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 CXCIX

1989

PRIMER SEMESTRE

SALA DE CASACION PENAL

BOGOTA, D. E., COLOMBIA - IMPRENTA NACIONAL - 1990

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

1989

SALA PLENA

Doctores: FABIO MORON DIAZ, **Presidente.**
HERNANDO GOMEZ OTALORA, **Vicepresidente.**
Alvaro Ortiz Monsalve, Secretario.
Luis H. Mera Benavides, Secretario (E.).

SALA CIVIL

Doctores: HECTOR MARIN NARANJO, **Presidente.**
Alvaro Ortiz Monsalve, Secretario.
Luis H. Mera Benavides, Secretario (E.).

MAGISTRADOS:
Doctores: **José Alejandro Bonivento Fernández.**
Eduardo García Sarmiento.
Pedro Lafont Pianetta.
Héctor Marín Naranjo.
Alberto Ospina Botero.
Rafael Romero Sierra.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores: JAIME SANIN GREIFFENSTEIN, **Presidente.**
Miguel Antonio Roa C., Secretario (E.)
Humberto Rodríguez Ricaurte.

MAGISTRADOS:
Doctores: **Jairo E. Duque Pérez.**
Didimo Páez V. (E.).
Hernando Gómez Otálora.
Fabio Morón Díaz.
Jaime Sanín Greiffenstein.

SALA LABORAL

Doctores: JORGE IVAN PALACIO PALACIO, **Presidente.**
Bertha Salazar Velasco (†), Secretaria.
Consuelo Garbiras Fernández, Secretaria.

MAGISTRADOS:
Doctores: Hernán Guillermo Aldana Duque.
Rafael Baquero Herrera.
Manuel Enrique Daza Alvarez.
Jorge Iván Palacio Palacio.
Jacobo Pérez Escobar.
Ramón Zúñiga Valverde.

SALA PENAL

Doctores: LISANDRO MARTINEZ ZUÑIGA, Presidente.
Marino Henao Rodríguez, Secretario.

MAGISTRADOS:
Doctores: Jorge Carreño Luengas.
Guillermo Dávila Muñoz.
Jorge E. Valencia M.
Guillermo Duque Ruiz.
Jaime Giraldo Angel.
Juan M. Torres F. (E.).
Gustavo Gómez Velásquez.
Rodolfo Mantilla Jácome.
Lisandro Martínez Zúñiga.
Edgar Saavedra Rojas.

RELATORES:
Doctores: Carmen Rosa Avella de Cortés - Sala Civil.
Miguel Antonio Roa Castelblanco - Sala Constitucional.
Esperanza Inés Márquez Ortiz - Sala Laboral.
Hilda Leonor Cortés Gómez - Sala Penal.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL	DRA. CARMEN ROSA AVELLA DE CORTES
RELATORA SALA PENAL	DRA. HILDA LEONOR CORTES GOMEZ
RELATORA SALA LABORAL	DRA. ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL	DR. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

TOMO CXCIX - Bogotá - Colombia - Enero a Junio de 1989 - Número 2438

SECUESTRO EXTORSION

Mediante el secuestro se atenta contra la libertad individual (siendo indiferente para su consumación el daño a otro bien jurídico), mientras que el delito de extorsión ataca primordialmente el patrimonio económico.

Sentencia Casación. 17 de enero de 1989. No CASA el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual condenó a José Urbano Martínez Cubillos, por el delito de Secuestro Extorsivo. F.F. artículos 268 y 355 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3032. Casación. José Urbano Martínez Cubillos).

Aprobada Acta número 02.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Bogotá D. E., diecisiete (17) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de febrero de 1988, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio condenó a José Urbano Martínez Cubillos a la pena principal de diez (10) años de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de secuestro extorsivo.

ANTECEDENTES

En las horas de la mañana del 29 de junio de 1987, el administrador de fincas Felipe Meneses Rico, acompañado de su hijo René, se dirigía en un campero a la hacienda "Corora", jurisdicción del Municipio de Puerto López (Meta), cuando aparecieron José Urbano Martínez Cubillos y José Neftalí Herrera Delgadillo, quienes le solicitaron combustible para la motocicleta en que viajaban y que momentos antes habían hurtado. Prestado este servicio, Meneses Rico se proponía a abordar el vehículo, pero los dos citados sujetos esgrimieron pistola y revólver, exigiéndole primero $500.000.00 y luego $2.000.000.00 por su libertad, bajo la amenaza de darle muerte si no entregaba prontamente el dinero. Encañonado por sus captores, Meneses Rico siguió la marcha por largo trecho, hasta llegar a la hacienda "El Paraíso", a cuyo administrador Efraín Martínez le encargó llevar a su esposa un mensaje para que consiguiera los dos millones de pesos. En ese lugar los secuestradores obtuvieron alimentos para dos o tres días, como también un lazo, y prosiguieron la marcha con los secuestrados; aproximadamente a las 8:30 de la noche bordearon la finca "La Florida", sitio donde los interceptó una patrulla motorizada de la Policía, que sometió a todos a requisa, momento que aprovechó Meneses Rico para enterar a los Agentes de su situación, dándose entonces José Neftalí inmediatamente a la fuga, logrando escapar a los disparos de la Policía gracias a la oscuridad de la noche. Martínez Cubillos fue capturado allí mismo y confesó su participación en los hechos.

