceras partes del arriendo.

Niega que hubiera retenido los sueldos y bonificaciones de sus subalternos, a excepción de los pertenecientes a los Sargentos Liévano y Bello Mancera, pero reitera que estos lo habían autorizado verbalmente para que les guardara sus haberes y se los entregara íntegros cuando ellos lo solicitaran.

Agrega, al preguntársele por el retardo de los pagos, que ésto sólo sucedía respecto a las bonificaciones que eran operacionales y por tal motivo podía retenerlas.

Respecto a otras retenciones dice, por ejemplo, que el Sargento Horacio Lemus, le debía la suma de tres mil cuatrocientos pesos por concepto de una transacción comercial, es decir, que se trataba de una deuda personal y no de dineros fiscales. Respecto al Sargento Segundo Ordóñez, asevera que no le había entregado su dinero porque éste se encontraba en vacaciones. Al Sargento Monroy Vega se le debían dineros por concepto de servicios médicos y compra de drogas los cuales no habían sido reconocidos por la gerencia o no se habían elaborado las facturas en la forma debida, por lo cual no se habían pagado.

Insiste en que el caso de los Sargentos Mancilla y Liévano, era una deuda personal y se manifiesta dispuesto a pagarles lo que les debe.

Con fecha cinco (5) de agosto de 1975, el Comando del Ejército, obrando como Juez de Primera Instancia, dictó auto de llamamiento a juicio contra el Teniente Alvaro Rodríguez Arias para ser juzgado, conforme al trámite ordinario, por los delitos de falsedad en documentos militares y peculado.

Respecto al primero de ellos lo hace consistir en el hecho de haber imitado las firmas de los suboficiales de la Compañía "H" en las nóminas o planillas de pago de sueldos, primas y bonificaciones, documentos que califica de públicos "pues si bien es cierto dice, que en su encabezamiento se lee 'Instituto Tecnológico de Encuestas y Estadísticas. Dirección General', quienes en dichas planillas estamparon sus firmas, en su mayoría auténticas, eran o son suboficiales del Ejército destinados y pertenecientes a la citada Unidad Fundamental".

En cuanto al de peculado, lo radica en el hecho de que no habiendo sido autorizado el procesado Teniente Rodríguez Arias para retener dineros pertenecientes a sus subalternos los suboficiales Arcesio Liévano, Bello Mancera, Leonel de Jesús Rincón Mosquera, Hernández Sánchez Vallejo y José de Jesús Monroy Vega, los retuvo, apropiándose en su provecho de dineros pertenecientes al Estado y que le habían sido confiados para su administración, todo lo cual sobrepasó a la cuantía de cincuenta mil pesos.

Con fecha 26 de noviembre de 1975 se convocó un Consejo de Guerra Ordinario para juzgar al Subteniente Alvaro Rodríguez Arias, por los delitos mencionados y se fijó el cuatro (4) de diciembre del mismo año para el sorteo de vocales, diligencia que se llevó a cabo el día señalado (fl. 372).

Por auto de 19 de febrero de 1976 se señaló el día 25 del mismo mes y año para llevar a cabo el Consejo de Guerra lo que también tuvo lugar en la fecha indicada.

Durante él se sometieron a los vocales los cuestionarios de rigor en número de cuatro, dos (2) para el delito de falsedad y otros dos (2) para el de peculado, refiriéndose aquellos a la imitación de las firmas de los Sargentos Arcesio Liévano y José Antonio Bello Mancera, respectivamente, y los otros a la apropiación de los dineros del Estado destinados a pagar los sueldos, primas y bonificaciones de los mismos dos suboficiales, cuestionarios que fueron respondidos afirmativamente.

En sentencia de 29 de marzo de 1976, el Presidente del Consejo de Guerra Ordinario, acogiendo las respuestas de los vocales, condenó al Subteniente (r) Alvaro Rodríguez Arias, a la pena de cinco (5) años de presidio como responsable por los delitos de falsedad en documentos militares y peculado. Así mismo lo condenó a las accesorias de interdicción en derechos y funciones públicas y a la de publicación especial de la sentencia.

En el texto de la misma y refiriéndose al delito de falsedad documental dice que las planillas por medio de las cuales se pagaba a los miembros de la Compañía "H" son documentos públicos que, además se trata de documentos militares que no iban con la sigla del Ejército debido a las actividades de la mencionada compañía y que los agentes o vendedores que figuraban en dichas nóminas eran militares oficiales o suboficiales orgánicos del Batallón "Charry Solano".

En cuanto al de peculado sostiene el *a quo*, que el procesado pese a sus afirmaciones en contra, tenía las funciones de pagador ya que a él se le remitían los dineros en su carácter de Comandante de las tantas veces mencionada Compañía "H" y que tales dineros se le giraban para pago de sueldos, de oficina y servicios.

La providencia en mención fue apelada tanto por el procesado como por su defensor, y concedida la alzada, se envió el proceso al Tribunal Superior Militar donde, luego del trámite de rigor, se la confirmó por medio de la que ahora es objeto del presente recurso extraordinario de casación.

En ésta, al examinar el cargo de peculado, el Tribunal dice que se trataba de una misión secreta motivo por el cual el personal militar encargado de ella obraba aparentando funciones de agentes de Encuestas y Estadísticas usando cada uno de los miembros de la Compañía un código preestablecido con el cual aparecían identificados en las planillas cuyo valor se giraba a nombre del procesado que era quien tenía autorización para retirarlos y que, una vez el dinero en su poder, debía proceder a entregarlo a sus subalternos.

Esos dineros eran, dice la sentencia, de carácter oficial no obstante la forma reservada como eran remitidos "de tal manera, expresa, que no hay duda en que esos caudales sí eran bienes del Estado y desde luego destinados al servicio de las Fuerzas Armadas, concretamente para el pago de sueldos, primas y bonificaciones".

Cita el Tribunal el Sumario de Ordenes Permanentes del Batallón (SOP), en el cual una

norma para los años administrativos de 1973 y 1974 dice:

"Al personal que opera fuera de Bogotá, se le cancelarán los sueldos y bonificaciones mediante giro hecho al Comandante de la Compañía respaldado por la respectiva relación en (sic) los valores que corresponde a cada uno".

Concluye que no queda duda sobre el carácter de pagador que tenía el procesado, así como tampoco respecto al hecho de que, habiendo recibido dineros en esa función, se apropió de ellos. En el evento concreto, los pertenecientes a los Sargentos Liévano y Bello.

Por lo que hace al cargo de falsedad en documentos, asevera la sentencia que las mencionadas planillas tenían el carácter de documentos oficiales "tanto por su origen como por su contenido y finalidad". "Los documentos militares, agrega, no son más que subciase de los anteriores, y en el caso concreto servían para demostrar una erogación o gasto, a cargo del Ministerio de la Defensa Nacional" (fl. 653 cdno. principal).

Luego menciona el numeral 2º del artículo 177 para decir que dicha norma erige en delito en relación a los documentos militares, la acción de contrahacer, fingir letra, firma, rúbrica o sello" y que teniendo en cuenta los dictámenes grafológicos y la confesión del procesado, no queda duda de que éste falsificó firmas de sus subalternos, lo que hizo en repetidas ocasiones obrando con malicia y no para el fin que él anota, o sea la rapidez en los procedimientos de pago y devolución de las planillas sino para apropiarse de los dineros de los dos suboficiales mencionados o sea Liévano y Bello.

"Obró con intención delictuosa, dice el Tribunal. Y tan ello es así que utilizando este medio, ya de por sí delictuoso, llegó al fin propuesto, que no era otro que la apropiación de esos dineros. Aparece claramente la relación de delito medio y delito fin, en un concurso material de tipos".

De este modo concluye en que debe confirmarse la sentencia apelada y así lo hace con la modificación que se consigna al comienzo de la presente.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Tres cargos formula el censor a la sentencia recurrida, todos ellos al amparo de la causal cuarta de casación, esto es, por haberse dictado aquélla, a su juicio, en un proceso viciado de nulidades de carácter procesal,

Se resumen a continuación las acusaciones y, luego de cada una de ellas, la respuesta del Ministerio Público representado, en la presente oportunidad, por el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares.

Primer cargo. Lo enuncia el censor de la siguiente manera:

“Encontrarse viciado de nulidad el juicio dentro del cual se pronunció la sentencia atacada, por haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, en el auto de proceder en donde se residenció en juicio criminal al procesado por el delito de falsedad en la modalidad que define y sanciona el Código de Justicia Penal Militar en su Libro 2º, Título VI, Capítulo IV, habiéndose ubicado el hecho criminoso en un estatuto represor diferente de aquél en que realidad de verdad (sic) se encuentra definida la conducta atribuida al reo, según las particulares circunstancias que la tipifican, vale decir, el Código Penal, Libro 2º, Título VI, Capítulo III”.

Al sustentar el cargo, dice en la parte pertinente la demanda:

“En tratándose de documentos y para que tenga aplicación este género delictual, preciso es que los hechos constitutivos de la falsedad se efectúen en relación con documentos militares, cosa que imperativamente reclama el artículo 177 del aludido Código en cuyo numeral 2º el legislador concretó: ‘El que en relación con documentos militares...’, como el artículo 178 ibídem, en donde el inciso 2º reclama expresamente: ‘...un documento militar falso...’”.

“De lo anterior se sigue que para que exista falsedad en la modalidad reprimida por el Código de Justicia Penal Militar, es requisito indispensable que la conducta ilícita se realice sobre documentos militares, o sea que el objeto material del ilícito es cualificado específicamente; cuando el objeto material de la falsedad no tiene la cualificación específica aludida no se tiene delito de falsedad militar por faltar uno de los elementos integrantes de la descripción típica del delito”.

Agrega que los documentos que fueron examinados en el presente proceso, “en modo alguno pueden considerarse militares ya que carecen de los requisitos formales y sustanciales que permitan realizar sobre ellos tal cualificación; de la observación de las citadas planillas se deduce directamente, sin necesidad de mayor esfuerzo, que las mismas tan solo alcanzan la categoría de documentos privados”, por lo cual niega que se

haya configurado el delito que se imputó al procesado.

Más adelante argumenta que los documentos militares son una clase de documentos públicos, que para alcanzar tal calidad deben ser expedidos con las formalidades legales, según la definición del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal y que, por lo tanto, cuando se expiden sin ellas, no tienen el carácter de públicos ni son documentos militares.

Termina diciendo que en el caso de autos se trata de documentos privados cuya falsificación está contemplada por el Código Penal común, por lo que al juzgarla de acuerdo con el Militar, se incurrió en nulidad.

A esto replica la Procuraduría diciendo, en resumen, que como el Código de Justicia Penal Militar no define lo que se entiende por documentos militares, la naturaleza de estos hay que buscarla en el Código Civil y que teniendo en cuenta tales nociones debe deducirse que es aquél que se expide para satisfacer las necesidades del servicio en los diversos planos de la organización y funcionamiento de las Fuerzas Militares, de manera que la calidad del mismo no dimana solo de su autor sino de las diversas circunstancias en que se otorga y del contenido mismo del documento.

“De ahí que existan documentos en el ámbito castrense, dice el Ministerio Público, que por sus finalidades reservadas puedan aparentar ser documentos privados, pero que por su contenido y autoridad competente que los expide, son verdaderos documentos públicos, ya que están destinados a producir efectos en el ramo de la defensa y en general en el campo de la administración pública”.

Concluye que las planillas de pago de la Compañía “H” son documentos públicos y que por tanto estuvo bien ubicado el cargo, razón por la cual no debe accederse a declarar la nulidad impetrada.

Segundo cargo. Lo puntualiza así el censor:

“Haber sido pronunciada la sentencia recurrida en un juicio viciado de nulidad, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que se llamó a responder en juicio criminal al procesado por el delito de peculado en la modalidad que define y sanciona el Código de Justicia Penal Militar en su Libro 2º, Título X, Capítulo II, cuando en realidad de verdad, según lo demostrado en el proceso, la infracción por la cual se procede se encuentra definida y sancio-

nada en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 y en el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970”.

Al fundamentar el cargo insiste en que para que haya peculado militar es requisito indispensable que los caudales o bienes de que se dispone sean del Estado y que, además, se encuentren a disposición de las Fuerzas Armadas.

“Los bienes sobre los cuales se ejecutaron los actos de apropiación por parte del procesado, al momento de la consumación de la ilicitud, expresa la demanda, no tenían el carácter de fondos públicos, ni tampoco se encontraban destinados al servicio de las Fuerzas Armadas; tales bienes tenían el carácter de fondos particulares”.

Estos fondos, agrega, pertenecían a una entidad privada denominada “Instituto Tecnológico de Encuestas y Estadísticas” y, como además, eran girados personalmente al procesado, por medio de transferencias de índole privada, hechas las cuales el Estado perdía toda disponibilidad sobre esos dineros que, cuando llegaban a disposición del Subteniente Rodríguez Arias ya tenían el carácter de dineros privados, concluye que no se ha cometido el delito de peculado y que al calificar de tal la conducta imputable al procesado, se incurrió en nulidad de carácter procesal contemplada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Replica la Procuraduría diciendo que los fondos referidos eran públicos y pertenecían al presupuesto del Ministerio de Defensa que los había confiado para su custodia, administración y para el pago de sueldos al personal de suboficiales bajo su mando, al Subteniente Rodríguez Arias, en su calidad de Comandante de una Compañía del Batallón “Charry Solano”.

Por consiguiente no hay razón para afirmar como hace el actor, que no se cometió el delito de peculado y tampoco para decir que se incurrió en nulidad.

Tercer cargo. Enmarcado también, como se deja dicho en la causal cuarta de casación, lo hace consistir el censor en que, según él, se incurrió en nulidad de carácter procesal, por incompetencia del Juez, ya que se juzgó por la justicia penal militar este proceso, siendo así que, por tratarse de delitos ordinarios, en concepto del actor, y no haber sido cometidos por militares en servicio activo ni por civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, ni haber ocurrido los hechos en tiempo de guerra, conflicto armado, turbación del orden público o conmoción interior, su juzgamiento correspondía a la justicia ordinaria.

Responde el Ministerio Público diciendo que el cargo no tiene fundamento ya que los hechos materia del presente juicio sí son delitos militares cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, por lo que su juzgamiento corresponde a las autoridades castrenses.

Consideraciones de la Corte

En el orden que se deja expuesto, el mismo empleado por el actor, examinará la Sala los cargos hechos a la demanda no sin manifestar, de antemano, su completo acuerdo con los conceptos y las conclusiones de la Procuraduría que considera plenamente ajustado a los hechos del proceso y a las normas de derecho que le son aplicables.

Primer cargo. *El Código de Justicia Penal Militar, en su artículo 472, que es una copia literal del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, define los documentos públicos diciendo:*

“Artículo 472. Los documentos públicos o auténticos, es decir, los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe”.

Siguen estas definiciones, en sus líneas generales, los términos del artículo 1758 del Código Civil, según el cual “instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante el notario o el que haga sus veces e incorporado en el respectivo protocolo, se llama escritura pública”.

Dos rasgos se destacan en estas definiciones legales: que el documento sea otorgado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y que se expida con las formalidades legales.

De estas características la primera es, sin duda alguna, la más importante.

Es el hecho de ejercer una función pública lo que imparte al documento público su peculiar naturaleza.

Porque solo el Estado ejerce la llamada “función certificante”, esto es, la de atribuir a los escritos que de él provienen un especial valor probatorio que no tienen los que proceden de los particulares.

La fe pública, o sea la confianza que se dispensa a ciertos objetos, es atribuida por la ley al Estado desde tiempos inmemoriales y a él se ha otorgado la facultad de transmitirla a ciertas

manifestaciones suyas que, por su especial importancia y sus singulares características, están destinadas a servir de apoyo al tráfico jurídico, esto es, a las relaciones de derecho entre el Estado y los particulares o de estos entre sí.

Por lo que hace a los documentos públicos, originalmente se elaboraban con el lleno de ciertos requisitos formales que la ley señalaba para rodear no solo de solemnidad ese acto, sino de prestar mayores garantías de autenticidad a los asociados.

Empero, modernamente, las solemnidades han ido desapareciendo y es así como las más modernas definiciones de documento público ya no contienen ese requisito.

Esto es lo que sucede con la consignada en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil donde se dice que "documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario es instrumento público: cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública".

En esta definición ya ha desaparecido el requisito de las formalidades legales y el elemento de mayor importancia consiste en la intervención del funcionario público, esto es, de la persona que a nombre del Estado y en ejercicio de la función certificante de que éste es depositario, le imparte fe pública, o sea, impone a los asociados la obligación de creer tanto en su autenticidad como en su veracidad hasta prueba en contrario.

Habida cuenta de la trayectoria de las distintas definiciones y de la tendencia que se deja anotada hacia la simplificación del concepto de documento público, no puede alegarse con base en el tenor literal del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal que éste conserva en lo relativo a los asuntos penales su primitiva estructura formalista.

Y no sería admisible esta afirmación habida cuenta de que en la mayor parte de los documentos emanados del Estado, ya la ley no exige ninguna clase de formalidades por lo que, de aplicar una rigurosa noción formalista, habría que concluir que no son documentos públicos, lo cual resulta inadmisibile.

Así, pues, basta para que se tenga un documento de esta especie que haya sido elaborado por un funcionario público en ejercicio de sus fun-

ciones lo que implica que se destine al servicio del Estado en cualquiera de sus actividades.

El aspecto exterior del documento no es primordial, salvo que la ley así lo disponga, para darle la calificación de público, sino su contenido y, por supuesto, su autor.

En ambos está presente la actividad pública: el autor, un funcionario público, escribe algo relacionado con los fines del Estado.

Esa actividad asume, a veces, formas que la asemejan a la desarrollada por particulares. Por ejemplo, es frecuente que un funcionario público en ejercicio de sus funciones, se dirija a otro o a un particular por medio de una carta.

Puede, también, hacer pedidos o ventas o, en fin, desarrollar cualquier actividad de índole económica valiéndose de facturas u otros documentos de comercio.

Teniendo esto en cuenta y aplicándolo al caso de autos se concluye que las nóminas por medio de las cuales se pagaba al personal de la Compañía "H" son documentos públicos porque todos los que intervinieron en ellas lo hicieron en su carácter de funcionarios del Estado y en desarrollo de una actividad estatal como era la inteligencia y contrainteligencia del Ejército.

El hecho de que, desde la índole misma de esa actividad hubiera habido necesidad de disimularla bajo un aspecto privado no le quita su verdadera naturaleza ya que esto dice relación a la forma del documento no a su esencia, que sigue siendo la misma.

Por lo que hace a la crítica consistente en que las nóminas tantas veces citadas no constituirían documentos militares y, por lo tanto, no existiría falsedad documental de naturaleza militar por cuanto al decir del censor, los documentos militares no son los mismos documentos públicos ordinarios, no tiene base ya que no existe en nuestra legislación sino una clase de documentos públicos: los que proceden de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

El hecho de que a una categoría de esos documentos se les denomine "militares" no hace de ellos una especie aparte de los demás procedentes del Estado, como tampoco la constituyen los llamados "legislativos" o "administrativos" o "judiciales" por proceder de una de esas ramas del Poder Público.

Esas denominaciones se les dan para distinguirlos de los demás en cuanto a su procedencia o destino, no por lo que hace a su naturaleza que sigue siendo la misma: documentos públicos.

No sobra observar que el mismo Código de Justicia Penal Militar, en el artículo 472 que se deja transcrito en apartes anteriores, al definir lo que se entiende por documentos públicos no hace referencia a su origen militar sino que solo exige que sean expedidos por funcionarios públicos.

Y en ninguna parte de ese ordenamiento se define lo que debe entenderse por documentos militares. Lo que da base para afirmar que estos son lo mismos públicos y que solo se les denomina en esa forma porque se expiden para fines propios de las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, procedieron bien los juzgadores al calificar la conducta juzgada como una falsedad en documentos públicos no en documentos privados, como pretende el actor, cuya censura debe, por ello, desecharse.

No prospera este cargo.

Segundo cargo. Guarda mucha similitud con el anterior ya que en este también se alega no ser de carácter oficial o público la actividad desarrollada por el procesado al recibir y pagar a los miembros de la tantas veces mencionada Compañía "H" los dineros que se les debían por concepto de sueldos, primas y bonificaciones.

La afirmación de que tales sumas tenían carácter privado no se justifica habida cuenta que la actividad desempeñada por dichas personas, empezando, por el procesado, era de carácter netamente oficial, pues consistía en labores de inteligencia y contrainteligencia al servicio del Ejército y como una parte de las funciones de éste.

El hecho de que tuvieran que disfrazar esas actividades mediante una fachada de negocios de carácter privado, no les quita su carácter oficial.

En consecuencia, los dineros girados para la remuneración de quienes desarrollaban tales actividades tienen, tanto por su origen, que indudablemente es estatal, como por sus fines últimos, un carácter oficial. Son bienes del Estado que se destinan a actividades propias del mismo.

Por otra parte, de autos está perfectamente establecido que el Comandante de la Compañía, por el hecho de operar fuera de Bogotá, tenía, de acuerdo con la resolución ya mencionada de la Contraloría General de la República, el carácter de pagador, es decir, de persona oficialmente encargada de recibir tales dineros, guardarlos y

pasarlos posteriormente a sus legítimos destinatarios, los componentes de la Compañía "H".

Es así que el procesado, habiendo recibido en virtud de su cargo de Comandante de la unidad citada, tales dineros, los retuvo con fines de apropiación de los mismos y en referencia a los suboficiales, Sargentos Bello Mancera y Liévano, luego cometió el delito de peculado en su modalidad de apropiación indebida descrito y sancionado por el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 norma que, en consecuencia, fue correctamente aplicada por los juzgadores de instancia.

Se rechaza este cargo.

Tercer cargo. Como conclusión de lo que se deja dicho respecto de los dos anteriores de los cuales también el censor lo presenta como necesaria secuela para decir que, no tratándose, en su concepto, de falsedad en documentos militares sino en privados ni de peculado sino de abuso de confianza, se incurrió en nulidad por incompetencia del juez, también hay que decir, como consecuencia, que repite, de lo que ya se deja expuesto en la presente parte motiva, que no hubo tal nulidad sino que el juzgamiento de las conductas examinadas en el presente proceso, correspondía a la justicia penal militar por tratarse de hechos contemplados en el Código de Justicia Penal Militar y de personal que hacía parte de las Fuerzas Armadas que actúa en ejercicio de sus funciones.

No se necesita decir más para concluir que este cargo tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y acorde con el mismo,

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Aljonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

NULIDAD

Cómo debe decretarse y qué parte de la actuación procesal debe cobijar su declaratoria

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., noviembre 13 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 102, de noviembre 13 de 1980.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia de 28 de mayo de 1980, originaria del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que confirmó en su integridad la del Juzgado Segundo Superior de Sogamoso, mediante la cual se condenó a Víctor Manuel Abril Sánchez a la pena principal de quince (15) años de presidio por homicidio agravado en Pablo Enrique Barrero. En esa misma providencia fue absuelta María Lucinda Vega, que fue la esposa del occiso.

1. Los antecedentes:

Según hechos comprobados a plenitud, a eso de las nueve (9) de la mañana del veintiocho (28) de septiembre de 1973, Luis Enrique Barrero Vega encontró el cadáver de su padre Pablo Enrique Barrero, en un sitio denominado La Sabana, vereda de Curisí o de Huertavieja, camino de La Charanga, en la carretera del Cusiana que conduce a Sogamoso.

La muerte se produjo por los destrozos orgánicos que ocasionaron los múltiples proyectiles de escopeta que se alojaron en partes vitales de su cuerpo. Barrero había partido para Sogamoso el día anterior a gestionar un crédito en el Banco Ganadero y a comprar provisiones.

2. El proceso:

Practicó diligencia de levantamiento del cadáver el Alcalde Municipal de Pajarito e inició la investigación, el 1º de octubre siguiente, el Juzgado Promiscuo Municipal del mismo lugar. Desde un principio fueron señalados como sospechosos del homicidio Víctor Manuel Abril Sánchez y María Lucinda Vega ya para entonces viuda de Barrero y amante de Abril Sánchez, según se comprobó. Se les sometió a indagatoria, cosa que también se hizo con Fredesminda Abril Sánchez, hermana de Víctor Manuel. Los tres fueron detenidos y continuó la investigación el Juzgado 3º de Instrucción Criminal.

El proceso correspondió al Juzgado Segundo Superior de Sogamoso y allí Abril Sánchez fue llamado a responder en juicio como autor de un delito agravado de homicidio (asechanza) y María Lucinda Vega fue considerada como "coautora o cómplice necesaria", así se dijo, del mismo hecho. Fredesminda Abril Sánchez, fue definitivamente sobreseída (autos de mayo y agosto de 1974).

Realizada la audiencia pública (enero 7 de 1976) el Jurado contestó, para cada uno de los cuestionarios, así: "Por existir dudas al no haber pruebas concretas no es responsable". El Juez en sentencia de 23 de enero de 1976, absolvió a los dos. En la segunda instancia el Tribunal anuló lo actuado por incorrecta redacción de los cuestionarios, ordenó reponer el procedimiento viciado y el asunto fue a una nueva audiencia (enero 20 de 1978). En esta vez el nuevo Jurado contestó: "Sí es responsable" para Víctor Abril Sánchez, y "No es responsable" para María Lucinda Vega. El 1º de febrero siguiente el Juez acogió dichos veredictos para condenar al primero y absolver a la segunda.

En la segunda instancia se produjo una nueva declaratoria de nulidad, esta vez en relación so-

lamente con la mala confección del cuestionario para María Lucinda Vega, pues no se preguntó por la intención de matar. Se determinó dejar en suspenso la decisión para Abril Sánchez y la convocatoria de nuevo Jurado para María Lucinda Vega. Ese nuevo Jurado dio veredicto de "no responsabilidad". Se dictó sentencia de condena para él y de absolución para ella (mayo 18 de 1979), que el Tribunal confirmó mediante la que ahora resulta objeto del recurso extraordinario.

3. La demanda:

Dice la demanda que la sentencia impugnada se dictó en juicio viciado de nulidad (artículo 580, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal). La nulidad que se alega es de carácter constitucional porque con la determinación de anular lo actuado, sólo en relación con la procesada, se rompió "la armonía y la unidad procesal" que garantiza el artículo 26 de la Constitución Nacional. Este cargo lo desarrolla así: "Tratándose, como efectivamente se trataba, de un solo delito, y conforme al auto enjuiciatorio de varios autores, debía adelantarse un solo proceso, proferirse un solo llamamiento a juicio, celebrarse una sola audiencia y finalmente proferirse un solo fallo. Así lo prescribe el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal".

Sostiene el censor que la segunda nulidad decretada necesariamente hacía nula la audiencia, no en una sola parte sino en su totalidad porque "la nulidad vicia todo el acto procesal y por tanto es equivocado, el haber declarado la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó el sorteo de jurados, donde quedaba incluida la audiencia, pero concretar la nulidad respecto de un procesado y excluirla respecto del otro". Al no darse tratamiento igual a los dos procesados, se violó, dice, el derecho de defensa de su patrocinado, pues se le impidió la posibilidad de discutir o debatir nuevamente su suerte.

Afirma también que la nulidad no solo toca el campo procesal "sino que incide en la calificación que el jurado da a los hechos", porque: "si en el auto de proceder se habla de autor material y de cómplice necesario, por un mismo delito, la irregularidad en el cuestionario de uno tiene que ver con la del otro, ya que en esa forma de complicidad hay una interacción o dependencia, entre dos cómplices, que hace que no haya claridad sobre el todo sometido a consideración del jurado".

4. Concepto del Ministerio Público:

Considera el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que no se debe casar la sentencia impugnada pues no existe la nulidad que se alega.

Afirma que la irregularidad en la confección del cuestionario relacionado con la procesada no podía "extender sus efectos jurídicos a situaciones procesales que escapan a su radio de acción", y mucho menos "afectar actos o diligencias procesales nacidos a la vida jurídica con el lleno de las formalidades exigidas para su validez".

Agrega que la ley ha previsto la formulación separada de los cuestionarios cuando son varios los procesados así el delito sea solo uno. De esta manera, dice, se ofrece "mayor amplitud a los jueces de conciencia para que se pronuncien con entera libertad sobre el grado de participación de los acusados en razón de que la responsabilidad penal es personal". Por esta razón la contraevidencia o invalidez de un veredicto no puede abarcar, en caso de veredicto múltiple, a otro.

Además, agrega también que, para el caso concreto, lo indicado era dejar en suspenso la resolución de la situación del procesado en espera del juzgamiento de la mujer. Este hecho, en nada rompía la nulidad del proceso ni comprometía el derecho de defensa del procesado y resultaba conveniente para lograr una sentencia única e indivisible.

5. Las consideraciones de la Sala:

El artículo 212 del Código de Procedimiento Penal establece que: "en cualquier estado del proceso en que el Juez advierte que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga el proceso para que se subsane el defecto, salvo que se trate de falta de querrela o ilegitimidad en el querellante".

De allí se desprende que existen nulidades subsanables y nulidades insubsanables y que de la segunda clase son las que prevé el numeral 2º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y de la segunda todas aquellas que consagran los demás numerales de la misma disposición, y las que aparecen en el artículo 211 del mismo Código para los juicios en que interviene el jurado. En la norma comentada se prevén: la oficiosidad del juez para buscarlas, el imperativo y la oportunidad para decretarlas desde que se presentan, las consecuencias de su hallazgo y

reconocimiento, y la finalidad con que fueron instituidas por el legislador.

El Juez que decreta una nulidad no limita a ese solo hecho su labor pues debe indicar, además, el momento desde el cual aparece como vicio del proceso y ordenar que éste se reponga mediante la remoción del obstáculo que presenta su existencia. Esta reposición puede ser total o puede ser parcial, y una y otra posibilidades implican el examen de la extensión y profundidad del contagio que pueda producir el acto nulo en relación con los actos simultáneos, con los que le siguen y aun con los que le anteceden.

Si el defecto no se comunica a todos los actos del proceso, o a un conjunto de ellos, o a un acto en sí mismo completo, como sucedería, valga el ejemplo, con los realizados por un Juez incompetente (artículo 210, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal), no se ve la necesidad de anular la totalidad de la actuación cumplida. Así, en este mismo orden de cosas, el "haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal, que no pueda saberse exactamente quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado" (artículo 211, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal) hace nula, indudablemente, toda la diligencia. Pero el "figurar como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente" (artículo 211, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal), no anula todo el acto sino que obliga a la debida rectificación del mismo con el fin de que resulte escogida por la suerte una persona que sí aparezca en la lista.

La reposición del proceso, o la renovación del acto procesal, procede entonces cuando todos los actos que lo integran, o un conjunto de ellos o un acto en sí mismo completo, se encuentran afectados por la nulidad. La simple rectificación se impone cuando un acto determinado resulta parcialmente defectuoso.

En el caso de autos se formularon dos cuestionarios porque se trataba de dos procesados por un solo delito. Uno de ellos fue correctamente redactado, el otro no. Al declararse, con sobra de razones la nulidad de este último, se ordenó

su rectificación mediante la debida elaboración del mismo; y como tal enmienda implicaba la convocatoria de nuevo jurado y la realización de nueva audiencia para ese solo caso, así se dispuso y así se cumplió.

Se trataba, como bien se ve, de una nulidad parcial que no afectaba lo sucedido con el cuestionario correcto que por mandato de la ley debe formularse separadamente (artículo 537 del Código de Procedimiento Penal). No se necesitaba, en consecuencia, reponer o renovar todo el juzgamiento, sino el de uno solo de los procesados. De esta manera resulta acertada, y se acomoda a las enseñanzas de la jurisprudencia en otros casos, la determinación de mantener en suspenso la solución de la situación procedimentalmente bien constituida, para esperar los resultados de la rectificación necesaria y emitir, como en efecto se emitió, una sola sentencia.

No se ha dividido la unidad del proceso según todo lo dicho y demostrado, ni se ha dificultado o entorpecido la defensa del procesado que tuvo su momento y se cumplió a plenitud y con todas las garantías legales y constitucionales. En vista de que la actuación que el censor critica resulta adecuada al régimen procesal en vigencia, el recurso no prospera.

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:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONCUSION POR ABUSO DEL CARGO, NATURALEZA DE LA PRESTACION EXIGIDA.
ARTICULO 156 DEL CODIGO PENAL

No es necesario que el evento ejecutado corresponda exactamente a la competencia funcional del agente. Basta utilizar la preeminencia que entraña el cargo para exigir una prestación que no sea debida

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 14 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 102, noviembre 13 de 1980.

Vistos

Entra la Corte a decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor del doctor Libardo Rojas Barrera, contra el auto de 29 de mayo de 1980, por medio del cual el Tribunal Superior de Neiva llamó a éste a responder en juicio criminal por un delito de concusión cometido cuando ejercía el cargo de Juez Segundo Penal Municipal de Florencia (Caquetá).

Hechos y actuación procesal

Entre Aura Rojas de Hincapié, hermana del Juez doctor Libardo Rojas Barrera, y Héctor Eduardo Cano Moreno, de profesión carpintero, se celebró el día 7 de junio de 1978 un contrato sobre confección de unos muebles que debían serle entregados a aquella en un plazo de cuarenta y cinco días laborables. El valor total se acordó en treinta y cinco mil pesos (\$ 35.000.00), de los cuales fueron abonados desde un comienzo diez mil quinientos pesos (10.500.00), que se tendrían como arras y no debían ser devueltos en caso de incumplimiento, según se encuentra estipulado en el formato impreso sobre el cual se elaboró y firmó el convenio u "orden de trabajo" (fl. 9).

Al parecer el carpintero no cumplió dentro del plazo, y por esto la otra parte se negó a recibir la obra y exigió la devolución del dinero avanzado como parte del precio. En vista de que éste no era devuelto, el doctor Jorge Roca Posada, cuñado de la señora Aura Rojas de Hincapié y del sindicado en este proceso, doctor Libardo Rojas Barrera, entonces Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, elaboró un interrogatorio de parte para ser absuelto por el carpintero Cano Moreno (fl. 54 vto.).

Con base en ese interrogatorio empezó a ser citado de manera verbal Cano Moreno para que concurriera al Juzgado a cargo del doctor Libardo Rojas Barrera a absolverlo (fls. 26 vto. y 27, 42 y 83). Como no se obtenía su comparecencia, fue requerido de manera escrita mediante crden de comparendo cuyo original aparece al folio 30, firmado por el doctor Rojas Barrera en su calidad de Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, con sello del Juzgado, y cuyo texto es el siguiente:

"Juzgado Segundo Penal Municipal — Florencia — Boleta de citación. Fecha: Noviembre 24 de 1978. Sumario. XX. Señor. Citador del Juez o Comisario. Presente. Sírvase citar con destino a este Juzgado oportunamente para la práctica de una diligencia de carácter penal, advirtiéndoles que el incumplimiento a lo anterior da lugar a la sanción que establece el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, a las siguientes personas: Héctor Eduardo Cano. Dirección. Muebles "El Castillo Colonial". C.C. N° ... Para las once (11) a.m. ... C.C. N° ... Atentamente, Libardo Rojas Barrera. Juez. (Aparece firma y sello que dice: "República de Colombia. Juzgado 2º Penal Municipal. Juez. Florencia — Caquetá").

El citado contrató los servicios profesionales del abogado José Gil Cruz Becerra, para que lo asistiera en la diligencia y ambos estuvieron presentes en el despacho del Juez, sin que ésta se llevara a cabo, pues el Juez afirma que Cano, al enterarse de que se trataba de absolver un formulario relacionado con el contrato de confección de muebles que había celebrado con su hermana, prometió arreglar amigablemente el problema (fl. 42 vto.); en tanto que el propio Cano manifiesta que, en virtud de las amenazas que el juez le hizo en momentos en que no estaba presente su abogado, consistentes en que podía hacerlo ir a la cárcel pues en el cajón de su escritorio tenía una demanda penal formulada contra él en razón de ese negocio, se vio obligado a prometer deshacerlo devolviendo el dinero que había recibido, para lo cual ofreció endosar unas letras de cambio giradas a su favor por un valor ligeramente superior al que le había sido avanzado por la hermana del Juez, lo que efectivamente hizo pues los títulos valores fueron debidamente entregados al esposo de la contratante, a quien le fueron pagados, y al reverso del contrato u "orden de trabajo" se puso una nota suscrita por las partes, en la que consta que lo cancelan o dan por terminado y se declaran recíprocamente a paz y salvo. Como testigo firma el doctor Jorge Roca Posada, cuñado del Juez y de la contratante y quien había elaborado, según lo afirma el mismo, el interrogatorio de parte de que se ha hecho mención (fls. 1 a 5, 9 y vto., 36 vto. a 37 vto., 46 vto. a 50, 112 y vto.).

La denuncia por estos hechos la formuló el contratista Cano Moreno ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (fls. 1 a 5), pero ya se había referido también a ellos, en unas diligencias que se adelantaron en la Oficina Seccional de la Procuraduría con sede en Florencia, motivadas en la petición que los abogados Gerson Suárez Rodríguez y Abdón Rojas Claros dirigieron al Procurador para que se inspeccionara el proceso seguido contra ellos, en el cual aparecían testimonios que comprometían el comportamiento profesional del doctor Libardo Rojas Barrera, Juez Segundo Penal Municipal de esa ciudad y de los abogados en ejercicio doctores Jorge Rojas Barrera y Jorge Roca Posada, hermano y cuñado del anterior. Uno de esos testimonios era precisamente el de Cano Moreno y se refería al procedimiento a que había sido sometido por el Juez Libardo Rojas Barrera, por razón del dinero que había recibido de su hermana como parte del precio del contrato sobre confección de los muebles. En este informativo la Procuraduría formuló pliego de cargos al doctor

Libardo Rojas Barrera (fls. 60, 61, 71 a 74 vto., 104, 106 y 107).

Abierta la investigación, se recibieron y aportaron de manera directa las pruebas relacionadas con los hechos denunciados y también se dispuso que se allegaran en copia todas las que se habían producido en el informativo adelantado por la Procuraduría, las cuales vinieron así a formar parte integrante de este proceso (fls. 11, 57 a 110 vto.).

El procesado doctor Libardo Rojas Barrera solicitó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la conducta que se le atribuye no es constitutiva de infracción penal. Tanto el Ministerio Público como el Tribunal discreparon de este parecer, por lo cual se denegó el aludido pedimento (fls. 114 a 118; 138 a 143; 156 a 159).

La calidad de Juez y el ejercicio del cargo por la época en que ocurrieron los hechos fueron debidamente comprobados (fls. 20, 21 y 119).

Cerrada la investigación, la Fiscalía Tercera del Tribunal Superior de Neiva, solicitó que se llamara a responder en juicio al doctor Libardo Rojas Barrera por el delito de abuso de autoridad. El Tribunal profirió auto de enjuiciamiento pero por el delito de concusión en la modalidad sancionada en el artículo 158 del Código Penal, decisión de la cual recurrió en apelación el defensor del procesado, quien sustentó ante la Corte el recurso que interpuso (fls. 3 a 12 del cuaderno de la Corte).

El Ministerio Público, representado en la presente instancia por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita la confirmación del llamamiento a juicio, pero con la modificación de que se haga por el delito de abuso de autoridad y no por el de concusión que dedujo el Tribunal (fls. 13 a 23 del cuaderno de la Corte).

Opinión de la Fiscalía del Tribunal

"Durante la etapa sumarial se han cumplido importantes probanzas las cuales a juicio del Despacho Fiscal, traducen como ya tuvo oportunidad de expresarlo, que el comportamiento del funcionario no estuvo ajustado a su alta investidura y que precisamente abusando de sus funciones causó perjuicio a una persona, por lo cual dado el estudio realizado al proceso, se solicitará a esa honorable Corporación se plantee pliego de cargos al inculpado al serle imputable la conducta descrita en el artículo 171 del Código Penal"... "No hay incertidumbre además

sobre la arbitrariedad realizada por el acusado, cuando luego de que su hermana recurriera a él para que mediara en el asunto conflictivo surgido con el contratista Cano Moreno este tomara cartas en el asunto y de una vez procediera a hacer citar a su Despacho al referido ebanista, primero de manera verbal como lo dice el citador del juzgado Germán Hernández, y luego por escrito bajo conminaciones, tal como lo indica la diligencia de inspección judicial cumplida por el instructor y la copia de la orden (folio 30) sin que en contra del afectado cursara investigación penal u otra diligencia del Juzgado que requiriera su presencia.

“Fuera de ello, se verificó por el ex Juez Rojas una entrevista con Cano, en su Despacho y no en tono de amigos o conocidos, sino que allí fue donde prevaleció de la investidura de Juez de la República intervino de manera autoritaria para que Cano procediera a declarar resuelto el contrato de confección de muebles o de otra manera se procedería contra él dada su categoría y su influencia con otros funcionarios y abogados, concluyéndose que este punto de la acusación si se respalda, a pesar de negarlo el inculcado, con el hecho de que amedrentado el denunciante Cano Moreno, se aprestó a devolver el anticipo que constituía el punto de desacuerdo, cediendo el cobro de 4 letras de cambio que tenía por deuda de Carlos A. Amaya, habiendo salido de la oficina del Juez, con éste y en presencia del doctor Jorge Roca, a la oficina del esposo de Aura Rojas donde se perfeccionó el endoso y se devolvió el excedente. Tal situación la confirma además el propio deudor señor Amaya.

“En consecuencia, no se recibieron los muebles elaborados por Cano Moreno y además este debió devolver el anticipo del dinero a él entregado configurándose así el perjuicio que reclama la ley para la tipificación de esta conducta” (fls. 162 y 163).

Concepto del Tribunal

Después de referirse a los artículos 77 y 78 del Código de Procedimiento Penal, que tratan acerca de los impedimentos y de la recusación, argumenta el Tribunal:

“El Juez doctor Rojas Barrera, según los hechos anotados anteriormente, no sólo estaba impedido para librar la boleta de citación de Cano Moreno a su Despacho, por ser hermano legítimo de la señora Aura Rojas de Hincapié, sino también para sugerirle arreglo alguno a

éste o recibirle declaración extrajudicial o practicarle interrogatorio de parte, porque no era Juez competente para ello y el procedimiento empleado no era el adecuado para resolver el asunto, no obstante que la señora Aura Rojas de Hincapié, tenía derecho a la devolución de los diez mil quinientos pesos que le había dado al carpintero Cano Moreno, como parte del precio, o como señal de quedar convenidos en la confección de los muebles, porque éste no ejecutó la obra en lapso convenido de 45 días, sino pasados seis meses, para tener derecho a retener ese anticipo o parte del precio como arras, su incumplimiento le permitía retractarse o resolver el contrato como en efecto lo hizo.

“Por tanto, el Juez Doctor Rojas Barrera, infringió las disposiciones legales atrás citadas e incurriendo así en el delito de concusión en la modalidad definida y sancionada por el artículo 158 del Código Penal, puesto que abusando de su cargo o de funciones de Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, y con el fin de obtener para su prenombrada hermana la devolución de los diez mil quinientos pesos que ésta le había dado a Cano Moreno como parte del precio de los muebles, mediante el empleo de su autoridad como medio intimidativo o coercitivo, lo constriñó o lo indujo a endosarle unas letras de cambio a su cuñado doctor Angel de Dios Hincapié Alvarez extendidas por el Teniente Carlos Augusto Amaya Jaimés a favor de Cano Moreno.

“No se configura aquí el delito de abuso de autoridad de que trata el artículo 171 del mismo estatuto, menos el de prevaricato, por cuanto de la investigación en modo alguno puede deducirse la prueba de la existencia de los elementos que lo constituyen, si en cuenta se tiene que el acto realizado por el inculcado no lo ejecutó por causa de las funciones oficiales de Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, excediéndose en ellas o con ocasión de esas mismas funciones, porque como ya lo hemos anotado el doctor Rojas Barrera no era Juez competente para resolver el caso y en el supuesto de que lo fuera debía declararse impedido por el parentesco existente con su hermana Aura Rojas de Hincapié”... “La infracción de la cual debe responder el Juez doctor Libardo Rojas Barrera, es concusión, únicamente en la figura del artículo 158 atrás citado, por cuanto no obró con el fin de obtener para sí o para su hermana Aura Rojas de Hincapié, un provecho ilícito, ya que ésta tenía derecho a la devolución de lo que había dado como parte del precio de los muebles por el incumplimiento en que incurrió el carpintero Cano Moreno, al no

realizar la obra en el término pactado" (fls. 175, 176 y 177).

Concepto de la Procuraduría

La argumentación central del Procurador está contenida en los siguientes apartes de su concepto:

"Por estos hechos, estimó el Honorable Tribunal que la conducta asumida por el encargado es la que consagra el artículo 158 del Código Penal, que tipifica la concusión por haber abusado de las funciones de Juez Segundo Penal Municipal y con el fin de obtener para su hermana la devolución de \$ 10.500.00, que ésta le había dado al señor Cano como parte del precio de los muebles, empleando su autoridad como medio coercitivo 'lo constriñó o lo indujo' a que pagara esa suma de dinero, que legalmente debía el señor Cano.

"Este Despacho comparte los argumentos de la Fiscalía del Tribunal y no así los plasmados en la providencia que se revisa, pues el sindicado no recibió ni se hizo prometer entrega de dinero ni dádivas a él o a un tercero, por algo que no se debía, ni tampoco lo fue en beneficio de la administración pública, como lo estatuye el artículo 157 del Código Penal, al cual se refiere la norma presuntamente transgredida, según el auto de llamamiento a juicio".

"En cambio sí se cometió la ilicitud de abuso de autoridad que define y sanciona el artículo 171 del Código Penal, por la ejecución de un acto arbitrario e injusto, pues los elementos que integran esta figura. ...tuvieron cabal ejecución"... "La arbitrariedad e injusticia del proceder del Juez, lo cometió por causa del ejercicio de sus funciones pues la orden escrita de citación al señor Cano, la libró y firmó el funcionario, pretextando la práctica de una diligencia penal, que nunca se realizó, toda vez que contra el ebanista no se tramitaba ningún proceso penal, pero sí impuso su capricho y su voluntad para favorecer a su hermana en perjuicio del denunciante, tornándose éste proceder también injusto por violatorio de la equidad que ha debido reinar entre los contratantes llevando el caso ante el Juez Civil, competente para dirimir el conflicto planteado. Es indudable, además, que el señor Cano sufrió un perjuicio, pues mediante la orden de comparendo tuvo que acudir al Juzgado abandonando su trabajo. Se vio precisado por este mismo hecho a solicitar los servicios de un abogado, el doctor José Gil Cruz, para que lo representara y acompañara al Juzgado, encargo que aceptó el profesional del derecho.

"Pero el perjuicio no fue solo en contra del señor Cano sino también en desmedro de los intereses de la administración pública, pues el hecho lo cometió cuando el procesado desempeñaba la función pública de Juez de la República, mediante ejercicio abusivo de poder. Como resultado de esta actividad, le correspondió a Héctor Eduardo Cano reintegrar mediante, el endoso de unas letras de cambio, el valor que había recibido como arras del contrato, es decir, que la intervención arbitraria del Juez, dominó la voluntad del confeccionista de muebles, a favor de su hermana la señora Aura Rojas de Hincapié, con omisión de los trámites procesales previstos por la ley para estos casos". (Fls. 19, 20 y 21 del cuaderno de la Corte).