La investigación fue asumida por el Juzgado Segundo Especializado de Villavicencio, que declaró reo ausente a José Neftalí y luego lo citó a audiencia pública junto con Martínez Cubillos, para finalmente dictar con fecha 17 de noviembre de 1987 el fallo correspondiente, por medio del cual condenó a dichos procesados a la pena principal de 4 años y 6 meses de prisión como autores responsables del delito de secuestro extorsivo, en grado de tentativa (fls. 202 y ss.). Consultada esta sentencia, el Tribunal de Villavicencio la confirmó aumentando a diez (10) años la pena principal para cada uno de los justiciables, considerando que el delito se había consumado, decisión contra la cual el procesado Martínez Cubillos interpuso el recurso extraordinario que corresponde resolver.

LA DEMANDA, CONCEPTO DE PROCURADURÍA Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Aduciendo la "causal primera cuerpo primero", del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el actor afirma que se violó la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 268 del Código Penal, que tipifica el delito de secuestro extorsivo, y la falta de aplicación del artículo 22 *ibidem*, que consagra la tentativa.

Sostiene el demandante que "el resultado no se logró" porque la misiva no llegó a manos de la mujer del secuestrado, y, además, una suma tan grande de dinero "no

hubiera podido reunirse", aparte de que, finalmente, el patrón del secuestrado Meneses Rico no habría permitido el constreñimiento y habría acudido a las autoridades, "sin dar dinero alguno".

Se apoya en seguida en jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de extorsión y la cabida que tiene en él la modalidad de tentativa, y argumenta:

"Aunque aparentemente iniciaron la ejecución del anterior hecho punible, el resultado no se logró por circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos activos, y como quiera que no hay formas de comprobarlo dentro del acervo probatorio, tendremos que decir: o bien porque no existía el dinero, o que no había formas de que se lo prestaran, o que simplemente el mensaje no llegó a salir de la finca El Paraíso, o porque cuando él mismo llegó ya las personas estaban a buen recaudo de las autoridades. Corolario de lo aquí expuesto, si el juzgador de segunda instancia hubiese tenido en cuenta que el hecho no se consumó (como indebidamente aplicó la disposición), la graduación de la pena sería muy inferior, al aplicar como consecuencia lógica el dispositivo amplificador consagrado en el artículo 22 del C.P.".

Pide, por tanto, que se CASE el fallo parcialmente y se dicte el que debe reemplazarlo con la disminución de pena que corresponda.

2. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal recuerda que la jurisprudencia ha reiterado que el delito de secuestro extorsivo se perfecciona con la privación de libertad, unida a alguno de los fines previstos en el artículo 268 del Código Penal, sin que se requiera la obtención de provecho alguno. "Es evidente –acota– que desde el momento en que privaron de la libertad al administrador, su propósito fue obtener una elevada suma de dinero como rescate y así lo exteriorizaron a un amigo del secuestrado, lo que de por sí descarta la tentativa alegada", concluyendo, por consiguiente, que el fallo no debe ser casado.

3. *La primera glosa que amerita la demanda es que se basa en planteamientos referidos a un delito diverso al de la condena impugnada. En efecto, las argumentaciones que proporciona el actor, y la jurisprudencia en que pretende afianzarlas, corresponde al delito de extorsión, y no al de secuestro extorsivo por el cual fue condenado su representado Martínez Cubillos. Y salta a la vista que las razones para afirmar la tentativa en el uno no pueden ser las mismas que para perseguir igual propósito en el otro, pues se trata de dos tipos penales de estructura diferente, y –de suma importancia aquí– con protección de bienes jurídicos igualmente distintos, ya que mediante el secuestro se atenta contra la libertad individual (siendo indiferente para su consumación el daño a otro bien jurídico), mientras que el delito de extorsión ataca primordialmente el patrimonio económico, razón por la cual la ausencia de un resultado de tal naturaleza (es decir, el hacer, omitir o tolerar algo, de connotación patrimonial, como dijo la Sala en casación de 8 de abril de 1986) deja la extorsión a nivel de tentativa.*

No ocurre lo mismo, repítese, en tratándose del delito de secuestro extorsivo, descrito así en el artículo 268 del Código Penal:

"Secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que

haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años".

Obsérvese que la norma sólo exige como resultado el arrebatamiento, la sustracción, retención u ocultación de una persona, bastando para la consumación del delito que esta conducta se realice con el "propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad", de donde se desprende con absoluta claridad que no es necesaria la efectiva obtención del provecho o utilidad buscado por el secuestrador, ya que el texto legal no la exige, lo cual es apenas razonable, tratándose, como ya se anotó, de un delito que fundamentalmente atenta contra la libertad individual.

Basta, pues, aparte de la privación de libertad, la existencia de alguno de los propósitos señalados en la norma, que vienen a conformar lo que la doctrina identifica como elementos subjetivos del tipo, y cuya no materialización deriva en el no agotamiento de la conducta, dejando intacta la consumación de la misma.

En ese orden de ideas resulta de suma claridad que no hubo falta de aplicación del artículo 22 del Código Penal, ya que el delito de secuestro extorsivo se consumó cuando Meneses Rico y su hijo fueron privados de la libertad, con la exigencia de dinero realizada por los procesados, cuestión indiscutida y que descarta la tentativa propuesta por el casacionista.

No prospera el cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

REGIMEN DISCIPLINARIO

El Decreto 1660 de 1978 contiene el régimen de disciplina interna de cada oficina judicial, aplicable por el titular del despacho con sanciones precisas, procedimiento particular y consecuencias jurídicas, pues la medida impuesta no constituye antecedente disciplinario.

Auto Unica Instancia. 20 de enero de 1989. Decreta resolución de acusación por el delito de Prevaricato, contra el Doctor Ronaldo Redondo Redondo - Presidente del Tribunal Superior de Riohacha. F.F. Decreto 1660 de 1978.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Unica Instancia número 2507. Contra: Ronaldo Redondo).

Aprobada Acta número 02 de enero 17/89.

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Bogotá, enero veinte (20) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Clausurada la presente investigación penal por auto del 14 de septiembre último y vencido el término previsto en el artículo 468 del Código de Procedimiento Penal, procede la Corte a calificar el mérito del sumario, previos los análisis y consideraciones de orden probatorio y jurídico que a continuación se puntualizan.

I. LOS HECHOS Y SUS CIRCUNSTANCIAS:

El Doctor Ronaldo Redondo Redondo, en su condición de Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, impuso al Secretario de la corporación que presidía, dos sanciones consistentes en multas de cinco (5) y siete (7) días de sueldo, mediante las Resoluciones números 01 de 17 de enero de 1986 y 04 del 11 de junio del mismo año, respectivamente, por faltas a sus deberes, según lo señalado en el reglamento interno del Tribunal (Acuerdo 026 de 1980), Decretos 1265 de 1970 y 1660 de 1978. Las antedichas Resoluciones fueron comunicadas a la

Pagaduría Delegada de Riohacha, mediante los oficios números 240 y 256 de fechas junio 10 y 11 de 1986, respectivamente, para que se cumplieran las sanciones impuestas.

El sancionado Egberto Rafael Cohen formuló denuncia penal en contra del Magistrado Redondo Redondo, por el delito de Prevaricato por Acción, consistente en que para sancionarlo conforme a las resoluciones citadas, no se observaron los requisitos exigidos por el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978, ni se dio cumplimiento al artículo 26 de la Constitución Nacional, en cuanto dichas resoluciones no le fueron notificadas, impidiéndose con ello ejercer el derecho de defensa que le asistía.

De otra parte, considera el denunciante que el Magistrado acusado cometió el delito de Abuso de Autoridad por Omisión de denuncia (artículo 153 C.P.), en cuanto que formuló denuncia en su contra por el posible delito de Falsedad Ideológica en Documento Público, siete (7) meses después de ocurrido el hecho, por lo que no dio cumplimiento al artículo 19 del Código de Procedimiento Penal.

El señor Cohen Mata presentó demanda de Restablecimiento del Derecho, con fundamento en la nulidad de las Resoluciones, ante el Tribunal Contencioso-Administrativo de la Guajira, habiéndose proferido sentencia de dicha Corporación de fecha mayo 26 del presente año, por medio de la cual resolvió declarar nulas las Resoluciones números 01 y 04 del 17 de enero y junio 11 de 1986 y se ordenó el reintegro del dinero descontado al demandante, por las multas impuestas.

III. De los elementos de prueba y su evaluación:

1. Con los medios probatorios idóneos se demostró en autos la calidad de Magistrado del Tribunal Superior de Riohacha que para la fecha de los hechos denunciados, ostentaba el Doctor Ronado Redondo Redondo.

2. Se allegaron al expediente las copias autenticadas de los documentos y pruebas que por su importancia se relacionan:

a) Copia de la Resolución número 01 de enero 17 de 1986, por medio de la cual, el Presidente del Tribunal Superior de Riohacha, sancionó al señor Egberto Rafael Cohen Mata, secretario del Tribunal, con multa equivalente a cinco (5) días del sueldo que devenga, por falta a la Administración de Justicia.

Consideró el Presidente del Tribunal, que la sanción se impone en consideración a que el secretario de la corporación por el hecho de no tener al día el libro de Actas del Tribunal, violó el numeral 6º del artículo 14 del Decreto 1265 de 1970, en concordancia con el numeral 1º del artículo 162 del Decreto 1660 de 1978;

b) Copia de la Resolución número 04 del 11 de junio de 1986, por medio de la cual el Presidente del Tribunal Superior de Riohacha, sancionó al señor Egberto Rafael Cohen, secretario del Tribunal, con multa equivalente a siete (7) días del sueldo que devenga, por falta a la eficacia a la Administración de Justicia.

Consideró el Presidente del Tribunal, que la sanción se impone al secretario de la Corporación por no cumplir los mandatos y reglamentos internos de conformidad con el Decreto 1265 de 1970, en cuanto exigía a los demás subalternos el cumplimiento de los horarios de trabajo.

Cita como atribuciones del Presidente del Tribunal, el velar porque los empleados del Tribunal cumplan sus funciones, conforme lo señala el literal E del Acuerdo número 026 de 1980, que señala el Reglamento Interno del Tribunal Superior de Riohacha, que además lo faculta para "sancionar de plano cuando ello sea pertinente", a los empleados que incumplan sus funciones;

c) Denuncia verbal instaurada por el Doctor Ronaldo Redondo Redondo contra Rafael Cohen Mata, por actuaciones como secretario del Tribunal Superior de Riohacha, de fecha octubre 2 de 1987 (fl. 51).