Alegato del defensor

Refuta el planteamiento del Tribunal, consistente en derivar el delito de concusión que atribuye al ex Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, del hecho de haber actuado éste en asunto que le interesaba a su hermana, no obstante mediar claro motivo de impedimento, y le objeta el haber asumido los análisis y conclusiones de la Procuraduría en la actuación disciplinaria adelantada contra el mismo ex Juez Segundo Penal Municipal de Florencia. Tampoco comparte la decisión del Tribunal de tener como constitutivo de constreñimiento el comportamiento del ex funcionario, cuando a lo sumo llegaría a configurar una irregularidad administrativa y disciplinaria.

Censura el análisis probatorio hecho por la Procuraduría en el informativo disciplinario, análisis que, por haber sido transcrito por el Tribunal en su providencia, lo estima el defensor compartido en su integridad por la Corporación.

Respecto de esa valoración de la prueba y de la que, a su vez, él hace de la misma, se dice en su alegato:

"Los planteamientos de la Procuraduría son inexactos... Cuáles son los indicios a que se refiere la Procuraduría: Los siguientes: 1º La existencia de un contrato de ejecución de obra entre Héctor Eduardo Cano y una hermana del doctor Libardo Rojas Barrera. 2º Orden de comparendo suscrita por el doctor Libardo Rojas Barrera. 3º Que la orden carecía de fundamento legal. 4º Que dentro del despacho el Juez trató con Cano el negocio en cuestión. 5º Que tres días después el contrato fue cancelado. 6º Que tal cancelación se hizo por endoso de Cano al esposo de la hermana del funcionario acusado.

“Los indicios 2, 3 y 4 son meramente indicativos de que el doctor Libardo Rojas Barrera, trató con Cano acerca del contrato con su hermana. Los demás son inocuos, sin importancia” (fls. 5 y 6 del cuaderno de la Corte).

Niega el defensor entidad compulsiva al comportamiento de su patrocinado con el ebanista, pues, en su opinión, solo existiría, para afirmarla, la expedición de la boleta de citación en un formato que es el usual para esos menesteres en el Juzgado. Las otras manifestaciones de constreñimiento a que se refiere Cano, deben ser descartadas, ya que durante todo el episodio que se desarrolló en el juzgado estuvo en todo momento acompañado de su apoderado doctor Cruz Becerra, lo cual es garantía suficiente de que las amenazas no se presentaron.

Solicita, en conclusión, que se revoque el auto de enjuiciamiento y, en su lugar, se sobresea definitivamente en favor de su defendido, por no ser su conducta constitutiva de delito alguno.

Consideraciones de la Corte

El delito de concusión, en su tipo básico, puede darse bien porque se abuse del cargo o investidura, o bien porque se abuse de las funciones propias, y tanto cuando se constriñe al sujeto pasivo como cuando se le induce, siempre que, quien así proceda, sea un funcionario y que la prestación que se exija no sea debida, la cual puede ser para él mismo o para un tercero.

Cuando se trata, pues, de la concusión por abuso de la calidad o investidura que se ostenta, no es preciso que el hecho ejecutado corresponda exactamente a la competencia funcional del agente del delito.

La ley sanciona en este caso la indebida utilización de la preeminencia que entraña el cargo público y del poder intimidante que suscita su mal uso, para hacer a otro una exigencia a que no está obligado.

El abuso del cargo viene a ser, entonces, el medio para la coacción, la cual, al despertar en el constreñido el natural temor que infunde el desempeño arbitrario de la autoridad, determina la prestación indebida. En otros términos, debe haber una relación de razón suficiente entre el abuso de la investidura, el constreñimiento y la exigencia no debida.

En el caso que se estudia, el doctor Libardo Rojas Barrera, en su carácter de Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, con abuso de su investidura de Juez y pretextando la absolución

de un interrogatorio de parte que debía absolver, a petición de una hermana suya, el carpintero Héctor Eduardo Cano, lo hizo citar a su despacho primero en forma verbal y luego por medio de boleta de comparendo, en cuyo texto se dice que es para la práctica de una diligencia de carácter penal y se conmina el desobedecimiento con la sanción a que se refiere el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal, o sea la imposición de arresto de uno a treinta días.

El efecto conminante de la orden del Juez se produjo realmente, pues el citado acudió a los servicios de un profesional del derecho, lo cual indica que sí creyó que se trataba de una diligencia en materia penal; y él, que hasta entonces había desatendido los requerimientos verbales, concurrió al despacho en la fecha y hora de la citación escrita, lo que evidencia que sí temió que le fuera aplicada la sanción que se le anunciaba en caso de incumplimiento.

La boleta de citación, a pesar de que se utilizó un formato mimeografiado y que es el de uso corriente en el juzgado a cargo del doctor Rojas Barrera, no pasó desapercibida para éste, pues, no obstante que está elaborada para citar a pluralidad de personas, en este caso se llenó únicamente con el nombre de Héctor Eduardo Cano, y el Juez la firmó, aparte de que había ordenado de manera expresa al citador del juzgado su elaboración. A este respecto, dice el citador “sí al señor Cano Moreno, sí lo conozco es el dueño de muebles ‘El Castillo Colonial’ y hará por allí, en octubre o noviembre del año pasado, la razón porque lo conocí fue que el doctor Libardo Rojas seguro tenía negocios con dicho señor primeramente me dijo que lo hiciera que viniera al Juzgado, sin boleta de citación ni nada, yo fui varias veces a citarlo el señor nada que se presentaba al Juzgado y cuando iba no encontraba al doctor Rojas, el doctor Rojas me dijo que hiciera una boleta para que se la llevara al señor y la firmara para que se presentara al Juzgado, yo fui donde el señor y me la firmó y no más, no supe si se presentaría otra vez al Juzgado, en todo caso el doctor no me volvió a mandar a citarlo ni a nada” (fls. 26 vto. y 27).

Aunque el motivo aparente para esta citación era la absolución de un interrogatorio de parte, relacionado con un contrato de confección de obra celebrado entre una hermana del Juez y el ebanista Cano, éste no fue absuelto, ni siquiera exhibido, ni conservado en el despacho, ni al abogado acompañante de Cano se le habló claramente de qué asunto se trataba en verdad. Es así como, mientras el Secretario del Juzgado dice

que el Juez le manifestó que el interrogatorio fue destruido porque se llegó a un arreglo amigable (fl. 40), el propio Juez dice que lo devolvió a su hermana (fl. 42 vto.). Lo cierto es que para nada se llamó al Secretario cuando llegó Cano al Juzgado en cumplimiento de la citación, ni durante todo el tiempo en que permaneció allí, ni se encabezó la diligencia de contestación del interrogatorio, ni se puso al memorial nota explicativa alguna acerca de la razón por la cual no se diligenció. La presencia del abogado, con la que seguramente no se contaba, se volvió incómoda, razón por la cual el Juez se dedicó a dialogar con éste sobre aspectos distintos; y, al parecer, no le informó concretamente de qué se trataba, a juzgar por la forma evasiva como aborda el tema el profesional contratado por Cano. De sus versiones, visibles a folios 31 a 33 y 92 a 93, conviene transcribir lo siguiente: "Sí, el señor Cano Moreno llegó una vez a mi oficina y me dijo que lo asistiera ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Florencia porque según él lo habían citado a ese juzgado dizque para hacerle una indagatoria relativa al cumplimiento de unos contratos" ... "no, ese día nos sentamos y estuvimos dialogando con el señor Juez y el señor Cano Moreno, sobre algo (sic) cosas pero no se le recibió indagatoria" ... "*Preguntado:* Usted como abogado y que en ese momento se encontraba asistiendo al señor Cano Moreno, averiguó en la Secretaría del Juzgado Segundo Penal Municipal o a su titular doctor Libardo Rojas Barrera, de qué asunto o negocio se trataba? *Contestó:* Sí, cuando yo llegué a ese despacho estaba el señor Juez en su escritorio, me dirigí lo saludé y él me mandó a sentar, comenzamos a dialogar sobre algunos tópicos, es decir, diferentes a cualquier negocio propio del Juzgado y me limité a esperar si era cierto que le iban a hacer alguna indagatoria al señor Moreno Cano (sic) o alguna diligencia similar, el señor Juez en un momento dado tomara la iniciativa de la diligencia" ... "Después de haber estado dialogando entre los presentes y al ver que no se iniciaba ninguna diligencia de ninguna naturaleza relacionada con mi ejercicio profesional o para lo que presuntamente había sido llamado me retiré del recinto" ... "Sí conozco al señor Cano de vista y trato y además le he servido en varias veces para responder sobre algunos contratos que él tiene relacionados con su venta de muebles 'El Castillo Colonial', y además me contrató una vez para que lo asistiera al Juzgado Segundo Penal Municipal ante el cual se le había citado para que rindiera indagatoria y respondiera sobre un contrato que él tenía en la venta de

unos muebles. En aquella vez me hice presente con el señor Cano, pero no sé por qué circunstancia la indagatoria no se llevó a efecto y a raíz de eso no pude seguirlo asistiendo" ... "El señor Juez me explicó también muy tangencialmente que se trataba del cumplimiento de un contrato entre el señor Cano y una persona que le había mandado a hacer unos muebles".

Como es fácil advertir, el interrogatorio de parte fue el pretexto del que se valió el Juez Rojas Barrera, para hacer concurrir a su despacho al carpintero Cano, con el inequívoco propósito de hacerle comprender el poder que estaba a su alcance para hacerle devolver el dinero que su hermana había avanzado como parte del precio del contrato de confección de los muebles. Y a fe que logró su propósito, pues Cano, temiendo un mal mayor, prefirió deshacer el contrato y devolver el dinero, mediante el endoso de las letras de cambio a favor del esposo de su contratante. Por eso no se habló más nada en el Juzgado del asunto, ni se dejó constancia alguna de la presencia de Cano ni de la forma como transcurrió el episodio.

Para comprender mejor la naturaleza intimidante del medio que se utilizó, no puede echarse de menos el carácter civil de la prueba que se pretende a través de un interrogatorio de parte, y la índole de la sanción que implica la renuencia a absolverlo.

Basta observar lo que disponen los artículos 175, 180, 202 a 210, 293 y 301 del Código de Procedimiento Civil para deducir que se trata de una prueba de naturaleza eminentemente civil, y que el no concurrir a responderlo tiene por sanción el presumir como ciertos los hechos susceptibles de confesión o al apreciar esa renuencia como indicio en contra de la parte citada.

Se trata de un medio de prueba que se hace valer dentro de un juicio civil iniciado o que se busca utilizar en el que se pretende instaurar o se teme que le sea promovido.

De allí que lo indicado es que el interrogatorio de parte sea absuelto ante el Juez competente por la naturaleza del juicio en que será utilizado como prueba, circunstancia que el Juez Segundo Penal Municipal de Florencia no podía ignorar dada su calidad de abogado y Juez, aparte de que no era el único funcionario judicial en esa ciudad, donde existen diversos despachos, entre ellos los del ramo civil.

A pesar de lo anterior, el procesado, no obstante ser Juez en lo penal y hermano de la interesada en la absolución del interrogatorio, asu-

mió la práctica de la diligencia, y sin que estuviese cursando ningún negocio contra Cano, en ese Juzgado, ni fuese requerido por ningún asunto propio del despacho (fls. 28 vto. y 97), ordenó la citación de éste, primero de manera verbal, y después mediante boleta en que se indicaba que se trataba de una diligencia en materia penal y que la renuencia a comparecer se sancionaría con pena privativa de la libertad.

Observados estos hechos y atendiendo a que efectivamente a los tres días de sucedido el episodio fueron endosadas las letras de cambio como devolución del dinero que había recibido a cuenta del contrato y éste fue dejado sin ningún valor, se impone la deducción de que estos actos fueron fruto del temor que suscitó en el ánimo del ebanista la actitud del Juez, pues de no haber sido así, no habría concurrido al Juzgado o se habría limitado a responder el interrogatorio, esperando el resultado que arrojaré el juicio civil que llegare a serle promovido. Esta reflexión tiene respaldo en la siguiente manifestación de Cano, cuando fue confrontado con el Juez: "Yo pregunto a todos los señores presentes ¿será cierto que un pobre carpintero, como soy, lleno de necesidades se pase a creer de que yo les devuelva el dinero diez mil quinientos pesos o les regale por mi voluntad diez mil quinientos pesos y me dejen con la obra hecha?" (fl. 47 vto.).

La conducta del Juez acusado respecto del carpintero, tomada en conjunto, desde que asumió la práctica de una diligencia que no incumbía a su despacho y en la que, por razones obvias habida consideración del parentesco con la otra parte, no debía intervenir, pasando luego por la expedición de una boleta de citación bajo apremio de carácter penal, y sin descartar la posibilidad de que también de manera verbal hubiese amenazado a Cano, pues éste lo afirma insistentemente y si hay prueba de que no en todo momento estuvieron juntos abogado y cliente en presencia del Juez. ("Recuerdo que cuando llegué a ese Juzgado estaba allí el señor Cano, lo mismo que el señor Juez doctor Libardo Rojas", declaración del abogado José Gil Cruz Becerra, fl. 92, circunstancia que corrobora también Cano, fl. 89), configura delito de concusión y no de simple abuso de autoridad, pues hubo un constreñimiento de naturaleza real de parte del Juez para el carpintero, consistente en la indebida citación a su despacho bajo apremio penal, sin descartar como se anotó, la posibilidad de que también se haya dado el constreñimiento de carácter verbal, y dicho constreñimiento produjo el efecto intimidante buscado y determinó una

prestación de parte de Cano, hacia la hermana del Juez que ha de tenerse como no debida, pues no se había decidido por la justicia en lo civil, como era lo indicado, si ese dinero debía devolverlo o no. Distinto habría sido si, condenado Cano a su devolución y renuente a hacerlo, el Juez se hubiese valido de estos procederes para obligarlo a cumplir la decisión judicial. Allí sí podría hablarse de un abuso de autoridad, pues lo indebido sería el procedimiento, no la prestación.

Hubo, pues, abuso de la investidura por parte del Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, con el inequívoco fin de aprovechar su posición en beneficio de intereses de su hermana.

A través de las consideraciones que se dejan hechas respecto de los diversos aspectos que ha suscitado el estudio de este caso, quedan respondidos los argumentos aducidos por el señor defensor para impetrar una revocatoria del auto enjuiciatorio y el proferimiento de un sobreseimiento de carácter definitivo.

Se dan a satisfacción los presupuestos sustanciales que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, para dictar auto de enjuiciamiento.

La Sala no comparte la adecuación típica que de la conducta del Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, doctor Libardo Rojas Barrera, hizo el Tribunal de Neiva al ubicarla en el artículo 158 del Código Penal, pues los que se dan a cabalidad, como se ha dejado analizado, son los elementos que configuran la concusión en su tipo básico, o sea la descrita y sancionada en el artículo 156 de la misma obra, por la cual debe ser llamado a responder en juicio y no por esa otra forma de concusión.

Como el delito por el cual debe responder el procesado está excluido del beneficio de libertad provisional, habida consideración de la naturaleza de la pena, y por cuanto se reúnen a cabalidad los requisitos del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, se ordenará en la parte resolutive de este proveído la privación de libertad del sindicado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, oído el concepto de la Procuraduría Delegada,

Resuelve:

1º Confirmar la providencia impugnada, pero con la modificación anotada en la parte motiva

respecto de la adecuación típica de la conducta. Del delito por el cual responderá en juicio el procesado trata el Capítulo II, Título III, Libro Segundo del Código Penal.

2º *Ordénase* la detención preventiva del doctor Libardo Rojas Barrera. Antes de hacer efectiva esta disposición, se comprobará si el procesado aún es funcionario público, en cuyo caso se solicitará previamente la suspensión en el ejercicio del cargo, y se expedirá después la correspondiente boleta de captura.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvamento de voto

El constreñimiento o la inducción, con ser elementos característicos del delito de concusión, no son, sin embargo, los únicos que tipifican la infracción, de modo que para que ésta exista es indispensable que aquellos actos amenazantes se ejecuten con abuso del cargo o de las funciones públicas y, además, que constituyan la causa o motivo *directo e inmediato* de la entrega del dinero o de la obtención de la promesa de la utilidad, pretendidos por medio de la coacción ilícita.

Cuando, como en el asunto resuelto por la Sala en la providencia anterior, el funcionario intimidó al ebanista Héctor Eduardo Cano Moreno para obligarle a resolver el contrato de trabajo que había celebrado con una hermana suya, bien para forzarle a cumplir lo pactado o, como ocurrió, para que le restituyera la suma que ésta le había entregado a buena cuenta del negocio, lo que el Juez estaba buscando y lo que obtuvo por este medio, no fue una cantidad de dinero cuya entrega carecía de todo fundamento o razón real o aparente y sin otra causa o motivo que el constreñimiento ejercido contra la víctima, sino, lo que es diametralmente diferente, obtener, como obtuvo en efecto, la solución arbitraria de la controversia suscitada entre el carpintero y su propia hermana en relación con un contrato de trabajo celebrado entre ambos.

“... Si el funcionario (o, en el caso del Juez Rojas, un pariente suyo), tiene un *título* para

hacer dar o prometer, no cometer delito de concusión. Así, el Juez a quien un particular le debe una suma de dinero (o a una hermana suya, como en este caso) y se la hace pagar, abusando de su cargo o de sus funciones, comete delito de abuso de autoridad, no un delito de concusión, porque las sumas que recibió no eran indebidas. *El abuso de poder se emplea aquí no para obtener ganancias ilícitas, sino para hacer efectivos créditos reales. En casos como este se delinque contra la Administración Pública, pero no en el género de concusión sino de abuso de autoridad...*” (El subrayado es mío). (Arenas, Comentarios al Código Penal Colombiano, Tomo I, 2ª edic. 1969, pág. 121).

Comparto totalmente, en consecuencia, el siguiente atinado concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal sobre la naturaleza de la infracción que ha debido imputarse al procesado:

“... Por estos hechos, estimó el honorable Tribunal que la conducta asumida por el encartado es la que consagra el artículo 158 del Código Penal, que tipifica la concusión por haber abusado de las funciones de Juez Segundo Penal Municipal y con el fin de obtener para su hermana la devolución de \$ 10.500.00, que ésta le había dado al señor Cano, como parte del precio de los muebles, empleando su autoridad como medio coercitivo ‘lo constriñó o lo indujo’ a que pagara esa suma de dinero, que legalmente debía el señor Cano...”

“... Este Despacho (no) comparte los argumentos (...) plasmados en la providencia que se revisa, pues el sindicado no recibió ni se hizo prometer entrega de dinero ni dádivas a él o a un tercero, por algo que no se debía, ni tampoco lo fue en beneficio de la administración pública, como lo estatuye el artículo 157 del Código Penal, al cual se refiere la norma presuntamente transgredida, según el auto de llamamiento a juicio...”

“... En cambio sí se cometió la ilicitud de abuso de autoridad que define y sanciona el artículo 171 del Código Penal, por la ejecución de un acto arbitrario e injusto, pues los elementos que integran esta figura, según la honorable Corte (...) tuvieron cabal ejecución...”

“.....”

“... El doctor Libardo Rojas Barrera, cuando los hechos tuvieron realización se desempeñaba como Juez Segundo Penal Municipal de Florencia...”

“...Del aviso de violación de la ley penal y las pruebas practicadas, se comprobó que la conducta desarrollada por el sindicado; no se adecua a ninguna otra disposición legal, excepto la de abuso de autoridad...”.

“...La arbitrariedad e injusticia del proceder del Juez, lo cometió por causa del ejercicio de sus funciones, pues la orden escrita de citación al señor Cano, la libró y firmó el funcionario, pretextando la práctica de una diligencia penal, que nunca se realizó, toda vez que contra el ebanista no se tramitaba ningún proceso penal, pero sí impuso su capricho y su voluntad para favorecer a su hermana en perjuicio del denunciante, tornándose éste proceder también injusto por violatorio de la equidad que ha debido reinar entre los contratantes llevando el caso ante el Juez Civil, competente para dirimir el conflicto planteado. Es indudable además, que el señor Cano sufrió un perjuicio, pues mediante la orden de comparendo tuvo que acudir al Juzgado abandonando su trabajo. Se vio precisado por este mismo hecho a solicitar los servicios de un abogado, el doctor José Gil Cruz, para que lo representara y acompañara al Juzgado, encargo que aceptó el profesional del derecho...”.

“...Pero el perjuicio no fue solo en contra del señor Cano, sino también en desmedro de los intereses de la administración pública, pues el hecho lo cometió cuando el procesado desempeñaba la función pública de Juez de la República, mediante ejercicio abusivo de poder. Como resultado de esta actividad, le correspondió a Héctor Eduardo Cano, reintegrar mediante el endoso de unas letras de cambio, el valor que había recibido como arras del contrato, es decir, que la intervención arbitraria del Juez dominó la voluntad del confeccionista de muebles, a favor de su hermana la señora Aura Rojas de Hincapié,

con omisión de los trámites procesales previstos por la ley para estos casos...”.

Con fundamento en tales consideraciones, salvo mi voto.

Dante L. Fiorillo Porras.

Noviembre 19 de 1980.

Salvamento de voto

Considero, con el honorable Magistrado Dante Fiorillo y con el Ministerio Público, que en el presente caso el procesado no cometió delito de concusión sino de abuso de autoridad, por las razones que uno y otro señalan en sus respectivos escritos.

Pero agregó que también se ha configurado delito de falsedad documental en concurso material con el anterior, porque el escrito de citación a Eduardo Cano Moreno en el que se le ordenaba comparecer al despacho del Juez “para la práctica de una diligencia de carácter penal” que nunca existió, y que fue suscrito por el procesado en su carácter oficial de Juez Segundo Penal Municipal de Florencia, constituye documento público que consagra una falsedad ideológica de la cual fue autor el procesado.

Me parece, entonces, que la Sala ha debido tener en cuenta esta ilicitud para los efectos procesales pertinentes; ya que no se hizo así, ojalá el *a quo*, repare la omisión y disponga al menos investigación separada por tal decho.

Tal es en síntesis el fundamento de mi disenso de la determinación tomada por la mayoría de la Sala.

Alfonso Reyes Echandía.

Fecha ut supra.

OPINION EXTRAJUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

El concepto a que se refiere la causal 4ª del Artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es el emitido por la fuera del proceso y no en virtud del cargo desempeñado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 18 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 103.

Vistos

El Tribunal Superior de Santa Marta, en Sala Dual y por medio de providencia fechada a 30 de septiembre del año en curso, decidió declarar infundado el impedimento que para intervenir en el presente proceso, seguido contra William Fabio Arias Piedrahíta, por el delito de homicidio, manifestó el honorable Magistrado doctor Fernando Arrieta Charry y ordenó enviar el proceso a la Corte para que decidiera sobre el particular.

El Honorable Magistrado Arrieta Charry expresó, en auto de 15 de septiembre de este año, que se declaraba impedido por haber emitido concepto cuando desempeñaba el cargo de Fiscal del Juzgado Tercero Superior de esa ciudad.

Esta Sala en reiteradas oportunidades ha sentido la doctrina de que el concepto de que trata la causal cuarta del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal es el que se emite por fuera del proceso, no el que se expresa dentro de él y en fuerza de un cargo público ya que es obliga-

ción de quienes intervienen en el trámite del mismo, en calidad de jueces o agentes del Ministerio Público, exponer lo que piensen sobre hechos sometidos a su consideración ya que en eso consiste, precisamente, la labor de juzgamiento que les ha sido encomendada ya sea directamente, ora en calidad de colaboradores de la justicia.

Como quiera que eso fue lo que hizo el Honorable Magistrado Arrieta Charry, obrando en esta última función, significa que no puede considerarse impedido para intervenir en el presente proceso porque en una etapa posterior del mismo le corresponde intervenir en la de juzgador.

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

Resuelve:

DECLARAR infundado el impedimento que manifestó el Magistrado del Tribunal de Santa Marta, doctor Fernando Arrieta Charry y disponer que continúe interviniendo en el presente proceso.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

*Alberto Mora Cogollos
Secretario.*

DERECHO DE DEFENSA

La nulidad prospera cuando la defensa no ha cubierto los puntos fundamentales, ni se han hecho las alegaciones primordiales en orden a sacar adelante la situación del ofendido

PECULADO. INTERPRETACION DEL TERMINO "EN RAZON DE SUS FUNCIONES" DIFERENCIAS CON EL ABUSO DE CONFIANZA

No es necesario que las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., estén antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal. Basta, que la facultad de disponer del bien del cual se hace mal uso, surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 18 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto*.

Aprobado: Acta número 103.

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de oficio del procesado Alvaro José Herrán Baquero, contra la sentencia de fecha 9 de agosto del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Pereira, confirmó en todas sus partes la de 22 de mayo del mismo año dictada por el Juzgado Quinto Superior de esa ciudad en la que se condenó al procesado a la pena de cuatro años de presidio más las sanciones accesorias correspondientes como responsable por el delito de peculado cometido cuando ejercía en la capital del Risaralda el cargo de Jefe Seccional del DAS.

Hechos y actuación procesal

Se originó el presente proceso en la averiguación de carácter administrativo llevada a cabo

por funcionario del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en las oficinas de la Seccional de Pereira, a cargo entonces, o sea en el mes de noviembre de 1976, del mayor (r) Alvaro Herrán Baquero y de la cual se pasó copia a la justicia penal ordinaria habiéndole correspondido el conocimiento al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira que, por auto de 10 de marzo de 1977 abrió investigación penal.

De ella aparece que siendo el procesado Director del DAS en Pereira, ciudad en la cual dicho Departamento Administrativo ocupaba un edificio propio en que había algunos locales arrendados a particulares, uno de ellos a la señora Beatriz Echavarría quien tenía allí una fuente de soda denominada "Nareidas", dicha señora fue requerida en el mes de marzo del año citado (1976) para que cubriera el correspondiente arrendamiento habiendo ella misma, según declaración jurada que rindió en la etapa sumarial, subido a la oficina del Jefe a quien le entregó la suma de seis mil pesos (\$ 6.000.00), en un cheque expedido a nombre del mayor (r) Alvaro José Herrán Baquero quien, según manifestó en declaración no jurada rendida en la susodicha investigación administrativa, mantuvo ese dinero en su escritorio y de él tomó cinco mil quinientos pesos para girarle a una hija suya que estudiaba en la Universidad Javeriana y que debía pagar parte de la matrícula y hacer otros gastos.

En el proceso se acreditó plenamente la calidad oficial del procesado así como también el hecho de ser de propiedad de la Nación el edificio que ocupaba el DAS en Pereira.

Empero, no se pudo obtener la comparecencia del sindicado para que diera, dentro del proceso, las explicaciones del caso y por eso, luego de emplazarlo, se le nombró defensor de oficio.

Se allegaron sendas copias de la escritura de adquisición por la Nación del edificio que se deja mencionado (fl. 54) y del Decreto 625 de 10 de abril de 1974 por medio del cual se atribuyen funciones a las seccionales del DAS.

Se recibieron varias declaraciones, entre ellas la de la señora Beatriz Echavarría Gueneguer, quien dio cuenta de la forma como había hecho al procesado el pago que se menciona atrás.

Cerrada la investigación, se dictó por el Juzgado con fecha 20 de abril de 1978 auto por medio del cual se llamó a juicio al mayor (r) Alvaro Herrán Baquero por el delito de peculado, en la modalidad que describe el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951.

Ejecutoriada esa providencia y en vista de que aún seguía sin comparecer el procesado, se le emplazó y designó defensor de oficio con el cual se surtió la audiencia pública, llevada a cabo el 15 de mayo de 1979 en la que pidió la absolución de su defendido alegando que éste se había visto obligado a disponer del dinero recibido "por una calamidad doméstica" y con el ánimo de devolverlo tan pronto le pagara el estado unas sumas que le adeudaba. Es decir, que no tuvo el propósito de adueñarse de esa cantidad como que siempre manifestó su determinación de devolverla.

Alegó así mismo que el perjuicio sufrido por el Estado no es mayor por lo cual pidió que, teniendo en cuenta el artículo 401 del Código Penal se graduara la sanción de acuerdo con el daño.

Así mismo citó el artículo 430 del dicho ordenamiento para decir que el procesado obró en las circunstancias que allí se describen o sea llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o a la de su familia y no tener otro medio lícito para hacerlo.

En la sentencia de primera instancia que, como ya se dijo fue proferida el 22 de mayo de 1979, no se hace referencia expresa a dicha alegación aun cuando se dice que existe plena prueba de la responsabilidad pues los cargos que se le formularan no habían sido desvirtuados.

No fue apelada la decisión y subió por consulta al Tribunal Superior de Pereira, el cual en la providencia que es materia del presente recurso extraordinario se refirió a los planteamientos hechos por el defensor en la audiencia para decir que ninguno de ellos tiene consistencia jurídica y expresa que no es aplicable al presente proceso el artículo 430 del Código Penal, invocado por él ya que esa norma solo es pertinente cuando se trata de delitos contra la propiedad en tanto que el juzgado en el presente proceso es contra la administración pública.

Refiriéndose a la confesión extrajudicial, esto es, a lo manifestado en el proceso administrativo por el procesado sobre la forma como ocurrieron los hechos, la califica de indicio grave y analiza con detenimiento lo referente a ella, añadiendo que debe sumarse a dicha prueba la declaración de la señora Beatriz Echavarría Gueneguer pruebas con las cuales considera demostrada la responsabilidad de aquél.

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría

Dos cargos hace el demandante a la sentencia recurrida basado el primero de ellos en la causal cuarta o sea que censura el hecho de que, en su concepto, la providencia en mención fuera dictada dentro de un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional.

El segundo también lo apoya en la misma causal cuarta pero esta vez ataca a la sentencia por error en la denominación jurídica del delito.

A continuación se resumen tales censuras y, con cada una de ellas, la respuesta del Ministerio Público cuya voz corre a cargo del Procurador Segundo Delegado Penal.

Primer cargo. Lo hace consistir el actor en la falta de defensa del procesado ya que en su concepto éste careció de adecuada asistencia jurídica por cuanto el apoderado de oficio que también fuera defensor de oficio no cumplió a cabalidad con los deberes inherentes a su cargo.

A este propósito hace un recuento de las actuaciones del apoderado a través del proceso hasta llegar a la audiencia pública diligencia en la cual, dice, se pone de presente toda la impreparación del mismo "quien de manera improvisada, realiza una intervención que no es dable a criticar porque sea muy corta e insustancial sino porque denota falta absoluta de estudio del expediente, de la realidad procesal y de la realidad jurídica".

Y señala que el defensor pidió sentencia absolutoria por considerar aplicable el artículo 80 que trata sobre la condena condicional, otorgó valor de confesión a una declaración extrajudicial, y confundió el objeto jurídico de peculado pues lo calificó de delito contra la propiedad.

Agrega que también hizo falta que el defensor solicitara pruebas y enumera algunas de las que debió pedir, entre ellas las dirigidas a demostrar el estado de necesidad en que dice el procesado haber obrado. O las que demostraran la inexistencia de un contrato de arrendamiento o bien las que fueran pertinentes para establecer que no estaba entre sus funciones la de manejar dineros.

Replica la Procuraduría que la defensa presentó en la audiencia pública los argumentos del caso a los cuales se refirieron, para rebatirlos, tanto el juzgador de primera instancia como el de segunda.

Y agrega que en el aspecto probatorio careció la defensa de la necesaria colaboración por parte del sindicado ya que éste no compareció al proceso, señala, además, que por lo que respecta al estado de necesidad hizo falta que el procesado pusiera de presente su condición subjetiva ya que era el único que podía hablar sobre ella.

“En definitiva, termina diciendo, estima esta Procuraduría Delegada en lo Penal que en el presente proceso la defensa no ha sido inexistente pero sí limitada. Es decir, el defensor de oficio hizo algo por su defendido aun cuando no todo lo que era posible para la defensa de sus intereses, tanto más cuanto que aspectos subjetivos del procesado le eran completamente inalcanzables y por tanto, intangibles, dada su ausencia”.

Solicita, por ende, que se rechace el cargo.

Segundo cargo. Apoyándose en la misma causal cuarta pero alegando que se ha incurrido en una causal de nulidad de las contempladas por la ley, ataca la sentencia por cuanto dice que se dio al hecho juzgado una calificación jurídica que no le correspondía, es decir, se cometió error en la denominación del delito.

Alega que no se debió llamar a su patrocinado por el delito de peculado ya que no se demostró la existencia de una relación directa entre el cargo desempeñado por él y la recepción de los dineros de los cuales se apropió ya que el Mayor Herrán no estaba encargado de recibir o administrar sumas que provinieran de arriendos.

Expresa que el contrato de arrendamiento se había pactado entre la Nación y más específicamente el Fondo de Inmuebles Nacionales y un particular y que por tanto el procesado, al co-

brar lo correspondiente al arrendamiento de un local administrado por dicho Fondo estaba usurpando funciones, o sea que no obraba como funcionario público sino como particular y no podía, por lo tanto, cometer peculado “ya que falta, dice el censor, un elemento normativo del tipo, cual es el referente a la relación funcional”.

Responde el Ministerio Público que debió el actor señalar la prueba que fue mal interpretada por el *ad quem* y que condujo a la errónea calificación del delito.

Pero, agrega, “la relación funcional echada de menos por el censor en el caso *sub examine*, tiene su fuente en la relación de hecho del entonces Jefe de la Seccional del DAS en Pereira con valores del canon de arrendamiento pagado a la Nación a través del representante de la entidad oficial para la que el inmueble estaba destinado, por doña Beatriz Echavarría Gueneguer, relación ésta que ubicó a Herrán Baquero en situación de ejercitar un poder de disposición sobre esos caudales y por fuera de la inmediata vigilancia de los titulares de un poder jurídico superior, y que se logró en ejercicio de una función pública, así esperara autorización para el destino oficial que habría de darse a esos dineros”.

Pide, en consecuencia, que se deseche también este cargo.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo. La falta de defensa, alegada en primer término por el actor, como nulidad constitucional, no se presenta en este caso ya que aún cuando no fue la llevada a cabo por el apoderado de oficio la más eficiente que hubiera podido desarrollarse en favor del procesado tampoco careció de los aspectos básicos que requería la situación de éste.

1º No cualquier error o deficiencia en la asesoría letrada de un sindicado puede elevarse a la categoría de nulidad constitucional como lesivo del derecho fundamental de defensa que pertenece a toda persona acusada ante las autoridades

Si así fuera, pocos serían los casos en que la defensa no admitiera censura más o menos graves y en que no hubiera, por lo tanto, necesidad de anular el correspondiente proceso.

Lo que debe mirarse es si la defensa cubrió los puntos fundamentales, si hizo las alegaciones primordiales en orden a sacar adelante la situación del defendido.

Y eso fue lo que ocurrió en el presente caso donde el defensor, si bien cometiendo errores en la apreciación jurídica de los hechos, que no perjudicaron ciertamente a su representado, alegó lo necesario para obtener si no la absolución de éste por lo menos una mejor situación en derecho.

Sin contar con que, de otro lado, le faltó, como lo anota la Procuraduría, la indispensable colaboración del propio acusado quien prefirió ocultarse, mostrándose remiso a sus deberes para con la justicia e indiferente a su propia defensa.

No prospera esta censura.

Segundo cargo. La errónea denominación jurídica del delito la hace consistir el censor en el hecho de que no estaba entre las funciones del procesado recaudar el dinero de los arriendos de locales pertenecientes a la Nación y que ésta había contratado por intermedio del Fondo de Inmuebles Nacionales.

Agrega que el procesado, al recibirlos, obró como un usurpador de funciones públicas, esto es, no como un funcionario.

Asevera que se le dio entonces la calificación de peculado a un abuso de confianza.

2º Sobre las diferencias entre el peculado y el abuso de confianza han sido abundantes los puntos de vista, a menudo contradictorios, no solo en nuestro país sino en otros, a tal extremo que, puede decirse, resulta difícil encontrar fundamentos incuestionables para establecer una separación concreta entre ambos ilícitos.

Tienen ellos en común, como se ha puesto de presente en numerosas ocasiones, el hecho de que un individuo que ha recibido por un medio lícito un bien para que lo entregue a otro o lo destine a determinado fin, resuelve apropiarse de él ilegalmente.

Fundamento de esa situación es, desde luego, la lícita recepción del bien. Pues si no es así, se presenta otro delito: por ejemplo, estafa, concusión etc.

Las diferencias comienzan a apuntar cuando se examina al bien jurídico tutelado, pues mientras en el peculado es la administración pública en cuanto se refiere al prestigio y ordenado funcionamiento de la misma y a la fidelidad que deben al Estado quienes lo sirven como órganos de expresión y de acción, en el abuso de confianza se trata de derechos patrimoniales.

También es importante diferencia el hecho de que el agente del peculado debe ser un funciona-

rio público y el del abuso de confianza un particular.

Esto significa que el primero tiene un campo de acción más limitado que el segundo por cuanto aquél está sujeto a leyes (tomado este término en su amplio sentido material) y a órdenes de los superiores lo que no ocurre con el segundo.

Pero es aquí donde radican, precisamente, los mayores motivos de discrepancia pues no hay acuerdo sobre si las normas que regulan la función pública en cada caso, deben ser interpretadas en forma rigurosa, de modo que no quede ninguna amplitud que supere la letra de la ley, o si, por el contrario, es posible cierta elasticidad de interpretación.

En esta última posición se han dado, a su turno, dos variantes una que pudiera llamarse "de término medio" es decir, que permita cierta amplitud. Y otra que se va a la extrema permisibilidad de interpretación.

Suelen los tratadistas hacer girar estas diferencias alrededor de la frase "en razón de sus funciones" que contienen normas legales de distintos países, por ejemplo, el artículo 344 del Código Penal Italiano y el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951.

La posición rigurosa de la doctrina interpreta esa expresión en el sentido de que solo puede haber peculado cuando los bienes entran en disponibilidad del funcionario en los casos y con sujeción a los estrictos términos de la ley en forma que cuando ésta no adscribe en forma explícita la función correspondiente, se estructura otro delito pero no el mencionado.

Los de la última tendencia, es decir, la amplia, consideran que cualquier tipo de posesión, así sea la meramente ocasional, hace responsable al funcionario por el bien y su apropiación de parte de éste o su uso indebido configuran el delito de peculado.

La tesis intermedia ha sido la escogida por la doctrina colombiana por ser la que mejor llena las exigencias de equidad y de defensa de los intereses y el prestigio de la administración pública.

En sentencia de 3 de agosto de 1976 se la consignó en los siguientes términos.

"La expresión utilizada por la ley en la definición de peculado y que dice 'en razón de sus funciones', hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada

por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deben estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado”.

En este orden de ideas y con miras a una mayor claridad de conceptos, se tiene que no podría llamarse peculado la apropiación que un funcionario público haga de dineros u objetos que se le hayan entregado con base en la buena fama que, en determinado medio, tenga quien pertenece a la administración pública, esto es, por considerar que un funcionario ofrece mayor confianza que un particular:

Se necesita, para que haya peculado, una más directa referencia a las funciones del empleado.

Para delimitar el campo jurídico en que puede cometerse el peculado, deben fijarse, en primer término, dos límites negativos: que la posesión no se haya obtenido por un medio ilícito y que no esté expresamente prohibida por una norma legal.

Como se dijo en la doctrina expuesta, no está excluido el caso de irregularidad de la posesión, situación que puede tener varios aspectos, por ejemplo, cuando el funcionario es competente para entrar en posesión del bien pero no se han observado las normas legales que reglamentan esa situación, o bien cuando el funcionario no es competente para esa posesión pero ésta tiene la relación con sus funciones que se determina en seguida.

En efecto, el bien debe entrar en poder del funcionario en consideración a la función en cuanto, si no la tuviera no se le hubiera entregado.

De otra parte, esa posesión no es una mera relación material (directa o indirecta) entre el funcionario y el bien sino un vínculo en que está comprometida la administración pública en tal forma que cuando el funcionario dedica el bien a otro fin o se lo apropia, aquella sufre, no solamente en su prestigio y dignidad sino en su poder de disposición del bien.

Ya lo señaló la Corte en la doctrina atrás mencionada, al afirmar que el peculado es, ante todo, la violación de un deber funcional, expresión que implica que el bien ha entrado previamente al ámbito de la administración pública por conducto de uno de sus representantes y que este ha dispuesto de él contrariando los intereses y facultades de la misma.

El solo depósito de dinero u objetos en manos de un funcionario público, en razón de la buena fama del mismo, seguido de su ulterior apropiación por parte de éste, no vulnera sus deberes funcionales ni perjudica la administración pública.

Pero si esos dineros pertenecen al Estado y el funcionario, aunque haya entrado irregularmente en posesión de los mismos, dispone de ellos, si se violan los intereses y facultades de dicha administración.

Es bueno recordar, a este propósito, que los verbos rectores usados por el artículo 3º del mencionado Decreto 1858 de 1951, cuando habla de los “caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar o guardar” implican una relación no solo jurídica sino de hecho entre el funcionario y esos bienes que puede ser directa cuando los tiene a su alcance material o indirecta en los casos en que solo tenga la disponibilidad de los mismos, pero, que, en todo caso, implica una especie de posesión que le permite decidir sobre ellos, ya de hecho, cuando no tiene facultad alguna para hacerlo, ora de derecho, cuando teniéndola, abusa de ella.

De todos modos, la posesión legítima debe tenerla, en todo caso, la administración pública bien sea que pueda disponer de los bienes como ocurre ordinariamente cuando está encargada de pagar o administrar, o que no pueda hacerlo, si se trata solo de recaudar o guardar.

En consecuencia de todo lo dicho hasta el momento acerca de este cargo, se tiene que, doctri-

nariamente, no es del caso examinar si el funcionario o empleado público ha entrado en posesión de la cosa en virtud de una explícita y concreta facultad que le haya sido otorgada por la ley, sino si esa situación se refiere, no de modo ocasional, sino directo al cargo que desempeña, aun cuando entre sus funciones no están exactamente las de recaudar, pagar, administrar o guardar el bien o caudal de que se trata.

En el caso de autos, no hay duda de que el procesado no tenía entre sus funciones la de recaudar los cánones de arrendamiento por los locales del edificio del DAS que ocupaban particulares, pero tampoco la hay respecto al hecho que la señora Echavarría le entregó la suma de que se apropió posteriormente el Mayor Herrán en consideración a sus funciones como Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad.

Y también resulta cierto que, al disponer de dicha suma el procesado no solo violó los intereses patrimoniales de la administración pública, sino la facultad de ésta de dar a esos dineros la destinación oficial correspondiente. Es decir, se lesionó el bien jurídico tutelado, en una de sus más importantes manifestaciones, a saber, la de determinar el destino de los bienes sujetos en cualquier forma a dicha administración.

Carece, en consecuencia, de fundamentos jurídicos el presente cargo y por eso debe rechazarse.

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.

Pedro Elías Serrano Abadía, Jesús Estrada Monsalve —Conjuez—, Dante Fiorillo Parras, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Rad. Nº 25689, Alvaro José Mera Baquero.
Mag. Pon. Dr. Luis Enrique Romero S.
Acta 103, de noviembre 18...

Salvamento de voto

Discrepamos del criterio de la mayoría de la Sala, cuando sostiene que el delito de peculado no exige que las funciones oficiales en cuyo ejercicio el agente se apropia del bien ajeno deben provenir exclusivamente de la ley y que por eso incurre en tal ilícito el funcionario que en ejercicio de su cargo entra en posesión de cosa ajena “aun cuando entre sus funciones no están exactamente, las de recaudar, pagar, administrar o guardar el bien o caudal de que se trata”.

La sentencia del 3 de agosto de 1976 citada para fundamentar el fallo de casación señala, en efecto, que “la fuente de la atribución... no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fije la competencia en estricto sentido”; pues bien, esta afirmación sólo puede interpretarse en el sentido de que las facultades de administrar, guardar, recaudar o pagar que ha de tener el funcionario como sujeto activo de peculado, pueden provenir tanto de la ley en sentido formal, como de ésta en sentido sustancial, es decir, que aquellas funciones han de estar precisamente fijadas en ley, decreto-ley, decreto legislativo, reglamento constitucional, decreto de emergencia económica, ordenanza, acuerdo, reglamento, resolución o directiva; por fuera de estas vías jurídicas no es posible establecer competencias funcionales en derecho público.

Dice también aquella sentencia de la Corte en aparte no citado por la mayoría de la Sala que “en el peculado, la característica esencial de la conducta de apropiación del bien ajeno es que ella importa siempre una *violación del deber de la función pública*, y para que esto ocurra es necesario, como lo manda la ley, que a la posesión, tenencia o disponibilidad jurídica del bien, por parte del funcionario, se haya llegado *por deber de sus funciones*”. No sobra complementar esta afirmación con lo preceptuado por el artículo 20 de la Carta Fundamental conforme al cual los funcionarios son responsables no sólo por infracción de la constitución y de la ley sino por “*extralimitación de funciones*”, situación esta que se presenta cuando realizan actividades oficiales sin respaldo legal.

Si el tipo de peculado descrito por el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 exige que el agente se apropia o usa indebidamente caudales o bienes “que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar”, y si la competencia funcional del empleado público ha de tener su origen exclusivamente en la ley

—así se la entiende en sentido amplio como ya se indicó— síguese que la apropiación de bien ajeno hecha por funcionario público fuera de ese preciso marco jurídico no configura peculado.

En el caso *sub judice*, el procesado en su condición de Jefe de la Seccional del DAS, en Pereira no tenía entre sus funciones la de recaudar, o administrar o guardar los cánones de arrendamiento de locales pertenecientes al inmueble ocupado por esa dependencia nacional; ninguna ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución o directiva le imponía tal deber; es esta una realidad jurídica tan evidente que la propia sentencia de mayoría así lo reconoce (página 14 *in fine*); pues bien, tal premisa no puede conducir sino a la conclusión de que el encausado, al apropiarse de

aquellos dineros no cometió peculado. Su comportamiento se acomoda más bien al tipo legal de abuso de confianza en cuanto se apropió de cosa mueble ajena que le fue entregada a título no traslativo de dominio, con lo que le asistiría razón al recurrente en su petición de casar la sentencia por errada denominación jurídica de delito.

Tales las razones que nos llevaron a separarnos de la posición adoptada por la mayoría de la Sala.

Pedro Elías Serrano Abadía, Dante L. Fiorillo Porras, Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha ut supra.

VEREDICTO

Sus términos deben trasladarse integralmente a la decisión del Juez. Cuando se trata de la diminuyente consagrada en el artículo 28 del Código Penal, su reconocimiento por parte del jurado, debe acompañarse de una determinación conceptual bastante precisa, aceptándose, a este respecto, la inclusión de una de las dos características señaladas por esta norma, siempre y cuando en el debate público se haya hecho referencia a ella y exista atendible respaldo probatorio de su existencia

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal

Bogotá, D. E., noviembre 20 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 105, noviembre 20 de 1980.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en sentencia de 28 de marzo del presente año, impuso al indígena Francisco Javier Natigay García (a. Pipio), dos años y ocho meses de presidio, como responsable del delito de homicidio en Armando Natigay Usuragama.