En el mismo sentido, certificación del Juzgado 8º de Instrucción Criminal de Riohacha, en donde se hace constar que en dicha oficina se adelanta proceso penal por el delito de Falsedad ideológica en Documento Público contra Egberto Rafael Cohen Mata, por denuncia que instaurara Ronaldo Redondo Redondo; proceso en el cual se dictó medida de aseguramiento en contra del procesado, habiéndose interpuesto recurso de apelación por parte del defensor, decisión que se encuentra en la Sala Penal del Tribunal de Riohacha, en tramitación. Se expide la certificación a los 15 días del mes de marzo del año en curso (fl. 54);

d) Copia del Acuerdo número 026 de julio de 1980, por el cual se dicta el Reglamento Interno del Tribunal Superior de Riohacha.

En el Capítulo IV, artículo XIV del referido Reglamento se señala:

"Son atribuciones del Presidente del Tribunal... e) Velar porque los empleados del Tribunal cumplan sus funciones: amonestar a los remisos, sancionarles de plano cuando ello sea pertinente o comunicar a la Procuraduría Regional, las faltas de aquéllos, cuando considere que estén previstas como infracciones por el Decreto 250 de 1970" (fl. 67 vto.);

e) Concepto rendido por el Abogado Asesor de la Procuraduría Regional de Riohacha, con fundamento en el Acta de Visita practicada a los libros de la Secretaría General del Tribunal Superior de Riohacha, por medio del cual manifiesta que las sanciones impuestas al señor Cohen Mata, por el Presidente de la corporación, se basaron en el Reglamento Interno del Tribunal (Acuerdo 026 de 1980), sin que se les diera la tramitación señalada en el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978, estatuto que prima sobre el reglamento aludido; además se anota que las Resoluciones por medio de las cuales se impusieron las sanciones al secretario no fueron notificadas oportunamente, negándose con ello el derecho de defensa que le asistía, según lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional;

f) Copias de los oficios remitidos por el Presidente del Tribunal Doctor Ronaldo Redondo Redondo, a la –Tercera– Pagadora Delegada de Riohacha, de fechas junio 10 y 11 de 1986, por medio de los cuales se informa sobre las sanciones impuestas a Cohen Mata, a efecto de que se hagan los descuentos pertinentes, a favor del Fondo Nacional de Bienestar Social;

g) Se cuenta en autos con la versión injurada del acusado, de la cual se destaca lo siguiente:

1. Que en efecto, en su calidad de Presidente del Tribunal Superior de Riohacha, y para preservar el mantenimiento de la disciplina interna de la Corporación,

impuso dos sanciones consistentes en multas contra el señor Egberto Rafael Cohen Mata, secretario del Tribunal, conforme a las atribuciones que le otorgaba el Acuerdo número 026 que reglamenta el funcionamiento interno del Tribunal.

2. Que conforme lo señala el Acuerdo número 026 de 1980, impuso las sanciones de "plano", puesto que "no necesitaba establecer previamente un proceso ni realizar una investigación, a no ser, que las sanciones de plano no sean tales sino que para ellas también se necesite proceso previo...", por manera que, considera que "para la sanción prevista en el artículo 189 del Decreto 1660 de 1978, no se requiere formulación de proceso...". De otra parte sostiene, que las sanciones que termina con sentencia deben estar precedidas de una investigación o de la formación de un proceso, mientras que aquellas que terminan con Resolución, son las que se resuelven de plano, sin la existencia de proceso alguno.

3. Considera que no solamente él, sino todos los Magistrados del Tribunal, estaban convencidos que las Resoluciones que se dictan de plano, como consecuencia de la aplicación del Reglamento interno de la Corporación, no requerían notificación, prueba de ello se contiene en los libros del Tribunal, en donde se demuestra que no solamente no se notificaban este tipo de resoluciones, sino que además se ignoraba que, existiendo un reglamento interno de la Corporación, se debería tener en cuenta el procedimiento señalado en el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978, el que conocía en cuanto hace relación a aquellos procesos disciplinarios que requieren entre otras cosas, la instrucción por parte de la Procuraduría, el traslado al denunciado para los descargos del mismo, el período para practicar pruebas, esto es a sanciones disciplinarias en sentencias que pusieran fin "al debido proceso", pero no aplicable en cuanto la sanción debe imponerse de plano.

No obstante censurársele la no aplicación del trámite previsto en el artículo 198 del citado Decreto, considera el acusado que le dio cumplimiento a su espíritu, puesto que antes de dictarse las resoluciones que imponían las sanciones, en varias ocasiones se reunió con el sancionado para que le explicara las fallas observadas, por manera que estaba enterado de las irregularidades, como le consta a los demás empleados del Tribunal.

4. En cuanto a la notificación de las Resoluciones, manifiesta el Magistrado acusado que ellas se llevaron a cabo por conducta concluyente, en la medida en que el mismo secretario tenía conocimiento de ellas, si se tiene en cuenta que la primera fue personalmente elaborada por él, y la segunda, elaborada por otro empleado de la secretaría, por instrucciones del sancionado; además que de ellas tenía suficiente información, pues previa la sanción, el Magistrado Presidente le hacía notar las irregularidades por las cuales se le sancionaba y una vez elaboradas éstas, era el secretario el encargado de llevarlas ante el Presidente para que éste las firmara.

5. El hecho probado de haberse excedido en la fijación de la sanción impuesta por la Resolución número 04 de junio 11 de 1986 (siete días), desconociendo el tope máximo indicado en el inciso 1° del artículo 198 del Decreto 1660 de 1978, lo explica el acusado diciendo que todo se debió a un posible error del secretario, que al ordenar a otro empleado que elaborara la Resolución, entendió que la sanción a imponer era de siete días (7), cuando lo que pretendía el Presidente era imponer entre las dos

Resoluciones (números 01 y 04), un total de siete (7) días, es decir, cinco (5) ya impuestos en la primera y dos a imponer en la segunda, y no como se consignó finalmente en la Resolución del 17 de junio, hecho que paso desapercibido al momento de firmar la Resolución y del que era consciente el secretario por haber sido él quien elaboró la primera y dio instrucciones para elaborar la segunda Resolución.