En tiempo oportuno el Fiscal del Tribunal interpuso recurso de casación, admitido en auto de 24 de junio del año en referencia. Luego, al presentarse la correspondiente demanda, que no consideró del caso ampliar el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, pues apreció aquella como correcta y acertada, se emitió el proveído de 10 de octubre, por medio del cual se dio aplicación al artículo 578 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 576 *ibídem*.

Hechos y actuación procesal

El impugnador los relaciona así:

“En la población de La Esperanza, vereda del Corregimiento de Tadocito, en jurisdicción del Municipio de Tadó en el Departamento del Cho-

có, el día viernes 4 de abril de 1975, se realizaba como era tradicional, el día de mercado. Con esta ocasión, las gentes de los lugares vecinos acudieron a la población con el ánimo de proveerse de los artículos de primera necesidad para su manutención. Mientras unos compraban o vendían, otros se dedicaban a la ingestión de bebidas alcohólicas o fermentadas. Entre las personas que llegaron ese día al caserío, se cuenta el indígena Armando Natigay Usaragama, quien lo hizo acompañado de su concubina Ernestina García y de su hijastra Sarita Andrade García y portando consigo una ración de plátanos para darla a la venta. Una vez realizada la operación comercial, el indígena comenzó a ingerir guarapo, negándose de paso a regresar a su tambo como se lo solicitaba su compañera. Armando Natigay Usaragama, se sentó en el frente de la casa de su corracial Rafael Armigo donde ingirió cinco botellas de esta bebida y al terminar la última, mandó a su mujer a que le consiguiera otras cinco botellas. Mientras la compañera del indígena cumplía la orden recibida, los menores también indígenas, Delio Dumaza García y Sarita Andrade García, quedaron al “cuidado de Armando”. Estando éste en dicho lugar en espera de su guarapo, se presentó el indígena Francisco Javier Natigay García (a. Pipio), quien según se supo después, abrigaba sentimientos de odio y venganza contra Armando Natigay, porque este último por medio del “Jai”, (ceremonia indígena por medio de la cual puede quien la realiza llegar hasta quitar la vida a la persona que desee), había dado muerte a dos hijas de Francisco Javier Natigay García. Apenas saludando a Armando con las expresiones “Herma-

no, ahora bebamos guarapo”, sacó de uno de los bolsillos de su pantalón, un cuchillo y se lo introdujo por la tetilla izquierda, emprendiendo inmediatamente la huida. Al sentirse herido, Armando partió a correr rumbo a la casa de Manuel Dolores Murillo, el vecino más cercano al lugar en donde él se encontraba; se sentó allí en una banca y minutos después, exhaló el último suspiro. El victimario por su parte, fue capturado por las autoridades minutos más tarde”.

“Actuación procesal

“Los momentos procesales más importantes de esta etapa sumaria, admiten la siguiente descripción:

“a) El día 5 de abril de 1975, el Juzgado Municipal de Tadó, abrió la correspondiente investigación, la cual, instruida en lo posible, fue rubricada con auto de detención para el sindicado, el día 11 del mismo mes y año.

“b) Perfeccionada en lo posible la investigación, el día 21 de mayo de 1975, fue enviado el expediente al Juzgado del conocimiento y repartido al Segundo Superior. Este Organismo, luego de agotado el trámite, el día 16 de septiembre de 1975. El día 11 de octubre de 1975, fue calificada la investigación como homicidio —agravado—, con las causales de que habla el artículo 363 del Código Penal, ordinales 2º y 5º;

“c) El expediente permaneció inmóvil desde entonces, por falta de defensa, hasta el día 28 de abril de 1977, tras haber sido designado defensor de oficio y por apelación que éste interpusiera en el momento de serle notificada la providencia enjuiciatoria, el expediente subió a la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior, para revisión del auto de proceder. El Tribunal Superior, confirmó la providencia apelada, aunque suprimiendo de ella la calificación referida al ordinal 2º del artículo 363 del Código Penal, ya citado; y,

“d) Agotado todo el trámite procedimental y sin que se encontraran motivos invalidantes de la actuación, se llegó a la Audiencia Pública el día 30 de enero de 1980, en la que fue propuesto a los señores Jueces de Conciencia, el siguiente cuestionario:

“El acusado Francisco Javier Natigay García (alias Pipio), es responsable sí o nó, de haber causado una herida con intención de matar, a su congénere Armando Natigay Usaragama, con arma cortopunzante, localizada arriba de la tetilla izquierda, de unos 2 o 3 centímetros, al

parecer bastante profunda, que posiblemente alcanzó a interesar el corazón, produciendo taponamiento cardíaco, lo cual le produjo la muerte, aprovechándose de las condiciones de indefensión e inferioridad del ofendido; en los hechos que tuvieron ocurrencia en la Vereda la Esperanza, Corregimiento de Tadocito, jurisdicción del Municipio de Tadó, en este Departamento”.

“En sus respectivas intervenciones, tanto el Ministerio Público, como la Defensa, propusieron al jurado de conciencia que contestaran al cuestionario así: ‘Sí es responsable de homicidio con ira e intenso dolor por grave e injusta provocación’. Consideraron la Fiscal y el Defensor, que la versión de la muerte de las hijas de Francisco Javier Natigay García, por obra del ‘Jai’ que cantara una vez Armando Natigay Usaragama, constituía pleno respaldo para la conducta homicida del condenado de hoy y ameritaba el reconocimiento en su favor de la atenuante del artículo 28 del Código Penal”.

La respuesta del jurado se redactó en éstos términos: “Sí es responsable del delito de homicidio por ira e intenso dolor”.

El Juzgado 2º Superior, en fallo de 2 de febrero de 1980, encuadró la conducta del procesado, según la transcrita veredicción, en los artículos 28 y 362 del Código Penal y de ahí que fijara una pena de dos años, ocho meses de presidio, así como las accesorias pertinentes, resolución que fue confirmada integralmente por el Tribunal, en sentencia de 28 de marzo del año en mención.

De la demanda

Con apoyo en el artículo 580-2 (“En materia penal, al recurso de casación procede por los siguientes motivos: ... Cuando la sentencia esté en desacuerdo con el veredicto del jurado”), se formula el cargo y se pretende su demostración acudiéndose a los siguientes argumentos:

1. Cuando ha intervenido el jurado de conciencia, el juzgador de derecho debe preferir su fallo acatando el querer de aquél, el cual se expresa en su veredicción

2. El Fiscal del Juzgado Superior y la defensa estuvieron acordes en solicitar una respuesta afirmativa pero admitiéndose la atenuante del artículo 28 del Código Penal. De ahí que específicamente le propusieran una contestación en estos términos: “Sí es responsable de homicidio en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación” —fl. 162—. El jurado acogió solo la primera parte y prescindió de

las características del estado de ira o del intenso dolor, necesarias para reconocer la disminuente de la provocación.

3. Ha sido reiterada doctrina de la Corte y al efecto se citan los pronunciamientos de marzo 10/47 y febrero 12/48, que cuando se calla la condición de la grave e injusta provocación, el jurado cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna, pues afirma, simplemente, la existencia de una circunstancia de menor peligrosidad (artículo 38-3 Código Penal), aspecto que corresponde determinar exclusivamente al Juez de Derecho.

4. Como únicamente podía el juez dictar una sentencia condenatoria consultando el artículo 363, ordinal 5º del Código Penal, "observa la fiscalía que se ha incurrido en violación directa de la ley, porque no sólo se ha dejado de aplicar una disposición legal como la que acabamos de citar, sino que se ha dado aplicación en forma improcedente a otra que no es de recibo para el caso: con efecto, el artículo 28 del Código Penal, adoptado para la ocasión como norma sancionatoria tiene una aplicación incorrecta, si se tiene en cuenta que el veredicto dictado por los jueces del pueblo no reconoce, realmente, esta atenuante de responsabilidad".

Esto le permite, con base en el artículo 583-1 del Código de Procedimiento Penal, deprecar que se case el fallo impugnado y se dicte, en su lugar, el que deba reemplazarlo.

Consideraciones de la Sala

No son pocos los puntos que la demanda aborda con certera mención y debido análisis. Algunos constituyen, ciertamente, aspectos sobre los cuales no existe discusión o elaborados por la doctrina con criterio reconocible y hasta de fácil manejo. *No hay duda alguna que auto de proceder, veredicto y sentencia, deben corresponderse y presentar una armónica y hasta unitaria composición e influencia. El Juez de Derecho, y esta es otra incuestionable verdad jurídica, debe atender los términos del veredicto y verterlos integralmente en su decisión. Si no está de acuerdo con él, la ley de procedimiento le concede atribuciones para tratar de corregir lo que aprecia como desvío de poderes o errores de juicio. También cabe destacar que, cuando se trata de la disminuente consagrada en el artículo 28 del Código Penal, el reconocimiento del jurado debe acompañarse de una determinación conceptual bas-*

tante precisa, exigiéndose, en un principio, la concurrencia de una provocación grave e injusta, y últimamente, una de estas dos caracterizaciones siempre y cuando en el debate público se haya hecho referencia a la misma y exista un atendible respaldo probatorio de su existencia.

El censor debía afrontar la crítica de dos situaciones: una, que el artículo 28 del Código Penal, aparecía como fenómeno inherente a la pena desconocido por el jurado, ya que aludir, simplemente, a estado de ira intenso dolor equivalía apenas a la demostración irrelevante de una circunstancia de menor peligrosidad; y, otra, que no era factible mudar el homicidio calificado en homicidio simple.

Pues bien, cualesquiera de estos dos aspectos, o ambos, resultaba demostración descomplicada acudiendo de manera exclusiva a la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. No era necesario, a este exitoso fin, involucrar cuestiones relacionadas con otras causales, que lejos de acrecentar la técnica propia a la casación, refluían en un oscurecimiento y distorsión de la misma.

El memorialista centró su esfuerzo en establecer que el jurado no había reconocido la comentada disminuente. Pero nada dijo en relación a lo que él consideraba otro dislate, o sea, mudar la modalidad del hecho delictuoso cometido. Sobre este punto hizo apenas, una simple y huérfana afirmación, sin que refutara el motivo que para ello tuvo el Tribunal.

Esto por un lado. Pero de otra parte, en asunto más significativo, el recurrente acudió a una referencia plena de imprecisión. En efecto, aludió a la violación directa de la ley "porque no sólo se ha dejado de aplicar una disposición legal... sino que se ha dado aplicación en forma improcedente a otra que no es de recibo para el caso". Lo que quiere decir que abandonó la causal mencionada (discrepancia entre el veredicto y la sentencia) para insertar su alegación en el ámbito de la causal 1ª del mencionado artículo.

Sin que pueda esclarecerse por qué tan concreta referencia al cuerpo primero de tal disposición y menos cuál es el aspecto, entre los varios que trae este segmento legal, que gana su atención.

La Corte no puede suplir estas omisiones ni completar el pensamiento del casacionista, en cuestión que no ofrece motivos atendibles para obligar a este cometido o para hacerlo en un determinado y efectivo sentido. Hay confusión en el planteamiento estudiado y en éste a su vez es dable advertir presentación incompleta.

El cargo tiene que desestimarse.

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 el fallo mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PROVIDENCIAS PROFERIDAS POR FUNCIONARIOS JUDICIALES DURANTE LA EPOCA EN QUE GOZAN DE PERMISO

El permiso no implica sustitución en el ejercicio del cargo, ni envuelve pérdida de la investidura ni de la capacidad funcional

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 20 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 105.

Abogado asistente: doctor *Roberto Vélez Paternina*.

Vistos

Por hallarse cerrada la investigación dentro del proceso seguido contra el doctor Guillermo Rojas Gómez, por supuesto proceder delictuoso en ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, corresponde a la Corte calificar el mérito del sumario.

Resultandos:

1. El abogado Gustavo Salamanca, hizo llegar a la Sala de Casación Penal copia fotostática de documentación que antes había enviado el Consejo Superior de la Judicatura en procura de sanción disciplinaria, por cuanto estima que "en este caso hay delitos cometidos por el Magistrado del Tribunal Superior de Tunja Guillermo Rojas Gómez que deben ser investigados con rigor y sancionados ejemplarmente".

2. Las copias, cuya autenticación fue dispuesta con antelación a la iniciación de la investigación, corresponden al informativo disciplinario levantado por la Procuraduría Regional de Tunja en relación con la conducta ilegal que se atribuye al doctor Guillermo Rojas Gómez consistente básicamente en haberse ausentado de la

localidad sede del Tribunal desde el 27 de septiembre hasta el 8 de octubre de 1977 para recluirse en la Clínica Principal de la Caja Nacional de Previsión Social de Bogotá, y no obstante, aparecer "laborando normalmente" en Tunja "discutiendo proyectos, firmando providencias, muy de seguro oficios, despachos y en fin ejecutando todas las actividades de Magistrado y Presidente del Tribunal Superior", lo que en opinión del abogado Salamanca "constituye una muy grave violación de las leyes, es un delito, es una falsedad".

3. En el proceso aparece no solo acreditada debidamente la calidad de Magistrado concurrente en el acusado para la época de los hechos, sino también su hospitalización en Bogotá por el lapso indicado; haber disfrutado de permiso remunerado concedido por la Vicepresidencia del Tribunal por igual período; y haber elaborado y discutido proyectos de providencias en la propia clínica al aprovechar las visitas de los demás Magistrados y Secretario de la Sala Penal del Tribunal, manteniéndose así al día en el despacho de los asuntos a él confiados.

4. Cerrada la investigación, el Ministerio Público a cargo de la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal y el apoderado judicial del procesado coinciden en solicitar sobreseimiento definitivo para éste, pues consideran que la acusación carece de relevancia penal.

Considerandos:

Es norma de los artículos 480 y 488 del Código de Procedimiento Penal que la calificación del mérito del sumario se haga, bien radicando en juicio al procesado, ora sobreseyendo temporal o definitivamente en su favor cuando aquello no proceda.

El auto de enjuiciamiento requiere la plena prueba de la materialidad del delito, más en el asunto *sub iudice* no se alcanza a advertir de qué manera pudo ser infringida la ley penal. Es verdad que el procesado por diez días se ausentó de la sede del Tribunal y que a pesar de ello muchas providencias aparecen suscritas por él y fechadas en Tunja en los días de ausencia. Para lo primero, conforme a información de la Secretaría General del Tribunal, contó con permiso remunerado otorgado por la Vicepresidencia de esa corporación; y en cuanto a lo segundo, los testimonios de los demás Magistrados y del Secretario de la Sala Penal —doctores Alvaro Guevara Sandoval, Gregorio Vaca Perilla, Luis José Mojica Niño, Pompilio Hernández Moreno y señor César Rodríguez Perilla—, indican que con frecuencia las providencias se fechan por la Secretaría días después de ser discutidas y aprobadas, que ello aconteció con los proyectos presentados por el doctor Rojas Gómez, el día anterior a su internamiento en la clínica de la Caja de Previsión Social de Bogotá, e incluso, con los discutidos y aprobados en ésta, pues que la labor de fechar la realiza la Secretaría después de levantar las actas de sala. De forma que si las providencias aparecen fechadas en Tunja durante el término del permiso es en razón y a consecuencia de tarea secretarial, sin que se atisbe el más remoto indicio de que el acusado hubiera pretendido alterar el texto de las decisiones en perjuicio de alguien. *El funcionario judicial, es cierto, no está obligado a ejercer las actividades inherentes al cargo mientras disfruta de permiso remunerado; pero ello no significa que no pueda realizarlas, puesto que el permiso, que no implica sustitución en el ejercicio del cargo no envuelve pérdida de la investidura ni de la capacidad funcional. De consiguiente, que el Magistrado Rojas hubiese elaborado y discutido ponencias con sus compañeros del Tribunal de Tunja no es acto censurable. Si la incuria de un funcionario merece reparos, la acucia de otro, por el contrario es plausible, mas cuando como en este caso su contribución a la recta y eficaz administración de justicia es manifiesta.*

En sustento de lo anterior cabe agregar que la Corte, en auto de 3 de julio de 1975, dejó dicho:

“...la investidura de juez concurrente en el inculpado no podía perderse por el hecho de disfrutar de un permiso legalmente concedido (Decreto 250 de 1970), esto es, no se despojaba de su jurisdicción y competencia y por ende podía proferir autos sin que por ello estuviera abusando

de sus funciones para tratar de alterar la verdad y causar un perjuicio...”.

Comparte la Corte, entonces, el concepto del agente fiscal en cuanto al afirmar la ausencia de delito en el comportamiento del acusado sostiene:

“...A juicio de esta Delegada el comportamiento del señor Magistrado denunciado carece por completo de relevancia en el plano jurídico penal y, por lo tanto, lo pertinente será proferir en su favor un sobreseimiento de carácter definitivo.

En efecto, es verdad suficientemente aceptada en el proceso que el sindicado no asistió a su Despacho en el lapso comprendido entre el 23 (sic) de septiembre al 8 de octubre de 1977 y que sin embargo dentro de este período fueron dictadas varias providencias que suscribió. No obstante, las explicaciones dadas son enteramente satisfactorias, pues respecto de algunas de esas providencias se sabe que fueron discutidas y aprobadas cuando aun Rojas Gómez no se había internado en la clínica y como es obvio, se fecharon cuando salieron a la Secretaría. Con relación a las demás que suscribió el Magistrado, bien como ponente o como integrante de otras salas de decisión, también su comportamiento resulta diáfano, pues a pesar de que gozaba del permiso presidencial previsto en disposiciones legales vigentes y que, por lo tanto, no estaba obligado a asistir al despacho, con loable sentido de la responsabilidad y a costa de meritorios esfuerzos personales, discutió en su lecho de enfermo con sus compañeros de Sala algunos proyectos y aun elaboró otros que, aprobados, se convirtieron en providencias.

“Podría discutirse que como la sede del Tribunal es la ciudad de Tunja, solamente allí pueden verificarse las reuniones de Sala; no obstante, una afirmación de este sentido carece no solo de respaldo legal, sino de sentido práctico. ¿Cuál la razón, se pregunta el Ministerio Público, para desconocer las discusiones que sobre puntos de derecho sometidos a su consideración tienen los integrantes fuera de la sede del Tribunal? ¿Es que acaso las razones pierden validez por el lugar en donde ellas se aduzcan? Todo esto es accesorio, pues lo único que interesa para los fines procesales es que la decisión se notifique en la respectiva secretaría.

“En el presente caso se advierte el influjo torticero de un sindicado que en alguna oportunidad fue llamado a responder en juicio con la concurrencia del Magistrado cuya conducta se juzga en este proceso, y por ello los móviles de

retaliación le quitan medida y hacen ver delito y hecho graves en donde solo ha habido el más esforzado y acendrado cumplimiento del deber...”.

No correspondiendo los hechos del proceso a supuesto típico alguno, procede en consecuencia el sobreseimiento definitivo conforme lo normado en el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Guillermo Rojas Gómez, de los cargos que le fue-

ron formulados en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior de Tunja y de los cuales se hizo mérito en las motivaciones de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese la actuación.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TRABAJADORES OFICIALES

Pueden ser sujetos activos de delitos contra la administración pública

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 20 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Bothero*.

Aprobada: Acta número 105.

Expediente número 26026

Vistos

Se define el recurso de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segunda instancia dictada el 4 de diciembre de 1979, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Girardot proferida el 25 de mayo del mismo año, modificándola en el monto de la sanción para imponer a Mario Ayala Pico y a Luis Enrique Rodríguez, dieciséis y ocho meses de prisión, respectivamente, por el delito de peculado, al primero como autor y al segundo como cómplice no necesario.

Hechos

Fueron resumidos por el Tribunal de la siguiente manera:

“...El 11 de mayo de 1976, aproximadamente a las 7 de la noche, los señores Mario Amaya Pico y Luis Enrique Rodríguez, Jefe de Farmacia del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, agencia de Girardot y Revisor de Documentos de la Contraloría General de la República, respectivamente, pretendieron sustraer una caja de ‘Wintomilón’ o ‘Acido Nalidíxico’ de la entidad, pero afortunadamente para los intereses de la justicia fueron descubiertos por los vigi-

lantes del establecimiento, quienes en cumplimiento de sus deberes, no solamente frustraron la acción delictiva, sino que retuvieron a los responsables y dieron cuenta del hecho a sus superiores, para que procedieran a formular la correspondiente denuncia...”.

La demanda

Acusa el fallo por la causal primera y cuarta de casación (artículo 580-1-4 del Código de Procedimiento Penal). En la primera formula dos cargos: el uno por violación directa y el otro por violación indirecta, ambos del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951; y en la cuarta, por nulidad legal (artículo 210-5 del Código de Procedimiento Penal), consistente en que hubo error en la denominación jurídica de la infracción por la cual fue llamado a responder en juicio el procesado recurrente.

Causal primera.

a) Violación indirecta.

El Tribunal interpretó mal el contrato de trabajo suscrito el 4 de marzo de 1976, entre Mario Ayala Pico y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional de Cundinamarca, para desempeñar el cargo de Jefe de Farmacia mientras duraba la incapacidad de José Alberto Pulido Leño, pues le da un alcance que no tiene tal como el de asegurar que sus funciones era de *administrar* y *guardar*, sin que allí se hubiesen consignado. Proceder que lo hizo incurrir en error manifiesto de hecho y que lo condujo al quebrantamiento de la ley sustancial al dar como plenamente probado un elemento constitutivo del tipo penal respecto del autor del delito.

Concluye, en consecuencia, que su patrocinado Luis Enrique Rodríguez, no podía ser condenado como cómplice no necesario en un delito de peculado que no estaba en capacidad de cometer Mario Ayala Pico;

b) Violación directa.

Aduce que el sentenciador hizo una aplicación indebida de la norma sustancial a una situación no regulada por ella, pues en su concepto para que el agente quede incurso en ella debe realizar la conducta "...en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas..." y, resulta que Mario Ayala Pico por fuera de sus funciones y lejos de ejercerlas actuó "...como cualquier ladrón oculto tras las sombras de la noche, furtivamente, en horas que no eran de despacho, cuando el lugar estaba deshabitado y solo bajo celaduría nocturna..."

Termina observando que su cliente Luis Enrique Rodríguez no podía, en tal evento, ser condenado como cómplice secundario en un delito de peculado que no lo fue.

Causal cuarta.

Se dictó la sentencia en juicio viciado de nulidad porque Mario Ayala Pico se vinculó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, como trabajador oficial, por contrato de trabajo en el que no se determinaron sus funciones. Al suponer el Tribunal que éste era empleado público y que estaba obligado a administrar y guardar los objetos de la farmacia, para considerar su comportamiento como peculado, incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues en concepto del censor el procesado Mario Ayala Pico, cometió el delito de hurto que trata el artículo 397 del Código Penal.

Luego apunta que, en virtud de lo anterior, a su procesado Luis Enrique Rodríguez se le condenó como cómplice no necesario en una infracción que erradamente se la denominó peculado.

El Ministerio Público.

Para el Procurador Delegado en lo Penal ninguno de los cargos formulados por el demandante puede prosperar.

En efecto:

En relación con la nulidad legal propuesta por error en la denominación jurídica de la infracción, sostiene:

"...Olvidó el censor que la ley no hace distinción entre trabajador oficial y empleado público, pues que sujeto activo del peculado es '...el empleado de empresas e instituciones en que tenga parte el Estado...', como lo es el Instituto de los Seguros Sociales en Colombia..."

"...en lo que se relaciona con las funciones que Ayala Pico tenía como Jefe de Farmacia del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en la

Seccional de Girardot, y la apropiación de los efectos pertenecientes al establecimiento de beneficencia, precisa observar que su conducta importa una violación del deber del cargo, pues las drogas de la farmacia de la entidad eran poseídas por Ayala Pico por deber del cargo..."

Y, finaliza aseverando:

"...Afortunado estuvo también el fallador de segundo grado al sentenciar a Luis Enrique Rodríguez, como cómplice no necesario del delito de peculado ya enunciado, toda vez que, ni siquiera el impugnador ha puesto en tela de juicio el de que es sujeto calificado..."

Respecto de los cargos de violación de ley sustancial, observa:

a) Que la violación indirecta que propone sobre las mismas bases de la nulidad, se desmorona con los mismos argumentos que sirvieron para el rechazo de aquella, lo que al mismo tiempo indica que "...El error de hecho no aparece manifiesto en los autos..."

b) Que la violación directa que aduce sobre iguales fundamentos descalifica el reproche "...toda vez que no es posible alegar simultáneamente sin faltar a la lógica y sin quebrantar el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de un mismo fallo..."

La Corte considera

1. Se entra a estudiar la nulidad legal propuesta consistente en el error relativo a la calificación jurídica de la infracción, pues para el censor se trata de un delito de hurto y no de peculado como se precisó en el auto de proceder y posteriormente en la sentencia impugnada.

Para demostrar su aserto señala que Mario Ayala Pico, quedó vinculado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales en su Seccional de Cundinamarca en Girardot como Jefe de Farmacia, mediante contrato de trabajo a término fijo para reemplazar a José Alberto Pulido Leño, durante la incapacidad de éste.

Cón tal fundamento aduce que Ayala Pico, era un simple trabajador oficial y no un funcionario o empleado público y que no tenía la función específica de guardar o administrar los bienes de la farmacia. Que, en cambio, actuó como un particular cualquiera al apoderarse de la droga con la que fue sorprendido la noche de autos, lo que pone de bulto la comisión de un delito contra la propiedad, que en criterio del casacionista es el de hurto.

Nada más distante de la realidad. Ayala Pico, sustituyó al empleado Pulido Leño, en el desempeño transitorio del cargo de Jefe de Farmacia y, por lo tanto, ejerció las funciones de éste, teniendo a su cuidado toda esa dependencia.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales es un establecimiento público, de carácter asistencial, en el que aportan dinero los particulares y el Estado y, si bien el régimen de algunos de sus trabajadores *es especial*, son empleados públicos para todos los demás efectos (Decreto 3135 de 1968). Esto explica que en el contrato de trabajo que suscribió Ayala Pico se puntualice que ese convenio queda sometido a las previsiones de los Decretos 2351 de 1965 y 1373 de 1966 y, explica también el aspecto funcional del empleo cuando allí se advierte que el contrato se complementa con el Reglamento Interno de Trabajo de la entidad. Esto viene a desquiciar las aseveraciones del actor.

En efecto:

Todas las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos (artículo 5 Decreto 3135 de 1968), sólo que hay algunos que se denominan trabajadores oficiales por la función que desempeñan, la competencia y el régimen laboral y prestacional que los ampara, lo cual no significa que no tengan las mismas responsabilidades de aquellos frente a la institución a que pertenecen y al Estado en particular.

Una interpretación diversa envolvería un absurdo privilegio ante la ley penal, pues pondría por fuera de los delitos contra la administración pública a los llamados trabajadores oficiales. Sería repugnante que teniendo muchas veces las mismas funciones que desarrollan los empleados públicos respondan de su ejercicio de modo diferente; y sería inaudito que teniendo también bajo su vigilancia y cuidado los bienes públicos no respondan de ellos en paridad con los llamados empleados públicos.

Cuando se elaboró el actual Código Penal, en el Derecho Administrativo Colombiano sólo existía para determinar a los servidores del Estado la clasificación bipartita de funcionarios y empleados públicos, que por fuerza del crecimiento y evolución de esa rama del derecho vino a ser tripartita al surgir, por segregación, la de trabajadores oficiales. Es evidente que el legislador de entonces empleó la clasificación bipartita para referirse a los servidores del Estado y cobijarlos a todos sin excepción. Si ésto no tiene discusión y no se puede poner en duda que el trabajador

oficial es también un servidor del Estado, debe concluirse que pueden ser sujetos activos de delitos contra la administración pública cuando la calidad de funcionario o de empleado público sea requerida.

Bajo estas premisas resulta inobjetable la calificación de Peculado que le dio a la delincuencia el juzgador en el auto de proceder e igualmente inobjetable que la participación atribuida al procesado Luis Enrique Rodríguez la soporte por el mismo delito.

En consecuencia, el cargo de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción carece de fundamento.

2) No es necesario resolver de fondo los cargos sobre quebranto de la ley sustancial, por las siguientes razones:

a) Su fundamento común es el mismo que se adujo para proponer y demostrar la nulidad legal que se acaba de rechazar, de suerte que los argumentos anteriormente expuestos serían eficaces para proceder de idéntica manera;

b) El demandante incurre en grave error que hace sustancialmente ineptas esas censuras, pues alega al mismo tiempo violación directa e indirecta de la ley desconociendo la técnica de este recurso extraordinario.

Al respecto la Corte enseña:

“...no es posible, al mismo tiempo, esto es, en una misma demanda, aducir violación directa e indirecta de la ley, porque no se pueden aceptar los hechos para discutir el derecho y simultáneamente proponer su rechazo para buscar el mismo fin. Así se viola el principio de no contradicción...”. (Cas. Penal, 26 febrero de 1980).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no CASA la sentencia condenatoria fechada el 4 de diciembre de 1979, 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DEFENSA SUBJETIVA

La defensa subjetiva no configura causal de justificación sino de inculpabilidad por error insuperable sobre la antijuridicidad de la propia conducta, concretamente, por equivocación respecto de un hecho que de haber existido en la realidad habría justificado la reacción del agente supuestamente amenazado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 20 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*

Aprobado: Acta número 103, de noviembre 18 de 1980.

Vistos

El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia del 6 de marzo de 1980, absolvió a Gustavo Salamanca Riaño, llamado a juicio por delito de homicidio en las circunstancias del artículo 28 del Código Penal. Contra ella interpuso recurso extraordinario de casación el representante de la parte civil.

Hechos

Entre las familias Espitia y Salamanca, residentes en la ciudad de Tunja, venían presentándose de tiempo atrás serios incidentes judiciales y personales originados por problemas de servidumbre entre los dos inmuebles. El 24 de agosto de 1976 cuando en las horas de la tarde salía de su casa el abogado Salamanca Riaño, fue injuriado por Adolfo Espitia, agresiones verbales a las que aquél respondió con arma de fuego que accionada repetidamente segó la vida de su vecino.

Actuación procesal

Después de una larga etapa sumarial, el Juzgado 5º Superior de Tunja llamó a juicio al abo-

gado Salamanca por delito de homicidio; apelado el auto, el Tribunal lo revocó para sobreseer temporalmente. La nueva fase instructiva culminó con sobreseimiento definitivo en primera instancia y con llamamiento a juicio en segunda; en esta oportunidad el Tribunal en decisión de mayoría dictó auto de proceder contra el sindicado por delito de homicidio cometido en las circunstancias del artículo 28 del Código Penal. Rituado legalmente el plenario y sometido al jurado cuestionario sobre responsabilidad por homicidio emocional, este contestó: "Sí mató, pero en legítima defensa de su persona". El Juzgado acogió el veredicto y consecuentemente absolvió, determinación ésta que el Tribunal confirmó en la sentencia ahora recurrida.

Demanda

El recurrente refiere su demanda a tres causales de casación, así:

Primera.

Acusa la sentencia por violación de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 11, 23, 25, 27 y 28 del Código Penal. Para sustentar el cargo sostiene que el procesado fue llamado a juicio por delito de homicidio emocional (artículo 28 Código Penal); que el jurado le dio en su veredicto características distintas al reconocer legítima defensa (artículo 25 Código Penal) y que el Tribunal lo transformó en causal de irresponsabilidad por error esencial de hecho (artículo 23 *ibidem*). Agrega que no existen fundamentos probatorios que permitan suponer que el procesado mató por error derivado de buena fe; afirma que en su respuesta el jurado no eximió de responsabilidad al sindicado porque la encabeza con una afirmación, aunque reconoce

que justificó su conducta. Más adelante concluye así: "Se ha violado entonces la ley sustancial, por aplicación indebida, por cuanto el jurado, perentoriamente, dictó su veredicto encontrando que el homicida sí es responsable y, de contera, consideró que lo hizo en legítima defensa". Al fallar el Tribunal diciendo que no había lugar a responsabilidad, no solo interpretó erróneamente al jurado sino que hizo aplicación indebida de la ley.

Segunda.

Acusa la sentencia de estar en desacuerdo con el veredicto del jurado (segunda parte de la causal segunda).

Para demostrar este cargo reitera que el jurado reconoció la responsabilidad del encausado aunque agregó que había actuado en legítima defensa, y que el Tribunal, sin tener en cuenta el veredicto, lo absolvió por razón jurídica diversa, la del error del artículo 23 del Código Penal; es decir, "se apresuró a ungir con el sello de la conformidad la impertinencia jurídica del Juzgado Superior y ese mar de confusión de normas lo llevó al error y al desacuerdo de su proveído con la veredicción del jurado".

Tercera.

Con nuevo fundamento en la causal primera acusa la sentencia de violación de la ley sustancial "tanto por apreciación errónea de algunas pruebas como por falta de apreciación de otras básicas y determinantes".

La comprobación de este cargo está basada en análisis de la prueba, del cual deduce el demandante que no podía exonerarse de responsabilidad al procesado.

Concepto de Procuraduría

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita rechazar las pretensiones del actor, por errores de técnica respecto de los cargos primero y tercero y por improcedencia en relación con el segundo. Dice, en efecto, el Ministerio Público que se vulnera la técnica de este recurso extraordinario cuando el demandante alega simultáneamente frente a unos mismos hechos la violación directa y la indirecta de la ley sustancial porque ellas son incompatibles en cuanto aquella acepta la prueba y esta la controvierte; y en esa equivocación incurre el casacionista; recuerda además, la constante posición de la Corte en el sentido de rechazar el cargo por violación indirecta de la ley respecto de juicios con intervención del jurado de conciencia. En cuanto

a la causal segunda, señala que no existe desacuerdo entre el veredicto del jurado y la sentencia del Tribunal porque la respuesta afirmativa de aquel se refiere solamente a la autoría material del hecho y no a la responsabilidad del agente, la que niega al aceptar que actuó en legítima defensa.

Alegato de la parte no recurrente

El procesado, en su condición de abogado y parte no recurrente, presentó extenso alegato en el que luego de manifestar su apoyo al concepto del señor agente del Ministerio Público por las razones allí expuestas, se extiende en acusaciones a un testigo y a dos de los magistrados que integraron la Sala de Decisión que suscribió el fallo objeto de este recurso. Esta segunda parte del memorial no podrá ser tenida en cuenta en esta oportunidad por la Corte pues que actúa como Tribunal de Casación.

Considerandos:

1. Como quiera que los cargos primero y tercero se refieren a dos aspectos de una misma causal de casación —la primera— y apuntan a unos mismos hechos, serán examinados simultáneamente.

En relación con ellos, le asiste razón al colaborador fiscal cuando asevera que el demandante incurrió en ostensible error de técnica al plantear sucesivamente respecto de idéntica situación de facto violaciones directa e indirecta de la ley sustancial.

2. Sobre esta cuestión la Sala en reciente providencia recordó: "Según reiteradas enseñanzas de la Corte conforme a la primera de las causales de casación 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 infracción 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 controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma hecha

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 págs. 196-7 Magistrado ponente Mario Alario Di Filippo. Extractos Minjusticia 1977).

3. Bastarían las consideraciones precedentes para desestimar los cargos. Pudiera, sin embargo, agregarse para llegar a idéntica conclusión, que el jurado tiene facultad legal para reconocer una causal de justificación o de inculpabilidad, o por mejor decir, para negar la responsabilidad del encausado con fundamento en aquella o estas instituciones; que cuando el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos —y pudiera serlo en este caso— no corresponde a la Corte como Tribunal de casación sino a los jueces de instancia, declararlo así con las consecuencias jurídicas que la propia ley establece; y que en los juicios en que interviene el jurado de conciencia —como el propio recurrente hubo de reconocerlo— no es dable alegar violación indirecta de la ley, de acuerdo con reiterada jurisprudencia.

Consecuencialmente no prosperan estos cargos.

4. En cuanto a la causal segunda de casación, el alegato del recurrente parte de un equívoco, a saber: considerar que el jurado contestó afirmativamente a la pregunta sobre responsabilidad del procesado. Veámoslo:

5. Si se examina la primera parte de la respuesta del jurado se hallará que es esta: “Sí mató...”, con lo que se estaba inequívocamente refiriendo a la autoría material de la conducta atribuida al sindicado y no a la responsabilidad penal que, además de aquél supuesto, exige los de antijuridicidad y culpabilidad; si la contestación se hubiese limitado a un mero “sí”, podría asistirle razón al demandante y hasta plantearse la posibilidad de un veredicto contradictorio; pero el agregado despeja cualquier equívoco respecto de su verdadero sentido.

6. En cuanto a la segunda parte del veredicto: “...pero en legítima defensa de su persona”, conclúyese de su lectura que el jurado ubicó la situación del procesado dentro de la causal de justificación prevista en el número 2º del artículo 25 del Código Penal. Como antecedentes de tal respuesta están las intervenciones de vocero y defensor durante la audiencia pública; uno y otro plantearon legítima defensa en favor de su patrocinado; pero el segundo se refirió igualmente a la posibilidad de lo que llamó una legítima defensa subjetiva, y al remate de su exposición pidió al jurado que respondiese en la misma forma en que efectivamente lo hizo poco después.

Verdad es que la defensa subjetiva no configura causal de justificación sino de inculpabilidad por error insuperable sobre la antijuridicidad de la propia conducta, concretamente, por equivocación respecto de un hecho que de haber existido en la realidad habría justificado la reacción del agente supuestamente amenazado y así hubo de reconocerlo el mismo defensor cuando admitió la posibilidad de que el procesado hubiese creído ser víctima de inminente agresión de Espitia; sin embargo, dejó en libertad al jurado para que exonerase de responsabilidad a su patrocinado por legítima defensa o por error esencial e insuperable, y este se inclinó por la vía de la justificante.

En tales condiciones, el Tribunal ha debido reconocer y aceptar la determinación del jurado o declarar contraevidente su veredicto —que sólidos fundamentos tenía para una tal determinación— en vez de interpretarlo en el sentido de ubicar la conducta del encausado dentro de la causal de inculpabilidad del número 2º del artículo 23 del estatuto punitivo.

Empero, pese a tal desenfoco del Tribunal, no ha de prosperar la causal invocada por el recurrente porque no existe desacuerdo sustancial entre veredicto y sentencia en cuanto aquél y ésta eximieron de responsabilidad al procesado, puesto que a esta misma conclusión se llega tanto por la vía de la justificación, señalada por el jurado como por aquella de la inculpabilidad que la Sala reconoció.

No prospera el cargo.

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

Resuelve:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA. MOMENTO CONSUMATIVO

El ilícito se consuma en el lugar donde se verifica la apropiación de la cosa y no en el sitio donde debía hacerse la entrega

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 25 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 106.

Expediente número 26530

Vistos

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá, Cundinamarca, se declaró incompetente para conocer de este sumario, que envió al Segundo Penal del Circuito de Honda, Tolima, fundado en la consideración de que la apropiación del semoviente entregado al sindicado Agustín Hernández, o su equivalente en dinero o en especie, había tenido ocurrencia en la población de Frías, dentro de la jurisdicción del Juzgado de esta última ciudad, circunstancia que, a su juicio, determinaba su competencia respecto del delito de abuso de confianza investigado.

El señor Juez del Circuito de Honda, Tolima, por el contrario, consideró que por cuanto el sindicado había negociado y recibido el semoviente en San Francisco, Cundinamarca, era en esta población, dentro del territorio de la jurisdicción del Juzgado del Circuito de Facatativá, donde se había perpetrado la infracción, y, por consiguiente, donde quedaba determinada la competencia territorial.

Considerando:

Como bien lo señala el señor Juez 2º Penal del Circuito de Honda Tolima, con cita de jurisprudencia de la Corte, el delito de abuso de confian-

za se consuma en el lugar donde se manifiestan los actos objetivos o externos realizados en perjuicio patrimonial de la víctima, esto es, donde se ejecutan aquellos de los cuales es posible inferir el ánimo de apropiación ilícita de los bienes o dineros recibidos por el sindicado a título no traslativo de dominio y, por consiguiente, en el caso de los que están a la consideración de la Sala, no en el lugar en el que el semoviente fue confiado o entregado a éste para ser negociado, lo que ocurrió en la localidad de San Francisco (Cundinamarca), ni en la población de Frías (Tolima), tampoco, porque aún no puede afirmarse que allí fue donde el comisionista Agustín Hernández se apropió de los bienes o del dinero del denunciante Pedro Pablo Cujíño Martínez.

Como lo viene sosteniendo la Corte, entre otras numerosas decisiones, en la que cita el Juez de Honda.

“...El abuso de confianza se consuma en el lugar donde se verificó la apropiación de la cosa y no en el sitio donde debía hacerse la entrega. Ante la imposibilidad de saber el lugar donde se consumó la apropiación, es competente para conocer del delito, el Juez ante quien primero se presentó la denuncia, al tenor del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal (Auto, 4 septiembre 1970, CXXXV, 237)...”.

El evento que hasta ahora se da en esta investigación es semejante a aquél a que se refiere la transcrita doctrina de la Corporación, pues aun no ha sido posible determinar procesalmente con exactitud el sitio donde se consumó la apropiación o, siquiera, si ésta tuvo realmente ocurrencia

La amplitud de la autorización dada por el propietario del caballo “Dibujo”, consistente en permitir o su venta o su permuta, sin circunscribir a un determinado lugar aquel donde debía realizarse la negociación o a una precisa modalidad de ésta (fls. 1 vto., 16, 17, 21 vto.), no ha

facilitado el señalamiento inequívoco del lugar ni del modo de la apropiación.

El propio propietario señor Pedro Pablo Cujíño Martínez, en la ampliación de su denuncia, fue muy vago al responder la pregunta fundamental relacionada con el lugar de la posible apropiación ilícita.

“...*Preguntado.* Sírvase decirnos en qué lugar el señor Agustín Hernández, le quedó de entregar a usted la suma de setenta mil pesos, producto de la venta del caballo ‘Dibujo’, contestó. Pues él debía de darme la plata en Frías, siempre y cuando vendiera el caballo, siempre y cuando que ese negocio se efectuó, además cuando don Agustín llegó a Frías, me dijo don Pedro, le cuento que se hizo un negocio con el caballo, le dije maravilloso, don Agustín, él a continuación me dijo yo me voy ahorita para Palo Cabildo a ver si Raúl ya llegó con las bestias del cambio y si él ha hecho algún negocio en venta, esa plata es para pagarle a usted su caballo y así él, ni ese día ni en las siguientes entrevistas que tuvimos me dijo nada de esa plata, sino siempre con la misma evasiva hasta cuando yo le cobré definitivamente el dinero y él me dijo que a mí no me debía nada, porque ese negocio lo había hecho Raúl y entonces yo me ví precisado a formularle el denuncia, tanto a él como a Raúl de acuerdo con la declaración que me hizo...”. (fls. 73 a 74).

Siendo esta la equívoca situación procesal actualmente contemplada, es claro que mientras ella no se despeje y se precise de manera cierta el lugar donde se consumó la infracción, la com-

petencia territorial debe determinarse a prevención, de conformidad con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual, si la infracción se cometió en varios lugares o en sitio desconocido, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule la denuncia, en este caso el Juez 2º Penal del Circuito de Honda (Tolima), por haber sido dentro del territorio de su jurisdicción, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Falan, donde el denunciante Pedro Pablo Cujíño Martínez la formuló el 28 de diciembre del año pasado (fl. 1 edno. princ.).

Bastan las anteriores breves consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIMA la colisión de competencia negativa presentada en este asunto, en el sentido de que es al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Honda (Tolima), a quien corresponde el conocimiento y al que, en consecuencia, se dispone enviar el proceso, enviando copia de esta providencia al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ABUSO DE CONFIANZA. MOMENTO CONSUMATIVO

El delito se consuma en el momento en que el sujeto activo efectúa sobre el bien actos externos de ejecución

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 27 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Aprobado: Acta número 107.

Expediente número 26594

Vistos

Procede la Corte a dirimir de plano el conflicto de competencias suscitado entre los Juzgados Tercero Penal del Circuito de Armenia (Quindío), y el Penal del Circuito de Salamina (Caldas), en el proceso seguido contra Norberto Tabares Herrera, por el delito de abuso de confianza.

Hechos

Fueron sintetizados en la siguiente forma:
‘Ante la Unidad Fija de la Policía Judicial, se presentó el día 12 de abril de 1980 el señor José Santos Becerra, con el fin de presentar denuncia penal por el delito de ‘abuso de confianza’ en contra de Norberto Tabares Herrera. El ofendido es propietario de unas rifas denominadas Inversiones ‘La Milagrosa’; el día 8 de mayo de 1979, le entregó al señor Norberto Tabares Herrera, la cantidad de 31 boletas con el fin de venderlas y le fuera entregado el dinero a que ascendía el valor de la venta en esta ciudad. El promotor de esta rifa en la población de Salamina Norberto Tabares Herrera, vendió las boletas y le envió al ofendido Becerra Patiño por los correos nacionales todas las colillas de las boletas vendidas. El dinero correspondiente por

la venta de la boletería que ascendía a \$ 77.500.00 no fue entregado, y el denunciado en conversación telefónica con el ofendido, prometió que de un momento a otro vendría a la ciudad de Armenia donde funcionaba la sucursal de Inversiones ‘La Milagrosa’, y le entregaría el total del dinero correspondiente a la venta de las boletas. Pasaron tres meses y Norberto Tabares Herrera, no apareció, por lo cual Becerra Patiño presentó denuncia penal contra Norberto Tabares Herrera...’.

La colisión

Los Juzgados en conflicto sostienen ambos que en el caso presente se investiga, sin lugar a dudas, un delito de abuso de confianza.

En tal virtud, el Juez Penal del Circuito de Salamina expresa que el delito se consumó en Armenia “...por haber sido allí no solo donde se celebró el acuerdo para la venta sino donde debía hacerse la restitución del dinero, tal como lo afirma el ofendido, puesto que es en tal ciudad donde la agencia posee sus oficinas...”.

Luego precisa que el Juez competente es aquél del lugar donde se perfecciona el delito “...aquél donde la cosa entregada bajo un título no traslativo de dominio, debe ser restituida y tal restitución no se cumple. La razón es clara, solo cuando el agente no devuelve la cosa su intención delictiva se traduce en actos externos que demuestran de manera inequívoca la violación...”.

Así concluye que, por virtud del artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, el Juzgado competente es el de Armenia porque fue en su territorio donde se cometió la infracción.