6. Enfáticamente sostiene, como lo hace también el alegato precalificatorio, que no le asistía ningún ánimo de perjudicar al secretario, puesto que lo que pretendía por encima de todo, era mantener el orden y la disciplina del Tribunal que presidía; como tampoco le asistía el deseo de transgredir alguna disposición legal.

III. Consideraciones de la Sala:

La Sala estima necesario hacer, ante todo unas precisiones en materia de procedimiento disciplinario, para clarificar la situación de estudio.

La materia disciplinaria atinente a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional se regula en la Constitución Nacional en los artículos 160 y 217, en el estatuto fundamental, Decreto 250 de 1978 y su Reglamentario el Decreto 1660 de 1978, y en vigencia el Decreto 052 de 1988 que modifica en lo pertinente el Decreto 250 de 1970.

El trámite ordenado por el estatuto fundamental y su reglamentario se estructura a partir de la etapa averiguatoria realizada por el Ministerio Público, quien decide si hay o no lugar a la formulación de cargos; en el primer caso, el funcionario o empleado acusado conoce el pliego de la acusación, lo responde, el Ministerio Público de oficio decreta otras y termina, con la resolución en la que se mantienen los cargos y se solicita la sanción disciplinaria a la autoridad para que se adelante el proceso disciplinario. En el segundo caso, en el que no se presentan cargos, se archiva el expediente sin otra actuación, lo mismo que sucede cuando la respuesta a los cargos formulados es satisfactoria, se caracteriza, este trámite general, en cuanto que la sentencia disciplinaria no la dicta quien hizo la averiguación, sino el Superior del funcionario o empleado acusado.

Contiene además, el Decreto 1660 de 1978, el Régimen de Disciplina interna de cada oficina judicial, aplicable por el titular del despacho, con sanciones precisas, procedimiento particular y consecuencias jurídicas, pues la medida impuesta no constituye antecedente disciplinario; así lo señala el artículo 198 del estatuto citado, cuando ordena:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, el régimen de disciplina interna de cada oficina judicial, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal estará a cargo del respectivo superior quien para mantenerlas podrá imponer de plano a los empleados multas hasta por cinco (5) días de salario mensual y suspensión sin remuneración hasta por seis (6) días".

"El superior hará saber al inculpado que puede rendir verbalmente las explicaciones que considere pertinentes, de lo cual dejará constancia en el expediente. Si el acusado la diere, se consignarán sintéticamente en acta que suscribirá junto con el funcionario y el secretario".

"Contra la providencia sancionatoria sólo cabe el recurso de reposición, del que podrá hacer uso dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación".

"La sanción impuesta no constituye antecedente disciplinario para efectos de inhabilidades".

Por manera que la norma transcrita constituye un procedimiento sui generis, *breve y sumario, que además se caracteriza porque la sanción se impone de plano.*

Con referencia al caso en estudio, se tiene:

a) Dos son las resoluciones que a juicio del denunciante se profirieron contra derecho, por las siguientes razones:

1. Porque en ninguna de las dos resoluciones números 01 y 04, se observó el procedimiento contemplado en el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978, en cuanto no se exigieron al secretario las explicaciones referentes a las irregularidades anotadas por su superior, no se consignaron en actas las respuestas del empleado y no se notificaron, impidiendo con ello el ejercicio del derecho de defensa que le asistía al sancionado.

2. Porque en la segunda de las resoluciones (número 04 del 11 de junio de 1986), se superó el tope máximo de la sanción señalada en la norma comentada, al imponerse multa equivalente a siete (7) días de sueldo mensual.

Conforme a las fallas anotadas en el punto primero, se precisa manifestar que no obstante autorizarse al Presidente del Tribunal para sancionar de plano a sus empleados cuando fuere pertinente (fl. 67), mediante el Acuerdo número 026 que fija el reglamento interno de la Corporación, debe tenerse en cuenta por sobre su contenido, la observancia de la ley, en cuanto el Reglamento interno debe aplicarse cuando no contraríe el espíritu de la norma superior. Así las cosas, la norma aplicable para efectos de proceder a la sanción de los empleados del Tribunal, no podría ser otra que aquella que señala el Régimen interno de cada oficina judicial, en cuanto hace a la disciplina de la Corporación, conforme lo dispone el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978.

Si bien es cierto, no se contienen en actas las explicaciones que diera el secretario, para cuando su superior le llamó la atención con referencia a las fallas en el desempeño de las funciones de secretario, en los dos eventos en que se le sancionó, son de recibo para la Sala las explicaciones dadas por el Magistrado denunciado, en cuanto que antes de proceder a las sanciones respectivas, no solamente se le hacían notar sus fallas que daban lugar a ellas ante los demás empleados del Tribunal, como consta en las declaraciones que rindieron en este diligenciamiento (fls. 118, 120, 122 y 124), sino también en privado, haciéndole concurrir a la oficina del Presidente para que diera las explicaciones del caso, con referencia a las fallas en el servicio por las cuales se le llamaba la atención. Por lo que falta de las actas en el proceso seguido para sancionar a Cohen Mata, no son más que irregularidades en la tramitación especial de las sanciones a que dieron lugar las faltas cometidas por el empleado del Tribunal, sin que pueda decirse que por ese aspecto, las resoluciones sean manifiestamente contrarias a derecho. Lo entendió así el Presidente del Tribunal y posiblemente lo vienen entendiendo de la misma manera los demás integrantes de la Corporación,

cuando en uso de las atribuciones que les otorga el Reglamento Interno tienen que aplicar sanciones a sus empleados; por manera que, no puede afirmarse que no se les hayan pedido explicaciones al empleado sancionado, sino que en el caso concreto, se omitieron las actas que deben levantarse según lo ordena el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978, para decirse que se cumplió con el procedimiento allí anotado.

Igualmente se dijo por el denunciante, que el Magistrado incurrió en el delito de prevaricato por Acción, al impedirle el ejercicio de su derecho de defensa, como consecuencia de no haberse notificado las Resoluciones 01 y 04, pues con ello se impedía también, la interposición del recurso de reposición, único medio de impugnación autorizado por la ley para tales casos, según lo dispone el artículo 198 del estatuto reglamentario.

Con relación a esta acusación, es necesario insistir que existen actos propios del superior, como por ejemplo sancionar a sus empleados mediante las resoluciones del caso, y otros que por ser de tramitación general, están reservados a los demás sujetos que integran la oficina judicial, tal es el caso de los actos de notificación, que deben ser practicados por el Secretario del Despacho, o por quien haga sus veces, sin que su omisión le sea imputada al director de la oficina, pues no obstante ser responsable de cuanto allí suceda, es preciso delimitar sus funciones, de manera que cada quien haga lo que le está asignado. En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 ordinal 2° del Decreto 1265 de 1970, es al Secretario a quien le corresponde efectuar las notificaciones de los actos que dicte el Juez o Magistrado.

Las Resoluciones 01 y 04 proferidas por el Presidente del Tribunal de Riohacha, ordenaban de manera expresa su comunicación, pues la fórmula utilizada: "Comuníquese y cúmplase", apunta a poner en conocimiento del interesado la decisión que se ha tomado, despejando con ello el camino para que ejercite su derecho y pueda entonces interponer los recursos que autoriza la ley, si no está de acuerdo con lo resuelto. Las copias allegadas al informativo dejan ver claramente que las resoluciones en comento debieron ser notificadas como fue el querer del Magistrado acusado, puesto que en ellas ordenaba que debían ser comunicadas al secretario, diligencia que debió ser llevada a cabo por quien la suscribió como secretario, esto es, el oficial mayor del Tribunal de Riohacha (fls. 70 y 74), y no por el Presidente del Tribunal a quien no le correspondía su práctica. En consecuencia se reitera una vez más, que no toda omisión o irregularidad, constituye delito de prevaricato, máxime cuando el acto no le correspondía. Y no sobra recordar que el secretario conoció el contenido de las sanciones, elaboró o dio instrucciones para la elaboración de una de ellas y mantuvo silencio frente a la omisión secretarial, lo que le sirvió al final para conseguir un fallo favorable ante el Contencioso, sin que ello constituya causa suficiente para predicar acto manifiestamente contrario del acusado.

Así las cosas, frente a las irregularidades comentadas, esto es, falta de las actas en el proceso especial y ausencia de notificación de las resoluciones por medio de las cuales se sancionó al Secretario, no hay acto manifiestamente injusto que pueda calificarse de prevaricador, pues la omisión del funcionario al no levantar las actas que se imponían por la reconvención, no demuestra por sí solo el propósito de obrar contra derecho; como tampoco se demuestra por el acto no cumplido de las notificaciones de

las resoluciones, imputado no al Magistrado sino a quien suscribió como secretario las resoluciones.

No comparte la Sala las razones exculpativas del funcionario, en cuanto a que la imposición de las sanciones en la Resolución número 04 sea un error de interpretación del empleado sancionado, al ordenar que el oficial Mayor consignara siete (7) días de sueldo como multa, cuando lo que pretendía el Presidente del Tribunal era imponer entre las dos sanciones ese guarismo, resultante de la suma de cinco (5) días como sanción en la primera y dos (2) en la segunda, pues además de resultar ilógico el hecho de que ante las reiteradas fallas del empleado, las sanciones fueran disminuyendo, cuando la razón indica que la segunda sanción ha debido ser mayor o igual que la primera, sería como admitir que su función se limitaba a firmar sin percatarse del contenido del acto, cuando precisamente su experiencia, la investidura del cargo que desempeña, el motivo de la sanción y el conocimiento de haber sido quien constató las fallas en las labores del secretario, lo llevaban a extremar cuidadosamente el resultado de la resolución.

Su acto es manifiestamente injusto, en cuanto no tiene apoyo en la ley, que le exigía imponer como máximo una sanción equivalente a cinco (5) días de sueldo como multa, según lo señala el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978, al que tuvo que recurrir en razón a que el Reglamento interno no contenía ni la clase de sanción ni la pena a imponer; por manera que existía en el Magistrado el conocimiento de que el acto oficial era contrario a la ley y contenía una injusticia.

De otra parte, los continuos enfrentamientos entre el superior y el empleado, como se desprende de la denuncia que el primero formulara al segundo y las respuestas de éste, son suficientes para predicar la existencia del elemento subjetivo en el obrar del sindicado, por lo que no puede la Sala admitir lo sostenido por él, en cuanto a la ausencia de ánimo por perjudicar al empleado sancionado, puesto que la sanción a él impuesta lo contradice, en la medida en que sobrepasó el máximo de la sanción autorizada.