Por su parte, el Juez Tercero Penal del Circuito de Armenia, aduce:

“...la competencia según nuestra apreciación, en su aspecto territorial es única y exclusiva del

Municipio de Salamina (Caldas), por cuanto allí fue donde el sindicado hizo uso indebido de los dineros recaudados y que fueron producto de las ventas de boleterías entregadas por el denunciante y ofendido. No interesaba para el caso que nos ocupa que el convenio bilateral se hubiera celebrado en este Municipio de Armenia, o que acá hubiera quedado el presunto sindicado en hacer la rendición de las cuentas. Simplemente, el sindicado hizo uso indebido del dinero en Salamina y dicho punto, viene a dar la competencia territorial a la jurisdicción que tiene allí el Juzgado del Circuito, en el ramo penal... ”.

Se considera

Los dos funcionarios en conflicto acuden a doctrinas contradictorias de esta Corporación, para respaldar sus respectivos puntos de vista.

Es cierto que la jurisprudencia sostuvo en alguna época que el conocimiento de procesos por el delito de abuso de confianza correspondía al Juez del lugar en donde se entregaba la cosa a título no traslativo de dominio, o bien el del sitio donde ésta debía restituirse o debía de rendirse cuentas. Entre uno y otro extremo vacilaba la Corte.

Sin embargo, esos criterios fueron desechados frente a esta verdad jurídica indiscutible: el delito de abuso de confianza es un punible de comisión instantánea. Luego, se consuma en el momento mismo que el agente efectúa un acto externo de disposición de la cosa o de incorporación de ella a su patrimonio, con ánimo de señor o dueño, ésto es, con animus rei sibi habendi, o como otros los expresan cuando procede uti domine.

Es obvio que este criterio se encuentra sujeto a la prueba de la ejecución, en un determinado territorio, de ese acto externo. Si se logra probatoriamente ubicar el sitio, al Juez que allí tenga jurisdicción le corresponde su conocimiento (artículo 41 del Código de Procedimiento Penal). Si, por el contrario, el lugar es desconocido la competencia se fijará a prevención (artículo 42 ibídem).

En el caso que se decide no cabe incertidumbre, por el momento, que Norberto Tabares Herrera dispuso o se apropió, en el Municipio de Salamina, del valor de las boletas que se comprometió a vender. En consecuencia, al Juzgado Penal del Circuito de esta ciudad se le asignará el conocimiento de este proceso por haber sido dentro del territorio de su jurisdicción donde se cometió el delito denunciado.

Basta lo anterior para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIMA la colisión de competencias planteada en el sentido de decidir que ella corresponde al Juzgado Penal del Circuito de Salamina (Caldas), a donde se ordena enviar el proceso. Comuníquese esta resolución al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia (Quindío).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD

Cuando el jurado ha suprimido circunstancias específicas de agravación, no puede dársele a estas mismas circunstancias cabida en la sentencia como de mayor peligrosidad. De otra parte, el reconocimiento de circunstancias de mayor o menor peligrosidad debe hacerse en la sentencia.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., noviembre 27 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 107, de noviembre 27 de 1980.

Expediente número 26148

Vistos

El procesado Luis Alfonso Téllez Gamboa, recurrió en casación y sustentó el recurso por medio de apoderado. Impugna de esta manera la sentencia de 29 de febrero del año en curso, originaria del Tribunal Superior de San Gil (Santander), que confirmó el fallo del Juzgado 3º Superior de El Socorro de 11 de diciembre de 1979, en el cual se impuso al recurrente, por homicidio en Alfredo Navarro Santamaría, la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio.

1. Los hechos

En la sentencia que es objeto de la impugnación se condensaron así:

“En el mes de octubre de 1976, fue objeto Luis Alfonso Téllez, de cierta mengua en su patrimonio por el robo que de ciertos bienes le hiciera Vidal Santamaría, sujeto reconocido como antisocial hasta por sus propios familiares. Si bien, recuperó Luis Alfonso parte de los objetos sustraídos, no se ha logrado hasta la fecha sanción alguna para Santamaría, circunstancia que perturbaba el ánimo vengador del ofendido y que le

hizo odiar a quienes de una u otra forma algún nexo mantenían con el delincuente Vidal.

“Aquella animadversión la exteriorizaba constantemente Luis Alfonso y en forma especial contra el joven de diecisiete años Alfredo Navarro Santamaría, hermano medio de quien lo había robado y culminó cuando en la tarde del 19 de julio de 1978, disparó su arma de fuego contra el indefenso e inocente Alfredo causándole la muerte”.

2. El proceso

El Alcalde del Municipio La Belleza, realizó las diligencias preliminares y abrió la investigación el Juzgado Promiscuo del mismo municipio. El procesado se presentó voluntariamente el 6 de octubre de 1978 y se dictó para él auto de detención.

El Juzgado 3º Superior de El Socorro, una vez cerrada la investigación, le llamó a responder en juicio con intervención de jurado por un delito de homicidio agravado por la indefensión de la víctima en providencia que el Tribunal confirmó.

Realizada la audiencia pública el Jurado emitió un veredicto de responsabilidad pero eliminó la agravante deducida. El Juzgado del conocimiento acogió dicho veredicto y al dosificar la pena imponible por el homicidio simple aumentó en seis (6) meses la pena mínima que trae el artículo 362 del Código Penal. El Tribunal confirmó dicho fallo mediante la providencia que ahora es objeto del recurso extraordinario.

3. La demanda

Aduce el demandante, en primer término, la causal 1ª del artículo 580 del Código de Proce-

dimiento Penal y a su amparo acusa a la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial "al quebrantar de modo directo los artículos 39, 38, 37 del Código Penal, al aumentar la pena mínima prevista por el artículo 362, cuando solamente concurrían circunstancias de menor peligrosidad".

En desarrollo de este planteamiento formula un primer cargo, así: "Violación directa porque el artículo 37 dice que constituyen circunstancias de mayor peligrosidad cuando no se hayan previsto como modificadoras del delito. Esa circunstancia es la del artículo 363 numeral 5º Código Penal, que se previó como agravante en el enjuiciamiento y mal puede entonces tenerse en la sentencia como de mayor peligrosidad cuando fue negada expresamente por el Jurado en el veredicto que acogió el señor Juez". Un segundo cargo lo formula así: "Violatoria de la ley sustancial por apreciación errónea de las pruebas que hizo incurrir al fallador en error esencial de hecho, al dar por probada una circunstancia de mayor peligrosidad de la cual no se habló en el auto de proceder ni se dijo cuáles eran las pruebas en la sentencia". Cree el censor, según expresamente lo dice, que las circunstancias de mayor peligrosidad, y las de menor, deben concretarse en el auto de proceder, y no "a última hora en la sentencia, para sorprender al procesado".

Aduce también la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque, según cree, la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o está en desacuerdo con el veredicto del jurado. Repite aquí que las circunstancias de mayor peligrosidad cuando no se hayan previsto como modificadoras del delito debe calificarlas el Juez según lo dice el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal y que esa calificación solo puede hacerla en el auto de proceder. Repite que la agravante del homicidio, la del numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, fue negada por el jurado para dejar así un simple homicidio de propósito y a pesar de ello el juzgador la convirtió en circunstancia de mayor peligrosidad para aumentar la pena. De esta manera se contrarían auto de proceder y veredicto, dice.

Por todo lo dicho solicita la casación de la sentencia para que se dicte el fallo que corresponda y en él se aplique la pena mínima de que trata el artículo 362 del Código Penal.

4. *El concepto del Ministerio Público*

Considera el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que la sentencia no debe casarse.

Acepta que tiene razón el demandante en cuanto alega que una circunstancia eliminada por el jurado y deducida por el juzgador de derecho como agravante del delito, no puede ser tenida por éste como de mayor peligrosidad al momento de sentenciar. Pese a esta aceptación agrega que el fallo no debe casarse porque al graduar la pena y aumentar su mínimo el juzgador expresó que lo hacía por la futilidad de los motivos y las modalidades que rodearon el hecho y que indudablemente dificultaron la defensa de la víctima para demostrar así cierta insensibilidad en el orar del procesado. En consecuencia, a más de la indefensión de la víctima se tuvo en cuenta la futilidad de los motivos y la personalidad del procesado para determinar la pena y efectuar el aumento, sin desconocer la existencia de circunstancias de menor peligrosidad. Luego de analizar el fallo dice el Ministerio Público: "De conformidad con tales consideraciones, aunque no podía deducirse la circunstancia indicada, las motivaciones restantes son suficientes para sustentar el aumento de la sanción; sin que en consecuencia, el cargo pueda prosperar".

Por lo que hace al segundo cargo, por violación indirecta de la ley sustancial, cuando en el primero se alegó violación directa, afirma que falla el impugnador porque por el primero acepta los hechos tal como los apreció el juzgador, y por el segundo los discute. Esto, dice "supone una contradicción o enfrentamiento que conduce a desestimar esta alegación, toda vez que las dos posiciones se excluyen. Además, agrega, cualquier examen acerca de los hechos presupone desconocer la autonomía del jurado en su apreciación y esa facultad solamente corresponde a los juzgadores en las instancias.

Por el cargo formulado al amparo de la causal segunda de casación observa que la argumentación es la misma que se utiliza para proponer la causal primera. Además, dice, equivoca las cosas el impugnador cuando afirma que las circunstancias de mayor peligrosidad sólo puede deducirlas el juzgador al momento de dictar sentencia, que es cuando se fija la sanción, y no en el auto de proceder.

5. *Las consideraciones de la Sala*

Al proponer dos cargos en contra de la sentencia, uno y otro al amparo de la causal primera de casación, incurre la demanda en clara contradicción que impide, por este aspecto, que prospere la pretensión.

En efecto, afirma el censor, en el primero de sus cargos, que la violación directa de la ley es

evidente porque la sentencia dedujo como de mayor peligrosidad una circunstancia, la indefensión de la víctima, que había sido propuesta en el auto de proceder como modificadora del delito y que resultó eliminada por el veredicto y, acto seguido, en el cargo segundo, que se incurrió en violación indirecta de la ley al deducir dicha circunstancia porque se equivocó el juzgador en la apreciación de los hechos.

Bien se ve de lo dicho que por el primero de los cargos acepta la existencia de los hechos tal y como el fallador los aceptó, y por el segundo niega su existencia y dice que su deducción se debió a equivocación flagrante por parte del juzgador. Esa doble y contrapuesta posición del censor alrededor de un mismo tema torna insegura la demanda e impide al juzgador tomar una cualquiera de los dos cargos, que son excluyentes, porque ello equivale a enmendar la demanda y dicha tarea está vedada en sede de casación.

El cargo no prospera. Pero cabe apuntar, y así lo ha dicho la Sala en otras ocasiones, que no le es dado al juzgador de derecho tener en cuenta como circunstancias de mayor peligrosidad aquellas que se tuvieron en cuenta como modificadoras del delito o como elementos del mismo, porque tal cosa entraña desconocimiento del principio non bis in idem. También ha dicho que cuando se propone al jurado el reconocimiento de la circunstancia modificadora o específica de la infracción y el veredicto la elimina no puede dársele a esta misma circunstancia cabida en la sentencia como de mayor peligrosidad.

Pese a la reiteración jurisprudencial que antecede y al hecho de que tal criterio aparece concretado en el primero de los cargos del censor, aunque su demanda se hubiera ajustado a las exigencias de la técnica del recurso tampoco éste podía prosperar porque, como lo dice el Ministerio Público, no fue la circunstancia erróneamente deducida el factor único que determinó el incremento de la pena, pues se habló, además, de futilidad en los motivos y de la personalidad del procesado en la sentencia que se ataca, consideraciones éstas que por sí solas justifican el aumento de solo seis (6) meses para la mínima de ocho (8) años.

En el planteamiento de la segunda causal que agita la demanda los errores también son protuberantes. La causal segunda de casación no cabe en este caso porque no hay discordancia posible entre el auto de proceder y la sentencia o entre ésta y el veredicto. Todo se debe a la creencia equivocada que tiene el censor acerca del momento procesal en que las circunstancias de ma-

yor y menor peligrosidad se deducen y aplican, pues afirma que tal cosa debe hacerse en el auto de proceder.

La redacción del auto de proceder está reglada por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal y en ninguno de los numerales que lo integran se ve alusión a circunstancias de mayor o de menor peligrosidad. En cambio, en las reglas para la redacción de las sentencias, en el apartado "C" del numeral 5 del artículo 171 del mismo Código, la mención de una y otras es expresa. Además, las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad constituyen factores para la dosificación de la pena según el artículo 36 del Código Penal, y la pena sólo se impone en la sentencia.

Tampoco puede hallarse dicha discordancia entre el veredicto y la sentencia que sería lo único alegable en el caso concreto por tratarse de un juicio ante Jurado, porque una es la labor que a éste corresponde y otra la que al Juez de derecho compete. La deducción de circunstancias de mayor o de menor peligrosidad y su aplicación en cada caso concreto corresponde al segundo, nunca al primero, como resulta bien sabido y como lo dice la jurisprudencia constante y lo establece el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal.

Tampoco por este segundo aspecto de la impugnación el recurso prospera.

Por todo lo anterior, 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.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Salvedad de voto

Se dice en la parte considerativa de la decisión tomada por la Sala que "la redacción del auto de proceder está reglada por el artículo

483 del Código de Procedimiento Penal y en ninguno de los numerales que lo integran se ve alusión a circunstancias de mayor o de menor peligrosidad. En cambio, en las reglas para la redacción de las sentencias en el apartado "C" del numeral 5º del artículo 171 del mismo Código, la mención de unas y otras es expresa. Además, las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad constituyen factores para la dosificación de la pena según el artículo 36 del Código Penal y la pena sólo se impone en la sentencia".

En otros términos, se resta importancia al aspecto de las circunstancias de mayor peligrosidad (circunstancias genéricas o comunes de agravación), pues bien pueden omitirse en el auto de cargos para aparecer en la sentencia.

Esto afecta, a nuestro entender, el debido proceso ya que es posible omitir la mención de tales factores de dosificación de la pena para ser finalmente deducidas en la sentencia, cuando ya resulta inadmisibles toda controversia y alegación.

Si tanto las circunstancias genéricas de agravación como las específicas inciden en la pena, aquellas introduciendo notables aumentos de la pena mínima, hasta desembocar en su límite máximo, y éstas fijando un *quantum* de intensificación de la pena básica, ¿por qué las unas deben expresarse en el auto de proceder y las otras no? ¿Acaso no tienen una igual significación para el procesado puesto que repercuten en la cantidad de pena que debe purgar? ¿No im-

portará su conocimiento para propiciar y dirigir tanto el aspecto probatorio, en la causa, como sus correspondientes alegaciones?. No se advierte razón para este nocivo distingo.

Se ha querido ver en el artículo 483-3 del Código de Procedimiento Penal, una sola exigencia: la relacionada con las circunstancias específicas de agravación. La locución allí empleada no tiene ésta rígida connotación jurídica. Es, más bien, una expresión que comprende tanto las circunstancias genéricas como las específicas de agravación de pena porque tanto las unas como las otras "especifican" determinan, singularizan, o particularizan el hecho. Y a esto se circunscribe la expresión comentada.

La doctrina sostiene, en cuanto a las circunstancias específicas de agravación, y el concepto resulta válido para las comunes, que no es necesario citar las disposiciones legales pertinentes en el auto de proceder. La omisión implica solo una irregularidad o secundaria deficiencia en su redacción. Basta para ser considerada en la sentencia, que se haga una relación fáctica que permita conocer y controvertir la circunstancia de agravación de que se trata.

Como la decisión que comentamos no distingue bien este punto, nos vemos obligados a consignar este parcial dissentimiento.

Alfonso Reyes Echandía.

Gustavo Gómez Velásquez.

DENUNCIA PENAL

Requisitos que debe llenar, para que pueda servir de fundamento a la apertura de investigación

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 2 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 108.

Expediente número 26540

Vistos

La señora Alcira Morales Cadena, mediante denuncia verbal presentada ante el Magistrado doctor Fabio Restrepo Arteaga, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, formuló una serie de ataques contra el Juez Víctor Manuel Guerra, 1º Penal Municipal de Fontibón, y contra el propio Magistrado Restrepo, además, a causa de no haber sido llamado a juicio aquel funcionario, a quien la señora Morales Cadena, había denunciado criminalmente.

Considerando:

La supuesta denuncia presentada por la señora Alcira Morales Cadena, como se advierte de su lectura, no es otra cosa que un alegato irrespetuoso contra la administración de justicia en el país, particularmente contra el Juez Víctor Manuel Guerra, de quien afirma reiteradamente “que de honorable (...) no tiene nada”, a quien llama “juececillo de pueblo” o “de aldea”, “criminal” y “delincuente nato” y respecto de la investigación de cuya conducta dice que “ha sido puramente asunto político y nada más”, porque “el señor Restrepo honorable Magistrado es de filiación conservadora, el hombre Guerra Martínez de filiación conservadora y la ciudadana que presenta la denuncia de filiación liberal”.

No es la presentada en tales términos, desde luego, denuncia alguna contra el Juez Guerra Martínez ni, como parece haberlo entendido equivocadamente el Magistrado Restrepo Arteaga, tampoco, denuncia contra éste.

Para que una denuncia pueda considerarse tal es preciso que en ella se indique la ocurrencia de un hecho concreto específico definido como delito en el Código Penal, con determinación de “todos los pormenores que conozca el denunciante” (artículo 14 del Código de Procedimiento Penal), de manera que el funcionario correspondiente pueda disponer de los elementos fácticos indispensables para ordenar o para negar la iniciación de la respectiva investigación criminal y, en caso de que decida iniciarla, para que más tarde, en caso de temeridad del denunciante, pueda ser éste responsabilizado penalmente si sus imputaciones han sido falsamente formuladas.

Las simples irrespetuosas, ofensivas e injuriosas manifestaciones hechas contra la administración de justicia, sus jueces o sus decisiones, no pueden ser considerados, en modo alguno, hechos concretos delictuosos como aquellos que, de acuerdo con el procedimiento penal, fundan la práctica de diligencias preliminares o la iniciación de investigaciones criminales.

No existiendo, como resulta evidente que no existe, en este caso, denuncia con fundamento en la cual la Corte pueda disponer averiguación o investigación penal alguna, procede dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual no puede iniciarse sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, SE ABSTIENE de practicar

diligencia alguna en relación con las manifestaciones de la señora Alcira Morales Cadena, puestas en conocimiento de esta Corporación por el doctor Fabio Restrepo Arteaga, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

Notifíquese y archívese la actuación.

ERROR DE DERECHO

No puede alegarse error de derecho, cuando la ley no le ha otorgado al medio probatorio un valor determinado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 2 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 108, de diciembre 2 de 1980.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la dictada por el Juzgado 1º Penal del Circuito de la misma ciudad para condenar a Fermín Gutiérrez Mora y Fernando Palacios Jiménez por un delito de robo de ganado mayor a la pena principal de treinta (30) meses de prisión para cada uno. El recurso fue formulado por el defensor del segundo y debidamente sustentado.

1. Los antecedentes

En la noche del 16 de octubre de 1978 y con rompimiento de cercas en la finca "Vaguitas", en jurisdicción del Municipio de Alvarado, fueron sustraídos cuatro (4) semovientes de propiedad de Eduardo Troncoso Góngora. Por el 11 de noviembre siguiente y en la población de Anzoátegui, José Reinel Henao compró dichas reses a Fermín Gutiérrez Mora y a Fernando Palacios Jiménez. Dos (2) de tales semovientes fueron luego vendidos por Henao a Marco Aurelio Rocha y Abelardo Cardona, y los dos (2) restantes a Pedro González o Valero González.

2. El proceso

Adelantada la investigación pasó al conocimiento del Juez 1º Penal del Circuito de Ibagué

y allí, cerrada la misma, fueron llamados a responder en juicio como "cómplices necesarios" en el delito de robo (artículos 402, 403 y 398 del Código Penal), Fermín Gutiérrez Mora y Fernando Palacios Jiménez. En la misma providencia se sobreseyó definitivamente para las demás personas vinculadas al proceso, el doble enjuiciamiento no fue apelado.

Después se dictó la sentencia de primera instancia citada en la parte inicial de esta providencia y se la confirmó mediante aquella que es ahora objeto del recurso extraordinario.

3. La demanda

Al amparo de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el impugnador formula cuatro (4) cargos a la sentencia. Los dos primeros con base en el cuerpo segundo de la norma en cita, por violación indirecta de la ley sustancial por errores de derecho, y los otros dos, que llama subsidiarios, con base en la misma disposición pero por errores de hecho.

El primero de los errores de derecho consiste en la mala apreciación que según el censor hizo el juzgador de los testimonios en virtud de los cuales dedujo que el procesado Palacios Jiménez recibió de José Reinel Henao un cheque por \$ 7.000.00 como parte del precio por la venta del ganado. Este error, afirma, condujo a la aplicación del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal y a la no aplicación del artículo 216 del mismo. El segundo de los errores de derecho consiste en la apreciación equivocada de la prueba testimonial mediante la cual se dio por establecido que Palacios Jiménez, ejercía tenencia o posesión del ganado junto con Fermín Mora. Este error, dice, condujo a la violación de los artículos 215, 216 y 236 del Código de Procedimiento Penal.

Los errores de hecho consisten en la no apreciación por parte del juzgador de tres testimonios que permiten comprobar que su patrocinado recibió el dinero no como dueño del ganado vendido sino por orden expresa de Fermín Gutiérrez, que de esta manera le pagaba una deuda, y en la no apreciación de otros testimonios y de un certificado (f. 482), mediante los cuales se comprueba que Palacios Jiménez, estaba en imposibilidad física para ser coautor del delito de robo por el cual se le condenó.

4. *El concepto del Ministerio Público*

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a que se case la sentencia impugnada y analiza y rebate cada uno de los cargos que formula el censor. Afirma, en términos generales, que éste omite citar las disposiciones legales relativas a la producción de las pruebas que critica y que, aunque cita o menciona como infringido el artículo 236, en sus cargos por error de derecho, no ensaya siquiera el demostrar que el Tribunal asignó a dichos testimonios un alcance probatorio que no les da la ley. Por otra parte, agrega, ese artículo 236 apenas establece guías de interpretación pero deja al Juez en libertad para apreciar el testimonio de conformidad con las reglas de la sana crítica. En consecuencia, en relación con este medio de convicción resulta improcedente aducir error de derecho en la hipótesis que la demanda plantea.

En cuanto a los errores de hecho que el censor encuentra, dice el Ministerio Público que ninguno de los testimonios que dice no apreció el juzgador fueron ignorados por éste. Por el contrario, aparecen examinados y confrontados con el resto de la prueba. Lo que sucede es que no se les da el valor probatorio que el demandante, al contraponer su criterio evaluador al del juzgador, les asigna. En cuanto al certificado lo dice examinado en la sentencia de primera instancia y, agrega que como ésta y la de segunda conforman una unidad, el que el juzgador de segunda instancia no se detuviera expresamente en el análisis de dicha certificación, resulta omisión intrascendente. Finaliza negándole todo valor a los indicios que el censor dice surgen del examen de la prueba testimonial que ataca y que favorecen al condenado, según él, y a dichos indicios contraponen los que el juzgador tuvo en cuenta para sustentar el fallo.

5. *Las consideraciones de la Sala:*

Los dos primeros cargos de la demanda, formulados al amparo del cuerpo segundo de la

primera causal del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se refieren a una pretendida violación indirecta de la ley sustancial por errores de derecho en la apreciación de la prueba testimonial que al proceso recogió. Aunque se trata de personas distintas y de declaraciones que recaen sobre diferentes aspectos del problema, la manifiesta equivocación del censor en desarrollo de cada uno de dichos cargos permite que se les examine en conjunto pues para uno y otro existe la misma solución.

No se trata, como bien puede verse de una impugnación por aportación ilegal de dichas pruebas. La censura se refiere al juicio de convicción de parte del juzgador en relación con los testimonios aludidos en orden a la comprobación, primero de la tenencia o posesión de los animales de ilícita procedencia por parte del procesado y, segundo, del cobro de un precio por su venta a un tercero que fue considerado como comprador de buena fe.

El error de derecho, en cada uno de los cargos, consistiría entonces, según la demanda, en que el juzgador atribuyó un valor que la ley no le reconoce a las declaraciones que apreció como pruebas de culpabilidad, o que negó a dichos medios probatorios el valor que la ley les otorga. Resulta, sin embargo, que no puede existir error de derecho en la valoración de los medios probatorios a los cuales la misma ley no les concede un valor fijo o determinado. Bien sabido es que en tratándose del testimonio el sistema de la "tarifa legal" o "método tarifario cuantitativo" de antaño fue sustituido en el Código vigente por el de la "libre convicción" o "apreciación legal moral" que permite al juzgador un campo mucho más amplio en la evaluación de dicho tipo de prueba. La jurisprudencia sobre el particular es nutrida y constante.

No puede, en consecuencia, alegarse que se le dio a los testimonios que el demandante cita y comenta un valor mayor o menor que aquel que les da la ley, porque precisamente es ésta la que no les asigna un valor fijo y concreto. Por este primer aspecto la impugnación se resuelve en una simple contraposición del criterio que tiene el demandante al criterio que orientó la actuación del sentenciador.

En consecuencia, el recurso no prospera.

En cuanto a los cargos de violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho, formulados también al amparo del cuerpo segundo de la primera causal de casación y que el demandante denomina subsidiarios, resulta claro que

el juzgador no ha omitido la consideración de ninguno de los testimonios de los cuales el censor extrae conclusiones distintas, ni ha supuesto hechos o pruebas que no se encuentran en el proceso. Los testimonios que se citan en la demanda son los mismos que se tuvieron en cuenta en la sentencia y aparecen, como lo dice el Ministerio Público, examinados y confrontados con el resto de la prueba obtenida.

Aquí también resulta claro que el demandante contrapone su criterio evaluador al criterio del juzgador, lo cual no es de recibo en tema de casación.

Cabe apuntar que el certificado mediante el cual se trataba de demostrar la imposibilidad física del procesado para concurrir a la comisión del ilícito investigado no aparece comentado en la sentencia de segunda instancia. Sin embargo, también es cierto que cuando en esta se imparte confirmación plena a la de primera instancia, en donde dicho factor tendiente a la comprobación de la coartada fue debidamente examinado para rechazarlo ante el cúmulo de prueba contraria, el juzgador de segundo grado hace suyos, en su

totalidad, los análisis, razonamientos y conclusiones del Juez de primer grado.

Por lo dicho, este segundo grupo de cargos tampoco tiene consistencia y, por tanto, no prospera el recurso.

En mérito de 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:

NO CASAR la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogolbos
Secretario.

DELITO DE CALUMNIA A TRAVES DE LA PRENSA

El hecho punible se consuma de manera instantánea en el lugar en que la especie calumniosa e injuriosa se hace pública, porque allí se pone en peligro el bien jurídicamente tutelado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 3 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras*.

Aprobado: Acta número 109.

Expediente número 26559

Vistos

El Juzgado 3º Penal del Circuito de Cartago, por auto de 21 de agosto del año en curso, se declaró incompetente para conocer de este proceso, que envió al 18 Penal del Circuito de Cali, fundado en la consideración de que el periódico "El Pueblo" es editado en esta última ciudad y en ella, por consiguiente, donde se consumó el delito de calumnia investigado.

El Juzgado de Cali, por auto de 17 de octubre pasado, consideró por el contrario, que la competencia concernía al de Cartago, pues, a su juicio, si bien el diario había sido editado en aquella ciudad, fue en la de Cartago donde la difusión adquirió relevancia delictuosa, a causa de ser en ella donde tenía su domicilio el ofendido y donde éste se enteró de la información calumniosa.

Para sustentar su determinación, sostuvo el Juzgado de Cartago:

"... Como el matutino 'El Pueblo', es elaborado en su integridad en la ciudad de Cali, allí se escriben los artículos, se diagrama, y se imprime, lógicamente todo el inter criminis, en caso de una infracción penal se habría agotado en la citada capital. Los Jueces del Circuito de Cali son

pues los competentes para conocer de la presente investigación por competencia territorial...".

"... Por otra parte, al no aparecer firmado el artículo ni se dice que se trata de una agencia de prensa, ni de una corresponsalía especial de Cartago, de acuerdo al artículo 41 (de la Ley 29 de 1944), hasta el momento aparece como responsable el señor director del periódico; lo que también nos lleva a concluir necesariamente porque éste tiene su oficina en Cali, que el delito se consumó allá, siendo pues la competencia de los jueces de ese circuito...".

Para apoyar la suya, dijo el Juzgado de Cali:

"... En el caso *sub judice* tenemos de que a pesar, que en esta ciudad de Cali se encuentran los talleres donde a diario se editan las informaciones del periódico 'El Pueblo', fue en la ciudad de Cartago, donde la difusión adquirió contenido antijurídico, pues en esa ciudad, donde tiene el ofendido el domicilio se enteró de la imputación que se le hacía en una de las columnas que apareció publicada en el matutino 'El Pueblo', el día 9 de agosto del corriente año, viendo así menoscabada su integridad moral con lo allí consignado. Además, si bien es cierto en esta ciudad de Cali, los lectores tuvieron oportunidad de enterarse de la información aparecida en contra del señor Gerardo Martínez, ésta a lo mejor pasó desapercibida, no así en la ciudad de Cartago, donde el ofendido se encuentra radicado desde tiempo atrás y conocido en el conglomerado social como una persona de excelente conducta y buenas costumbres...".

Considerando:

Si bien la Corte ha sostenido que el delito de calumnia por medio de la prensa no se consuma en el lugar donde se redacta, imprime o edita el

periódico, sino en el sitio donde la información calumniosa se difunde o divulga, ello sólo es cierto en el evento de que sean diferentes el lugar de la edición y el de la circulación del escrito, como ocurre con ciertas publicaciones que, por razones económicas o de cualquier otra índole, se editan en un lugar para ser luego dadas a la circulación en otro, como en el caso de algunas ediciones especiales de los diarios impresos en Bogotá, que no se dan a la circulación en esta ciudad, sino en otras del país.

Cuando el sitio donde se edita la publicación es, al tiempo, el mismo en el que se la da a la circulación, el delito se consuma en el lugar de la impresión.

Así lo ha entendido la Corte, de tiempo atrás, en doctrina que reiteró mediante providencia de 4 de diciembre de 1978 (expediente número 25010):

“...La Corte ha sostenido que estos delitos se consuman de manera instantánea en el sitio en que la especie calumniosa e injuriosa se hace pública, porque es allí donde se ataca la integridad moral del querellante. Agrega que tratándose de escritos, que en general es medio eficaz para divulgar el pensamiento, la competencia para conocer no se determina por el lugar donde se redactan, imprimen o editan, sino por el sitio donde se difunden o divulgan...”.

“...Frente a tales precisiones, forzoso es concluir que corresponde al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá, conocer de este proceso, porque es en esta capital donde no sólo se imprime el semanario “Encuentro Liberal”, contenido del editorial cuestionado, sino donde de inmediato se pone en circulación ese medio informativo, lo que indica que la difusión o divulgación de los hechos que determinaron esta investigación se hizo (en esta ciudad)...”.

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DIRIMA la colisión de competencia negativa presentada en este proceso en el sentido de que el conocimiento corresponde al Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali, a quien se enviará el expediente, enviando copia de esta providencia al 3º Penal del Circuito de Cartago.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

DELITO DE RAPTO

No se estructura este ilícito, cuando el abandono que la menor hace de su hogar, es acto que le pertenece como acción propia, debido a sus condiciones de existencia familiar y no a sugerencias del inculpatado

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 4 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado: Acta número 110, de 4 de diciembre de 1980.

Vistos

Herminia Guasca de Acosta, el 18 de junio de 1977, se presentó a la Inspección Permanente de Policía Municipal de Popayán y dijo: "Tengo una hija de nombre María Olga Acosta, de 15 años, ella estaba de novia con mi denunciado Alfonso Valdez Vitonco, iba de novio seis meses. Al parecer él la sacó con engaños".

La presunta ofendida, en instructiva rendida el 14 de julio de 1980, reconoció el noviazgo sostenido con Valdez, por espacio de unos seis meses, sin que durante ese tiempo le exteriorizara ningún propósito de hacerla su esposa. A mediados de 1977, aquél le comunicó que se marchaba para Armenia (Quindío), a lo cual María Olga le dijo que la llevara con él "pues en mi casa me molestaban mucho . . . yo le dije entonces que salía a las once de mi casa, que me esperara . . . cuando salí a la calle Alfonso me estaba esperando en una casa que estaban construyendo, él estaba solo, nos vinimos . . . cogimos bus para Cali . . . en Cali cogimos otro bus que nos llevó a Armenia", lugar en donde realizaron el primer contacto carnal. Luego continuaron, en diferentes partes, haciendo vida marital y en dos ocasiones la embarazó, perdiendo el primer hijo.

El Juzgado 2º Penal de Circuito de Armenia (Quindío), en auto de 24 de septiembre del

año en curso, afirma la posible existencia de dos delitos conexos, vale decir, "rapto y corrupción de menores", lo cual indica que debe darse aplicación al artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, para efectos de fijar la competencia.

Por su parte el Juzgado 6º Penal del Circuito de Popayán, en pronunciamiento de doce de noviembre del citado año, acepta la colisión negativa de competencia que se le ha propuesto y al efecto anota que no es factible admitir la presencia de una infracción como el rapto, para lo cual hace hincapié en las manifestaciones de la presunta ofendida —fl. 34 y ss.— y del procesado fl. 37 ss.—.

A la Corte, para definir este incidente, le basta la composición de hechos que al principio de este proveído se indicó, que constituye fiel trasunto del estado actual de las probanzas. De esta situación se desprende que no es del caso aludir a un fenómeno delictivo como el rapto, en el abandono que la menor hiciera de su hogar, pues este acto más le pertenece como acción propia, debida a las condiciones personales de existencia y al ambiente familiar que afrontaba, que a sugerencia, convencimiento, presión afectiva o material del inculpatado. Todo eso parece la llevó a comunicarle a su novio que deseaba, a todo trance, acompañarlo hacia la ciudad de Armenia, disponiendo, por sí todo lo necesario para alejarse subrepticamente de su hogar. En estas condiciones lo más atendible, por el momento, es descartar el aludido rapto y estarse más bien, en la apreciación de estas probanzas, al exclusivo delito de "corrupción de menores".

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, decide que la competencia para seguir conociendo de este sumario radica en el Juzgado 2º Penal de Circuito de Armenia (Quindío), al cual le serán remitidas

estas diligencias. Al Juzgado 6º Penal de Circuito de Popayán, se le enviará copia de esta resolución.

Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Darío Velásquez Gaviria.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Pedro Elías Serrano Abadía, Fabio Calderón Botero, Dante L. Fiorillo Porras, Gustavo Gómez

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

ACLARACION DEL VEREDICTO

La petición de aclaración cae bajo los poderes discrecionales del Juez, y por ende la negativa a ella no puede considerarse como violación de garantías procesales

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 4 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Aprobado. Acta número 110.

Expediente número 25998

Vistos

Se define el recurso de Casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el 14 de diciembre de 1979, mediante la cual confirmó en todas sus partes la dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, el 6 de septiembre anterior, que condenó al procesado Jeremías Castro Peña, por el delito de homicidio en la persona de Misael Velásquez, a la pena de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor.

Hechos

Fueron narrados en ambas instancias, así:

“... se estableció que el 24 de septiembre del año que transcurre (1979), en el parque principal del municipio del Páramo en donde se llevaba a cabo un bazar, coincidentalmente se encontraron Jeremías Castro Peña y Misael Velásquez Camacho entre quienes de tiempo atrás había surgido una enemistad, como consecuencia de la negativa a contraer matrimonio Alirio Castro, hijo de Jeremías, con Aliria Velásquez, hermana de Misael, matrimonio que Misael exigió por considerar que Alirio era el padre de una niña dada a luz por Aliria. Fue así como en las primeras

horas de la tarde de la fecha consignada luego de un corto cruce de palabras se escuchó una detonación de arma de fuego, disparo que efectuó Jeremías Castro Peña; observándose enseguida por varios presenciales que Misael Velásquez luego de recorrer algunos metros soltó un cuchillo que tenía en su mano y cayó al suelo moribundo falleciendo momentos después cuando iba a ser trasladado para recibir atención médica...”.

La demanda

Luego del resumen de los hechos y de la actuación procesal el actor solicita se case la sentencia dictada por el Tribunal de instancia y se declare el estado en que debe quedar el proceso para la continuación del juicio.

El actor con fundamento en la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), pide se declare la nulidad del proceso por considerar que se ha dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Expresa que:

“... La defensa no pide que se declare por la honorable Corte nula la causa por alguno o algunos de los vicios establecidos en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal. La nulidad que se invocará es de tipo supra-legal y constitucional, pues el juicio no se adelantó según las formas propias, hubo graves irregularidades que menoscabaron los sagrados intereses y derechos de defensa del procesado señor Jeremías Castro Peña, pues al impedirle al jurado cumplir con la totalidad de sus funciones soberanas. Los testimonios de los señores jurados reconocen que la audiencia pública estaba funcionando cuando se les pidió la adición. El jurado señor Villar dice:

“Cuando leyeron el veredicto el doctor Jaime nos pidió que si podíamos aclarar el veredicto a lo cual manifestamos nuestra conformidad con lo solicitado del doctor Jaime”.

“Se desprende que inmediatamente se oyó el veredicto vino la solicitud de aclaración, luego la audiencia aún funcionaba. Pero se ha dicho que el acta fue leída y aprobada al final de la audiencia. Cosa que no sucedió, porque si sucedió y el acta es cierta, mal podía levantarse la audiencia antes de ser leída, aprobada y firmada.

“En todo caso, existe seria oposición entre lo que dice la supuesta acta en su parte final y lo aseverado por los jurados en sus declaraciones juramentadas. Tal contradicción conduce a una difícil y grave situación. Si lo que dice la supuesta acta es cierto, los jurados son mentirosos. Si lo que dicen los jurados es veraz, el acta carece de exactitud. El honorable Tribunal no tachó de falsos a los jurados, respetó su dicho y lo pasó en silencio.

“¿El jurado podía aclarar, corregir, adicionar y enmendar su veredicto? El honorable Tribunal siguiendo una sabia doctrina de la honorable Corte, acepta que sí lo podía hacer. Agrega el honorable Tribunal, también siguiendo a la Corte, que cerrada la audiencia, los jurados cesan en sus funciones y pierden jurisdicción. Equivale a decir que si la audiencia está funcionando, el jurado puede aclarar su veredicto. En el caso de autos, la audiencia no estaba levantada, luego sí debía tolerarse la aclaración. No se permitió habiendo sido oportunamente pedida, luego hubo un recorte en la soberanía del jurado y, por consiguiente, un desconocimiento de los sagrados derechos del procesado, vulnerados por una grave irregularidad en el procedimiento...”

Concluye el cargo diciendo que:

“...El Juez al no permitirle al jurado la aclaración o adición que quiso hacer, le recortó a éste su soberanía y le desconoció al procesado el derecho que tenía a que sus jueces fallasen el caso según su criterio. Al no permitirle al jurado aclarar o adicionar su veredicto, una situación favorable al procesado de responsabilidad atenuada, muy atenuada, se le convirtió arbitrariamente, en un homicidio de simple propósito. El jurado afirmó la ira y el intenso dolor, y luego quiso agregar, sin conseguirlo, que esa situación emocional y pasional fue la consecuencia obligada de una grave e injusta provocación. Ese veredicto implicaba para el sindicado una pena de treinta y dos meses de presidio, que por capricho judicial, se convirtió en ocho años de pena...”

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Sala no casar la sentencia recurrida por cuanto el censor no logró demostrar la violación de las formas propias del juzgamiento durante la celebración de la audiencia pública a que fue sometido el procesado y por cuanto no encuentra ningún ataque por parte del casacionista al presunto desconocimiento del derecho de defensa de Jeremías Castro Peña.

El Ministerio Público en cinco literales responde en la siguiente forma:

“a) El señor vocero del acusado al firmar el acta de audiencia dejó la observación de que la última parte no corresponde exactamente a lo acaecido al final del debate, pero se abstuvo de especificar la inexactitud en lo narrado. Se infiere entonces su conformidad con la reseña de lo sucedido durante el resto de la diligencia;

“b) Al finalizar el acta de que se trata y antes de la firma de los intervinientes y asistentes, la Secretaría del Juzgado Primero Superior que conoció del proceso contra Castro Peña deja constancia expresa de “que el señor Juez de derecho ya había abandonado el recinto donde se verificó la audiencia ... cuando a petición del vocero se solicitó aclaración al veredicto ... habiendo concurrido al salón negó la petición en referencia” (fl. 205 cdno. prin.);

“c) En el espacio disponible del folio que contiene el relato del final de la vista pública se incluyeron las antefirmas y firmas del Juez y del Fiscal, de suerte que las rúbricas de las demás personas que asistieron al debate y podían firmar el acta se estamparon en hoja separada (fls. 205 y 206);

“d) Desde la etapa sumarial el representante del acusado —que lo fue y aún lo es para los efectos del recurso extraordinario el doctor Carlos Sotomonte abogó por el reconocimiento de la legítima defensa como justificante del hecho atribuido a su cliente, y en últimas por el abono de un exceso en la misma. En este criterio fue acompañado por el vocero del acusado en la audiencia en la que aquel hizo una vehemente exposición tendiente a convencer de ello al Tribunal de conciencia, sin embargo, fue la tesis del Fiscal la que se impuso luego de analizar, para descartarlos, los testimonios que daban cuenta tanto de la circunstancia que planteaba la defensa, como de otras tendientes a la atenuación de la pena;

“e) Producido el fallo de primera instancia el señor defensor se abstuvo de impugnarlo, de

suerte que la confirmación sobrevino por virtud de la consulta. Tampoco hay constancia en el expediente de que el Juez Primero Superior de San Gil hubiere sido denunciado por la falsedad del acta que desde el alegato en el trámite de la consulta pregona el profesional, o por delito alguno contra la administración pública”.

Concluye el Agente del Ministerio Público diciendo que “De otra parte, la ley no contempla la adición del veredicto del jurado, y si la jurisprudencia ha llegado a admitirlo a manera de aclaración o explicación, resulta obvio que ella debe solicitarse inmediatamente leída por el Juez y conocido por los concurrentes, no debe mediar solución de continuidad entre los dos eventos, menos aún, cuando como en el caso de autos, ya la sesión se había dado por clausurada y el Presidente se había ausentado del salón. Su retorno momentáneo al recinto, como reza el acta, no reanudaba el debate ni podía ser aprovechado por los representantes del acusado para reclamar en su favor una atenuante de responsabilidad desechada por el jurado luego de deliberar cerca de una hora —y por lo cual no habían propugnado en ningún momento, lo que en buena parte explica su tardanza en reaccionar a favor de una tesis que graciosamente habría venido a producir resultado similar al que ellos buscaban...”.

Consideraciones de la Corte

Al amparo de la causal cuarta de casación (artículo 580-4 del Código de Procedimiento Penal), el demandante formula a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en el proceso contra Jeremías Castro Peña, por el delito de homicidio en Misael Velásquez un cargo único, consistente en que se violaron las formas propias del juicio, pues se conculcó el derecho de defensa del procesado cuando el Juez de la causa negó la aclaración del veredicto solicitada por el vocero en la audiencia pública.

Esta nulidad, de carácter constitucional, fue ampliamente debatida en las instancias y resuelta negativamente con gran tino por el Tribunal. Le bastaría a la Corte remitirse a los argumentos expuestos por esa Corporación para rechazar, como lo debe hacer, este cargo que, sin lugar a dudas, resulta infundado.

El veredicto cuya aclaración se negó, dice textualmente:

“Sí es responsable, pero en estado de ira e intenso dolor”.

Y, el acta de la audiencia reza a este respecto:

“...por mayoría de votos emitieron el siguiente veredicto: “Sí es responsable pero en estado de ira e intenso dolor”. Leída la anterior veredicción por el señor Presidente de la vista pública, la dio por terminada y en constancia se firma la presente acta por los que en ella intervinieron. Se deja expresa constancia que el señor Juez de derecho ya había abandonado el recinto donde se verificó la audiencia pública cuando a petición del vocero se solicitó aclaración al veredicto antes consignado. Habiendo concurrido al salón negó la petición en referencia...”.

Por ninguna parte la ley ha establecido la aclaración del veredicto como un acto procesal posterior al cumplimiento de la función falladora del jurado. Esto significa que no la ha instituido ni como derecho de las partes ni como derecho u obligación del Juez o del jurado. Es decir, que no es una forma propia del juicio ni un derecho en el sentido estricto del vocablo. La jurisprudencia lo ha permitido, no como un derecho o una obligación, sino con fundamento en los poderes de dirección que tiene el Juez en la audiencia “...para aceptar o rechazar, según su conduencia, las peticiones o interpelaciones propuestas por las partes...” (artículo 512 del Código de Procedimiento Penal). Con este entendimiento la petición de aclaración del veredicto cae bajo los poderes discrecionales del Juez, quien puede libremente acogerla o denegarla.

Si la petición queda al criterio razonable del Juez de la audiencia, su aceptación no puede comprenderse como el decurso necesario del derecho de defensa ni su rechazo como el quebrantamiento de éste, porque para que exista ejercicio de un derecho cualquiera y para que se pueda hablar de su violación, es imperioso que la normatividad lo consagre y no que el Juez, de su propio motivo, lo instituya.

Alegar que se ha conculcado una forma propia del juicio que no se ha establecido por la ley o que se ha impedido la defensa del procesado al negarle, por conducto de su vocero o defensor, una petición de aclaración del veredicto, que ni siquiera está permitida por la ley, es nada menos que confundir el poder discrecional del Juez con el poder absoluto del derecho.

Sobre estas bases no es posible edificar una nulidad que como las de rango constitucional devienen por violación de garantías inmanentes a todo ordenamiento procesal. Y, si el procedimiento respectivo, como en este caso, fija la facultad discrecional del Juez frente a solicitud de la

naturaleza de la que aquí le fue hecha, su decisión adversa no puede ser cuestionada sino en el evento real de que sea fruto del capricho o de la arbitrariedad. Pero, si existe una razón atendible esgrimida por el funcionario, ésto es, que la audiencia ya había terminado y tal situación se encuentra plenamente demostrada, como emerge del acta de audiencia en este proceso, la censura carece de cimientos, porque, por esa sola circunstancia el jurado había cumplido su misión y, por ende, perdido competencia funcional para hacer cualquier pronunciamiento.

Por 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, NO CASA la sentencia

condenatoria proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el 14 de diciembre de 1979, y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CONTRABANDO DE PRIMER GRADO

Circunstancias modales de la conducta. Sujeto activo. Bien jurídicamente tutelado. Interpretación de los artículos 14 y 81 del Estatuto Penal Aduanero. El número 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977 que sustituyó el artículo 17 de la codificación anterior, no varió la esencia misma del tipo penal pese a la diferente redacción de los textos, pues el bien jurídico tutelado es el de la economía estatal, aunque se hubiere omitido su objetiva mención en la ley vigente. El sujeto activo de la conducta es no solamente el importador o exportador de mercancía, sino también la persona que actúe legalmente en su nombre. Los agentes de aduana pueden ser sujetos activos de la ilicitud cuando realizan las conductas descritas en los tipos de contrabando de primer grado, si actúan jurídicamente como importadores

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 9 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía*.