IV. Calificación jurídica y otras determinaciones:

De todo cuanto se ha pormenorizado en precedencia surge para la Corte con claridad, que dentro de este expediente fue comprobada fehacientemente la perpetración de conducta constitutiva del delito de Prevaricato por Acción; conducta desprovista de todo matiz que la justifique o excuse, por lo que debe ser objeto de reproche criminal en esta instancia, como a continuación se puntualiza.

Prevaricato por acción:

Consiste esta figura delictiva al tenor de la descripción abstracta contenida en el artículo 149 del Código Penal, en la conducta del funcionario público que profiere resolución manifiestamente contraria a la ley; significando con ello que en las decisiones de los funcionarios, se deben observar plenamente las prescripciones pertinentes, sin que les sea permitido apartarse caprichosamente de los límites fijados por la legislación.

Incurrió en este comportamiento punible el Magistrado acusado, porque de manera evidente e inequívoca hay manifiesta injusticia entre lo decidido por él y lo previsto y ordenado por la ley, al imponer al secretario del Tribunal como sanción, multa equivalente a siete (7) días de sueldo, con conciencia de que sobrepasaba el máximo señalado en el artículo 198 del Decreto 1660 de 1978, cuando de otra parte no se admite por la Sala, el hecho de imputarle al mismo sancionado, el error de imponerse una sanción mayor que la autorizada.

Acerca del interés jurídico tutelado en la disposición sustantiva de que se acusa al Magistrado, dijo la Corte en oportunidad reciente:

"Se trata, en consecuencia de infracción contra la Administración Pública, cuyo título regula en forma amplia todos aquellos atentados de los empleados públicos cuando se apartan del fiel cumplimiento de sus funciones oficiales. Nada nuevo se dice si se afirma que el legislador es bastante exigente respecto a esta clase de conductas, pues, la infidelidad en el ejercicio de los deberes produce sobresalto y desconfianza dentro de la colectividad".

"Exigencia que parece mayor entratándose de funcionarios judiciales, dada la misión específica que les corresponde atender. En estos como en ningunos otros, la responsabilidad, el decoro, la eficacia y aún el desinterés, tórnase más imperativos, especialmente en estos tiempos en que la sociedad experimenta crisis en sus principales valores. Tiene razón entonces el señor Procurador Delegado cuando recuerda que en el Juez "... como en ningún funcionario recurre en su investidura los ideales de justicia y equidad, sustituto del bien común y razón misma de la sociedad" (Auto de marzo 3 de 1987).

En consecuencia con lo expuesto, la Corte proferirá Resolución Acusatoria en contra del Magistrado del Tribunal Superior de Riohacha, Doctor Ronaldo Redondo Redondo, a título de autor responsable del delito de *Prevaricato por Acción,* que consagra el estatuto punitivo en su artículo 149 y cuya sanción consiste en prisión de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

La conducta punible por la cual se dicta Resolución Acusatoria, está prevista en el Código Penal en el Título III, Capítulo Séptimo, bajo la denominación genérica de *"Del Prevaricato".*

De otra parte, como aparecen acreditados en el proceso los requisitos sustanciales exigidos por el Código de Procedimiento Penal para imponer medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva del sindicado, así se procederá de conformidad con el artículo 414 de la obra citada. Sin embargo, como los hechos tuvieron ocurrencia con anterioridad al 1° de julio de 1987, por favorabilidad se dará aplicación al artículo 453 numeral 1° del Código de Procedimiento derogado, es decir, se le otorgará el beneficio de la Libertad Provisional, mediante caución prendaria que se fija para el efecto, en el equivalente a cinco (5) salarios mínimos mensuales y la suscripción de la correspondiente diligencia de compromiso de buena conducta y la presentación ante la Secretaría del Tribunal de Riohacha cada quince (15) días, requisitos que debe cumplir dentro de los cuatro (4) días siguientes al de la notificación personal de esta providencia.

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:

Primero: FORMULAR ACUSACIÓN PENAL en contra del Doctor Ronaldo Redondo Redondo, Magistrado del Tribunal Superior de Riohacha (Guajira), a título de autor responsable del delito de Prevaricato por Acción.

Segundo: DECRETAR la medida de aseguramiento consistente en *detención preventiva* del Doctor Ronaldo Redondo Redondo, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

Tercero: OTORGAR al Doctor Ronaldo Redondo Redondo el beneficio de la *Libertad Provisional,* con fundamento en el artículo 453 numeral 1° del Código de Procedimiento Penal derogado, bajo las condiciones consignadas en esta providencia.

Cuarto: Para la notificación de esta providencia, recibir la caución y suscribir la diligencia de compromiso señalada se comisiona al Doctor Leonelo Sierra Pimienta, Magistrado del Tribunal Superior de Riohacha (Guajira), quien le hará las advertencias de ley inherentes a su defensa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Guillermo Dávila Muñoz, Lisandro Martínez Zúñiga, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

IMPEDIMENTO JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

Como lo expresó la Sala en providencia del 20 de abril de 1988, el inciso 2° del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal no puede aplicarse indistintamente a todos los procedimientos, como el especial contemplado para la jurisdicción de Orden Público, en el que no se separan las funciones de instruir y fallar.