Aprobado: Acta número 110, de diciembre 4 de 1980.

Vistos

Luego de varios incidentes que retardaron su trámite, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fiscal Segunda del Tribunal Superior de Aduanas, contra la sentencia de Segunda Instancia dictada por ese mismo Tribunal, el 26 de junio de 1978 que, al decidir el recurso de apelación interpuesto contra la que profirió el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Bogotá, mediante la cual fue condenado a la pena de veinte meses de prisión el procesado Luis Alberto González Vargas, como autor del delito de contrabando, abuso de confianza y se declaró como de contrabando la mercancía —80 motores eléctricos— de propiedad de la firma “Siemens S. A.”, la revocó, para absolver en su lugar, al procesado de la sindicación de contrabando, declarar que la mercancía no era de contrabando, y condenarlo por el delito de abuso de confianza imperfecto (fls. 80, 81).

Hechos y actuación procesal

La investigación se inició por denuncia que presentó el 30 de octubre de 1974, el doctor Julio César González Mendoza, en representación de la firma “Siemens S. A.”, en la que se puso en conocimiento de las autoridades la indebida utilización que se pretendió hacer, por parte del Agente de Aduanas Luis Alberto González Vargas, de cuatro cheques de gerencia girados por orden de la empresa Siemens, para cubrir los derechos de nacionalización de unos motores amparados con el Manifiesto de Importación número 27140 de agosto 9 de 1974. Los cheques a que se hizo referencia, expresó el denunciante, pretendieron utilizarse para el pago de derechos aduaneros de otras mercancías importadas por firmas distintas a la empresa “Siemens”.

Perfeccionada la investigación por parte de uno de los Jueces de Instrucción Penal Aduanera, el asunto fue fallado el 9 de diciembre de 1976, por el Juzgado Primero Superior de Aduanas de Bogotá, mediante auto en el que se decretó el archivo del proceso, se dispuso reabrir la investigación y se ordenó la libertad del procesado Luis Alberto González Vargas.

Contra esta providencia se interpuso recurso de apelación por el Fiscal del Juzgado Superior y por el apoderado de uno de los sindicatos. El Tribunal decidió el recurso por medio de auto de 18 de abril de 1977 (fls. 21 ss.), que revocó la providencia apelada, y en su lugar llamó a res-

ponder en juicio criminal a Luis Alberto González Vargas, "por los delitos de contrabando por las aduanas y abuso de confianza".

Con apoyo en dicha decisión el Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Bogotá, dictó sentencia de condena en contra del procesado Luis Alberto González Vargas, por aquellos delitos, declaró de contrabando la mercancía a la que se refiere el informe de retención número 591 de 1974, y tomó otras determinaciones.

Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, el Tribunal profirió la que ha sido objeto del extraordinario de casación que ahora se desata.

La demanda de casación

En el trámite del recurso, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se abstuvo de ejercitar el derecho que le otorga el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, para coadyuvar o ampliar la demanda presentada por la Fiscal del Tribunal.

Al amparo de la causal primera —cuerpo primero— de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formula un único cargo que es del siguiente tenor:

"La sentencia del Tribunal Superior de Aduanas de fecha 26 de junio de 1978, proferida dentro de este proceso es violatoria de la ley sustancial penal Aduanera, concretamente del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, por interpretación errónea de dicha disposición por parte del Tribunal".

Prosigue la demandante afirmando que, "el Tribunal incurrió en la citada violación en razón de que interpretó erróneamente lo que la propia legislación aduanera entiende por Importador, por Importación, por Agente de Aduana, por Documentos y Afirmaciones Falsos, y, por cualquier otro medio delictuoso".

Expresa la recurrente, que entre la fecha del auto calificadorio de la investigación y el de la sentencia recurrida, hubo un tránsito de legislación puesto que en el año de 1977, fue expedida la ley 21 "la cual en lo fundamental conservó el mismo régimen del Decreto 520 de 1971", para lo cual se sirve de la transcripción de los textos legislativos citados.

"Aclarado que el régimen legal vigente para la fecha de la sentencia era sustancialmente el mismo que existía cuando se hizo el llamamiento a juicio —continúa la demandante— ... el mis-

mo Tribunal ha resuelto en la sentencia que el hecho investigado, cual es el de haber sido importada la mercancía mediante el empleo de maniobras dolosas que privaron al Fisco de la totalidad de los derechos de Aduana, *no constituye delito de contrabando* (las mayúsculas son de la demanda), con apoyo en interpretación errónea de diversas normas legales, que la recurrente concreta en los siguientes capítulos de su escrito así:

1. *Lo que entendió por importador.* Interpretando el texto del numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, el Tribunal afirma que "el importador, de acuerdo con el Código de Aduanas, es el propietario de la mercancía y quien, por consiguiente, la introduce al país".

La señora Fiscal afirma, que el Tribunal, en el aparte transcrito, no ha expresado en forma completa el significado que la ley da a la expresión importador, y que es el que trae el artículo 2º del Código de Aduanas al expresar que "la palabra importador designa al propietario de la mercancía o a su representante legal". Y luego se demanda: "... ¿quién es el representante legal del propietario de la mercancía ante la Aduana? Según lo expuesto por el Tribunal, ese representante es el que figure en los estatutos de la sociedad comercial correspondiente o el que figure como tal en el registro de importación, o sus directivos, deduciéndose así que si ese que allí figura no actuó, el dueño no responde". Con cita de apartes de la sentencia, demuestra el alcance que el Tribunal dio a tal expresión, en donde, por lo demás, se reconoce la existencia de una actividad ilícita por parte del agente de aduanas que obraba en nombre de la empresa "Siemens" para el proceso de nacionalización de los motores eléctricos importados. Es así, como la demandante sostiene que en la sentencia se hacen afirmaciones a este respecto, del tenor siguiente: que se ha demostrado en el proceso que "el único funcionario de la Siemens implicado en la acción ilícita motivadora de la presente investigación lo es Luis Alberto González Vargas"; que los funcionarios o ejecutivos de la empresa fueron ajenos a "las maniobras dolosas que se estaban realizando". Por tanto, la investigación no arroja pruebas que comprometan la responsabilidad de los directivos de Siemens, ya que "todos esos elementos de juicio coinciden y sirven para demostrar, se reitera, que el importador observó los requisitos previos de la importación y que estuvo inclinado a cumplir con todas y cada una de las etapas del proceso administrativo de nacionalización".

Que, así mismo, "La sustracción del manifiesto original, de las oficinas de liquidación o de Auditoría... no puede endilgarse a la empresa importadora", y que, en cuanto hace a la actividad desarrollada por González Vargas "su oficio no implicaba la representación de ella (de la empresa) desde la expedición del permiso de importación, sino la simple gestión de adelantar ante la Aduana de Barranquilla los trámites pertinentes... como mero agente de aduanas".

"El Tribunal, expresa la impugnadora, —se esfuerza por demostrar... que el importador es la persona que figura con ese carácter en la Licencia de Importación expedida por Incomex y por demostrar también que ese importador no responde sino por actos que en su nombre ejecuten sus directivos. 'Y como consecuencia de lo anterior, que si los directivos de la empresa no han participado en la conducta que la ley califica como de contrabando, la mercancía no puede ser declarada como ilícitamente introducida al país'".

Con respecto a la afirmación de que por importador debe entenderse quien figura en la correspondiente Licencia expedida por el Incomex, existe pleno acuerdo con la posición de la recurrente, pero, con referencia a la tesis de que para que se ejecute el delito de contrabando es necesario que los propios directivos de la empresa importadora sean quienes deben realizar la conducta que la ley califica como ilícita, es afirmación que no comparte la memorialista por cuanto entiende que de acuerdo con la definición que de *agente de Aduanas* ofrece el artículo 400 del Código Aduanero, dicha expresión "comprende a toda persona que se entienda con la aduana en nombre y representación de terceros", por consiguiente, cuando el Tribunal reconoce que González Vargas obraba "apenas como mero Agente de Aduanas" ha debido aceptar que sus actos, si bien no podían comprometer penalmente a su representado, sí podían estructurar el delito de contrabando respecto a la naturaleza de la mercancía introducida al país mediante el uso de maniobras dolosas, y con relación a la responsabilidad penal propia del Agente, quedando, desde luego, la posibilidad de que la empresa pudiera iniciar un proceso en procura de la indemnización, por los hechos ejecutados por su representante y que le causaron daño.

Por tanto, concluye la demandante, el Tribunal "ha desconocido el carácter de representantes legales que les da el artículo 400 del Código de Aduanas a los Agentes... y en relación con terceros, y al negarles ese carácter ha violado

el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, pues dejó de considerar como delito de contrabando de primer grado, la importación realizada por la Siemens valiéndose de medios delictuosos, solo porque consideró que los actos del Agente de Aduanas no podían entenderse como actos del propietario y para el caso importador de la mercancía... pues sí, es el único funcionario de la Siemens implicado, pero es que no se necesita que además de él estén otros para que se entienda que el delito de contrabando se cometió a nombre y representación de esa empresa y que por consiguiente las mercancías importadas mediante maniobras delictuosas de que se sirvió el Agente de Aduanas actuando a nombre y representación de la Siemens sean declaradas de contrabando".

Entonces, de aceptarse una tesis de ese alcance, se demanda la Fiscal: "¿en qué quedaría la represión del contrabando si los contrabandistas pudieran escapar a la acción de la justicia con solo invocar que ellos obtuvieron Licencia de Importación expedida por Incomex y que nada tienen que ver si el Agente de Aduanas por ellos encargado de la nacionalización, a quien le dieron el dinero correspondiente, no pagó los derechos respectivos?". Bien interpretada la norma que se refiere a las funciones de los Agentes de Aduana, debe entenderse en el sentido de que sus actos comprometen a sus representados, "dejando en todo caso intacto el derecho del Estado de reclamar el pago de los derechos establecidos por la ley o reglamento por concepto de importación o exportación... y declarar de contrabando toda mercancía que se introduzca o se saque del país sin el pago de tales derechos o utilizando medios delictuosos".

Por consiguiente, "toda importación realizada por el Agente de Aduanas dentro de las hipótesis consagradas en el artículo 4º de la Ley 21 de 1977 constituye delito de contrabando de Primer Grado y la mercancía así importada debe ser declarada de contrabando". Ahora bien, en el caso presente, la situación que se plantea con respecto a la calidad de contrabando de los motores ilícitamente introducidos al país, se pone más de bulto si se tiene en cuenta que según el Manifiesto de Aduana —cuya transcripción se hace en la demanda— la propia empresa Siemens obraba en su doble condición de *Importadora* y de *Agente de Aduanas*, por lo que la empresa "de ninguna manera fue ajena al acto de introducción de la mercancía al territorio nacional, esto es, a su retiro de la Aduana, pues a la vez que dueña de esa mercancía, ante la Aduana se presentó co-

mo Agente de Aduana de sí misma, y lógicamente, como toda persona jurídica, esta Agencia de Aduana destacó para que actuara en su nombre y representación a una persona natural... por este aspecto resulta más protuberante la violación de la ley sustancial penal al querer, como lo hace el Tribunal, desligar por entero a la Siemens del acto de introducción de la mercancía utilizando los medios delictuosos que el Tribunal reconoce claramente que se emplearon”.

2. “*Responsabilidad penal frente a la declaratoria de contrabando*”. En este capítulo del libelo, la casacionista se ocupa en explicar que una es la responsabilidad penal deducible de la ejecución del delito de contrabando, y otra la declaratoria que las autoridades pueden hacer de que una mercancía es de contrabando. Por ello, dice la recurrente, resulta inoficioso el esfuerzo del Tribunal por tratar de justificar la conducta de los Directivos de Siemens dado que, como dispone el artículo 14 del Decreto 955 de 1970 “la declaración de que una mercancía es de contrabando es independiente de la responsabilidad penal del sindicado”, y además, porque, como lo expresa el artículo 81 del mismo decreto para hacer la declaratoria de que una mercancía es de contrabando es suficiente con que “esté plenamente demostrada la materialidad de la infracción”. En tales condiciones, concluye la Fiscal, “para declarar que la mercancía es de contrabando dentro del presente negocio le bastaba al Tribunal lo que le bastó al hacer la calificación: Reconocer que “lo cierto, lo evidente y lo real, es que el citado manifiesto *en ningún momento fue pagado*” para concluir como había concluido el cierre de la investigación, que “lo anterior constituye *contrabando por las Aduanas*. Porque se importó una mercancía, y mediante el empleo de *maniobras dolosas* se privó al fisco de la totalidad de los derechos de Aduanas”, y no decir, como se dice en la sentencia recurrida, que el contrabando no ha existido, porque el no pago de los derechos aduaneros, no fue obra del importador sino de “terceras personas que obraron con la proclive intención de escamotear al Estado sus ingresos” porque quien tal conducta realizó “no era ningún tercero sino el propio funcionario de la Siemens destacado para gestionar en nombre de ella la nacionalización de las mercancías”.

3. “*Lo que entendió por importación*”. El Tribunal, en la sentencia impugnada hizo también respecto del concepto de importación una falsa apreciación del artículo 2º del Código de Aduanas cuando afirmó “que el acto de importación es algo que no puede hacer sino el propietario de

la mercancía”, y además, nuevamente el Tribunal ha interpretado erróneamente la norma, al afirmar que por importar se entiende el simple acto de “obtener la licencia de importación y el de arrimar la mercancía hasta el puerto Colombiano”, sino, al contrario, que la conducta constitutiva de contrabando “no es arrimar la mercancía al puerto colombiano sin licencia o sin pagar impuestos, sino internarla al país sin satisfacer las exigencias legales... lo primero, de ordinario, se hace sin intervención de los Agentes de Aduanas; lo segundo, en cambio, casi siempre con su intervención”.

De suerte tal que el simple hecho de poseer o de ser titular de una licencia de importación, no impide la comisión del delito de contrabando, cuando no se ha dado cumplimiento a los demás requisitos exigidos por la ley, entre los cuales está primordialmente el de pagar las tasas aduaneras.

4. “*Lo que entendió por documento*”. Con cita de apartes de la sentencia, la casacionista critica las afirmaciones del Tribunal respecto a la interpretación que le dio al numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, en cuanto al significado de la expresión “*documento*”, y precisamente en el aparte de la sentencia en donde se afirma la inexistencia del delito de contrabando por cuanto “el documento determinante de la operación registrada, el permiso del Incomex, es auténtico. El comprobante de rentas, es elaborado después de superadas varias etapas de desaduanamiento, *luego no es documento de importación*”.

Y al respecto se afirma en la demanda: “sí hay algún comprobante indispensable para la importación, esto es, para la salida de la mercancía de la Aduana hacia el interior del país, ese comprobante es el Comprobante de Renta, o es que acaso las Aduanas no tienen una finalidad fiscal ante todo”. Además, debe tomarse en cuenta, se concluye, que “sin acreditar que se han pagado los derechos fiscales no pueden ser introducidas al territorio nacional las mercancías llegadas a puerto ciertamente amparadas con Licencia de Importación”. Luego no es jurídica la afirmación de que tal Comprobante de Rentas no sea documento para los fines propios del proceso de importación.

La demandante solicita se case la sentencia, y en su lugar, se condene a Luis Alberto González Vargas, como responsable del delito de contrabando de primer grado, tomando en cuenta la sanción menos grave que señala el artículo 6º de Decreto 520 de 1971 vigente para la época de la comisión del ilícito. De la misma manera, decla-

rar de contrabando la mercancía y ordenar que se le dé el destino que prevé la ley aduanera.

Alegato de la parte no recurrente

La parte no recurrente controvierte la demanda de la actora por vicio de forma, que deduce de haber planteado violación del número 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977 vigente en la fecha de la sentencia, en vez del artículo 17 del Decreto 520 de 1971 vigente cuando los hechos ocurrieron; para demostrar su tesis sostiene que una y otra disposiciones son sustancialmente diversas porque la primera suprimió la exigencia del no pago de los impuestos como elemento del delito de contrabando en ambas descrito y expresamente señalado en la segunda.

Agrega que al sindicado no puede imputársele delito de contrabando porque no actuó como representante legal de la empresa "Siemens" ni tenía el carácter de agente de aduanas de ella dado que no reunía los requisitos legales pertinentes; González, precisa, no era más que un empleado de aquella compañía cuya misión se limitaba a "llevar manifiestos, cheques y demás documentos ante la Aduana para tramitar lo relativo a la nacionalización de una mercancía"; ilógico resulta sostener, entonces, que delinquirá en nombre y representación de la mencionada persona jurídica, cuya rectitud reconoce bien la sentencia del Tribunal.

Solicita, finalmente, que se desestime la pretensión de la recurrente.

Considerandos:

1. Describe como contrabando de primer grado el número 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, la conducta de quien "importe o exporte mercancía valiéndose de afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio delictuoso". Tal disposición sustituyó la del artículo 17 de la codificación anterior que, con la denominación de "contrabando por las aduanas", sancionaba la conducta de quien "importe o exporte por las aduanas mercancía de libre importación o exportación o de licencia previa, valiéndose de documentos falsos o consignando en una declaración aduanera afirmaciones falsas o por medio de cualquier práctica que prive o pueda privar al fisco de la totalidad o parte de los derechos de aduana".

Pese a la diferente redacción de los textos, la esencia misma del tipo legal no sufrió variación. Veámoslo:

2. El bien jurídico. Aunque en la primitiva legislación —vigente cuando los hechos sucedieron y al calificarse el mérito del sumario— se indicaba expresamente que el agente habría de actuar de tal manera que su conducta privara o pudiera privar al fisco de la totalidad o parte de los derechos de aduana, y la actual omitió tal exigencia, resulta evidente que el interés jurídico preponderante que el legislador pretende tutelar mediante el tipo de contrabando a que se ha hecho referencia es el de la economía estatal que resulta afectada cuando importador o exportador de mercancía omiten la obligación fiscal de cancelar los impuestos legalmente fijados y cuando la conducta altera la política de comercio internacional del Estado; y ese interés jurídico no deja de constituir la razón de ser de esta figura delictiva, aunque se haya omitido su objetiva mención como ocurrió en la codificación vigente.

Por eso, aunque la recurrente citó formalmente como violado el artículo 4º número 3º de la Ley 21 de 1977, no incurrió en error sustancial de técnica porque demostró que el tipo legal de contrabando descrito en el artículo 17 del Estatuto Penal Aduanero no sufrió variaciones esenciales en aquella ley; en la demanda se reconoce, por lo demás, que fue esta la norma aplicada por el Tribunal al dictar la sentencia ahora recurrida y a ella sustancialmente se refiere la casacionista en su alegato.

3. El sujeto activo. Actor de esta conducta es el importador o el exportador de mercancía, es decir, la persona que realiza la compleja operación jurídica de colocar lícitamente en país extranjero mercancía nacional o de situar legalmente en Colombia mercancía procedente de otro país.

Por cuanto respecta al fenómeno de la importación, de particular interés para este proceso, es evidente que el artículo 1º de la ley 79 de 1931, lo considera como "el acto de introducir a la república mercancía procedente de otro país"; pero no es menos cierto que tal acto reviste una explicable complejidad como que no se consuma en un solo momento, sino requiere el armonioso cumplimiento de varias etapas como las de reconocimiento de la mercancía, liquidación de impuestos, auditoría fiscal y cancelación de los gravámenes; por manera que la simple y material llegada de la mercancía a puerto colombiano es punto inicial y no consumación del proceso que ella sigue y que habrá de culminar con su nacionalización.

Es obvio que la importación de mercancía ha de ser realizada por el importador. El artículo

1º del Código de Aduanas dice que “la palabra importador designa al propietario de la mercancía o a su representante legal”, lo que significa que esta operación puede ser realizada directa e inmediatamente por la persona física del importador o mediatamente —cuando aquel es persona jurídica o, aun siendo persona física— por otra persona que actúe legalmente en su nombre.

Pero el concepto de representación legal a que se refiere dicha norma no apunta solamente a la que emana de la ley, como aquella que suele ostentar el gerente de una sociedad comercial, sino que abarca también la que, con igual fundamento legal, nace de un acuerdo de voluntades entre el importador y otra persona que actúa en vez suya.

Ordinariamente esta última calidad la ostentan los agentes de aduana, sujetos que conforme al artículo 400 del Código de Aduanas, actúan ante tal entidad “en nombre y representación de terceros”; fácil resulta colegir que esos “terceros”; son comúnmente los propietarios de la mercancía; como sus gestores, los agentes de aduana pueden —según la mayor o menor amplitud de la representación que se les otorgue— intervenir en todas o algunas de las etapas que han de superarse durante el proceso de importación de la mercancía, y en el cumplimiento de su misión, comprometen legalmente al importador en cuyo nombre actúan.

En este orden de ideas, el agente de aduanas que representa legalmente al propietario de la mercancía en todas o algunas de las fases del proceso de importación actúa, jurídicamente como importador, y si en tal virtud realiza una cualquiera de las conductas descritas como tipos de contrabando de primer grado, asume la categoría de sujeto activo de tal ilicitud.

Es legalmente posible —porque así lo autoriza el párrafo del artículo 38 del Decreto 2886 de 1968— que la misma persona jurídica sea su propio agente de aduanas, en cuyo caso ejercerá tal actividad por medio de las personas físicas que tengan a su cargo las dependencias encargadas de realizar las funciones anejas a dicha calidad y estén inscritas como tales ante la Dirección General de Aduanas.

Pues bien, en el presente caso, la empresa “Siemens” actuó en su doble condición de importadora de los 80 motores y como su propio agente de aduanas (folio 486 cuaderno principal); demostrado está igualmente que el procesado González Vargas, desempeñaba entonces el cargo de Jefe del Departamento de Aduanas de

la compañía en Barranquilla (folio 70 cuaderno principal) y que en tal condición tramitaba la importación de mercancías de dicha sociedad; más aún, en la parte inferior izquierda del manifiesto de importación número 27140 del 19 de agosto de 1974 en cuyo diligenciamiento se cometió el delito investigado en este proceso, se lee lo siguiente: “firma del importador o su agente de aduanas”, y bajo tal leyenda aparece estampada la firma de Luis Alberto González Vargas (folio 147 cuaderno principal).

Resulta, pues, incuestionable que el sindicato actuó en representación de la empresa “Siemens”, importadora y agente de aduanas de sí misma, y por eso, cuando tramitó la importación de los motores a que se refiere esta investigación y en el curso de esa compleja operación eludió el pago de impuestos de la mercancía mediante falsedad documental, cometió el delito de contrabando por el cual fue llamado a juicio.

Por manera que la sentencia impugnada interpretó erradamente el tipo legal que se está examinando cuando respecto del agente consideró que solo tiene tal categoría el propietario físico de la mercancía o quien figure en sus estatutos como su representante legal cuando se trate de persona jurídica.

4. El contrabando de primer grado. El artículo 4 de la Ley 21 de 1977, prevé tres modalidades de contrabando: la del numeral 1º que describe la conducta de quien importe o exporte mercancía de prohibida importación o exportación, cualesquiera sean los medios utilizados para que el agente logre su objetivo; la del numeral 2º que describe el comportamiento de quien importe o exporte mercancía de libre importación o exportación o de licencia previa, sin presentarla a las autoridades aduaneras para su nacionalización o despacho o eluda la intervención de aquéllas; es la modalidad que la norma precedente (artículo 16 Decreto 520 de 1971), denominaba “contrabando por fuera de las aduanas”, porque el actor elude materialmente el trámite aduanero correspondiente; y la del numeral 3º que describe la acción de quien importe o exporte mercancía de libre importación o exportación o de licencia previa con la circunstancia modal de utilizar afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio ilícito para lograr su propósito; es la forma delictiva que la legislación precedente (artículo 17 Decreto 520 de 1971), enunciaba como “contrabando por las aduanas” porque el agente pasa materialmente la mercancía por el territorio aduanero, aunque engaña a

las autoridades respecto del pago total o parcial de los impuestos correspondientes.

En las tres hipótesis se afecta la economía nacional porque sufre mengua la política estatal de comercio exterior y el propio fisco; en la primera, porque entran o salen del país mercancías cuya importación o exportación ha sido prohibida, y en las otras, porque el Estado deja de percibir integralmente o en parte el valor de los gravámenes que el actor estaba obligado a cancelar. El contrabando por fuera de las aduanas (numeral 2º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977), impide además, que el Estado se percate del volumen de mercancías que entran o salen del país y por ende, que pueda planificar adecuadamente su política internacional de comercio; y el de prohibida importación o exportación, afecta la industria nacional que suele florecer al amparo de una política proteccionista y el mercado interno que se resiente cuando determinados productos cuya salida del país se ha vetado, son llevados fraudulentamente al exterior.

5. Las circunstancias modales. El tipo legal material de este examen interpretativo refiere la conducta del actor a documentos o afirmaciones falsos o a cualquier otro medio delictuoso, como instrumentos modales orientados a vulnerar el interés jurídico de la economía nacional concretado en la ilícita omisión de los tributos arancelarios legalmente fijados y en la alteración de la política internacional de comercio; en este aspecto, tampoco hubo modificaciones sustanciales respecto de la figura delictiva de la anterior legislación.

Importa destacar para los efectos de esta demanda la circunstancia modal que apunta al documento falso, como que la sentencia recurrida sostiene que "el título demostrativo del pago de los tributos arancelarios no constituye documento de importación, pues su expedición se hace con posterioridad a la llegada de la mercancía al país..." y sobre este supuesto argumentativo concluye que la falsificación que el procesado hizo del comprobante de rentas por cobrar, carece de relevancia jurídica para la configuración de esta modalidad del contrabando.

Considera la Sala que también erró el Tribunal en este punto porque parte del supuesto de que el pago de los tributos arancelarios y el documento que lo comprueba constituye en acto aislado y secundario del fenómeno jurídico de la importación, cuando la verdad es, como ya se indicó en precedencia, que tal acto forma parte integrante del complejo proceso de importación y nacionalización de la mercancía y que, por con-

siguiente, esta falsedad documental constituyó medio jurídicamente idóneo —tal como lo señala el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977 y el artículo 17 del Decreto 520 de 1971, para la configuración de esta modalidad delictiva—.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que le asite razón a la fiscalía del Tribunal Superior de Aduanas cuando reclama casar la sentencia por violación sustancial del tipo legal que incrimina la tercera modalidad de contrabando de primer grado (artículo 4º Ley 21 de 1977), o el llamado contrabando por las aduanas (artículo 17, Decreto 520 de 1971).

6. La mercancía. Cree, sin embargo, la Sala que es necesario dilucidar aun una importante cuestión relacionada con la situación jurídica de la mercancía, cuyo proceso de importación iniciara la empresa "Siemens S. A." y no pudiera concluirse legalmente por los hechos que dieron lugar a este proceso.

Señala el artículo 14 del Estatuto Penal aduanero que "la declaración de que una mercancía es de contrabando es independiente de la responsabilidad penal del sindicado...", y agrega el 81 de la misma codificación que la declaración de que una mercancía es de contrabando requiere plena demostración de "la materialidad de la infracción".

De la armoniosa interpretación de estas normas despréndese dos conclusiones, a saber: 1ª) que para declarar como de contrabando una mercancía es necesario previa comprobación fehaciente de que se introdujo al país siendo de prohibida importación o de que se incumplió alguna de las etapas del proceso de importación, subsumible en el tipo penal que corresponda, cuando se trate de mercancía de libre importación o de licencia previa, y 2ª) que tal declaración de contrabando no se vincula causalmente a la de responsabilidad del procesado, como que una y otra tienen su propia autonomía; aquella apunta al ámbito jurídico-penal del delito y de quien de él debe responder como autor o partícipe; esta, en cambio, se sitúa en la esfera de lo administrativo y se detiene en la cosa misma, vale decir, en la mercancía.

Por eso es por lo que resulta legalmente posible —y ocurre en veces— que se absuelva a una persona del delito de contrabando que se le imputó (justificación, inculpabilidad), y al propio tiempo, se declare de contrabando la mercancía a cuya importación esa persona estuvo vinculada.

En el presente caso, el procesado falsificó los documentos aptos para demostrar el pago de los

impuestos de importación y de los servicios portuarios, de tal manera que gracias a la exhibición de tales documentos apócrifos la mercancía —ochenta motores trifásicos—, pudo salir de territorio aduanero y fue recibida por la empresa Siemens, sin que realmente se hubiesen cubierto los impuestos de ley.

Ante esa evidencia, necesario es concluir que la mercancía ha de ser declarada como de contrabando; el no pago de tales tributos por el medio ilícito de la falsedad documental, plenamente demostrado en autos, configura "la materialidad de la infracción" que exige el artículo 81 del Estatuto Penal Aduanero como suficiente para hacer tal pronunciamiento. El hecho de que una posterior intervención de las autoridades aduaneras hubiese permitido la recuperación de sesenta y cinco motores del total de ochenta que llegaron al país, no modifica en absoluto la situación jurídica atribuible a toda la mercancía; suponer que la recuperación de una mercancía que salió de territorio aduanero y llegó a poder del importador sin pagar los impuestos legalmente previstos en razón de maniobras fraudulentas, no es de contrabando porque aún puede satisfacerse dicho tributo fiscal, es sentar la peligrosa tesis de que consumado el delito es posible todavía legitimar la mercancía ilícitamente introducida al país, mediante el fácil camino de cancelar después los impuestos cuyo pago se aludió en su oportunidad.

Si es incuestionable que el contrabando en este caso se consumó al evadirse fraudulentamente el impuesto fiscal de la mercancía, no podría concluirse sin faltar a la lógica jurídica que esa misma mercancía no es de contrabando.

Verdad es que nada en el proceso permite afirmar que la empresa Siemens esté involucrada en este ilícito, pero también es evidente, como ya se indicó, que la declaración de contrabando de la mercancía es independiente del juicio de responsabilidad penal.

Como quiera que el procesado Luis Alberto González Vargas comprometió a la empresa Siemens en esta operación en su calidad de agente de aduana, ante ella debe responder de las consecuencias judiciales de su acción en punto a la declaratoria de contrabando de la mercancía; es el riesgo jurídico propio del establecimiento de esta clase de relaciones contractuales.

7. *La nueva sentencia.* Colígese de las consideraciones precedentes que Luis Alberto González Vargas, ha de responder como autor del delito de abuso de confianza en el grado de tentativa

acabada por el cual se le condenó, en concurso ideal con el de contrabando consumado de primer grado.

Aunque la Sala considera que el concurso en este caso es material pues las conductas típicas de abuso de confianza y contrabando son naturalística y jurídicamente separables, habrá de mantener el que aparece en la sentencia —ideal— porque así fue llamado a juicio el procesado, porque este punto no ha sido demandado en casación y porque le es más favorable punitivamente al encausado.

Sobre el supuesto de una pena mínima de un año de prisión (prevista en el artículo 17 del Estatuto Penal Aduanero vigente en la fecha en que los hechos tuvieron ocurrencia y más favorablemente que el actual), en razón de la ausencia de circunstancias genéricas de agravación punitiva y de buena conducta anterior y de una mínima, de seis meses de prisión, por las mismas razones, en relación con el delito de abuso de confianza (artículo 412 Código Penal), tiénese la siguiente concreción punitiva: doce meses de prisión como pena básica del contrabando, cuatro en razón de que el valor del contrabando supera los cien mil pesos y el abuso de confianza excede los diez mil pesos (artículo 7º, inciso 2º del Estatuto Penal Aduanero y artículo 414 Código Penal) y dos por el concurso (artículo 31 Código Penal), para un total de dieciocho meses de prisión. A esta pena habrá de agregarse la de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00), de multa, como quiera que el valor de la mercancía excede esta cantidad.

No hay lugar a la concesión de la condena de ejecución condicional porque, a juicio de la Sala, no se da el presupuesto consagrado en el literal c) del artículo 80 del Código Penal.

Decisión

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

Resuelve:

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, y en su lugar, condenar al procesado Luis Alberto González Vargas, de las condiciones civiles precisadas en autos, como autor responsable del delito de contrabando de primer grado, en concurso ideal con el de abuso de confianza en el grado de tentativa acabada, conforme a lo ex-

puesto en la parte motiva de esta providencia, a la pena principal de dieciocho meses, de prisión, a la pena de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00), de multa en favor del Tesoro Nacional, y a las accesorias de prohibición para ejercer el comercio e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de duración de la pena privativa de la libertad.

2. Declarar de contrabando la mercancía objeto de este proceso para los efectos legales pertinentes;

3. Ordenar la captura del condenado para el cumplimiento de la pena de prisión dispuesta en precedencia. Se le tendrá en cuenta el lapso que

permaneció en detención preventiva como parte de la pena que habrá de purgar;

4. No se modifican los numerales 4º y 6º de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

La influencia política del procesado o su defensor, perjudica la administración de justicia, sólo cuando se pone al servicio de acciones inconfesables que afecten a la persona del juzgador o al debido proceso.

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 9 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Aprobado: Acta número 111.

Expediente número 26656

Vistos

La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud de cambio de radicación, formulada por el doctor Alvaro Pinzón Velásquez, para que emita concepto de conformidad con el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

El citado profesional obra como apoderado de la Parte Civil dentro del proceso contra Rubén Darío Restrepo, Jorge Latorre, Arquimedes Esguerra y José María Esguerra, por los presuntos delitos de abuso de confianza y despojo, que actualmente cursa en el Juzgado Primero Penal del Circuito del Espinal (Tolima).

Razones

El peticionario sostiene que las dificultades que al Juez del conocimiento le han creado los procesados y su defensor y que determinaron su impedimento y el rechazo de éste por el otro Juez Penal del Circuito del Espinal, se deben a que aquéllos "... cuentan con extraordinarias influencias, no solo sociales sino fundamentalmente políticas en el Departamento del Tolima...".

De allí concluye:

"... Estos incidentes como es obvio, están entorpeciendo la recta administración de justicia, pues dada la situación que se deja anotada, resulta poco menos que imposible, para un Juez del Departamento del Tolima, conocer del aludido proceso para administrar pronta, debida y recta justicia, porque sin ninguna duda, las mismas situaciones que se han presentado al Juez del Espinal, se presentarán ante cualquier otro Juez del mismo Departamento y Distrito Judicial...".

Pruebas

Para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, presenta:

1. Certificación del Juez Primero Penal del Circuito del Espinal sobre existencia, partes intervinientes y tramitación del proceso referido.

2. Copia auténtica del impedimento del Juez quien para proponerlo se apoya en la cantidad de quejas que los interesados le han formulado ante la Procuraduría; en el hecho de hallarse penalmente sindicado por ellos; y, por último, en la circunstancia de haber sido irrespetado con su Secretario por los procesados y su defensor. Invocó la causal 5 del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

3. Declaraciones extrajudiciales de Cristóbal Florián Cubillos, Valerio Aragón Acevedo, Jairo Portela y Sinaí Ardila Baquero, quienes dan fe de algunas actuaciones en relación con las partes y el Juez para, por último, conceptuar sobre la imposibilidad de que en Espinal y el Departamento se pueda administrar justicia en el caso concreto.

Consideraciones

No puede prosperar una solicitud de cambio de radicación de un proceso si no se demuestra que el interés público en una justicia pronta y eficaz, o que el interés privado de todo procesado a tener una defensa justa, pueden resultar seriamente lesionados, de donde surge la conveniencia de tomar esa medida excepcional.

En el asunto que se examina no se vislumbra esa situación.

Es notorio que el proceso no ha sufrido menoscabo a pesar de que el Juez del conocimiento ha tenido dificultades con algunas de las personas que allí intervienen. Inconvenientes que han tomado el curso que la propia ley de procedimiento señala para ser superados. En efecto: el Juez fue recusado sin éxito y, finalmente, se declaró impedido. Este incidente parece que se tramita en el Tribunal, por haberlo desechado el otro Juez del Circuito del Espinal.

Ahora bien, si en algún momento los procesados y su abogado han faltado al respeto debido al Juez, en ejercicio o con ocasión de sus funciones, no cabe duda que la ley ha establecido el mecanismo efectivo para reprimir, con sanción privativa de la libertad, esa impostura. Si el Juez no ha hecho uso de tales dispositivos, es porque esas actitudes, de haberse producido, no han llegado a su clímax, o bien porque el funcionario no le ha otorgado trascendencia y, entonces, no vale la pena prestarle al suceso la importancia que el propio administrador de justicia no le ha dado.

Se hace mucho énfasis en la prestancia de las personas comprometidas y de su abogado, y en las extraordinarias influencias políticas con que cuentan, para significar que ningún Juez del Departamento del Tolima puede administrar justicia en el proceso de la referencia. Este argumento no tiene la fuerza que se le asigna, pues ni la prestancia de que puedan gozar los procesados y su apoderado, ni las grandes influencias políticas que tengan, pueden perjudicar, por sí mismas, la recta administración de justicia, salvo que éstas se pongan al servicio de acciones inconfesables que afecten indiscutiblemente a la persona del juzgador o al debido proceso.

¿Según la prueba que se ha presentado nada de esto ocurre? ¿Existen realmente tan altas preeminencias? ¿En qué forma y con quién se han utilizado? ¿Cuáles han sido las presiones políticas que el Juez ha tenido que soportar? Ni el peticionario ni los testigos lo dicen.

En estas precisas condiciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal—, CONCEPTÚA DESFAVORABLEMENTE al cambio de radicación impedido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA OPINION JUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Artículo 78 numeral 7º

Por vía de excepción la Corte admite la procedencia de esta causal, en aquellos casos en que la providencia que se revisa no ha sido proferida por el funcionario, pero es sustancialmente idéntica a una emitida por él

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Considerando:

Bogotá, D. E., diciembre 9 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo
Porrás.*

Aprobado: Acta número 111.

Expediente número 26657

Vistos

El señor Magistrado Jaime Pardo Leal, de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, se ha declarado impedido para conocer de este asunto en la consideración de que, como Juez 16 Superior de la misma ciudad, "emitió concepto de fondo en este proceso", lo que, a su juicio, constituye causal de recusación contemplada en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

Los restantes Magistrados de la Sala, por el contrario, estimaron infundado el impedimento alegado porque la actuación cumplida por el doctor Pardo Leal en la que funda su pretendida separación del conocimiento no tiene apoyo en el ordinal 7º de la norma citada, a causa de no haber sido el Magistrado quien profirió la providencia de cuya revisión se trata, ni en el 4º, porque, conforme ya reiterada doctrina de la Corte, los juicios emitidos por los jueces en cumplimiento de sus deberes legales, no pueden ser, simultáneamente, causa de su posterior impedimento, separación o remoción para el conocimiento del asunto.

Es incuestionable, como lo advierte el Tribunal, que la providencia de cuya revisión se trata no fue proferida por el Magistrado Pardo Leal.

1. En el proceso consta, en efecto, que el auto proferido por el actual Magistrado como Juez 16 Superior de Bogotá, fue el de 25 de octubre de 1975, por medio del cual se sobreseyó temporalmente a los sindicatos Luis Daniel Benavides Murillo y Manuel Cely Cepeda (fls. 199 a 209 vto. edno. princ.) y que aquél de cuya revisión se trata ahora es el de 6 de octubre del año en curso, suscrito por el doctor Enrique Alford Córdoba, por medio del cual se sobreseyó temporalmente por segunda vez a favor de los mismos sindicatos, providencias que, además, no sólo aparecen distanciadas por los cinco (5) años transcurridos entre una y otra, sino, también, fundadas sobre situaciones procesales diferentes, la última de ellas luego de practicarse pruebas no consideradas en la primera, tales los testimonios de María Helda Mora (fl. 227), de María del Carmen Cárdenas (fl. 228 y de María del Carmen Cortés Mora (fl. 230).

La única excepción que hasta ahora ha reconocido la Corte, referente a esta causal, ha sido circunscrita al evento en el que, aún siendo formalmente diferentes las providencias, aquélla en la que no intervino el Magistrado es, no obstante, materialmente igual, como ocurre, por ejemplo, cuando el Magistrado ha calificado el mérito del sumario con sobreseimiento temporal, como en este caso, y luego le corresponde conocer, sin que se haya practicado ninguna otra prueba, el segundo sobreseimiento de tal naturaleza.

La Corte, en efecto, admitió el siguiente impedimento manifestado por uno de sus miembros:

“...El suscrito Magistrado intervino como integrante de la correspondiente Sala de Decisión del Tribunal Superior (...) cuando se sobreescribió temporalmente al procesado (...) la primera vez (fls. 253 a 258 del cdno. princ.), sin que a partir de entonces aparezca practicada prueba alguna que permita considerar diferente la situación procesal ahora estudiada para calificar por segunda vez el mérito del sumario con igual clase de sobreesimiento (fls. 275 a 276 id.), de modo que, en tales condiciones, su intervención como Magistrado de la Corte le llevaría en la práctica a revisar los fundamentos de su propia providencia, lo que constituye causal de recusación (numeral 7º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal)...”

Ese no es, por lo visto, el caso del Magistrado Pardo Leal.

2. Tampoco le concierne al Magistrado Pardo la causal de recusación 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal pues, como reiteradamente lo viene sosteniendo la Corte:

“...los motivos de recusación allí indicados se refieren de manera exclusiva a actuaciones de particulares que más tarde, como Jueces o Magistrados, tienen que conocer de asuntos en los que intervinieron con anterioridad o, sin haber intervenido en ellos, respecto de los cuales dieron su consejo o manifestaron su opinión:...”

“...a) Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes o contraparte de cualquiera de ellas no es, por supuesto, el motivo alegado en este asunto:...”

“...b) Tampoco puede serlo la circunstancia de haber dado consejo, como funcionario, sobre el asunto materia del proceso, desde luego que a los empleados del orden judicial y a los Agentes del Ministerio Público les está expresamente prohibido ‘aconsejar a cualquiera de las partes litigantes’, so pena de incurrir en delito (artículo 179 del Código Penal), y...”

“...c) Ni puede ser motivo de recusación, finalmente, el hecho de que el funcionario haya cumplido con sus deberes oficiales en el proceso, porque el ejercicio de la función es obligación impuesta al empleado por disposición expresa de la ley y de su inexcusable cumplimiento no puede derivarse, simultáneamente, una inmediata o posterior inhabilidad, incapacidad o impedimento en su contra para conocer del asunto:...”

“...La causal de que se trata, en efecto, fue tomada del artículo 64 del código italiano y tratadistas tan eminentes como Giovanni Leone dice, respecto de ella, que solo puede darse en las personas que, fuera del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, han dado su consejo o han manifestado su opinión sobre el asunto ‘objeto del procedimiento de que más tarde vienen a conocer como Juez o Magistrado:...”

“...Debe tratarse de consejos o de pareceres expresados abusivamente, esto es, a título particular, fuera del ejercicio de las funciones:...”

“...Dar consejos significa, ‘dar sugerencias o hacer advertencias acerca del comportamiento personal que la parte debe observar en el procedimiento, ya en orden a la elección de la defensa, ya en orden a los medios para combatir las deducciones contrarias:...”

“...Manifestar el propio parecer a cerca del objeto del procedimiento significa dar ‘un juicio formal, una opinión acerca de las que podrán ser las definitivas decisiones sobre el procedimiento o sobre el modo como podrán resolverse las cuestiones jurídicas conexas a él:...”

(Tratado de Derecho Procesal Penal, E.J.E.A. Buenos Aires, 1963, T. I., pág. 374).

“...Por esa razón el mismo tratadista dice que ‘no constituye motivo de recusación a base de los criterios indicados:...”

“.....”

“...g) El haber dado el Juez una providencia en el curso de la instrucción o del juicio...” (ob. cit. pág. 375).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado por el señor Magistrado Jaime Pardo Leal en este asunto.

Notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

LA CULPA

La imprudencia, la negligencia, la impericia y la violación de normas legales, son los factores que la generan

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., Diciembre 9 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero*.

Aprobado: Acta número 111.

Expediente número 26152

Vistos

Por vía de apelación interpuesta por la procesada, revisa la Corte la sentencia de fecha dieciocho (18) de marzo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a la doctora Dalia Angel Sánchez, ex Juez Promiscuo Municipal de Gómez Plata, por el delito de peculado por el cual se la llamó a juicio criminal.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Sala se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se dicte una en sentido absolutorio en favor de la inculpada.

Resultandos:

1. Los hechos aparecen, en autos, resumidos así:

"...la doctora Dalia Angel Sánchez siendo Juez Promiscuo Municipal de Gómez Plata (Antioquia), dio, "...en calidad de préstamo...", a su Secretario Alonso Zuluaga Ramírez, el revólver "marca Ruby, calibre 38 largo, en buen estado, número 6442201...", avaluado en la suma de \$ 5.000.00 y que hacía parte del sumario número 154, que se instruía en ese juzgado por los delitos de "...atracó, robo y asociación para

delinquir, contra Luis Gonzaga Molina, Domingo Acevedo y otros...". Según recibo firmado por el Secretario Zuluaga Ramírez, el "préstamo" del arma ocurrió el 5 de abril de 1975, y de conformidad con la copia del denuncia visible al folio 1, el revólver le fue hurtado por su propio hermano Víctor Manuel Zuluaga Ramírez, al día siguiente, sin que se haya recuperado...".

2. Alegato de la defensa:

El defensor de la doctora Angel Sánchez, solicita la absolución de su patrocinada con fundamento en que si bien existió culpa levísima en la conducta de la funcionaria, ésta no es punible por cuanto no podía prever que el propio hermano del Secretario del Despacho hurtara el arma dada en préstamo a éste para su uso personal.

Asegura, así mismo, que la procesada ya fue sancionada administrativamente y que el causante del ilícito fue condenado a trece meses de prisión. Además, que habiendo restituido el valor del arma no se le puede condenar al pago de \$ 5.000.00 valor del objeto sustraído a su secretario.

Concluye sus alegaciones haciendo un estudio sobre "causa y efecto" para descartar ilicitud por parte de su protegida y reclamar su absolución.

3. Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal funda su solicitud de absolución en que, "cuando la Corte calificó el mérito del sumario destacó que 'no hay duda de que la inculpada no previó el extravío del revólver', con lo cual aclaró que la procesada actuó con culpa sin representación del resultado. Ocurre sin embargo, que la culpa sin representación, no se presenta por el solo hecho de no prever un resultado, sino que además es indispensable que ese resultado sea previsible...".

“...Los resultados imprevisibles están más allá de la culpa y tienen que ser ubicados en el caso fortuito, pues como lo señalan los teorizantes, en la culpa es destacable el desvalor del acto y no el desvalor del resultado, lo cual significa la prevalente importancia que tiene en la culpa la conducta imprudente, negligente, imperita o violatoria de normas legales o reglamentarias...”

“...la conducta de la procesada no fue imprudente y de otra parte el resultado cuyo acaecimiento dio lugar a este proceso no era normalmente previsible. En efecto, no puede predicarse de imprudencia el comportamiento de la encausada, pues a pesar de que las armas estaban bajo la responsabilidad del funcionario, también es evidente que de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 1265 de 1970, orgánico de la administración de justicia, es función del Secretario ‘custodiar y mantener en orden el archivo de su oficina’. De esto resulta que todos los elementos que se hallan en el Despacho Judicial deben ser custodiados por el Secretario y mal puede hablarse de conducta imprudente por haber entregado un objeto a quien precisamente por mandato legal está encargado de su custodia...”

Concluye el señor Procurador con citas de Manzini, sobre el grado de culpa y el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado y acoge los planteamientos del salvamento de voto que en el Tribunal se produjo.

Considerandos:

La expresión “...que por culpa diere lugar...” que trae el artículo 154 del Código Penal, es defectuosa. Prima facie permite sostener que estaría consagrando responsabilidad objetiva por el simple extravío o pérdida de los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia el funcionario o empleado público, con desconocimiento expreso de la naturaleza sustancialmente subjetiva de la culpa según la define el artículo 12 del mismo Código, de cuyo texto se desprende que son dos sus modalidades: culpa consciente, o con previsión, o con representación y culpa inconsciente, o sin previsión, o sin representación. La primera, ocurre cuando el agente se ha representado mentalmente el evento antijurídico, no de manera abstracta sino en forma concreta, o sea, que el agente, por decirlo así, ve con antelación el resultado, pero en ese momento, cree que lo puede evitar; la segunda, la más común, sucede cuando el agente no se representa mentalmente el evento antijurídico habiendo podido preverlo, es decir, que el agente no ve con anticipación el resultado que

de ordinario hubiera podido y estaba obligado a prever para evitarlo.

Sólo la imprudencia, la negligencia, la impericia y la inobservancia de normas legales de conducta, pueden originar la culpa. Por fuera de estos modos de actuar no es posible hablar de culpa culpable o mejor de culpa punible.

Pues bien, la señora Fiscal 6ª del Tribunal Superior de Medellín, la Magistrada disidente en la primera instancia y el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, unas y otro, de acuerdo con la Defensa, hacen riguroso examen de la actividad cumplida por la procesada doctora Dalia Angel Sánchez, de acuerdo con el cargo que le fue imputado en el auto de proceder, consistente en atribuirle el delito culposo de peculado por el hecho de haber entregado el arma decomisada en el Juzgado al propio Secretario de la oficina, mediante recibo suscrito por su subalterno, para demostrar que no alcanza a configurarse la conducta descuidada, negligente o temeraria que integra la infracción, ni inferirse de aquel comportamiento la pérdida del objeto.

En efecto, como en su oportunidad lo precisó la Magistrada disidente, las circunstancias que llevaron a la Juez a entregar el arma a su secretario, las condiciones personales de éste y las precauciones que adoptó para dejar a salvo su propia responsabilidad, permiten desestimar el cargo de haber actuado culposamente:

“...Puede ser normalmente previsible que el prestatario se apropie de la cosa, si se trata de un hombre indelicado, o pueda apropiársela, si no es bien conocido para el prestamista. Pero éste no está en situación de prever que un ladrón, cuya existencia desconoce, habrá de sustraerle la cosa prestada al dependiente de confianza a quien se la ha confiado. Habría imprudencia si la cosa se le presta a persona indelicada, confiando en que por ésta vez respetará la ajena propiedad y habría negligencia si le presta a una persona desconocida sin verificar previamente su honradez. Pero si se le presta a una persona honrada y de confianza que es asaltada por la mala fe de un tercero, no ha habido negligencia ni imprudencia por parte del que prestó la cosa. Tal vez haya allí alguna imprevisión, pero no una imprevisión que pueda reprocharse penalmente porque sobrepasa el límite de lo que ordinariamente sucede...” (fl. 189 cdno. princ.).

Además, como también lo advierte la misma Magistrada y el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la pérdida del arma se produjo, no como resultado de la conducta im-

prudente o temeraria de la Juez, sino por el acaecimiento de un evento que escapaba a la previsibilidad de la funcionaria y, aun, a la de su propio secretario.

“...La entrega del arma al Secretario pudo representar un uso indebido, pero no una actitud imprudente que diera lugar a la pérdida del arma, pues no fue por obra de este empleado que tal objeto se extravió o perdió. Otra cosa hubiera sido que dicho empleado fuera un descuidado o venal, pero tal supuesto no está demostrado y antes, por el contrario, el hecho de que hubiera formulado denuncia penal contra su propio hermano cuando legal ni constitucionalmente estaba obligado a hacerlo, demuestra su sentido de responsabilidad y su celo en el cuidado de los objetos que están bajo su custodia. Es que para el Secretario también fue un caso fortuito que un hermano suyo se apropiara de aquel objeto...” (fls. 28 a 29).

“...La ausencia de comportamiento punible, a más de la falta de comportamiento imprudente, surge de la ausencia de nexo de causalidad entre la conducta y el resultado. Aun cuando la conducta hubiera sido imprudente —y no lo fue— la interposición de un caso fortuito eliminaría la relación de causalidad y por lo mismo el ilícito. Piénsese en el caso de un conductor que maneja en contravía y sin licencia para conducir que atropella a una persona que inopinadamente se lanza al paso del vehículo para suicidarse; en este supuesto, a pesar de la conducta imprudente, imperita y violatoria de reglamentos del conductor, debe llegarse a la conclusión de que no hay delito, por carencia del necesario nexo causal...” (fl. 30).

En consecuencia, debe reconocerse que la procesada estaba en la imposibilidad de representarse el hecho antijurídico concreto de que el hermano del Secretario, de cuya existencia no tenía la más leve sospecha, pudiera apoderarse del revólver. De igual manera, dado el conocimiento que tenía de la persona de su subalterno, no era para ella normalmente previsible lo que finalmente ocurrió como circunstancia determinante del extravío o pérdida del arma.

Las someras reflexiones que la Corte tuvo en cuenta al dictar el auto de proceder, no resisten ahora, al dictar sentencia, las razonadas críticas que se formulan contra la prueba plena o completa de la responsabilidad de la procesada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, visto el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, **REVOCA** la sentencia condenatoria recurrida, en cuyo lugar **ABSUELVE** a la doctora Dalia Angel Sánchez, ex Juez Promiscuo Municipal de Gómez Plata, en relación con los cargos que le fueron imputados en el auto de proceder.

Notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

EMERGENCIA JUDICIAL

Ley 22 de 1980. Artículo 5º. Su vigencia es eminentemente temporal. Cuando una persona ha sido vinculada a la investigación y no se ha proferido auto de detención en su contra, o se profirió pero fue revocado, la cesación de procedimiento no está sujeta a la pena imponible. En este caso se da la cesación de procedimiento, sin perjuicio de que si en un futuro resultare sindicación para otra u otras personas por esos mismos hechos, se continúe la investigación respecto de ellas

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 10 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Aprobado: Acta número 111, diciembre 9 de 1980.

Vistos

El General (r.) Jorge Ordóñez Valderrama, solicita, en memorial que antecede, que se dé aplicación en su favor, respecto del proceso número 22451 que se le adalanta por el delito de peculado, a lo que dispone el artículo 5 de la Ley 22 de 1980, en su inciso 2º, o sea que se decrete la cesación de todo procedimiento en relación con ese negocio, por estimar que se presentan los presupuestos exigidos para proferir tal decisión.

Fundamenta su petición en la relación de los siguientes hechos, que corresponden a la realidad procesal:

- a) El día 2 de febrero de 1976 se declaró abierta la investigación penal para el esclarecimiento de estos hechos (fls. 2 a 4);
- b) Que el día 23 de abril de 1976, fue oído en declaración indagatoria (fls. 189 a 195);
- c) El día 23 de junio de 1977, se sobreseyó temporalmente, en su favor (fls. 396 a 399).

A lo anterior debe agregarse que el día 14 de marzo de 1978, se sobreseyó temporalmente, por segunda vez, en favor del procesado (fls. 602 a

612), y que el 28 de agosto de 1980, se ordenó en cumplimiento de lo que dispone el artículo 495 del Código de Procedimiento Penal (artículo 8º de la Ley 17 de 1975), la suspensión de la investigación en relación con el delito de peculado y se decretó, a la vez, la prescripción de la acción penal respecto del de abuso de autoridad que conjuntamente se venía investigando con aquél (fls. 622 a 626).

La cuantía del delito de peculado, por el cual no ha fenecido aún la investigación, es superior a tres mil pesos, de donde se sigue que tendría una pena máxima imponible de quince años de presidio de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 (fls. 97 del cuad. número 1, 273 a 275, 451 a 454, 603 y 624 del cuad. número 6).

Hechos

Los hechos que motivaron esta investigación están relacionados con la apropiación en beneficio particular, que se atribuye al General (r.) Jorge Ordóñez Valderrama, de varios elementos de consumo pertenecientes al Departamento Administrativo de Seguridad, del que era Jefe, y que fueron empleados en inmuebles de su propiedad, tales como bombillas, galones de pintura, maderas y elementos de electricidad.

Se considera

El artículo 5º de la Ley 22 de 1980, norma en la que respalda su petición el General (r.) Ordóñez Valderrama, es del siguiente tenor literal:

“Artículo 5º Los procesos en que hayan transcurrido más de dos (2) años de iniciada una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables, el Juez ordenará cesar todo procedimiento mediante auto interlocutorio y archivará el expediente, siempre que se trate de delitos cuya pena máxima imponible en la respectiva disposición penal sea inferior a ocho (8) años.

“Así mismo cuando transcurridos más de dos (2) años de haber sido oída una persona en indagatoria, si no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o esta hubiere sido revocada, el Juez procederá de oficio, y sin el previo concepto del Agente del Ministerio Público, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado.

“En el caso de la revocatoria, los dos años se contarán a partir de la ejecutoria de la providencia que la ordenó.

“Las decisiones de que trata este artículo se tomarán en providencias motivadas, contra las cuales proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público y del denunciante o querrelante”.

Como es fácil observar esta norma contiene dos hipótesis diferentes, aunque vinculadas a la misma finalidad y con igual consecuencia procesal, descritas en incisos separados. La primera se refiere a los llamados negocios en averiguación, o sea aquellos en los cuales no ha sido posible identificar o determinar a los presuntos responsables. La segunda se contrae a aquellos casos en que sí ha sido vinculada la persona a la investigación, pero no se ha encontrado prueba suficiente para decretar su detención preventiva; o decretada ésta, hubo de ser revocada.

Para resolver acertadamente la petición es indispensable determinar previamente si la limitación por el factor monto de la pena imponible (menos de ocho años), exigida de manera expresa para la viabilidad de la aplicación de la primera hipótesis, comprende igualmente a la segunda, o si, al contrario, ésta opera con prescindencia de esa limitante.

De excepcional importancia resulta para la correcta dilucidación del tema consultar la historia de la ley, la cual viene a ser, en gran parte, la de su tramitación en el Congreso hasta ser expedida como tal.

De este estudio se desprende:

1º Tanto el artículo original del proyecto de ley presentado por el Gobierno a consideración del Congreso en la Cámara de Representantes,

como la fundamentación que se le da en la exposición de motivos, no dejan la más mínima duda de que la hipótesis propuesta fue únicamente la que recoge el inciso primero del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, o sea la de los negocios en averiguación, o lo que es lo mismo, aquellos que carecen de sindicado identificado o conocido, y que no se le puso restricción alguna diferente de la del tiempo transcurrido desde su iniciación.

En el número 40 de los Anales, correspondiente a la sesión del día martes 3 de octubre de 1978, se encuentran insertados, en sus páginas 610 y 611 el texto del proyecto de ley y su exposición de motivos. El artículo 6º del proyecto de ley, que fue el que se refirió al tema, decía:

“Artículo 6º Cuando hayan transcurrido más de dos años de iniciada una investigación penal sin identificar o determinar a los presuntos responsables, el Juez competente ordenará cesar todo procedimiento y archivará el expediente”.

En la exposición de motivos se dijo, respecto de este punto:

“El proyecto de ley establece un nuevo hecho que genera la cesación de todo procedimiento cuando, después de dos (2) años de incoada una investigación penal no se han podido identificar o determinar los presuntos responsables. Son estos los sumarios o procesos en averiguación que actualmente deben esperar por lo menos cinco (5) años para igual decisión sin beneficio alguno para la justicia y con grave quebranto de ella ya que su crecido número impide el cumplimiento de los términos judiciales por parte de Jueces y Magistrados, además de que obligan actuaciones inútiles con la consiguiente pérdida de esfuerzos, afectando gravemente la economía procesal”.

Fue el ponente para primer debate en la Cámara de Representantes quien le introdujo a esa hipótesis original del proyecto del Gobierno la restricción por el aspecto de la pena máxima imponible, y quien creó, además, una hipótesis nueva, concebida sobre la imposibilidad de solucionar, a través del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, los casos que se querían remediar con ella. Explica en qué va a consistir, la describe, anota las razones que la fundamentan, que son bien diferentes de las que sirvieron de base a la hipótesis propuesta por el Gobierno, y en ninguna parte la vincula a la limitación derivada del quantum imponible de pena, así la haya propuesto en un mismo artículo con aquella, quizás por ser una misma la consecuencia procesal en ambas.

Esta ponencia para primer debate se encuentra publicada en el número 78 de los Anales, en sus páginas 1172, 1173, 1174 y 1175, correspondiente a la sesión del día 24 de noviembre de 1978.

En ella se dijo, respecto del tema que se viene tratando, lo siguiente:

“Dice que cuando hayan transcurrido más de dos años de iniciada una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables, el Juez competente ordenará cesar todo procedimiento y archivará el expediente.

“Debe entenderse claramente que se trata de los casos en que ni siquiera existe sindicado, es decir, negocio en simple averiguación de responsables y que llenan los anaqueles de todos los juzgados del país por miles y aparecen en las estadísticas, sin que siquiera se practiquen pruebas de ninguna naturaleza.

“Una vez presentado el denuncia y pasados los primeros meses quedan paralizados. Si en dos años no se ha logrado siquiera sindicado a una persona para oírlo en indagatoria, se puede asegurar que no pasará de ser un expediente más que solo va a congestionar los despachos judiciales. Hemos acogido la idea original pero introduciéndole una modificación importante, y es la de graduar el tiempo para la cesación de todo procedimiento, teniendo en cuenta la gravedad del delito que se investiga. Para ello hemos acudido al sistema de las penas imponibles, es decir, que aquellos delitos que tengan pena privativa de la libertad inferior a ocho (8) años, o sea, los menos graves o de gravedad relativa tales como: hurto simple, estupro, abuso de confianza. De otro lado se tienen en cuenta los que tienen ocho (8) o más años de pena privativa de la libertad para que el Estado tenga la oportunidad de investigar por un mayor espacio de tiempo ya que estos son delitos graves como el homicidio o el robo agravado, para los cuales la cesación de todo procedimiento en caso de no aparecer ningún sindicado como presunto responsable, será ordenado por el Juez pasados cinco años, Tiempo más que suficiente, para que aparezca un indicio o testimonio contra alguien. Esta es otra de las iniciativas más importantes, para descongestionar los despachos judiciales sin que se vulneren los derechos de la sociedad, el Estado o los particulares.

“La segunda parte del artículo 10 del proyecto contempla un caso de cesación de procedimiento, diferente a los que consagra el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. El artículo del Código dice que en cualquier estado

del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el Juez, previo concepto del Ministerio Público, procederá aun de oficio a dictar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado.

“Esta norma requiere plena prueba de las circunstancias enumeradas y previo concepto del Ministerio Público. Hemos considerado conveniente crear durante la vigencia de la presente ley una causal de cesación de procedimiento consistente en que si han transcurrido más de dos (2) años de haber sido oída la persona en indagatoria sin que se hubiere allegado prueba de ninguna naturaleza para decretar su detención preventiva, debe el Juez automáticamente ordenar cesar todo procedimiento contra ese sindicado. En el caso en que a una persona se le hubiere decretado auto de detención y éste hubiere sido revocado y transcurrieren, igualmente, dos (2) años sin que varíe su situación jurídica, deberá, igualmente, ordenarse cesar el procedimiento contra éste, contando el tiempo desde la ejecutoria del auto de revocatoria.

“Este tipo de providencias persiguen la doble finalidad de defender el orden público de una parte y el orden privado de otra. El primero para preservar al Estado de investigaciones inoficiosas y perjudiciales que llevan a la congestión de los despachos judiciales con lo cual se impide una eficaz administración de justicia en los casos en que realmente la sociedad y el Estado están interesados. En cuanto al orden privado por cuanto es de justicia definir la situación jurídica de las personas simplemente sindicadas por el solo hecho de haber sido oídas en indagatoria.

“El peso de una sindicación y los perjuicios que ella entraña en el campo moral, social, económico, profesional, político y humano; no pueden dejarse como instrumento permanente de ofensa pública contra quien conforme a los principios universales está cobijado con la presunción de inocencia mientras no se le demuestre lo contrario. Consideramos que un tiempo de dos años es más que suficiente para que a una persona a la cual el Estado únicamente ha podido vincularla a un proceso con una indagatoria, se le reivindique declarándose cesar todo procedimiento contra esa persona.

“Por último, no se debe olvidar que la denuncia se ha convertido en una arma de fácil y hasta irresponsable uso para perjudicar gentes ho-

nestas, y los jueces en la mayoría de los casos, sin medir las consecuencias, proceden a vincularlas a los procesos como sindicados recibiéndoles indagatoria a las personas por el solo hecho de haber sido denunciadas”.

El artículo que propuso para sustituir al 6º del proyecto del Gobierno, lo concibió en los siguientes términos:

“Artículo décimo. Los procesos en que hayan transcurrido más de dos (2) años de iniciada una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables, el Juez ordenará cesar todo procedimiento y archivará el expediente, siempre que se trate de delitos cuya pena máxima imponible sea inferior a ocho (8) años. Si la pena máxima imponible para el delito investigado es de ocho (8) años o más, la cesación de todo procedimiento se ordenará cuando hayan transcurrido cinco (5) años.

“Así mismo cuando transcurrido más de 2 años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o esta hubiere sido revocada, el Juez procederá, aun de oficio, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado. En el caso de la revocatoria, los dos (2) años se contarán a partir de la ejecutoria de la providencia que la ordenó” (página 1177 íbidem).

Con las modificaciones propuestas por el ponente al proyecto original del Gobierno, entre las cuales estuvo la anotada, se surtió el primer debate y en su discusión le fueron hechas otras variaciones.

El tema de la cesación de procedimiento fue ampliamente debatido en las sesiones de la Cámara correspondientes a los días 23, 28 y 29 de noviembre de 1978 (Actas números 19, 20 y 21). De su lectura se concluye con toda claridad que en ningún momento de la discusión se vinculó a la limitación por pena la viabilidad de la cesación de procedimiento en los casos referentes a persona a quien se indagó o se le detuvo preventivamente. Al contrario de toda la intervención de los participantes surge con nitidez que esa hipótesis es completamente diferente de la considerada en el inciso primero del proyecto del artículo décimo en sus dos hipótesis.

Al respecto dijo el ponente: “El artículo tiene definitivamente tres partes. Dos, que son las dos primeras partes, que hablan de la cesación de todo procedimiento, cuando se presenten los siguientes eventos: Cuando han transcurrido más de dos (2) años, para los delitos que tengan (pe-

na) privativa de la libertad como prevista máxima de ocho (8) años.

“El segundo evento: Cesación de todo procedimiento cuando sea más de ocho años. Y el tercer punto, que es completamente novedoso, diferente, es cuando hay sindicado en el expediente” (Acta número 20, página 30).

“Insisto en que hay tres situaciones completamente distintas. La cesación de procedimiento para unos delitos de negocios en averiguación; la cesación de procedimiento para otros delitos en negocios en averiguación, y la cesación de procedimiento para los indagatorios” (Acta número 20, página 31).

En vista de las modificaciones introducidas al proyecto original, el ponente recibió el encargo de presentar un pliego unificado de las mismas, que recogiera tanto las que él inicialmente había sugerido y que fueron acogidas, como aquellas que insinuaron los demás miembros de la Comisión Primera de la Cámara al estudiarlo en primer debate.

Ese pliego unificado aparece inserto en el número 86 de los Anales, en sus páginas 1281 y 1282, correspondiente a la sesión del 4 de diciembre de 1978 y, respecto del tema que se viene tratando es conveniente ver cómo quedó redactado el artículo 10 propuesto por el ponente, que en definitiva se convirtió en el 5º de la Ley 22 de 1980.

“El artículo décimo quedará así: Los procesos en que hayan transcurrido más de dos (2) años de iniciada una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables, el Juez ordenará cesar todo procedimiento mediante auto interlocutorio y archivará el expediente, siempre que se trate de delitos cuya pena máxima imponible en la respectiva disposición penal sea inferior a ocho (8) años.

“Así mismo, cuando transcurridos más de dos (2) años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o esta hubiere sido revocada, el Juez procederá de oficio, y sin el previo concepto del Agente del Ministerio Público, a ordenar la cesación de todo procedimiento contra el sindicado.

“En el caso de la revocatoria los dos (2) años se contarán a partir de la ejecutoria de la providencia que la ordenó”.

Una modificación más que se hizo al anterior texto, también en su discusión en primer debate, fue la referente a los recursos que proceden contra las providencias que decretan la cesación de

procedimiento, o sea, el inciso final del artículo 5º de la Ley 22 de 1980.

Sobre este texto presentó el mismo ponente su ponencia para segundo debate en la Cámara y, en relación con el citado artículo décimo, no hubo ninguna modificación.

En la ponencia se anota sobre el tema, casi que lacónicamente: "Se introducen igualmente artículos nuevos considerados fundamentales, en relación con la cesación de procedimiento en diferentes casos, lo mismo que una nueva excarcelación" (página 1507 del número 102 de los Anales, correspondiente a la sesión de la Cámara del día 20 de diciembre de 1978).

El proyecto hizo tránsito al Senado y allí tuvo sus debates reglamentarios, siendo aprobado, en lo que interesa al tema cuya trayectoria se viene siguiendo, sin modificación diferente de la numeración (Acta número 26 de 28 de noviembre de 1979). Revisadas las ponencias para primero y segundo debates en el Senado, se observa que tampoco se desprende, de lo que se dijo sobre el tema, que la restricción por la penalidad comprendiera también a la segunda hipótesis de cesación de procedimiento.

En la ponencia para primer debate se expresó, al respecto:

"El artículo 10 establece cesación de procedimiento en los procesos en que hayan transcurrido más de dos años de iniciada una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables, siempre que se trate de delitos cuya pena máxima imponible sea inferior a ocho años. También, cuando transcurrido más de dos años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o ésta hubiere sido revocada, también el Juez procederá de oficio, sin previo concepto del Ministerio Público, a ordenar la cesación de todo procedimiento" (Número 20 de los Anales, sesión del día 27 de marzo de 1979, página 277).

En la ponencia para segundo debate, se manifestó sobre este mismo punto:

"El artículo quinto contempla la cesación de todo procedimiento mediante auto interlocutorio para los delitos cuya pena máxima imponible en la respectiva disposición penal sea inferior a ocho (8) años, cuando hayan transcurrido más de dos (2) años de una investigación penal sin identificar o determinar los presuntos responsables, o sea cuando se encuentren en estas circunstancias aquellos expedientes, en que, como es obvio, no hay presos y se consideran en "Ave-

riguación". La verdad es que en esos casos la investigación se paraliza y no concluye jamás, por lo cual se acrecen los despachos judiciales en un alto volumen, sin que tenga una explicación razonable la indefinición de tales procesos. Se trata, ni más ni menos, de reconocer la impotencia o incapacidad del Estado para sancionar a quienes habiendo cometido delito, la justicia nunca pudo identificar o determinar como presuntos responsables.

"Igual tratamiento se da cuando transcurridos más de dos (2) años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba suficiente para decretar su detención preventiva, o ésta hubiere sido revocada, caso en el cual el término de los dos (2) años se contará a partir de la ejecutoria de la providencia que revocó el auto de detención.

"Estos procesos actualmente aumentan escandalosamente la congestión judicial y son aquellos que inexorablemente concluyen con la absolución de los presuntos responsables. La ley en esta materia procura la más breve y rápida definición jurídica de los sindicatos". (Número 125 de los Anales, sesión del día 4 de diciembre de 1979, página 1854).

No solamente no se extiende la limitación por la pena a la segunda hipótesis, pues se tratan en forma separada, aunque dentro del mismo artículo, sino que cabe destacar la manera como empieza refiriéndose el ponente a la segunda hipótesis: "Igual tratamiento se da". Esto es, también se aplica la cesación de procedimiento, pero no bajo los mismos supuestos o condiciones.

El Gobierno publicó en el mes de junio de 1979 un folleto titulado "Articulado a la Reforma Judicial", cuyo objetivo principal fue hacer conocer el contenido y tratar de fijar su alcance.

En esta publicación se incorporó el texto del proyecto de ley que vino a convertirse posteriormente en la actual Ley 22 de 1980, y en la síntesis explicativa correspondiente a este proyecto y más precisamente al artículo 10, origen del actual 5º de la Ley 22, se dijo:

"Propende por la pronta decisión de la situación de las personas vinculadas a un proceso, para lo cual establece que, si transcurridos seis meses después de la ejecutoria del auto de proceder en los juicios con audiencia sin jurado, o un año en los de audiencia con jurado, sin que ésta se hubiere realizado, el sindicado tendrá derecho a su excarcelación caucionada. Este beneficio se excluye para los procesados por delitos de secuestro o por cualquiera de las graves con-

ductas reprimidas por el Estatuto Nacional de Estupefacientes.

"Igualmente preceptúa que, si transcurridos más de dos años de haber sido oída una persona en indagatoria, no existiere prueba para decretar su detención preventiva, o ésta hubiere sido revocada, se ordenará la cesación de todo procedimiento contra ella.

"También se aplicará la cesación de procedimiento y el consiguiente archivo, respecto de los procesos en que hubieren transcurrido más de dos años después de iniciada la investigación, sin que se haya identificado o determinado a los presuntos responsables, siempre que la pena imponible fuere inferior a ocho años" (página 11).

Como se deduce de todo lo relacionado, los antecedentes de la norma permiten afirmar que las dos hipótesis de cesación de procedimiento a que ella se refiere son diferentes, tienen supuestos diversos y fundamentos distintos, así se encuentren en el mismo texto del artículo, lo que se explica, quizás, porque presentan de común la consecuencia procesal de poner fin a la investigación y el objetivo de decidir, por este medio, situaciones procesales estacionarias, liberando así a la justicia de expedientes que gravitan sobre su estadística, no ofrecen fundadas posibilidades de esclarecer los hechos y restan tiempo y capacidad que pudieran dedicarse a otros en los que sí es factible una culminación normal de las investigaciones.

Además una y otra evidencian realidades muy diferentes. En la primera ni siquiera se ha podido identificar o determinar al presunto responsable, lo cual implica que, en aquellos delitos de especial gravedad, se dé una oportunidad más a la justicia para tratar de aclarar lo sucedido.

En la segunda hipótesis, la persona fue vinculada al proceso y se le recibió indagatoria y hasta se llegó a dictarle auto de detención, pero las perspectivas de la investigación son negativas respecto de una adecuada decisión de esa situación sub iudice.

Se busca, por tanto, no mantenerla indefinidamente vinculada a un proceso sin éxito predecible y sometida al gravamen de todo orden que esto significa, sin más esperanza que una prescripción de la acción, casi siempre lejana en el tiempo.

Además, no puede olvidarse que para llamar a un sindicado a rendir indagatoria se precisa, al tenor de lo dispuesto por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, que existan en el proceso antecedentes y circunstancias que permi-

tan considerarlo autor o partícipe de la infracción, y para dictarle auto de detención debe contarse al menos con una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o con indicio grave que fundamenten su responsabilidad como autor o partícipe del hecho que se investiga (artículo 439 *ibídem*). Se trata, por tanto, de actuaciones procesales que requieren un respaldo probatorio serio.

Si no obstante ello, han transcurrido dos años desde que se escuchó en indagatoria al procesado y no existe prueba suficiente para decretar su detención preventiva; o han transcurrido dos años desde la ejecutoria del auto que revocó la que había sido decretada, puede decirse que ya la justicia hizo el esfuerzo necesario para el esclarecimiento de los hechos y que cualquier intento futuro puede resultar nugatorio.

Como la persona no estuvo ausente de la investigación, situación diversa de la que se presenta en la hipótesis del inciso primero del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, resulta explicable liberarla de una sindicación penal que, en esas condiciones, se convierte en una *capitis diminutio* que termina siendo injusta.

Existiendo las anotadas diferencias entre los dos supuestos que consagra el artículo 5º para la cesación extraordinaria de procedimiento, no parece desacertado darle un tratamiento más amplio al segundo, que puede consistir, precisamente, en no vincular su viabilidad al requisito del *quantum* imponible de pena, máxime que la ley no lo hizo de manera expresa e indubitable, dando cabida, cuando menos, a una interpretación, "favor rei" de la situación dudosa. Lo contrario implicaría una interpretación restrictiva o en lo desfavorable lo cual no es permitido en materia penal.

Si las consideraciones que preceden son valederas, el solicitante tiene derecho a un pronunciamiento favorable respecto de su situación, pues en su caso se llenan los requisitos exigidos por el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 22 de 1980 para dar por terminado el proceso, ya que hace más de cuatro años y siete meses fue indagatorio (fls. 189 a 195) y contra él no se ha proferido auto de detención en razón de este negocio.

Finalmente cabe agregar que la aplicación de cesación de procedimiento por las dos hipótesis a que se refiere el artículo 5º de la Ley 22 de 1980 está circunscrita al ámbito de la vigencia temporal que se fijó la propia ley, y que la segunda hipótesis, o sea la considerada en el inciso

segundo del citado artículo, es de carácter personal o individual.

Lo primero se colige de la finalidad que persigue la norma, que no es otra que la de propiciar la regularización de la pronta y eficaz administración de justicia (título de la ley) y la solución de "la grave congestión que padecen los despachos judiciales" (artículo 1º de la misma), para lo cual adopta un conjunto de medidas transitorias que, armoniosamente aplicadas, aseguran esos objetivos los que aspira a conseguir en el término de dieciocho meses contados a partir de su promulgación que fue el que fijó en sus artículos primero y noveno al crear el instrumento principal de la misión trazada, que son los Magistrados y Jueces Auxiliares.

Por lo que incumbe a la cesación de procedimiento a que alude el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 22, el ponente restringió de manera expresa su vigencia a la misma de la ley. Dijo al respecto: "Hemos considerado conveniente crear durante la vigencia de la presente ley, una causal de cesación de procedimiento consistente en que si han transcurrido más de dos (2) años de haber sido oída la persona en indagatoria sin que se hubiere allegado prueba de ninguna naturaleza para decretar su detención preventiva, debe el juez automáticamente ordenar cesar todo procedimiento contra ese sindicado. En el caso en que a una persona se le hubiere decretado auto de detención y éste hubiere sido revocado y transcurrieren, igualmente, dos (2) años sin que varíe su situación jurídica, deberá, igualmente, ordenarse cesar el procedimiento contra éste, contando el tiempo desde la ejecutoria del auto de revocatoria" (ponencia para primer debate en la Cámara cuya transcripción, en este aspecto, se encuentra en la página 8 de la presente providencia. Las subrayas no pertenecen al texto).

Como es de elemental lógica que las disposiciones contenidas en una ley rigen, salvo que se las limite, durante la vigencia de la misma y ella es, por esencia, temporal, hay que aceptar que el sentido de la expresión empleada por el ponente "crear durante la vigencia de la presente ley", fue el de darle a la institución que proponía, y que vino a ser la consignada en el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 22, una existencia concretada a los dieciocho meses de vigencia de ésta, pues si la intención hubiera sido la de otorgarle a la medida carácter indefinido, no se la habría incluido en una ley que no pretendió buscar soluciones permanentes a los problemas de la justicia, cometido encomendado a la Reforma Constitucional y a los nuevos códigos penales materias

éstas que fueron propuestas al Congreso por la misma época de aquella, o se la habría creado con la advertencia de que la norma quedaba incorporada al Código de Procedimiento Penal, como lo han hecho con otras disposiciones, leyes como la 21 de 1973 en su artículo 15, respecto de determinados tipos penales que envuelven peligro para la integridad colectiva; la Ley 75 de 1968 en su artículo 45, en relación con los delitos contra la asistencia familiar; y la Ley 17 de 1975 en sus artículos 2º y 3º en tratándose de la indagación preliminar y de la reformatio in pejus.

Es importante poner de presente la forma de comentar el ponente disposiciones como las que vinieron a convertirse en las consagradas en los artículos 4º y 8º de la Ley 22 de 1980: "Además de la necesidad de proveer los recursos humanos y económicos para la buena marcha de la justicia, existen también soluciones prácticas consistentes en establecer transitoriamente algunas disposiciones legales en el procedimiento para que los detenidos puedan quedar en libertad cuando el Estado, a través de su acción, no ha cumplido con los términos que le señala la ley, con lo cual atenta contra las garantías de los procesados y comete en muchas ocasiones injusticias que perverten el verdadero sentido de la justicia". Y al referirse a los límites de la suspensión en las audiencias de trámite en materia laboral, expresa: "Esta norma es de las que valdría la pena introducir como definitiva y permanente en el Código Procesal Laboral que va a expedir el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias que le va a conferir el Congreso Nacional" (Ponencia para primer debate en la Cámara, número 78 de los Anales, página 1175, sesión del día 24 de noviembre de 1978. Subrayas fuera de texto).

Si aún se dudara de la transitoriedad o temporalidad de todas las disposiciones de la Ley 22 de 1980, serían suficientes, para despejar la perplejidad, los siguientes planteamientos del ponente: "Esta concentración-congestión demuestra la necesidad de tomar medidas radicales e inmediatas para poner al día, en lo posible, la justicia, mientras entran a regir normas permanentes como las de la Reforma Constitucional y las de los nuevos Códigos" ... "Preparamos el terreno, con algunas medidas radicales para descongestionar los despachos judiciales y las mismas cárceles, con una ley que estoy seguro, logrará, por lo menos, a la vuelta de quince meses, presentar una situación que nos permita crear un

nuevo orden judicial en el país" (Ibidem, página 1172. Subrayas fuera de texto).

La interpretación teleológica e histórica de la Ley 22 de 1980 lleva, por tanto, a la conclusión de que todas sus disposiciones son de naturaleza eminentemente transitoria, rigen para procesos iniciados con anterioridad al día treinta de septiembre de mil novecientos ochenta, cuando comenzó su vigencia, y su existencia jurídica no se prolonga más allá de ese plazo de los dieciocho meses que el legislador estimó suficiente para restablecer la normalidad de la administración de justicia, agobiada por un peso tan asfixiante de negocios que llevó a hablar en un principio de una "emergencia judicial", según denominación primigenia del proyecto que dio origen a la actual Ley 22 de 1980. El título de dicho proyecto fue: "Por la cual se declara la emergencia judicial por el término de un año y se dictan disposiciones para la pronta y eficaz administración de justicia".

Tocante al segundo aspecto, o sea, al carácter personal o individual de la cesación de procedimiento a que se refiere el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, basta, para deducirlo, con observar cuidadosamente la redacción de la norma y con atender a la finalidad que se persiguió con esta medida, que fue fruto de la iniciativa del ponente.

Como es fácil advertirlo, el texto del inciso segundo del artículo 5º está concretado a la persona a quien se le recibió indagatoria, o a quien habiéndosele dictado auto de detención se le revocó esta medida. Es a ese sindicado y solamente a él, a quien favorece la cesación de procedimiento, ya que la ley no la estableció de manera general, esto es, respecto de la investigación en sí, como lo hizo en el inciso primero del mismo artículo, sino de una manera específica para quien se encontrare en las precisas situaciones determinadas en el texto (haber sido indagatorio, o haber sido objeto de un auto de detención revocado).

De allí que en el inciso primero se refiera a la cesación de procedimiento respecto del proceso en que no haya sido posible identificar o determinar a los responsables, en tanto que en el inciso segundo especifica la cesación de procedimiento refiriéndola al sindicado a quien se le hubiere oído en indagatoria o se le hubiere dictado auto de detención que fue revocado.

Ese carácter individual o personificado se infiere también del pensamiento del ponente cuando expresa: "El peso de una sindicación y los perjuicios que ella entraña en el campo moral, social, económico, profesional, político y humano, no puede dejarse como instrumento permanente de ofensa pública contra quien conforme a los principios universales está cobijado con la presunción de inocencia mientras no se le demuestre lo contrario. Consideramos que un tiempo de dos años es más que suficiente para que a una persona a la cual el Estado únicamente ha podido vincularla a un proceso con indagatoria, se le reivindique declarando cesar todo procedimiento contra esa persona" (Ponencia para primer debate en la Cámara, número 78 de los Anales, página 1175, sesión del día 24 de noviembre de 1978. Subrayas fuera de texto).

Entonces, la cesación de procedimiento que se declare en cumplimiento de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 22 de 1980, ha de hacerse solamente en relación con la persona o personas a quienes se les haya recibido indagatoria o se les hubiere dictado auto de detención que fue revocado y siempre que haya transcurrido el espacio de tiempo allí expresado, sin perjuicio de que, si en un futuro, resultare sindicación para otra u otras personas por esos mismos hechos, se continúe la investigación, respecto de ellas, siempre que no hubiere prescrito la acción penal.

En fuerza de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, ORDENA la cesación de todo procedimiento contra el General (r.) Jorge Ordóñez Valderrama, respecto del delito de peculado por el cual venía respondiendo ante la justicia y al que se refiere la parte motiva de esta decisión. Como consecuencia de lo anterior, se dispone el archivo del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

FALSEDAD Y ESTAFA

No pueden concurrir los delitos de estafa (artículo 408 del Código Penal), y de falsedad en documento privado seguida de uso de dicho documento por parte de quien lo falseó, por cuanto el artículo 242 del Código Penal, subsume la primera ilicitud

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 11 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía*.

Aprobado: Acta número 112, de diciembre 11 de 1980.

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado por el defensor del procesado Gonzalo Muñoz Mejía, en contra de la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Quibdó le condenó como responsable por los delitos de falsedad en documentos y estafa a la pena principal de tres (3) años de presidio junto con Oscar Ruiz Villa.

1. Los antecedentes:

Los resume así el Ministerio Público:

“Gonzalo Muñoz Mejía vendió a Luis Antonio Pinilla Castro la Salsamentaria ‘Astoria’, de la carrera 2ª número 24-A-53 de la ciudad de Quibdó el 5 de agosto de 1971 y al efecto se elaboró un documento de compraventa que se firmó por los contratantes sin fecha pero dejando el espacio para ello. El original lo reservó el vendedor y la copia a papel carbón el comprador. El precio acordado fue el de \$ 45.000.00 pagadero así: \$ 10.000.00 recibidos por el vendedor al momento del contrato y el resto en 16 letras mensuales de \$ 2.040.00 y una por \$ 3.040.00.

“El establecimiento lo administró después Jairo Gonzalo Pinilla Castro, hermano de Luis Antonio quien lo autorizó para venderlo. Fue así como aquél lo vendió a Bernardo Rieder Smith el 24 de febrero de 1972 y éste obtuvo

constancia directa de Muñoz Mejía, a quien canceló lo debido por Luis Antonio Pinilla, sobre que la Salsamentaria se encontraba libre por todo concepto. Bernardo Dieder Smith, vendió el 18 de octubre del mismo año el establecimiento comercial a Eusebio Valdez Martínez, con previo inventario de los bienes en la suma de \$ 35.000.00.

“El 17 de enero de 1973, Gonzalo Muñoz Mejía resultó celebrando un contrato con Oscar Ruiz Villa, quien sin ser abogado titulado gozaba de la fama de ‘tinterillo’, según el cual aquél entregaba y éste recibía endosado el documento original del contrato de compraventa de la Salsamentaria efectuado entre Muñoz Mejía y Luis Antonio Pinilla y 13 letras giradas por éste e impagadas. Ruiz Villa se comprometía a iniciar por sí mismo o mediante apoderado un proceso civil de reivindicación del establecimiento comercial y luego dividir utilidades. Para tal efecto llenaron el espacio reservado para la fecha en el documento original con la siguiente leyenda:

‘... agregando que el vendedor se reserva el derecho de dominio hasta su total cancelación’ y luego de las firmas escribieron la siguiente cesión firmada por Muñoz Mejía: ‘La integridad de mis derechos en el documento anterior, los cedo al señor Oscar Ruiz Villa, por igual valor’.

“Con fundamento en este documento alterado en la forma enunciada, Oscar Ruiz Villa, presentó ante el Juzgado Civil del Circuito del lugar demanda de reivindicación del establecimiento comercial el 24 de enero de 1973, con solicitud de medidas preventivas. La demanda fue admitida el 18 de mayo siguiente, luego de llenar el requisito de registro de timbre el 14 de ese mes. Se secuestró la Salsamentaria el 21 sin admitírsele oposición alguna al actual propietario Eusebio Valdez Martínez y se dejó como secuestre a Latino Misas Serna”.

2. El proceso:

El 28 de junio de 1973 se presentó por parte de Eusebio Valdez Martínez la denuncia. El Juzgado 3º de Instrucción Criminal abrió la investigación que luego pasó al conocimiento del Juzgado 2º Superior de Quibdó en donde se calificó inicialmente con un auto de sobreseimiento temporal. En una segunda calificación, auto de 19 de febrero de 1979, Oscar Ruiz Villa fue sobreseído definitivamente y Gonzalo Muñoz Mejía temporalmente.

El Tribunal Superior de Quibdó, que revisó por consulta dicha providencia la revocó, auto de 26 de marzo de 1979, y en su lugar llamó a responder en juicio por los delitos concursantes de falsedad y estafa a los procesados Ruiz Villa y Muñoz Mejía, en coautoría.

La audiencia pública se realizó el 19 de diciembre de 1979. La sentencia de primera instancia fue absolutoria (14 de enero de 1980) y resultó revocada por el Tribunal (25 de enero de 1980) mediante la que ahora es objeto de la impugnación.

3. La demanda:

Dice la demanda, en primer término, que la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por incompetencia del Juez. Esto porque, según alega, el delito de falsedad por el cual este proceso se dio a un Juez Superior, no existe y el de estafa de la competencia al Juez del Circuito. Esta nulidad está prevista en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y se invoca al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del mismo Código.

En segundo término se alega nulidad constitucional al deducir un concurso de falsedad en documento privado y estafa. En este orden de cosas cree que la estafa absorbe a la falsedad. De esta manera, afirma, al deducir dos conductas cuando no había sino una, se creó confusión e incertidumbre desde la calificación y dificultó la defensa. Se quebrantó, de dicha manera, el artículo 26 de la Constitución Nacional. Este segundo cargo se hace también al amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Invoca el censor la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y formula cargo por errónea interpretación de la ley sustancial. Esta interpretación equivocada se logró de manera indirecta porque a una conducta homogénea se la separó para declarar infringidos los artículos 242 (falsedad) y 408 (estafa) del Código Penal.

Solicita, al final de cada cargo, que de prosperar se dé aplicación al artículo 583 del Código de Procedimiento Penal y se dicte el fallo que corresponda.

4. Concepto del Ministerio Público:

Para el cargo de nulidad por incompetencia del Juez dice el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que no existe dicho vicio pues no se demuestra qué Juez decidió la controversia de un proceso expresamente atribuido a otro. Si el cargo se refiere a una errada calificación de los hechos debió el censor demostrar que se tuvo por demostrado un hecho con prueba inexistente, o se pretendió calificarlo desconociendo prueba ostensible, o que a una prueba a la cual la ley le da valor determinado se le otorgó uno diferente. Cita un fragmento de casación de 4 de diciembre de 1974.

Para el cargo segundo, por nulidad constitucional, tampoco lo ve cuando apunta que mediante alegaciones de errónea denominación jurídica pretende demostrarlo, para concluir así: "Si bien conceptual y objetivamente parecen ligados entre sí por relación de causa a efecto, sin embargo cada uno de los hechos punibles realizados por los acusados fue resultado de un querer antijurídico perfectamente autónomo. Tales fueron la falsedad en documento privado y la estafa.

Al cargo único formulado al amparo de la causal primera, responde que no puede prosperar por la antitécnica formulación del mismo, porque se alega, a la vez, violación directa e indirecta de la ley sustancial, lo cual no es de recibo porque se lleva "de paso" el principio de contradicción. El cargo queda sin demostración, a la Sala no le es dado llenar los vacíos de la demanda, y ésta constituye apenas un alegato de instancia.

5. Las consideraciones de la Sala.

Los dos cargos de nulidad, codicial la primera y constitucional la segunda en el orden en que las coloca el impugnador, tienen factores comunes en su desarrollo que permiten examinarlos y resolverlos en conjunto. En uno y otro se agita el mismo argumento que constituye también, si bien se mira, tema de la segunda causal que aduce; a saber: el juzgador convirtió en dos infracciones lo que constituye una, y al hacerlo así derivó de un lado hacia la incompetencia del Juez y de otro puso tanta confusión en el proceso que perturbó gravemente la defensa del condenado.

Es cierto que la sentencia censurada se dictó para un concurso material (artículo 33 del C6-

digo Penal) de falsedad en documento privado seguida de uso del mismo por sus propios falsarios (artículos 240 y 242) y estafa agravada por la cuantía (artículos 408 y 410), según la calificación que se había concretado en el auto de proceder.

El censor considera que solamente existe un delito de estafa en la conducta de su patrocinado. No niega que desde un punto de vista simplemente objetivo hay falsificación del documento alrededor del cual giró la investigación, pero, alega, ella se incorpora en el delito contra la propiedad pues aparece como el artificio necesario para su consumación. Extrae de allí para el primero de los cargos por nulidad que resulta clara la incompetencia del Juez porque debió fallar el proceso el de Circuito y no el Superior como sucedió, y para el segundo de los cargos dichos que la dualidad en la calificación desordenó el procesamiento con detrimento de una eficaz defensa.

Así dichas las cosas da la sensación de que la censura plantea una posible calificación jurídica errónea de los hechos para desembocar por allí a la incompetencia del Juez y mediante combinación de lo dispuesto en los numerales 5 y 1, respectivamente, del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Una formulación de doble nulidad exige la demostración clara y precisa de los dos vicios existentes y, ya se dijo, la demanda solamente se refiere, con cita expresa de la disposición pertinente, a uno de los dos aspectos de nulidad aquí precisados. Pese a lo dicho, ni la errónea calificación jurídica de la infracción ni la incompetencia del Juez se dan en el caso de autos como se demostrará en seguida.

El desacierto del censor radica en su afán de eliminar el delito de falsedad con el propósito de sacar adelante su tesis sobre incompetencia del Juez, cuando en verdad lo que no puede darse es la estafa concursante dada la modalidad de falsedad de que se trata. La falsedad en documento privado, un contrato de compraventa de bienes muebles, resulta evidente pues mediante aprovechamiento de un espacio en blanco en el escrito correspondiente se colocó una cláusula de reserva de dominio que inicialmente, y ello está comprobado, no se pactó. La infracción correspondiente está prevista en el artículo 240 del Código Penal y aparece citada y comentada tanto en la sentencia impugnada como en el auto de calificación

Acontece, sin embargo, que los dos procesados se complotaron para realizar la falsedad, sin que

importe cuál de ellos o un tercero efectuó la confección del agregado, y fueron ellos mismos los que agitaron el juicio civil mediante una ficción de derechos que tampoco existían toda vez que el precio de la transacción había sido cancelado en su integridad y los bienes vendidos, cuyo embargo se logró, se hallaban en manos de un tercero comprador legítimo. De lo dicho se comprueba que el documento privado fue utilizado por los mismos falsarios, identificados como se encontraban en el propósito criminal, para perjudicar a otro. Esta hipótesis es la contemplada en el artículo 242 del Código Penal y aparece deducida por el juzgador tanto en la calificación como en la sentencia.

La disposición últimamente citada prevé un verdadero delito complejo pues la utilización de un documento falso por parte de quien lo falseó tiene todas las características de la estafa, pero no constituye infracción aparte ya que se incorpora, por querer de la ley, como hecho subsumible en la falsedad. De lo dicho se infiere, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, que no pueden concurrir los delitos de estafa (artículo 408 del Código Penal) y de falsedad en documento privado seguida de uso de dicho documento por parte de quien lo falseó.

La calificación por falsedad agravada en este caso fue correcta. Lo equivocado del juzgador está en el hecho de cargar al procesado con una estafa que no podía tener existencia jurídica. Esta equivocación nació en el momento de la calificación y persistió en la sentencia. Esas dos providencias resultan exageradas por este segundo aspecto y violan, flagrantemente, el principio universal que se concreta en la fórmula latina del "non bis in idem".

No existen nulidades enclavables en el Código de Procedimiento Penal, según lo dicho, y tampoco existen nulidades de tipo supralegal porque no se ha lesionado el derecho de defensa y todo el proceso discurrió con el lleno de garantías para el procesado. En estas circunstancias los dos cargos de nulidad no prosperan.

La sentencia debió ser atacada por violación directa de la ley sustancial mediante aplicación indebida de la misma y en relación con el delito de estafa que no debió deducir el juzgador. Esta vía fue escogida también por el demandante pero con tan mala fortuna que, como lo apunta el Ministerio Público que conceptúa, mezcló la violación directa con la violación indirecta para incurrir así en un error de técnica en el desarrollo de la causal escogida y hacer nugatorios sus esfuerzos por quebrantar el fallo.

Pero, lo que es más, todos los análisis y razonamientos de la segunda causal alegada, la 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, tienden a que se reconozca que no existe el delito de falsedad en este caso, y sí el de estafa. Y resulta, como se ha dicho y comprobado, que la realidad procesal indica todo lo contrario. En consecuencia, le está vedado a la Sala no sólo enmendar la demanda para ajustarla a la técnica del recurso, sino enmendar el querer del censor que se encamina, se repite, a la eliminación del único delito que aparece en la conducta de los dos procesados.

Tampoco prospera por este aspecto la demanda y, en consecuencia, no se casará la sentencia impugnada.

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 objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION

Qué debe entenderse por “máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal”

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Bogotá, D. E., diciembre 12 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Aprobado. Acta número 112, de diciembre 11 de 1980.

Vistos

La sentencia de 29 de febrero de 1980, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, confirmatoria de la del Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad (abril 11 de 1979), impone a Pedro o Pedro Pablo Pinzón, por el delito de “homicidio” en Pablo E. Cruz, quince (15) años de presidio, amén de las accesorias pertinentes.

Ha sido impugnada en casación.

El recurso se admitió en auto de 7 de mayo del año en cita y la demanda se declaró ajustada a las formalidades señaladas en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, en proveído de dieciocho de septiembre.

Se resuelve de fondo.

Hechos y antecedentes procesales

La utilización de una servidumbre de tránsito había creado serias desavenencias entre Pablo Emilio Cruz y Nicolás Pinzón, situación que empeoró la intervención de algunos familiares de ambos. El 14 de abril de 1948, a eso de las nueve de la mañana, Cruz estaba efectuando arreglos en el cercado y puerta del terreno motivo del problema, en compañía de su hijo Pablo Cruz Avila, cuando de un momento a otro Pablo Emilio recibió un aleve disparo de revólver que a la postre le produjo la muerte. Pese a la gravedad de

su lesionamiento pudo referirse a la persona de su agresor (Pedro Pablo Pinzón), el mismo que fue identificado por el menor Cruz Avila y por Antonio Calderón.

El llamamiento a juicio, por homicidio agravado, se produjo el 25 de enero de 1951 —fls. 59 y ss.—, el cual quedó ejecutoriado tres días después del 9 de febrero de 1973, luego de surtirse el emplazamiento y declaratoria de reo ausente del procesado y designársele su defensor de oficio, a quien se le notificó debidamente tal providencia, sin que la recurriera.

Vino después el término probatorio de la causa, el sorteo de jurados y la celebración de la audiencia pública —fls. 85, 89 y 94 y ss.—, acto en el cual el jurado, por unanimidad, respondió al cuestionario propuesto con un “sí es responsable”. —fl. 114—.

La sentencia del juzgador de primera instancia recogió esta veredicción y, como ya se dijo, el Tribunal confirmó integralmente su fallo.

La demanda

Se alega el cuerpo primero de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal violación directa de la ley sustantiva, que se hace consistir en la indebida aplicación del artículo 105 del Código Penal.

A este respecto se razona del siguiente modo: “El hecho que dio origen a este proceso sucedió el 14 de abril de 1948, el auto de proceder fue proferido el 25 de abril de 1951 y quedó debidamente ejecutoriado 3 días después al 9 de febrero de 1973, fecha en la cual se notificó en forma legal, la providencia, al señor defensor de oficio. De donde, desde el día de la comisión del hecho, hasta la ejecutoria del auto de proceder, transcurrieron más de 25 años.

“De acuerdo al artículo 363 del Código Penal la pena del homicidio cuando toma la denominación de asesinato, será de 15 a 24 años. Según el artículo 105 del mismo ordenamiento jurídico sustancial, la acción penal prescribirá: En treinta años para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad de 20 años o más.

“En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal para las infracciones que tengan señaladas una pena privativa de la libertad mayor de 5 años y menor de 20.

“Ha dicho la honorable Corte en repetidas oportunidades, posición compartida por el maestro Florián, que en cuanto a prescripción de la acción penal, debe tomarse como base, no la pena establecida en abstracto en la ley, sino la pena concreta que el Juez hubiera creído deber aplicar en la sentencia.

“En sentencia del 25 de marzo de 1955, concordante con la sentencia del 7 de octubre de 1954, la honorable Corte ha dicho:

“Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción se busca el máximo de la pena señalada por la ley para el delito *sub judice*, pero según el caso, relacionado ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establezca para las modalidades específicas que agravan o atenúan el hecho. Lo que prescribe es la acción que nace de un delito concreto o individualizado y no de un delito en su tipo genérico...”

“El Juez de primera instancia profirió una condena de 15 años (la mínima), confirmada en la sentencia acusada. Al ser 15 inferior a 25 y con mayor razón inferior a 20 es evidente que la acción prescribió.

“Lo anterior aceptando que para contar el tiempo de la prescripción se debe tomar el máximo de la pena, pero resulta que el artículo 105 del Código Penal parágrafo 1º, no habla de un máximo ni de un mínimo sino exclusivamente de pena privativa de la libertad de 20 años o más. En el párrafo segundo, sí habla de un tiempo igual al máximo de la sanción fijada.

“El homicidio denominado asesinato, tiene fijada una pena entre 15 y 24 años (artículo 363 del Código Penal), es decir que no tiene pena privativa de la libertad de 20 años o más, porque 15, 16, 17, 18, 19, 19 años 11 meses y 29 días son distintos e inferiores a 20. De tal manera que al dictarse una condena de 15 años debe aplicarse en el párrafo segundo del artículo 105 del Código

Penal y no el primero como lo hizo el honorable Tribunal.

Ahora bien, como el párrafo primero del artículo 105 *op. cit.*, no habla de máximo ni de mínimo hay que tomar lo más favorable para el procesado, o sea en nuestro caso concreto e individualizado, 15 años y por ende prescrita la acción en igual tiempo. No es justo, ni del espíritu de la ley, que para una pena en concreto de 14 años se requieran 14 para prescribir la acción y para una condena en concreto de 15, se requieran 30”.

Esto le permite solicitar al recurrente la invalidación de la sentencia proferida y pedir que se aplique el artículo 583-1 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala y del Procurador 1º Delegado en lo Penal

Dice el artículo 105 del Código Penal:

“La acción penal prescribirá:

En treinta años, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más.

“.....”

El artículo 107 ibídem, dispone:

“La prescripción de la acción penal se interrumpirá por el auto de proceder.

“.....”

Y el artículo 363 Código Penal, preceptúa:

“El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

El artículo 105 está integrado por tres incisos que forman un todo y deben interpretarse armónica y unitariamente. Por eso la expresa mención que se hace en su segundo segmento del “máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal”, regula tanto el primero como el último. Esta norma ha sido precisada por la doctrina, para darle un alcance que contemple tanto los casos de exigible benignidad como de necesaria drasticidad, y por eso se ha estimado que ese “máximo” corresponde a lo que como tal quedaría al computar una disminuyente específica o una específica agravante (v. gr. artículos 28 y 398 del Código Penal), excluyéndose, eso sí, las

circunstancias comunes de intensificación o atenuación de la pena (v. gr. artículos 37 y 38 ibídem). Hasta aquí la coincidencia de criterio entre la Sala y las citas que el recurrente hace en su demanda (octubre 7/54 y mayo 21/55). Pero esto no quiere decir que dentro de la agravación o atenuación específicas, que suelen señalar un mínimo o un máximo, se tenga que hacer, para efectos de la prescripción de la acción penal, una tasación precisa de lo que correspondería, en forma cierta y precisa, como pena de llegarse a un fallo o lo que éste señale al respecto si ya se ha proferido. La prescripción, en casos tales, sigue relacionándose con el "máximo" de pena que aparezca como posibilidad de mayor sanción, efectuada la correspondiente detracción o aumento de pena. En el caso sub exámine la agravación específica del artículo 363 señala un máximo de veinticuatro años. Esta fijación es la que debe entenderse y no los quince años indicados en la sentencia o lo que imaginariamente podría señalarse de estar pendiente el fallo de primera o segunda instancia o del originado en un exitoso recurso de casación. Si se tratare de un homicidio simple pero atenuado —v. gr. artículo 28 Código Penal—, la pena resultante oscilaría entre dos años, ocho meses y siete años, debiéndose tomar esta última cifra, para cómputo de prescripción porque representa el "máximo" a que podrá llegarse. No es admisible, entonces, decir que la pena impuesta es menor a este quantum o la que podrá fijarse lo sería. El término atendible, se repite, es el máximo, después de efectuarse la correspondiente agravación o disminución de pena.

Este es el criterio permanente e inmodificado de la Corte.

O sea, entonces, que en el caso *sub iudice* tiene que contemplarse, se repite, una sanción de veinticuatro años conforme a lo ordenado por el transcrito artículo 363.

Lo que quiere decir que la acción penal prescribe en treinta años, contados éstos desde el día del hecho hasta la debida ejecutoria del auto de proceder.

De donde se tiene que si la mortal agresión a Cruz Bonilla, se cumplió el 14 de abril de 1948 y el auto de proceder quedó ejecutoriado tres días después de la última notificación, que se cumplió con el defensor el 9 de febrero de 1973 (a fl. 83 se lee la siguiente atestación del secretario del Juzgado 4º Superior de Tunja: "Las presentes diligencias al Despacho del señor Juez, hoy veintisiete de febrero de mil novecientos setenta y tres, informándole atentamente que el auto de proceder se halla debidamente ejecutoriado"), el tiempo transcurrido sólo alcanzó a veinticuatro años, nueve meses y veintiocho días, muy inferior a los treinta años que, en su hipótesis más severa, recoge el artículo 105 del Código Penal.

Muy tardíamente se profirió el auto de proceder, pero a pesar de todo se emitió en tiempo hábil, antes de producirse la prescripción de la acción penal, resultando ajustada a derecho la tramitación siguiente y que culminó con las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia.

Este mismo criterio lo expresa la Delegada en su concepto.

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,

Resuelve:

NO CASAR el fallo ya indicado en su fecha, origen y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

TECNICA DE CASACION

Prescripciones que gobiernan el manejo de la causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Aprobado. Acta número 112, de diciembre 12 de 1980.

Bogotá, D. E., diciembre 12 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*.

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 20 de marzo del año próximo pasado, confirmó la sentencia proferida por el Juzgado 8º Penal de Circuito de Bogotá (diciembre 15/1979), mediante la cual se impuso a Jorge Arturo Correal Pinto, por el delito de "robo", cinco años y un mes de presidio, así como las accesorias pertinentes.

En tiempo oportuno se ha acudido en casación, recurso admitido en auto de 27 de mayo de 1980. La demanda fue declarada ajustada a las formalidades de ley en proveído de nueve de septiembre del año últimamente citado.

Hechos

La señora María Magdalena Rojas de Rojas, el 3 de marzo de 1979, guardó en su casa de habitación ubicada en la transversal 19 número 118-55, nomenclatura de Bogotá, dos vehículos de su propiedad: un B.M.W. modelo 1978, color gris oscuro con tránsito libre B. 0252, de cuatro puertas, y, una camioneta Renault 12 Brecht, modelo 1978, color blanco, placa NP-2878, de cuatro puertas. Al día siguiente no los halló allí y observó la casi destrucción de la puerta del garaje. El celador de la noche era el señor Misael Otálora Vela, quien no asistió a su trabajo

del tres a cuatro de marzo y había sido contratado por recomendación de Francisco de Paula Pérez Rojas, representante de la compañía de vigilancia "Procovic Ltda.", que estaba en vía de constituirse legalmente. Los vehículos fueron recuperados, uno de ellos el B.M.W., en poder de Correal Pinto, quien no pudo dar explicación satisfactoria al respecto ni menos de los objetos encontrados en su residencia (tres pelucas, una barra hechiza, con curva en una de sus puntas, seis cartuchos calibre 38 largo, un frutero al parecer de plata). Conviene anotar que de este sentenciado se predicen actividades que tienen que ver con asaltos bancarios y robo de automotores.

La demanda

Un acertado resumen de la misma, que trató de desarrollar cuatro cargos al amparo del artículo 580-1 del Código de Procedimiento Penal, lo expresa el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal. Este es su texto:

"*Primero.* Aplicó erróneamente la presunción legal de responsabilidad contemplada en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, pues en el proceso no obraba 'copia debidamente autenticada de una sentencia condenatoria anterior por un delito contra la propiedad' dictada contra su patrocinado, requisito este sin el cual la tenencia de uno de los vehículos robados por parte de éste, no podía apreciarse como indicio de su responsabilidad; y que al hacerse determinó la violación directa de los artículos 233, 215 y 217 del Código de Procedimiento Penal, e indirecta de los artículos 402 y 404 del Código Penal y 9º de la Ley 21 de 1973 por evidente error de hecho presente cuando la Corporación falladora dio por establecido que se hallaba configurada en el proceso la circunstancia del artículo 233 precitado, sin estarlo.

“Segundo. El fallo apreció, así mismo, erróneamente el informe policivo ‘de la Dipec’ en el sentido de que el Juzgado 28 Penal del Circuito le figura al recurrente un sumario por ‘robo de automotores’, sin que este informe tomado en cuenta por el Tribunal... ‘haya sido probado plenamente por medio de la copia de la sentencia condenatoria respectiva’, e incurrió por tanto en evidente error de hecho al dar por estructurado, con base en la circunstancia anotada, el indicio de la capacidad para delinquir en su cliente con la entidad de indicio grave de responsabilidad, incurriendo entonces el fallador en la sentencia acusada, en violación directa de los artículos 229, 230, 232, 235, 217 y 215 del Código de Procedimiento Penal y en violación indirecta de los artículos 402 y 404 del Código Penal y 9º de la Ley 21 de 1973.

“Tercero. La sentencia apreció erróneamente los cuatro hechos fundamentales sobre los cuales se estructuró la prueba indiciaria base de la condena a saber: ‘La tenencia del vehículo robado, la capacidad del agente para delinquir, el indicio de mala justificación y los indicios de mentira’, pues les concedió valor indepediente de ‘indicios graves precisos y concordantes’ de la responsabilidad criminal de su patrocinado, cuando en la realidad, considerados en conjunto como debió hacerse, no constituyen más que un solo indicio y ‘una suma de probabilidades’ lejana de constituir elemento probatorio de certeza legal para el fallo de condena de Jorge Arturo Correal.

“De tal manera, se incurrió en la sentencia en manifiesto error de derecho al infringir en forma directa los artículos 217, 215, 229, 230, 231, 234 y 235 del Código de Procedimiento Penal y consecuentemente en aplicación indebida de los artículos 402 y 404 del Código Penal y 9º de la Ley 21 de 1973, pues resultaron infringidos de manera indirecta.

“Cuarto. La sentencia dedujo los indicios de mala justificación y mentira a pesar de la ‘presunción legal de inocencia o justificación vertida en la pieza procesal de su indagatoria’ por Correal Pinto, en contra de lo preceptuado en los artículos 6 y 216 del Código de Procedimiento Penal, incurriendo así en manifiesto error de hecho y les otorgó a tales indicios entidad de plena prueba por considerarlos graves, tal como se hizo con los otros dos hechos que estimó y valoró de idéntica manera —y a los cuales también se refieren los tres primeros cargos de la demanda—, todos los cuales carecen de la trascendencia que se les concedió.

“Luego de extenso y pormenorizado estudio de cada uno de los hechos indiciarios a los cuales se refieren los cuatro cargos contenidos en el libelo, y confrontarlos con citas de eminentes tratadistas para oponer la valoración de los mismos en el fallo acusado a su personal opinión estimativa, concluye el censor al terminar la argumentación referente al cargo cuarto que al excederse el Tribunal en la valoración de la prueba indiciaria incurrió en violación indirecta de los ya citados artículos 402 y 404 del Código Penal y 90 de la Ley 21 de 1973 por evidente error de derecho, y en violación directa de los artículos 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235 y 217 del Código de Procedimiento Penal, lo que a la postre llevó a la aplicación en la sentencia impugnada, del artículo 215 del Estatuto últimamente citado”.

Consideraciones de la Sala

El recurrente ha equivocado la impugnación, por flagrante olvido de un aspecto básico y suficientemente conocido de la técnica de casación que gobierna el manejo de la causal primera del artículo 580 del citado estatuto.

En efecto, constituye criterio fundamental distinguir entre la violación directa e indirecta de la ley sustancial y en la segunda discriminar el error esencial de hecho del error esencial de derecho. Esto con el primordial fin de no mezclar uno y otro aspecto, evitándose así la simultánea aplicación de remedios contrarios e incompatibles. Así se tiene que cuando se trata de la violación directa de la ley, es necesario reconocer sin vacilaciones los aspectos fácticos considerados por el Tribunal. La prueba se debe aceptar tal como ha sido apreciada por ésta y censurar, de modo exclusivo, o la falta de aplicación de la ley, o su aplicación indebida o su errónea interpretación. Ahora bien, si se adscribe el impugnador al segundo cuerpo de la causal comentada, no debe involucrar ostensibles errores de derecho con los de hecho, al menos en un mismo cargo o sobre una misma prueba. De olvidarse esta elemental enseñanza, se malogra la demanda porque a la Sala le está vedado tratar de fijar concepto sobre lo que en realidad quiso o se propuso decir el impugnador. No encuentra la Corporación, en casos tales, elementos suficientes para precisar una línea de pensamiento atendible y derivar de la misma las consecuencias propias del recurso.

El memorialista ha pasado por alto estas prescripciones y de ahí que sea imposible, como bien lo destaca el colaborador fiscal, determinar si quiso exponer lo relativo a la violación directa de la

ley o más bien se prefirió la violación indirecta de ésta. Y como si esto fuera poco, continuamente se entrecruzan de modo confuso apreciaciones críticas que buscan evidenciar un error de hecho con reflexiones dirigidas a sustentar el error de derecho.

Sobre este particular, aunque la sola reproducción de los temas tratados por la demanda así lo denotan, debe prestarse atención al siguiente decisivo párrafo de la Delegada:

“En los dos primeros cargos el censor acusa el fallo por violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas indiciarias que en las instancias se dedujeron de la tenencia de uno de los vehículos robados por parte de Correal Pinto y de sus antecedentes informados por la policía —que se consideraron demostrativos de su capacidad delictiva—; en el cargo tercero de la demanda, atribuye el fallo la infracción indirecta de la ley sustancial por error de derecho, también en la apreciación del indicio de capacidad delictiva de su patrocinado, y, en la última acusación censura el fallo, por violación indirecta de la ley sustancial, primero por error manifiesto de hecho resultante de la no apreciación de las explicaciones del procesado en su indagatoria, y finalmente, involucra en su ataque de una vez todos los hechos indiciarios a que se refirió el libelo, para concluir que se ubicaron en la sentencia acusada y surtieron efectos en contra del procesado debido a los errores de derecho cometidos por el Tribunal en su apreciación y valoración.

“Como se ve, los planteamientos de la demanda se oponen totalmente entre sí, pues se desconoce en ellos el principio de la contradicción y no obedecen por tanto ni a la lógica ni a la realidad. Resulta obvio que los ataques a la sentencia no pueden fundarse en errores de hecho y de derecho pregonados de las mismas pruebas que le sirvieron de apoyo, pues obedecen a presupuestos distintos, y que al censor no le es dado plantearlos como alternativos tendientes a un mismo resultado procesal”.

En conclusión los cuatro cargos no prosperan.

De ahí que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

NO CASAR el fallo ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza.

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

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Las consideraciones atinentes a la inexistencia del delito por ausencia de culpabilidad, son cuestiones que deben ser resueltas al momento de la calificación del sumario, y no mediante la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal

*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal*

Aprobado: Acta número 111, diciembre 9 de 1980.

Bogotá, D. E., diciembre 13 de 1980.

Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria*.

Vistos

Por vía de apelación revisa la Corte la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán de 20 de marzo de 1980, en virtud de la cual negó la petición de cesación de procedimiento en el proceso que, por el delito de falsedad en documentos, se adelanta contra el doctor Carlos Alberto Gómez Tello, Abogado Visitador II, de la Procuraduría Regional de esa ciudad.

Hechos y actuación procesal

El Procurador Delegado para el Ministerio Público, ante la proximidad de los nombramientos de Fiscales para un nuevo período, comisionó, mediante oficio número 669 de 19 de abril de 1979, al Procurador Regional de Popayán para la práctica de visitas generales y valoración de la calidad del trabajo realizado por los titulares de las Fiscalías Primera y Segunda de los Juzgados del Circuito de esa ciudad (fls. 49 y 53).

En cumplimiento de la misión referida, el Procurador Regional de Popayán, doctor Hernando Acosta Sánchez, comisionó, a su vez, al doctor Carlos Alberto Gómez Tello, Abogado Visitador adserito a dicha Procuraduría Regional, a fin de que realizara la tarea encomendada por

la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público.

A este efecto, el Visitador Gómez Tello, practicó visita general en la Fiscalía Primera de los Juzgados del Circuito de Popayán, a cargo del doctor William Salcedo Peña Muñoz y rindió informe en relación con el trabajo de este despacho. Esta visita se efectuó el 27 de abril de 1979 y, con base en ella, el abogado visitador, remitió al Procurador Regional de Popayán el "Concepto Personal" número 071 de 2 de mayo del mismo año, en el que anota:

"La Fiscalía Primera a cargo del doctor William Salcedo Peña, como se desprende del acta de visita, se encuentra al día en el despacho de los asuntos a su cargo. Los negocios se devuelven con prontitud cumpliéndose los traslados dentro de los términos legales.

"Sin embargo no puede decirse lo mismo con respecto al aspecto jurídico o calidad de los trabajos, pues la Visitaduría pudo comprobar que un 90% de las Vistas Fiscales están contenidas en 6 a 10 renglones sobre la primera cara de una hoja de papel, lo que demuestra que la colaboración que el funcionario presta a los Juzgados en el estudio de los negocios es prácticamente ninguna" (fls. 50 y 51).

Posteriormente el Procurador Regional comisionó al Fiscal Segundo del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, doctor Luis Carlos Gómez Restrepo, para que practicara una nueva visita a la Fiscalía Primera. La visita se realizó durante los días cinco y seis de junio de 1979 y de ella se levantó la correspondiente acta, en la cual se dejaron consignadas las siguientes conclusiones:

"El rendimiento material de la Fiscalía es altamente satisfactorio y la calidad jurídica de

la mayoría de las vistas fiscales es buena. El Titular doctor Peña Muñoz, tiene ser fama de un funcionario honesto, diligente, cumplidor de sus funciones y goza de tener una conducta pública y privada excelente" (fl. 24).

Como el Fiscal visitado, quien no fue reelegido para el nuevo período (fl. 53), consideró que éste último concepto era radicalmente opuesto a las conclusiones del Abogado Visitador Gómez Tello, quien, para él, habría obrado así impulsado por la "enemistad personal" que sostenían, formuló en su contra denuncia penal ante el Tribunal Superior de Popayán, por cuanto, a su juicio, el funcionario acusado, habría cometido el delito de falsedad documental, por haber faltado a la verdad en la narración de los hechos en el informe que rindió al Procurador Regional y que éste remitió a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público (fls. 1, 2, 3, 49, 50 y 51).

Ratificada la denuncia, el Tribunal, mediante auto de 23 de julio de 1979, dispuso la apertura de la investigación respectiva (fls. 14 y 15).

Aportadas algunas pruebas al expediente, el sindicado solicitó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, al considerar que los hechos investigados no estructuran el delito de falsedad que se le imputa, pues en cumplimiento de su deber y acatamiento de orden superior se limitó a expresar un concepto estrictamente subjetivo, esto es de índole personal (fls. 71 a 82).

El Fiscal Cuarto del Tribunal de Instancia expresó su opinión favorable a la solicitud de cesación de procedimiento en favor del acusado (fls. 85 a 101). El Tribunal no compartió su criterio y negó la aplicación de la norma invocada por el doctor Gómez Tello, mediante la providencia que, recurrida en apelación por el propio sindicado y por el Fiscal, revisa ahora esta Sala de la Corte.

Elementos de prueba

1º Se acreditó debidamente la calidad y ejercicio del cargo de Abogado Visitador que, para la época en que ocurrieron los hechos, ostentaba el doctor Carlos Alberto Gómez Tello (fls. 33 a 37).

2º Se comprobó la existencia del acta de visita practicada por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Popayán a la Fiscalía Primera de los Juzgados del Circuito, así como la que efectuó el Abogado Visitador II, al mismo despacho y del concepto que rindió respecto de la "calidad de los trabajos" realizados por el funcionario

visitado, doctor William Salcedo Peña Muñoz (fls. 4 a 9, 22 a 26, 28 a 31 y 50 a 51 vto.).

3º Se practicó diligencia de inspección judicial, por el propio Magistrado Sustanciador del Tribunal, a la Fiscalía Primera de los Juzgados del Circuito de Popayán, en la cual, después de una minuciosa revisión de las vistas fiscales elaboradas por el doctor Peña Muñoz, se concluyó que un promedio del sesenta por ciento (60%) de ellas eran de la extensión que el acusado había expresado en su informe al Procurador Regional (seis a diez renglones), inferior en un treinta por ciento (30%) al guarismo determinado en el documento tachado de falso.

También en esta acta de inspección judicial, después del análisis que se hace acerca de la naturaleza de los conceptos o vistas fiscales emitidas, gran parte de las cuales se refieren a aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por prescripción, muerte del reo, pago del cheque, y otras causas similares de extinción de la acción penal, se anota:

"Si se dan las situaciones mencionadas por el Visitador *sub judice* (conceptos que indican deficiente colaboración), pero en una proporción muy inferior a la que cita en el acto acusado. A su vez hay otros trabajos de los cuales se infiere buena colaboración por parte del señor Fiscal, doctor Salcedo Peña. Es un hecho que las vistas fiscales para la calificación de los sumarios o para las sentencias de mérito o las que aluden a la revocatoria del auto de detención; así como las peticiones para que se profiera dicha medida preventiva, etc., son estudios que no tienen la brevedad a que alude la visita objeto de esta inspección, sino que se extienden a más de una o de dos planas a un solo espacio. Algunas de estas piezas fueron estudiadas por el Magistrado Sustanciador, encontrando que se han elaborado con seriedad, tratando la prueba y los demás elementos de juicio, por lo menos, con la aplicación mínima necesaria. No pocos de estos estudios hacen alusión a providencias de la honorable Corte Suprema; del Tribunal Superior de Popayán y a comentarios de tratadistas de donde se deduce que, en aquellos asuntos más graves o de mayor complejidad jurídica o probatoria, el Fiscal ha puesto la debida atención. Revisadas al azar, algunas vistas correspondientes al año de 1978 (muestreo), pudo advertirse que, en varias de ellas, con una extensión que apenas sobrepasa la página o que no alcanza a los 2 folios, se hace un examen, a veces muy sintético, pero completo del asunto. En ellas se resumen los hechos, se analiza la prueba que los señala, se mencionan

aspectos jurídicos y se opina con precisión. Finalmente parece conveniente hacer referencia también a otras vistas relacionadas con la tramitación atípica del asunto por inexistencia objetiva o jurídica o por inocencia en las que el Fiscal se ha extendido mucho más allá de lo dicho por el Visitador" (fls. 46 y 47).

4º Se allegó copia auténtica del oficio número 354 de 2 de mayo de 1979 dirigido por el Procurador Regional de Popayán al Procurador Delegado para el Ministerio Público, al que acompañó el acta de visita practicada a las Fiscalías Primera y Segunda por el acusado doctor Gómez Tello. En este mismo oficio, agrega el Procurador Regional que comparte el criterio personal expresado por el Abogado Visitador, por "el conocimiento personal" que de los Fiscales visitados tiene (fl. 49).

5º Se recibió al doctor Carlos Alberto Gómez Tello indagatoria. En ella afirma que "Cuando yo digo en mi concepto personal, que es eminentemente subjetivo, que las vistas fiscales del doctor William Salcedo Peña, en un 90% se contienen en 6 a 10 renglones no estoy indicando guarismos exactos e inmodificables o cifras exactas, solamente como ya lo dije es un concepto subjetivo para expresar la mala calidad de la gran mayoría de las vistas fiscales que produjo el doctor William Salcedo Peña, pues ellas demuestran la falta de estudio, son demasiado escuetas, no hay un estudio del derecho aplicable a cada caso, no hay un análisis de la prueba. En cambio el concepto del doctor Luis Carlos Gómez ya no es un concepto desprevenido sino que con él se buscaba ver la forma de que en Bogotá reconsideraran la no reelección del doctor William Salcedo Peña ... No es cierto que yo sea enemigo del doctor William Salcedo Peña, con más claramente no existe ninguna enemistad mía para con él ... a quien conozco hace muchos años aunque nunca hemos tenido la oportunidad de ser amigos pero menos motivos para ser enemigos. Es cierto que no se le entregó copia del acta de visita quizás por un olvido involuntario mío pero ello no es razón para afirmar que se haya hecho por enemistad. Tampoco se le entregó copia del concepto porque si mal no recuerdo en la comisión se pedía un concepto personal privado. Tampoco es cierto que mi concepto personal, que se afirma es falso, sea doloso, eso no es cierto. ... No se hizo un conteo matemático de los renglones que tiene cada vista fiscal, sino que mirándolos se aprecia que son cortos y escuetos jurídicamente" (fls. 53 vto. 54 y vto.).

6º Se solicitó y obtuvo certificación jurada de los doctores José Henry Mejía Pérez, Director Seccional de Instrucción Criminal de Popayán (fls. 60 y 61), Hernando Acosta Sánchez, Procurador Regional de esa ciudad (fl. 63), Víctor Abel Peñalosa González, Jefe de la Oficina Seccional de Procuraduría Regional (fls. 64 y 65), Inocencio Carvajal P., Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Popayán (fl. 68), acerca de la conducta del sindicado. En su certificación expresó el Procurador Regional lo siguiente, refiriéndose a la capacidad y desempeño de funciones por parte del doctor Peña Muñoz, como Fiscal Primero: "No puedo certificar lo mismo, en cambio, respecto del doctor William Salcedo Peña, quien desempeñó el cargo de Fiscal de los Juzgados del Circuito durante el último período porque, aunque se trata de un ciudadano pulcro, en el desempeño de sus funciones acusó un defecto en el estudio de los negocios en que debía conceptuar como Fiscal". Y sobre el mismo punto el Jefe de la Oficina Seccional de esa Procuraduría manifestó: "En virtud del cargo que desempeño ... siempre he considerado que los conceptos fiscales emitidos por este funcionario, no son muy estructurados jurídicamente, son relativamente cortos y no conllevan en mi sentir un estudio a fondo del problema de derecho que se debate en los sumarios y en las causas. En mi concepto la actuación del doctor Salcedo Peña como Fiscal de los Juzgados del Circuito no me ha parecido como para calificarla de buena" (fls. 64 y 65).

Concepto de la Fiscalía Cuarta del Tribunal

El Fiscal del Tribunal coadyuva la solicitud de aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal formulada por el procesado y expresa en uno de los apartes centrales de su concepto:

"Los funcionarios encargados de la vigilancia judicial cuando pasan visitas a las diversas dependencias sujetas a su *ober acación* tiene el deber poder de consignar en sus actas o conceptos todas las fallas que encuentre, así como los aciertos que se advierte. Tales atribuciones en lo que respecta a la Rama Jurisdiccional y al Ministerio Público objeto de esa tutela están consagradas en los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978. Basándose en esto, el sindicado, rindió su opinión personal en forma negativa para los intereses de Salcedo Peña, porque consideró en su real saber y entender que los trabajos de éste eran deficientes. Este actuar no se puede calificar de delictuoso por el sólo hecho de estar enfren-

tado a uno posterior, porque expresa algo de la categoría subjetiva, susceptible de error pero no configurante de entidad delictual, al menos sin existir elementos de juicio que hablen inequívocamente de un comportamiento de tal naturaleza. Por eso se dice o se menciona, un concepto personal.

“Es lógico que cuando se rinde un concepto adverso se va a afectar situaciones a quienes son objeto de él, pero esto no implica proceder ilícito, pues si así se considerara, se menguaría la función de los encargados de la vigilancia ... bien pudo suceder que el doctor Gómez Tello, por la premura en su observación hizo un cálculo exagerado, pero se repite, esa circunstancia no da base para imputar falsedad ... ni objetiva ni subjetivamente se puede imputar actuar delictuoso al doctor Carlos Alberto Gómez Tello. Se expresó que comparadas las constancias procesales no había contrariedad entre lo atestado por el sindico y las gestiones del denunciante. Pero considerando que en gracia de discusión se diera esa modalidad objetiva, ya se ha demostrado que no concurre el elemento intencional o dolo para edificar un comportamiento delictuoso” (fl. 100).

Opinión del Tribunal

Llega a la conclusión de que los hechos que se vienen investigando no configuran el delito de falsedad en documentos, pero sí podrían entrañar la comisión de otro ilícito como el de abuso de autoridad en la forma omisiva a que se refiere el artículo 172 del Código Penal.

A estos respectos, dice:

“Así las cosas, se concluye, que el haber edificado una construcción conceptual deductiva sobre una base delesnable, no implica atestación o consignación de un hecho falso en un documento oficial. Por tanto, no estamos frente a un evento de falsedad ideológica” (fl. 124).

“Se sabe por las pruebas que obran en este expediente, en especial por los dichos del indagado (fls. 52 vto.), que la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público pidió la práctica de visitas generales a las Fiscalías Primera y Segunda de los Juzgados del Circuito de Popayán, días antes de hacer nuevos nombramientos, en razón del vencimiento del período legal. Así mismo se solicitó a la Procuraduría del Distrito un concepto evaluativo sobre las labores de dichos Fiscales. En cumplimiento de dicha misión actuó el doctor Carlos Alberto Gómez Tello, cuando ejecutó el hecho por el cual se halla *sub judice*.

Por lo tanto sabía él de la grave responsabilidad que comportaba el encargo y las consecuencias que del mismo podían derivarse.

“Consta, además, que el acusado practicó al despacho del doctor Salcedo Peña, una visita corta, que duró aproximadamente 3 y 1/2 horas (fl. 40 y 54), para efectos de revisar el trabajo realizado durante dos años y tres meses aproximadamente, según lo que se propuso el propio visitador, conforme a constancia del acta (fl. 30). La última visita que había hecho el mismo visitador data del 17 de marzo de 1976, fls. 30 y 41. En esa diligencia no se leyeron o estudiaron los conceptos del visitado, ni siquiera parcialmente. El Visitador observó que la gran mayoría de las vistas eran escritas en una sola cara de una hoja de papel, y ello le bastó para concluir que se trataba de un funcionario del todo ineficaz.

“Volviendo sobre la manera como el acusado se desenvolvió en el cumplimiento de la comisión observamos que, a pesar del examen solamente visual de los trabajos del doctor Salcedo Peña, emitió una opinión de fondo, tajante y definitiva, en la que descalificó por completo la labor del visitado. Se dirá que esa es una opinión personal. Eso es cierto, pero el empleado oficial cuando actúa como tal no debe olvidar que la Constitución Nacional en su artículo 20 le exige responsabilidad en casos de omisión o extralimitación.

“En tal orden de cosas, cree la Sala que el acusado pecó gravemente, por lo menos en cuanto a los procedimientos utilizados para llegar a la conclusión. Consideramos que era un deber legal del funcionario de la vigilancia judicial, a la vez que un derecho del visitado el que se hiciera un examen, así fuese parcial, pero serio de las vistas fiscales para opinar con fundamento sobre ‘la calidad jurídica’ de las mismas. No haberlo hecho así implica la omisión de un acto al que legalmente se estaba obligado: Por lo que puede haberse incurrido en la tipicidad del artículo 172 del Código Penal” (fls. 125 y 126).

Concepto del Ministerio Público

Para fundamentar su petición de revocatoria del auto recurrido y consecuente pronunciamiento sobre aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal expresa, entre otras, las siguientes opiniones, en su concepto fiscal:

“Para este Despacho, igual que resultó para el señor Fiscal del Tribunal Superior, está fuera de toda duda que la conducta observada por el

Visitador de la Procuraduría Regional de Popayán, doctor Carlos Alberto Gómez Tello, al calificar de insuficiente la colaboración prestada por el doctor William Salcedo Peña, a los Juzgados del Circuito de la misma ciudad, como Fiscal 1º de los mismos, dista mucho de poseer el carácter de delictuosa, bien sea que se le trate de ubicar dentro de algunas de las modalidades de la falsedad documental o dentro de un simple abuso de autoridad.

“En efecto, a todo lo largo de las pertinentes averiguaciones no se detecta el más tenue indicio que permita sospechar siquiera de la honestidad del juicio vertido por el doctor Gómez Tello, relativo a la defectuosa labor desarrollada por el Fiscal 1º de los Juzgados del Circuito de Popayán, doctor William Salcedo Peña, al frente del empleo. En el más grave de los casos, pudo pecar de riguroso o por exceso de celo en el cumplimiento de los deberes oficiales como funcionario visitador de la Procuraduría General, que no constituye infracción penal, pero no por actuación dolosa.

“Tan correcta fue la deducción del Visitador de la Procuraduría atinente al mal desempeño de cargo por parte de dicho empleado, que el Procurador Regional, lo mismo que el Jefe de la Oficina Seccional lo secundaron. Además, es muy elocuente que sobre el particular el señor Magistrado Sustanciador hubiera expresado después de una detenida inspección judicial ‘si se dan las situaciones mencionadas por el Visitador’ aunque aclarando que en proporción menor a la indicada por este último, que en nada modifican lo sustancial de la conclusión”.

Consideraciones de la Corte

Si bien es cierto que la investigación se ha venido adelantando por el delito de falsedad en documentos, atendiendo a la expresa calificación que le dio a los hechos el ofendido en su denuncia y, para quien el acusado faltó a la verdad en las afirmaciones que hizo en el informe evaluativo de la visita que practicó a su Fiscalía, no lo es menos que toda calificación es provisional mientras no se haga en un auto de proceder en firme y que, por tanto, es susceptible de variación antes de ese momento procesal. De allí que el Tribunal, al encontrar que podría llegar a no configurarse el delito de falsedad inicialmente atribuido al Visitador, advirtiera que esos mismos hechos podían presentar otro enfoque ilícito, lo cual no permite la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

Está en lo cierto el Tribunal y la valoración global del comportamiento del procesado habrá de hacerse una vez que se cuente con todos los elementos de juicio que permitan hacerlo, muchos de los cuales, como lo deja entrever el Tribunal en su auto, y se anotará adelante en esta providencia, no obran aún en el expediente.

Aparte de lo anterior, las consideraciones atinentes a la inexistencia del delito por ausencia de culpabilidad, sobre las cuales descansan, en gran parte, los conceptos del Ministerio Público en ambas instancias, constituyen cuestiones que deben ser resueltas al momento de calificar el mérito del sumario y no por la vía de la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.

A este respecto ha dicho la Sala, al precisar el alcance del proveído que decreta la cesación de procedimiento:

“Cuando se alega en el proceso inexistencia de delito por razones distintas a las señaladas en precedencia como ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad, tal cuestión no puede ser resuelta mediante la providencia a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal sino en el momento procesal de la calificación del mérito del sumario; si del examen de los hechos en dicha oportunidad aparece demostración plena de una de aquellas causales que impiden la delictuosidad de la conducta, habrá de proferirse sobreseimiento definitivo, como lo autoriza el número 2º del artículo 491 del estatuto procesal” (autos de 19 de junio y 8 de julio de 1980).

Los elementos probatorios que se echan de menos, son:

a) Ampliación de indagatoria a fin de que el sindicado explique concretamente si leyó la totalidad o parte de las vistas fiscales, pues afirma simplemente que llegó a la conclusión anotada “mirándolas”; indicará así mismo, si con anticipación tenía un concepto adverso acerca de la idoneidad del Fiscal Peña Muñoz y si éste pudo influir en su informe. Dirá también qué sistema empleó para llegar a la conclusión de la ineficacia de colaboración de la Fiscalía Primera con los juzgados de conocimiento;

b) Declaración de la auxiliar de la Fiscalía, Sonia Córdoba Cartuche, acerca de la forma como efectuó el doctor Gómez Tello, la visita del 27 de abril de 1979; si leyó y revisó cuidadosamente las vistas fiscales; y la forma como realizaba su labor el denunciante Peña Muñoz;

c) Se allegará copia auténtica del oficio número 669 de 19 de abril de 1979, dirigido por el Procurador Delegado para el Ministerio Público al Procurador Regional de Popayán. Igualmente, copia del oficio o comunicación por medio de los cuales fue comisionado el doctor Gómez Tello, para visitar la Fiscalía a cargo del doctor Peña Muñoz, así como de las instrucciones que le hubieren sido impartidas para el cumplimiento de esa misión;

d) Se allegará, así mismo, copia de las disposiciones legales u orgánicas, respecto de las funciones y deberes que incumben a los Abogados Visitadores adscritos a las Procuradurías Regionales, especialmente en cuanto a la práctica de visitas y elaboración de informes evaluativos se refieren;

e) Ampliación de denuncia con el objeto de que el doctor William S. Peña Muñoz explique las razones que fundamentan su aseveración relacionada con la enemistad que dice, sostiene con el sindicato. Se establecerá el alcance

de este hecho mediante la recepción de otros testimonios;

f) Se establecerá la calidad de Fiscal del doctor Peña Muñoz, si efectivamente fue reemplazado, en qué fecha, y, si es posible la causa que determinó su separación del servicio;

g) Declaración del Fiscal del Tribunal doctor Luis Carlos Gómez Restrepo, respecto del método utilizado en su visita de 6 de junio de 1979.

Visto lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, CONFIRMA la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Alberto Mora Cogollos
Secretario.

I N D I C E

	<i>Pág.</i>		<i>Pág.</i>
NULIDAD. <i>Haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.</i> Casación. 23 de enero de 1980. <i>No casa</i> la sentencia absoluta, proferida por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo contra José Baudilio Alarcón Chaparro, por el punible de homicidio. Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	5	co Edgar Londoño Jiménez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Bothero</i>	75
CONSULTA. <i>Qué decisiones tienen consulta.</i> Casación. 8 de febrero de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Buga, contra Mario Borrero Córdoba, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	8	PRUEBAS. <i>Informes de la Policía Judicial. Valor probatorio. Requisitos (Art. 303 del C. de P. P.). Antecedentes.</i> Casación. 26 de febrero de 1980. Mediante la cual <i>no casa</i> la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Marco Antonio Munévar González, por el delito de robo. Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i>	78
Con voto de salvamento del doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	11	NULIDAD. <i>Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo, a la época en que se cometió la infracción. En qué consiste.</i> Casación. 27 de febrero de 1980. Mediante la cual <i>se casa</i> la sentencia condenatoria que por el delito de homicidio profirió el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, contra Reynaldo Alarcón. Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	85
VEREDICTO. <i>El error en la lectura del veredicto emitido por el jurado, no constituye nulidad.</i> Casación. 11 de febrero de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, contra Sebastián Pabón, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	13	VEREDICTO. <i>"Si en estado de ira", el veredicto no es suficiente para fundamentar que el procesado actuó en la forma prevista por el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.</i> Casación. 28 de febrero de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín que condenó a Hernán Darío Tabares Echavarría, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i>	89
ESTADO DE NECESIDAD. <i>El estado de necesidad, puede prolongarse sin dejar de serlo, por un lapso tan extenso que no tiene término.</i> Sentencia. 15 de febrero de 1980. Mediante la cual <i>se absuelve</i> al señor Julio Enrique Escallón Ordóñez de los cargos por los cuales habrá sido llamado a juicio. Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	66	NULIDADES. <i>En presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte omitir casar la sentencia, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su conciencia.</i>	
Con salvamento de voto de los doctores <i>Alfonso Reyes Echandía</i> y <i>Gustavo Gómez Velásquez.</i>			
CASACION. <i>Técnica en el manejo del recurso de casación.</i> Casación. 26 de febrero de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, contra Francis-			

	Pág.		Pág.
Casación. 29 de febrero de 1980. <i>Casa parcialmente</i> la sentencia condenatoria, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, contra Jaime de Jesús Sánchez Gómez, por el delito de homicidio.		<i>medios fraudulentos, el juez penal puede ordenar la cancelación del registro de tales títulos y ordenar también que la propiedad vuelva a quedar en cabeza de su verdadero dueño.</i>	
Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	92	Casación. 25 de marzo de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, contra Elvia Rivera de Granados y Federico Zárate por el delito de Estafa.	
JURADOS. Impedimentos. Recusaciones, sus deberes, sus faltas.		Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	116
Casación. 29 de febrero de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia condenatoria, que por el delito de homicidio profirió el Tribunal Superior de Cali, contra José Barlaham Correa Orozco.		MARIHUANA. Especiales circunstancias de agravación de la pena en este delito. Cantidad y pureza de los estupefacientes (Dto. N° 1188 de 1974).	
Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	98	Casación. 25 de marzo de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia condenatoria que por el delito de tráfico de marihuana profirió el Tribunal Superior de Villavicencio contra Alvaro Suárez Muñoz, Roberto Herrera y Ramón González Monsón.	
Con salvamento de voto de los doctores <i>Dante L. Fiorillo Porras</i> y <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	102	Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	125
PENAS. Graduación de la pena. Circunstancias de mayor peligrosidad y concurso material homogéneo de delitos (Art. 33 C. P.).		DICTAMEN PERICIAL. Prueba grafológica. Su validez legal. Requisitos.	
Casación. 4 de marzo de 1980. <i>No se casa</i> la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Eberto Pulido Rivera, por el delito de homicidio.		Casación. 26 de marzo de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia condenatoria, que por el delito de homicidio profirió el Tribunal Superior de Aduanas, contra Jaime Humberto Sossa Gómez.	
Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i>	106	Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i>	130
CAUSAL 1ª DE CASACION ORDINAL 1º DEL ARTICULO 580 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. PROCEDENCIA. En los juicios en que interviene el jurado de conciencia es equivocado aducir como motivo de casación el señalado en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.		NULIDAD. Artículo 26 de la Constitución Nacional. La falta de asistencia del procesado detenido a la diligencia del sorteo de jurados, no constituye nulidad, si por otros medios se entera de ella.	
Casación. 6 de marzo de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra José Octavio Martínez Avila por el delito de homicidio.		Casación. 26 de marzo de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia que por el delito de homicidio profirió el Tribunal Superior de Bucaramanga, contra José Reyes Barrera Sandoval.	
Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	109	Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	134
VEREDICTO. (Causal 1ª del Art. 23 del C. P.). Qué se entiende por insuperable coacción ajena.		REVISION. Demostración de las causales.	
Casación. 13 de marzo de 1980. Mediante la cual <i>no se casa</i> la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga que condena a Angel María Pabón, por el delito de homicidio.		Revisión. 26 de marzo de 1980. <i>Se niega</i> la revisión del proceso seguido contra Tarcisio Rodríguez Alayón, por el delito de Estafa.	
Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i>	112	Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	138
ESTAFA. Aplicación indebida. Cuando se ha probado que el título de propiedad se detuvo por		ABUSO DE AUTORIDAD. Elemento psicológico o subjetivo del delito. Su demostración.	

	<i>Pág.</i>		<i>Pág.</i>
Auto. 27 de marzo de 1980. Mediante el cual se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Cúcuta en pro de Graciela Romero Gil, Juez Promiscuo Municipal El Zulia (N. de Santander). Magistrado ponente: doctor <i>Darío Velásquez Gaviria</i>	141	curador Primero Delegado en lo penal en las diligencias seguidas contra Avelardo Torres T. Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	161
AUTO DE PROCEDER. <i>Requisitos. Pruebas. Términos para pedir y practicar. Facultad del juez para decretarlas.</i> Auto. 27 de marzo de 1980. Mediante el cual se confirma el llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Neiva, contra Nelson Arrieta Trujillo Juez Promiscuo Municipal de Colombia, por los delitos de peculado y falsedad. Magistrado ponente: doctor <i>Darío Velásquez Gaviria</i>	148	Adición de voto del doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	161
Con salvamento de voto del doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	150	ESTUPEFACIENTES. <i>Los Jueces de Instrucción Criminal, tanto ambulante como radicados pueden conocer de la instrucción de procesos que se inicien como violatorios del Decreto 1188 de 1974.</i> Casación. 24 de abril de 1980. No se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Nolasco Alfonso Duque Arroyave, por el delito de infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i>	165
NULIDAD. <i>Causal 4ª de Casación. Infracción al artículo 26 de la Constitución Nacional por no permitirse al defensor que ejercitara a cabalidad el derecho de defensa de su defendido.</i> Casación. 27 de marzo de 1980. Casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de infracción al Decreto 1188 de 1974, contra Rafael Antonio Valles Ortiz. Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	153	NATURALEZA DEL PERJUICIO EN EL DELITO DE FALSEDAD. Auto. 29 de abril de 1980. Mediante el cual se revoca el sobreseimiento definitivo y se sobresee temporalmente por segunda vez a Carlos Barros Salgado, ex Juez Promiscuo Municipal de San Benito de Abad (Sucre), sindicado del delito de falsedad en documentos. Magistrado ponente: doctor <i>Darío Velásquez Gaviria</i>	169
DELIBERACIONES DE LAS SALAS DE LAS CORPORACIONES JUDICIALES. <i>Las deliberaciones de las salas son reservadas, pero las resoluciones no.</i> Auto. 10 de abril de 1980. Mediante el cual se abstiene de iniciar proceso contra la Magistrada del Tribunal Superior de Villavicencio, Clemencia Rojas Medina, según denuncia de Mario Amaya Eslava. Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	157	VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY POR ERROR DE HECHO. SUS MORALIDADES. <i>Formas de falsedad documental descritas en los artículos 240 y 242 del Código Penal.</i> Casación. 29 de abril de 1980. No casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Tunja, contra José Roberto Sotelo Grinaldo, por el delito de falsedad en documentos privados. Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	173
CUANDO LA OPINION CONSTITUYE IMPEDIMENTO. Auto. 17 de abril de 1980. Mediante el cual no se acepta el impedimento aducido por el Procurador Segundo Delegado en lo penal. Magistrado ponente: doctor <i>Darío Velásquez Gaviria</i>	159	MARIHUANA. La dosis personal la indica el Decreto 1188 de 1974 en su artículo 6º. Competencia de los jueces para instruir los procesos, mientras se produce la peritación médico-legal a que hace referencia el artículo 39 del Decreto número 1188 de 1974. Casación. 6 de mayo de 1980. Se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Neiva, contra Germán Enrique Quintero, por el delito de infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	177
IMPEDIMENTO. Auto. 17 de abril de 1980. Mediante el cual no se acepta el impedimento planteado por el Pro-			

	Pág.		Pág.
Con salvamento de voto de los doctores <i>Fabio Calderón Botero</i> y <i>Alfonso Reyes Echandía</i> ...	182	COLISION DE COMPETENCIAS. <i>El artículo 42 del Código de Procedimiento Penal abrevia las dificultades que puedan presentarse cuando existe la circunstancia de que dos jueces puedan conocer del mismo negocio penal.</i>	
NULIDAD-CASACION. <i>Error en la denominación jurídica de la infracción.</i>		Auto. 20 de mayo de 1980. Mediante el cual <i>dirime</i> el conflicto suscitado entre el Tribunal Superior de Santa Marta y el Juzgado Veintiuno Superior de Bogotá, asignándole la competencia al primeramente nombrado.	
Casación. 6 de mayo de 1980. <i>No se casa</i> la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Gustavo Cristancho Joya y otros, por el delito de robo.		Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i> ...	202
Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i> ...	184	DOCUMENTOS. <i>No puede admitirse que exista en nuestra legislación una especie de documentos distinta a los públicos y a los privados.</i>	
PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. <i>Naturaleza de la acción penal. Tesis principales. El poder punitivo y el poder de la acción del Estado. Circunstancias que impiden el ejercicio de la acción penal.</i>		Casación. 22-V-80. <i>No casa</i> la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Carlos Julio González y Melba Villa de González por el delito de falsedad documental.	
Auto. 6 de mayo de 1980. Mediante el cual se <i>confirmó</i> el cese de procedimiento proferido por el Tribunal Superior de Medellín en pro de Gustavo Antonio Escalante Sánchez, ex Juez Penal Municipal de Ciudad Bolívar.		Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i> ...	205
Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i> ...	187	FALTA DE TECNICA EN LA PRESENTACION DE LA DEMANDA DE CASACION. <i>No se puede confundir la violación directa con la violación indirecta.</i>	
Con salvamento de voto del doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i> ...	189	Casación. 27 de mayo de 1980. <i>No se casa</i> la sentencia, mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó por el delito de falsedad y fuga de presos a Oscar de Jesús Morales López.	
VALOR DEL TESTIGO UNICO.		Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i> ...	209
Auto. 7 de mayo de 1980. Mediante el cual se <i>confirma</i> el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín en pro de Nevarado de Jesús Tirado Sánchez en lo que atañe al delito de concusión y se revoca para sobreseer temporalmente por lo plasmado en el literal B).		INDAGATORIA. <i>En la diligencia procesal donde el instructor pregunta al sindicado sobre los hechos que se le imputan, pero no es la única oportunidad que el sindicado tiene para aceptarlos o negarlos.</i>	
Magistrado ponente: doctor <i>Darío Velásquez Gaviria</i> ...	191	Casación. 27 de mayo de 1980. <i>No casa</i> la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Aduanas contra Efraín Rodrigo Arias Sierra, por los delitos de contrabando y falsedad.	
CAUSAL PRIMERA DE CASACION. <i>Error de hecho, error de derecho, apreciación de las pruebas.</i>		Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i> ...	212
Casación. 8 de mayo de 1980. <i>No casa</i> la sentencia condenatoria, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Luis Roberto Pacheco García, por el delito de peculado.		JURADOS DE CONCIENCIA. <i>Principales y suplentes numéricos.</i>	
Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i> ...	196	Casación. 29 de mayo de 1980. <i>No casa</i> la sentencia condenatoria, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Hernando Gómez Castillo, por el delito de homicidio.	
IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. <i>Cuáles son los motivos válidos.</i>		Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i> ...	215
Auto. 13 de mayo de 1980. <i>Se declara infundado</i> el impedimento aducido por el Magistrado del Tribunal Superior de Aduanas Carlos Julio Díaz Méndez.			
Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i> ...	200		

Pág.

Pág.

COMPETENCIAS PARA CONOCER LOS PROCESOS SEGUIDOS CONTRA MIEMBROS DE LA POLICIA. POR DELITOS COMUNES. AUN CUANDO EL PAIS SE ENCUENTRE EN ESTADO DE SITIO.

Casación. 2 de junio de 1980. *No casa* la sentencia condenatoria, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla contra Ramón Emilio Nova Mendoza por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 218
 Aclaración de voto del doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 220

1º ASPECTO TECNICO DE RECURSO DE CASACION.

2º COMPETENCIA PARA JUZGAR A UN SOLDADO CUANDO CUMPLE SU SERVICIO MILITAR EN ACTIVIDADES DE POLICIA.

Casación. 3 de junio de 1980. *No se casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior Militar, contra Gustavo Díaz, por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 222
 Salvamento de voto: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 224
 Aclaración del doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. 225

CUESTIONARIOS PARA EL JURADO DE CONCIENCIA. *Deben estar acordes con el auto de proceder.*

Casación. 3 de junio de 1980. *No se casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Pasto, contra Oscar Francisco Moncayo Realpe, por el delito de homicidio y secuestro.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 226

PECULADO. *El peculado culposo ocurre no sólo cuando los caudales o efectos se pierden, sino también cuando se extravían.*

Auto. 12 de junio de 1980. *Confirma* el llamamiento a juicio proferido contra Virgilio Valencia Chaves, con la modificación que es por el delito de peculado.

Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 230

EJERCICIO ILEGAL DE LA ABOGACIA POR LOS EMPLEADOS DEL ORDEN JUDICIAL O DEL MINISTERIO PUBLICO. *Interpretación y aplicación del artículo 179 del Código Penal. Recuento y análisis de las doctrinas sostenidas por la Corte. Tipicidad y atipicidad de conductas.*

Auto. 17 de junio de 1980. Mediante el cual se *revoca* el que negó la aplicación del artículo 163, proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, contra la doctora Ruth Sánchez Angarita, Juez Primera Penal Municipal de Armero, y se ordena el cese de todo procedimiento.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 234
 Salvamento de voto: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 240
 Aclaración de voto: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 241

JUZGAMIENTO DE LOS AGENTES DE POLICIA. CUANDO COMETEN DELITOS COMUNES. FUERA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESTABLECIDAS EN EL DECRETO 2347 Y ENCONTRANDOSE EL PAIS EN ESTADO DE SITIO.

Casación. 17 de junio de 1980. *Se casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, contra José Raúl Mendoza, por el delito de homicidio.

Magistrado ponente: doctor *Luis Enrique Romero Soto* 245
 Salvamento de voto: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 247
 Aclaración de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 252

AUDIENCIA PUBLICA. *Cómo debe celebrarse. La falta de algunas firmas no constituyen nulidad.*

Casación. 24 de junio de 1980. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, contra Francisco Marino San Juan.

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 253

DEMANDA DE CASACION. *Imperfección sustancial. No puede proponerse errores de derecho a la prueba testimonial ni a la prueba parcial, salvo casos excepcionales.*

Casación. 24 de junio de 1980. *No casa* la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Sixto Rolando Gutiérrez Durán, ex Juez Primero Distrital de Aduanas por el delito de falsedad y estafa.

Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 258

TENTATIVA DE ROBO Y ATRACO. *Sus diferencias.*

Casación. 24 de junio de 1980. *No casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de

	Pág.		Pág.
Bogotá, contra Jaime Osorio González y Efraín Argüello Quintero. Magistrado ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía	261	ciones o por razón de éstas, el cambio de radicación no requiere concepto de la Corte. Auto. 3 de julio de 1980. Mediante el cual se abstiene de rendir concepto en las diligencias contra Gonzalo Rey Farrera. Magistrado ponente: doctor Dante L. Fiorillo Porras	286
PARTE CIVIL. <i>Interés jurídico para recurrir a la casación.</i> Casación. 25 de junio de 1980. Casa la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, contra Miguel González Núñez, por el delito de robo. Magistrado ponente: doctor Servio Tulio Pinzón	264	RECUSACION. ENEMISTAD GRAVE. La "enemistad grave" debe ser un sentimiento recíproco. Si es unilateral, prospera de modo excepcional cuando es declarado por el funcionario. Auto. 4 de julio de 1980. Mediante el cual se declara infundada la recusación formulada contra el doctor Joaquín Mosquera Irurita, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán en las diligencias seguidas contra Casimiró Benavides Pabón Magistrado ponente: doctor Darío Velásquez Gaviria	288
CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO. APLICACION DEL ARTICULO 163 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Cuando se alega en el proceso inexistente del delito por ausencia de antijuridicidad o culpabilidad, tal cuestión no puede ser resuelta mediante la providencia a que se refiere el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal. Auto. 1º de julio de 1980. Mediante el cual se ordena el cese de todo procedimiento en las diligencias seguidas contra el doctor Rafael Iguarán Mendoza, Gobernador de la Guajira. Magistrado ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía	272	INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE UN FUNCIONARIO DE LAS DECISIONES TOMADAS POR UN SUPERIOR JERARQUICO. Su no aceptación puede ser comportamiento delictuoso. Auto. 8 de julio de 1980. Mediante el cual se confirma el auto inhibitorio dictado por el Tribunal Superior de Pasto en pro del doctor Guillermo Chamorro, Juez Segundo Penal del Circuito de Ipiales. Magistrado ponente: doctor Dante L. Fiorillo Porras	291
FALSAS IMPUTACIONES. <i>Simulación de delito. En qué consiste esta moralidad.</i> Casación. 2 de julio de 1980. Mediante la cual no se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Tunja, contra Miguel Pita Olaya, por el delito de falsas imputaciones. Magistrado ponente: doctor Luis E. Romero Soto Con salvamento de voto del doctor Alfonso Reyes Echandía	276 279	NULIDADES CONSTITUCIONALES OSUPRA-LEGALES. La Corte reitera su doctrina en el sentido de que no cualquier informalidad o defecto procesal quebranta los derechos constitucionales consagrados en el artículo 26 de la Carta fundamental. La violación de las formas propias del juicio hace relación a las actuaciones u omisiones de los jueces y no a las de los apoderados o defensores. Casación. 8 de julio de 1980. Mediante la cual no se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, contra Miguel Fernández Gómez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Dante L. Fiorillo Porras	294
TECNICA DE CASACION. <i>Error de hecho y error de derecho. Diferencias.</i> Casación. 2 de julio de 1980. Mediante la cual no se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Armenia, contra Gustavo Jiménez Muñoz, por el delito de hurto. Magistrado ponente: doctor Darío Velásquez Gaviria	281	PREVARICATO. Este delito exige pronunciamiento de providencia contraria a la ley, y esto no ocurre cuando la ambigüedad en la redacción de las cláusulas de un contrato propicia	
CAMBIO DE RADICACION. Cuando el proceso se adelanta contra oficiales, suboficiales, agentes y detectives de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, por infracciones cometidas en ejercicio de sus fun-			

	Pág.		Pág.
<i>equivocada interpretación de su verdadero alcance.</i>		el Tribunal Superior de Bogotá en pro del doctor Jesús María Huérfano Barbosa, Juez Segundo Promiscuo Municipal de Choachí.	
Auto. 8 de julio de 1980. Mediante el cual se abstiene de iniciar sumario contra los Magistrados del Tribunal Superior de Cali, doctores Sergio Rivas Rentería, Mauricio Valencia López y Hugo Hernán Aragón Torres.		Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	316
Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	301	LIBERTAD PROVISIONAL Y SUBROGADOS PENALES. <i>Cuando se imponga al imputado obligación de observar buena conducta, la vigilancia de su comportamiento está encomendada a autoridades nacionales dentro del territorio del país.</i>	
VEREDICTO DEL JURADO. INTERPRETACION. <i>En qué casos son contradictorios y cuándo hay ausencia de los mismos.</i>		Auto. 17 de julio de 1980. Mediante el cual se niegan los pedimentos elevados por el procesado Joy Lynn Cain Sanderson.	
Casación. 8 de julio de 1980. Mediante la cual no se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior Militar contra Luis María Muñoz Santanilla, por los delitos de homicidio culposo. Insubordinación y contra funcionarios públicos.		Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	318
Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i>	303	RECURSO DE CASACION. PROCEDENCIA. <i>Deben tenerse en cuenta las circunstancias de agravación o de atenuación punitivas que modifiquen la norma genérica que describe el delito.</i>	
DELITO CONTINUADO FRENTE AL CONCURSO DE DELITOS. <i>Cada una de las conductas que integran la ficción de delito continuado, conforman por sí y naturalísticamente un delito. De no existir la figura, surgiría el concurso material de delitos. Determinación de la cuantía, la competencia y la pena.</i>		Auto. 24 de julio de 1980. Mediante el cual se declara admisible el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Pablo Antonio Jiménez Betancourt, contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá.	
Casación. 10 de julio de 1980. Por la cual no se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Eduardo Ramírez Pérez, por el delito de estafa continuado.		Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i>	320
Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	307	ERROR EN LA TECNICA DE CASACION. <i>No es posible invocar simultáneamente la violación directa e indirecta de la ley para involucrarlas en el cuerpo 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque existen diferencias sustanciales entre ellas.</i>	
PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD. <i>Se estructuran estos ilícitos cuando la ilegalidad de la decisión es manifiesta, o cuando se conculca arbitrariamente derecho ajeno o cuando mañosamente se hace decir a la ley lo que ella, no expresa.</i>		Casación. 24 de julio de 1980. No se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Luis Antonio Baracaldo, por el delito de falsedad documental.	
Auto. 10 de julio de 1980. Mediante el cual se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en pro del doctor Armando Camacho Pardo, Juez Sexto Laboral del Circuito.		Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	323
Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	312	COLISION DE COMPETENCIAS. <i>El juez que suscita colisión de competencia negativa para conocer de un asunto, no puede decretar la nulidad de lo actuado.</i>	
DETENCION ARBITRARIA. <i>Términos para indagar y resolver situaciones jurídicas.</i>		Auto. 12 de agosto de 1980. Mediante el cual se dirime el conflicto suscitado entre el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá y el Juzgado Penal del Circuito de Cereté, asignándole la competencia al primeramente nombrado.	
Auto. 10 de julio de 1980. Por el cual se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por		Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	325

- Con salvamento de voto de los doctores *Fabio Calderón Botero* y *Pedro Elías Serrano Abadía*. 327
- DETENCION ARBITRARIA Y ABUSO DE AUTORIDAD.** *La detención arbitraria es un abuso de autoridad calificado por el quebrantamiento que se hace del bien jurídico de la libertad individual. Por ser delito de mayor gravedad, debe aplicarse este tipo penal, y no el que describe el abuso de autoridad.*
- Auto. 12 de agosto de 1980. Mediante el cual se confirma el llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio, contra María Elisa Díaz de Jurado, por el delito de detención arbitraria.
- Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 328
- CAMBIO DE RADICACION:** *Su finalidad es garantizar la independencia e imparcialidad de la administración de justicia y asegurar a las partes la plenitud de sus derechos.*
- Concepto. 13 de agosto de 1980. Se da en forma favorable en las diligencias seguidas contra María Francisca González Quevedo.
- Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 330
- REVISION.** *Causal 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. Que se entiende por pruebas nuevas.*
- Sentencia. 14 de agosto de 1980. Se niega la revisión del proceso adelantado contra Francisco Alonso Castro, por el delito de contrabando.
- Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 334
- VEREDICTOS CONTRADICTORIOS.** *Cuando el veredicto resulta contradictorio, hay ausencia del mismo y por consiguiente se carece de un presupuesto procesal de la sentencia, indispensable para atender la validez jurídica y la nulidad lógica que debe caracterizar el proceso.*
- Casación. 21 de agosto de 1980. No se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de San Gil, contra Ismael Zúñiga Barbosa Amado y Gonzalo Zúñiga, por el delito de homicidio.
- Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 338
- INASISTENCIA FAMILIAR.** *El delito de inasistencia familiar es de carácter permanente, porque su consumación se prolonga en el tiempo.*
- Auto. 28 de agosto de 1980. Mediante el cual se dirime el conflicto suscitado entre el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartago y el 2º de igual categoría en Popayán, en las diligencias seguidas contra Roberto Elías Rivas Valencia, asignándole la competencia al primero de los nombrados.
- Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez* 344
- APERTURA DE INVESTIGACION CON BASE EN UNA DENUNCIA.** *Es presupuesto indispensable que ésta precise la ocurrencia de un hecho concreto, específico, definido como delito en un Código Penal, con determinación de todos los pormenores que conozca el denunciante.*
- Auto. 28 de agosto de 1980. Mediante el cual se abstiene de abrir proceso contra los Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, según denuncia del procesado Fernando Mosquera Córdoba.
- Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 346
- COMISION Y SUBCOMISION EN MATERIA CIVIL. ATIPICIDAD POR AUSENCIA DE DAÑO.** *Cuando el comisionado subcomisiona, no incurre en delito, si no se produjo daño alguno al derecho de quienes tentan título legítimo para intervenir en las diligencias objeto de la comisión; a lo sumo se estaría frente a una irregularidad de tipo procedimental que podría acarrear nulidad.*
- Auto. 29 de agosto de 1980. Mediante el cual se revoca el que negó la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y se da aplicación a éste en las diligencias seguidas contra José Otto Munévar Rocha; Juez Civil Municipal de Tocaima.
- Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 349
- Con salvamento de voto de los doctores *Pedro Elías Serrano Abadía* y *Dante L. Fiorillo Porras* 351
- IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. LA DENUNCIA COMO CAUSAL DE RECUSACION.**
- Taxatividad. La denuncia penal contra el funcionario que no conoce el proceso, como causal de recusación, debe alegarse dentro del numeral 4º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, cuando el denunciante ha sido admitido como parte civil en el proceso en el cual ha formulado dicha querrela.*

	Pág.		Pág.
Auto. 29 de agosto de 1980. Por el cual se declara infundada la recusación formulada contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Gregorio Rodríguez Vásquez. Magistrado ponente: doctor <i>Alvaro Luna Gómez</i>	354	Auto. 16 de septiembre de 1980. Se dirime el conflicto suscitado entre los Juzgados Tercero Penal del Circuito de Buga y Noveno Penal del Circuito de Medellín, en las diligencias seguidas contra Daniel Londoño, asignándole la competencia al primeramente nombrado.	
Con aclaración de voto de los doctores <i>Darío Velásquez Gaviria</i> y <i>Luis E. Romero Soto</i>	356	Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	376
DELITO CONTINUADO. <i>Diferencias entre el dolo y la unidad de designio.</i>		COSA JUZGADA. <i>Interpretación del artículo 115 del Código de Procedimiento Penal.</i>	
Casación. 4 de septiembre de 1980. No se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Luis Eduardo González, por el delito de peculado.		Casación. 16 de septiembre de 1980. No casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, contra Alfredo Marín Quevedo, por el delito de peculado.	
Magistrado ponente: doctor: <i>Fabio Calderón Botero</i>	359	Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i>	378
Con salvamento de voto del doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	362	FALSEDAD DOCUMENTAL. <i>No constituye delito, la mutación de la verdad realizada sobre un proyecto de providencia.</i>	
PREVARICATO. <i>Demostración de la culpabilidad. Error sobre el tipo, y error sobre la anti-juridicidad.</i>		Auto. 16 de septiembre de 1980. Mediante el cual se abstiene de iniciar proceso contra el Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, doctor Antonio J. López Morales.	
Sentencia. 4 de septiembre de 1980. Se confirma la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, contra la doctora Elsa Inés Reyes, ex Juez Segundo de Instrucción Penal. Adecuada por el delito de prevaricato.		Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	381
Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	364	FUERO DE LOS PERSONEROS MUNICIPALES. NULIDAD POR INCOMPETENCIA PARA INICIAR INVESTIGACION. <i>Cuando un funcionario goza de fuero, la investigación sólo puede iniciarla quien tenga competencia por el factor subjetivo. La omisión de esta formalidad genera nulidad.</i>	
COPARTICIPACION CRIMINAL. <i>Autores, coautores y cómplices. Diferencias entre estas figuras.</i>		Auto. 16 de septiembre de 1980. Declara nulo lo actuado en las diligencias seguidas contra Roberto Luis Suárez Osorio.	
Casación. 9 de septiembre de 1980. No se casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Tunja, contra Juan Manuel Martínez Baquero y otros, por los delitos de robo y peculado.		Magistrado ponente: doctor <i>Luis E. Romero Soto</i>	383
Magistrado ponente: doctor <i>Alfonso Reyes Echandía</i>	367	RECURSO DE CASACION. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. FALSEDAD POR USO. <i>Cuando se alega la violación directa de la ley se aceptan en su integridad los hechos tal como lo hizo el juzgado, y se trata de demostrar el quebrantamiento de la ley sustancial con razonamientos de puro derecho. Qué debe entenderse por uso de documento falso.</i>	
RECURSO DE CASACION. <i>Error de técnica en la demanda de casación. Violación directa y violación indirecta.</i>		Casación. 18 de septiembre de 1980. No casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Medellín, contra Gerardo Herrera Morales, por el delito de falsedad en documento.	
Casación. 11 de septiembre de 1980. No casa la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Medellín, contra Carlos Mario Mesa Pérez, por el delito de homicidio.		Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i>	386
Magistrado ponente: doctor <i>Fabio Calderón Botero</i>	372		
COLISION DE COMPETENCIAS. <i>Rapto en concurso material con otros delitos. Juez competente para conocer del proceso.</i>			

RAPTO. COMPETENCIA PARA CONOCER DE ESTE DELITO. *Es delito de carácter permanente. Si la prolongación de la conducta antijurídica se logra en varios distritos judiciales, es necesario aplicar las normas sobre competencia a prevención.*

Auto. 23 de septiembre de 1980. *Se dirime el conflicto suscitado entre los Jueces Tercero Penal del Circuito de Buga y Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en las diligencias seguidas contra Héctor Manuel Mira Ramírez, asignándole la competencia al primeramente nombrado.* Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 389

CONCUSION. *Cómo se estructura la modalidad implícita o encubierta.*

Auto. 30 de septiembre de 1980. *Se confirma el auto inhibitorio proferido por el Tribunal Superior de Buga en pro del doctor Félix Roldán Salcedo, Juez Segundo Civil Municipal.* Magistrado ponente: doctor *Luis E. Romero Soto* 391

PREVARICATO. *Interpretación del elemento "a sabiendas".*

Auto. 30 de septiembre de 1980. *Se revoca el sobreseimiento temporal proferido por el Tribunal Superior de Cali en pro de Darío León López Pérez, Juez Segundo Penal Municipal y se le llama a juicio por prevaricato.* Magistrado ponente: doctor *Luis E. Romero Soto* 394

CAMBIO DE RADICACION. JUICIOS ADELANTADOS ANTE LOS JUECES DE MENORES. *A pesar de que el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, no los hubiese relacionado expresamente los procesos penales adelantados ante aquellos funcionarios son susceptibles de cambio de Radicación. Por ende, no pueden negarse a expedir las copias, que por esa razón, le sean solicitadas por la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, so pretexto de la prohibición genérica consagrada en los artículos 644 y 650 del Código de Procedimiento Penal, porque se haría nugatorio el derecho a pedir el cambio de Radicación.*

Concepto. 2 de octubre de 1980. *En forma favorable en el proceso seguido contra Hernando Guerrero.*

Magistrado ponente: doctor *Alvaro Luna Gómez*. 403

TECNICA EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION. *La Corte reitera su doctrina en el sentido de: a) Los conceptos de aplicación indebida e interpretación errónea no son concurrentes; b) La invocación de la violación directa implica la aceptación de la prueba, tal como fue apreciada en la sentencia; c) En los juicios en que intervienen el jurado, no se puede invocar la violación indirecta de la ley.*

Casación. 7 de octubre de 1980. *No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín que condenó por homicidio a Carlos Alberto González Zapata.* Magistrado ponente: doctor *Darío Velásquez Gaviria* 406

CONFESION. VALOR PROBATORIO. *La confesión, para ser admitida o rechazada debe recibir adecuada comprobación.*

Casación. 7 de octubre de 1980. *No casa la providencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó por infracción al Decreto 1188 de 1974 a Joy Lynn Sanderson.* Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 411

VEREDICTO. *El artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, autoriza al Jurado para agregar a su respuesta afirmativa de responsabilidad del procesado, "circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario"; empero, la inimputabilidad no puede considerarse como una mera circunstancia.*

Por cuanto es un fenómeno que constituye un aspecto esencial del hecho punible, que sólo puede ser resuelto por el Juez de derecho, quien debe omitir la adición que sobre tal situación haga el jurado de conciencia en su veredicto.

Casación. 14 de octubre de 1980. *No casa la providencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó por homicidio a Roberto y Luis Blandón Torres.* Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 417

Salvamento de voto: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 421

AUTO INHIBITORIO, QUE DEBE ENTENDERSE COMO INFRACCION PENAL. *El artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, autoriza su aplicación no sólo por situación de atipicidad, sino por causal de justificación o de inculpabilidad. Entre otras razones, porque el legislador incrustó en varios tipos penales fenómenos relativos a la antijuricidad y a la*

	Pág.		Pág.
<i>culpabilidad, por impaciencias del legislador los traslados de estos elementos del delito al tipo penal, obligan al juzgador a que anticipe en cede de tipicidad, valoraciones que escapan al ámbito meramente descriptivo de ella, y que pertenecen a los juicios de reproche propios del injusto y de la culpabilidad.</i>		Guzmán, entendida esta como suspensión de los efectos de una sentencia condenatoria, o como excarcelación por la posible condena condicional que podría sobrevenir en caso de prosperar el recurso extraordinario interpuesto.	
Auto. 14 de octubre de 1980. Se abstiene de abrir proceso contra la señora Elvira Facio Lince de Espinosa según hechos denunciados por José Domingo Vilora.		Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	438
Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i>	425	Salvamento de voto: doctores <i>Alfonso Reyes Echandía</i> y <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	442-446
Salvamento de voto: doctores <i>Dante L. Fiorillo Porras</i> , <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i> , <i>Alfonso Reyes Echandía</i> y <i>Dario Velásquez Gaviria</i>	428	Aclaración del conjuer: doctor <i>Lisandro Martínez Zúñiga</i>	444
PECULADO. JUNTAS DE ACCION COMUNAL. <i>Enfoque de la conducta frente a la legislación penal anterior y a la vigente.</i>		RIÑA IMPREVISTA. <i>No puede beneficiarse con la disminuyente, quien habilidosamente provoca en forma deliberada la riña.</i>	
Casación. 16 de octubre de 1980. Casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio que condenó por <i>peculado</i> a José Francisco Godoy.		Casación. 29 de octubre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó por <i>homicidio</i> a Jorge Eliécer Ortiz Rozo.	
Magistrado ponente: doctor <i>Pedro Elías Serrano Abadía</i>	430	Magistrado ponente: doctor <i>Avaro Luna Gómez</i>	452
DELITO IMPOSIBLE. <i>Se estructura la tentativa absolutamente inidónea, cuando los medios empleados, el modo de usarlos o las condiciones del objeto material del ilícito, nos permiten inferir que no puede surgir peligro para el bien jurídicamente tutelado.</i>		RECURSOS. <i>Cuando los de reposición y apelación han sido interpuestos conjunta o simultáneamente, la procedencia del de apelación será subordinada a la condición de que el de reposición ante el inferior no prospere.</i>	
Casación. 23 de octubre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José Omar Mosquera Ruiz por el delito de <i>homicidio</i> .		Auto. 30 de octubre de 1980. Se abstiene de decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el procesado doctor Víctor Manuel Barrios Díaz Granados, Juez 9º de Instrucción Criminal de Santa Marta contra el auto que no accedió a cesar procedimiento y decretó simultáneamente detención.	
Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	434	Magistrado ponente: doctor <i>Dante L. Fiorillo Porras</i>	454
SUBROGACIONES PENALES. CONDENA Y LIBERTAD CONDICIONAL. <i>Oportunidad para la concesión de estos institutos. Libertad provisional de conformidad con lo dispuesto en los numerales 5º y 6º del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal; oportunidad para disponérsela. La Corte como organismo jurisdiccional que se ocupa de la casación no tiene facultad para pronunciarse a cerca de un beneficio de excarcelación sobre la base de una posible condena condicional, porque ésta es potestad exclusiva y excluyente de las instancias. Por ello tampoco es competente para considerar la libertad condicional.</i>		CONCUSION Y COHECHO. DIFERENCIAS. <i>No es la iniciativa, sino la posición de igualdad de las partes, que determinan la distinción entre la concusión y el cohecho.</i>	
Auto. 23 de octubre de 1980. Declara que no es competente para conocer de la petición de Jaime		Auto. 30 de octubre de 1980. Confirma la Providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por medio de la cual condenó al doctor Ernesto Parra Leguizamo a la pena principal de un año de prisión como responsable del delito de <i>concusión</i> .	
		Magistrado ponente: doctor <i>Luis Enrique Romero Soto</i>	456
		FALSEDAD DE DOCUMENTOS. <i>El artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, se apoya en el numeral 2º del artículo 231 del Código Penal. Por ello, la primera disposición en nada difiere del tipo de falsedad en documento pú-</i>	

- blico del Código Penal; en consecuencia, debe conservar el mismo régimen en su tratamiento. No es punible la falsedad por culpa, ni la inocua. Auto. 30 de octubre de 1980. Confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en pro de la doctora María Elsy Herrera Hernández, Juez 37 Penal Municipal. Magistrado ponente: doctor Pedro Elías Serrano Abadía 464
- DELITOS DE RESPONSABILIDAD.** *Son delitos de responsabilidad aquellas conductas previstas como hechos punibles, realizadas por el funcionario dentro de la esfera de facultades o atribuciones legales, o con ocasión de las mismas.* Auto. 30 de octubre de 1980. Se inhibe de abrir proceso contra el señor José Guillermo Castro Castro. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez 467
- Salvamento de voto: doctor Dante L. Fiorillo Porras 468
- RECURSO DE CASACION. PROCEDENCIA POR EL FACTOR PUNTIVO.** *El fenómeno del concurso de delitos, no se debe tener en cuenta para determinar la precedencia de este recurso extraordinario, como sí el delito continuado.* Auto. 30 de octubre de 1980. Declara inadmisibile el recurso de casación propuesto por el procesado Luis Alberto Sepúlveda Pineda. Magistrado ponente: doctor Fabio Calderón Botero 473
- Salvamento de voto: doctor Darío Velásquez Gaviria 475
- DERECHO DE DEFENSA.** *Como debe alegarse en casación el quebrantamiento del derecho de defensa, por la omisión de practicar pruebas fundamentales para el proceso.* Casación, 4 de noviembre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Eugenio Rodríguez Moreno, por homicidio. Magistrado ponente: doctor Fabio Calderón Botero 478
- PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ. RECUSACION AL FUNCIONARIO QUE HACE USO DE ELLOS.** *Cuando el Juez hace uso de los poderes disciplinarios que le confiere la ley, no puede ser separado del conocimiento a través de una recusación, porque cuando es irropepetado o desobedecido, el ordenamiento jurídico lo ha constituido en árbitro de la ofensa o el desacato.* Auto. 5 de noviembre de 1980. Revoca el auto inhibitorio proferido por el Tribunal Superior de Buga en pro del doctor Félix Roldán Salcedo, Juez 29 Civil Municipal y ordena abrir investigación. Confirma la abstinencia para abrir investigación contra el doctor Alvaro Mena Delgado por *prevaricato*. Magistrado ponente: doctor Darío Velásquez Gaviria 480
- PROCESO DE REVISION. INTERVENCION DE LA PARTE CIVIL.** *La revisión no es un recurso. Sustancialmente es una acción. En la fase residente de la revisión no tiene cabida la parte civil.* Auto. 13 de noviembre de 1980. Declara que el señor Luis Carlos Hoyos, quien actuó como Parte Civil dentro del proceso terminó con sentencia condenatoria para Alfonso Cadavid García, por *abuso de confianza*, no tiene derecho para asistir o intervenir ni para ser representado por el apoderado en el trámite del recurso de revisión. Magistrado ponente: doctor Fabio Calderón Botero 485
- Salvamento de voto: doctores Gustavo Gómez V., Luis E. Romero S., Alvaro Luna G. y Darío Velásquez G. 488
- NULIDAD SUPRALEGAL.** *Se incurre en nulidad de origen constitucional por quebrantamiento del debido proceso, cuando los cargos imputados al procesado en el auto de proceder se han formulado de manera anfibológica.* Casación, 13 de noviembre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Popayán que condenó por *infracción al Decreto 1188 de 1974* a Alejandro Fuentes Moncayo. Magistrado ponente: doctor Dante L. Fiorillo Porras 497
- DOCUMENTOS PUBLICOS.** *Características esenciales: Los denominados documentos militares no constituyen una especie diferente de los demás provenientes del Estado; simplemente toman este nombre por su procedencia —Fuerzas Armadas— mas no por su naturaleza, que es la de documentos públicos.* Casación, 13 de noviembre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar que condenó

	Pág.		Pág.
por falsedad y peculado a Alvaro Rodríguez Arias. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto	505	administrar, guardar, recaudar, etc., estén antecedentemente determinadas por una riqueza y fija competencia legal. Basta, que la facultad de disponer del bien del cual se hace mal uso, surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. Casación. 18 de noviembre de 1980. No casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que condenó al procesado Alvaro José Herrán Baquero a 4 años de presidio por el delito de peculado. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto	526
NULIDAD. Cómo debe decretarse y qué parte de la actuación procesal debe cobijar su declaración. Casación. 13 de noviembre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que condenó por homicidio a Víctor Manuel Abril Sánchez. Magistrado ponente: doctor Pedro Elías Serrano Abadía	513	Salvamento de voto: doctores Pedro Elías Serrano Abadía, Dante L. Fiorillo Porras, Alfonso Reyes Echandía y Gustavo Gómez Velásquez.	531
CONCUSION POR ABUSO DEL CARGO. NATURALEZA DE LA PRESTACION EXIGIDA. ARTICULO 156 DEL CODIGO PENAL. No es necesario que el evento ejecutado corresponda exactamente a la competencia funcional del agente. Basta utilizar la preeminencia que entraña el cargo para exigir una prestación que no sea debida. Auto. 14 de noviembre de 1980. Confirma el llamamiento a juicio proferido por el Tribunal Superior de Neiva contra Libardo Rojas Barrera, Juez 2º Penal Municipal de Florencia (Caquetá). Magistrado ponente: doctor Darío Velásquez Gaviria	516	VEREDICTO. Sus términos deben trasladarse integralmente a la decisión del Juez. Cuando se trata de la disminuyente consagrada en el artículo 28 del Código Penal, su reconocimiento por parte del jurado, debe acompañarse de una determinación conceptual bastante precisa, aceptándose, a este respecto, la inclusión de una de las dos características señaladas por esta norma, siempre y cuando en el debate público se haya hecho referencia a ella y exista atendible respaldo probatorio de su existencia. Sentencia. 20 de noviembre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Quibdó que condenó por homicidio a Francisco Javier García. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez	533
Salvamento de voto: doctores Alfonso Reyes E. y Dante L. Fiorillo Porras	523	PROVIDENCIAS PROFERIDAS POR FUNCIONARIOS JUDICIALES DURANTE LA EPOCA EN QUE GOZAN DE PERMISO. El permiso no implica sustitución en el ejercicio del cargo, ni envuelve pérdida de la investidura ni de la capacidad funcional. Auto. 20 de noviembre de 1980. Sobresee definitivamente en favor del doctor Guillermo Rojas Gómez, Magistrado del Tribunal Superior de Tunja. Magistrado ponente: doctor Alfonso Reyes Echandía	537
OPINION EXTRAJUDICIAL COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO. El concepto a que se refiere la causal 4ª del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, es el emitido por la fuera del proceso y no en virtud del cargo desempeñado. Auto. 18 de noviembre de 1980. Declara infundado el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta, doctor Fernando Arrieta Charry, en las diligencias seguidas contra William Fabio Arias Piedrahíta. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto	525	TRABAJADORES OFICIALES. Pueden ser sujetos activos de delitos contra la Administración Pública. Casación. 20 de noviembre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá que condenó por peculado a Mario Ayala Rico y Luis Enrique Rodríguez. Magistrado ponente: doctor Fabio Calderón Botero	540
DERECHO DE DEFENSA. La nulidad prospera cuando la defensa no ha cubierto los puntos fundamentales, ni se han hecho las alegaciones primordiales en orden a sacar avante la situación del ofendido. Peculado. Interpretación del término "en razón de sus funciones". Diferencias con el abuso de confianza. No es necesario que las facultades de			

- DEFENSA SUBJETIVA.** *La defensa subjetiva no configura causal de justificación sino de inculpabilidad por error insuperable sobre la anti-juridicidad de la propia conducta, concretamente, por equivocación respecto de un hecho que de haber existido en la realidad habría justificado la reacción del agente supuestamente amenazado.*
Casación. 20 de noviembre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Tunja que absolvió a Gustavo Salamanca Riaño por el delito de homicidio.
Magistrado ponente: doctor *Alfonso Reyes Echandía* 543
- ABUSO DE CONFIANZA. MOMENTO CONSUMATIVO.** *El ilícito se consuma en el lugar donde se verifica la apropiación de la cosa y no en el sitio donde debía hacerse la entrega.*
Auto. Dirime el conflicto suscitado entre los Juzgados 1º Penal del Circuito de Facatativá (Cundinamarca) y 2º Penal del Circuito de Honda (Tolima), en las diligencias seguidas contra Agustín Hernández, asignándole la competencia de Honda.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 547
- ABUSO DE CONFIANZA. MOMENTO CONSUMATIVO.** *El delito se consuma en el momento en que el sujeto activo efectúa sobre el bien actos externos de ejecución.*
Auto. 27 de noviembre de 1980. Dirime el conflicto suscitado entre los Juzgados 3º Penal del Circuito de Armenia (Quindío) y el Penal del Circuito de Salamina (Caldas), en el proceso seguido contra Norberto Tabares Herrera, asignándole la competencia al de Salamina.
Magistrado ponente: doctor *Fabio Calderón Botero* 549
- CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR Y MENOR PELIGROSIDAD.** *Cuando el jurado ha suprimido circunstancias específicas de agravación, no puede dársele a esta misma circunstancia cabida en la sentencia como de mayor peligrosidad.*
De otra parte, el reconocimiento de circunstancias de mayor o menor peligrosidad, debe hacerse en la sentencia.
Casación. 27 de noviembre de 1980. No casa la providencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó por homicidio a Luis Alfonso Téllez Gamboa.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 551
- SALVAMENTO DE VOTO:** doctores *Gustavo Gómez Velásquez* y *Alfonso Reyes Echandía* 553
- DENUNCIA PENAL.** *Requisitos que debe llenar, para que pueda servir de fundamento a la apertura de investigación.*
Auto. 2 de diciembre de 1980. Se abstiene de abrir investigación contra el Juez 1º Penal Municipal de Fontibón, Víctor Manuel Guerra.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 555
- ERROR DE DERECHO.** *No puede alegarse error de derecho, cuando la ley no le ha otorgado al medio probatorio un valor determinado.*
Casación. 2 de diciembre de 1980. No casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué contra Fermín Gutiérrez Mora y Fernando Palacios Jiménez por el delito de robo de ganado mayor.
Magistrado ponente: doctor *Pedro Elías Serrano Abadía* 557
- DELITO DE CALUMNIA A TRAVES DE LA PRENSA.** *El hecho punible se consuma de manera instantánea en el lugar en que la especie calumniosa e injuriosa se hace pública, porque allí se pone en peligro el bien jurídicamente tutelado.*
Auto. 3 de diciembre de 1980. Dirime el conflicto suscitado entre los Juzgados 3º Penal del Circuito de Cartago y 18 Penal del Circuito de Cali, asignándole la competencia al de Cali.
Magistrado ponente: doctor *Dante L. Fiorillo Porras* 560
- DELITO DE RAPTO.** *No se estructura este ilícito cuando el abandono que la menor hace de su hogar es acto que le pertenece como acción propia, debido a sus condiciones de existencia familiar, y no a sugerencias del inculpatado.*
Auto. 4 de diciembre de 1980. Dirime el conflicto suscitado entre los Juzgados 2º Penal del Circuito de Armenia (Quindío), y 6º Penal del Circuito de Popayán, en las diligencias seguidas contra Alfonso Valdez Vitoneo, asignándole la competencia al de Armenia.
Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez* 562
- ACLARACION DE VEREDICTO.** *La petición de aclaración cae bajo los poderes discrecionales del Juez, y por ende la negativa a ella no puede considerarse como violación de garantías procesales.* 551

<p>TECNICA DE CASACION. <i>Prescripciones que gobiernan el manejo de la Causal 1ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.</i> Casación. 12 de diciembre de 1980. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó por robo a Jorge Correal Pinto. Magistrado ponente: doctor <i>Gustavo Gómez Velásquez</i></p>	<p><i>Pág.</i> 599</p>	<p><i>por ausencia de culpabilidad, son cuestiones que deben ser resueltas al momento de la calificación del sumario, y no mediante la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal.</i> Auto. 13 de diciembre de 1980. Confirma la cesación de procedimiento proferido por el Tribunal Superior de Popayán, en pro del doctor Carlos Alberto Gómez Tello. Magistrado ponente: doctor <i>Darío Velásquez Gaviria</i></p>	<p><i>Pág.</i> 602</p>
<p>CESACION DE PROCEDIMIENTO. <i>Las consideraciones atinentes a la inexistencia del delito</i></p>			

SE TERMINO LA IMPRESION DE ESTA
OBRA, EN JUNIO DE 1986
EN LOS TALLERES EDITORIALES DE LA
IMPRESA NACIONAL DE COLOMBIA