Auto Recusación. 21 de enero de 1989. Rechaza la recusación contra la Sala presidida en el Tribunal de Orden Público, por el Doctor Luis Gerardo Espinosa López. F.F. artículo 535 C. de P.P. y Decreto 180 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Recusación número 3522. Luis Carlos Gómez Alzate).

Aprobada Acta número 002 de enero 17/89.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Bogotá, enero veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir de plano sobre la recusación que propone el Fiscal 4° del Tribunal Superior de Orden Público contra la Sala de esta Corporación presidida por el Magistrado Luis Gerardo Espinosa López para que se separe del conocimiento del proceso contra Luis Carlos Gómez Alzate por infracción al Decreto 180 de 1988, que pasó al Magistrado referido para resolver la apelación de la sentencia de primera instancia, habiendo ya conocido la misma Sala de recurso respecto a auto que dispuso con anterioridad medida de aseguramiento contra el procesado en mención.

LA RECUSACIÓN:

Al remitírsele por segunda vez las diligencias para emitir concepto respecto a la consulta de la sentencia condenatoria, el señor Fiscal 4° del Tribunal, recusó a la Sala de Decisión correspondiente con fundamento en el inciso segundo del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal que prevé impedimento para la Sala que haya

conocido con anterioridad de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento, para preservar la independencia de la segunda instancia y garantizar la defensa del procesado por intervenir o actuar funcionarios sin perjuicio alguno. Y si bien en el procedimiento especial de Orden Público no existe diferenciación entre instrucción y juzgamiento, la sentencia corresponde a éste y operan los criterios expresados.

Comenta que por no existir norma en las disposiciones de Orden Público, debe aplicarse el procedimiento ordinario y basta tener en cuenta para sostener esta interpretación el que si la prueba no hubiera variado, debería confirmarse la decisión, habiéndose ya pronunciado la Sala sobre medida asegurativa, lo que iría con perjuicio de la defensa.

Según las constancias procesales, el Magistrado sustanciador resolvió sobre la apelación contra el auto que decretó medida de aseguramiento e inicialmente advirtió el impedimento al ordenar someter el asunto a reparto y cumplido esto, el funcionario a quien correspondió sugirió dar cumplimiento al artículo 111 del estatuto procesal sobre impedimento conjunto de la Sala. Ante la insistencia del Tribunal, la Fiscalía se abstuvo de emitir concepto y no formuló recusación por haber ya advertido la Corporación la situación referida.

Insiste en que al parecer no existe prueba diferente a la recaudada cuando se dictó la medida de aseguramiento y que el impedimento existe cuando no hay subordinación entre el inferior y el superior, debe operar con mayor razón cuando se presenta esta circunstancia.

La Sala recusada al responder se remitió a su providencia por la cual rechazó el impedimento y ordenó acuerdo con las normas pertinentes (art. 22 Dec. 474/88, arts. 110 y 112 C. de P.P.) remitir el proceso a la Corte para la decisión.

Se considera:

Como queda expresado, la recusación se ha propuesto por la causal especial que consagra el estatuto procesal actualmente vigente y que prevé la separación del conocimiento de la Sala del Tribunal que en la etapa de instrucción haya decidido algún recurso (art. 535).

De lo expuesto por la Fiscalía y de acuerdo con la actuación procesal, aparece que la Sala recusada conoció con anterioridad de la apelación contra la medida de aseguramiento dictada contra el procesado, la cual fue sostenida. Y advertido esto por el Magistrado sustanciador, dispuso el reparto del negocio y posteriormente, ante la solicitud de la Fiscalía, decidió, de acuerdo con los restantes Magistrados de la Sala de Decisión abstenerse de declarar tal impedimento.

Examinada esta providencia, a la cual se remite la Corporación para rechazar la recusación posteriormente formulada con la misma base, anota que si bien existe este motivo especial de impedimento, diferente a los consagrados ordinariamente, no es esta la situación en el proceso materia de examen, ya que se trata de una jurisdicción especial y porque el instructor es el mismo juzgador en primera instancia, sin existir diferencia con la reglamentación del anterior Código. Y se remite a fallo de esta Sala que resolvió caso en el que se planteó la misma situación.

De conformidad con lo expresado se concluye claramente que no existe fundamento para la recusación propuesta y en consecuencia debe ser rechazada.

Lo anterior porque si bien es cierto que el nuevo estatuto procesal estableció esta causal especial de separación de los funcionarios, la misma hace relación al procedimiento en el que se aisla la función instructora y la falladora, en forma que el funcionario instructor califica el proceso, correspondiendo al Juez dictar el auto de control de legalidad y proseguir el trámite hasta el fallo respectivo; y sin que en este caso pueda la Sala del Tribunal que conoció de recurso contra providencia dictada en la etapa instructiva, intervenir o dictar sentencia. Esto con el fin de que sean distintos los funcionarios y evitar que quien conoció inicialmente, profiera nueva decisión, en orden a lograr un juzgamiento con mayores garantías.

Sin embargo, como ya lo expresó la Sala en la providencia que cita el Tribunal (abril 20/88), esto no significa que tal norma pueda aplicarse indistintamente a todos los procedimientos, sino sólo respecto a aquél para el cual ha sido dictada, es decir en que se establece la referida separación y en el que no existe subordinación funcional. Criterio reiterado en otras decisiones tomadas por esta Sala (sept. 20/88).

Por las mismas razones y porque no corresponde a la índole o naturaleza del procedimiento no es aplicable en aquellos casos en que la instrucción puede adelantarse por el mismo fallador, como es el caso de los Juzgados Municipales, de los Tribunales y de la Corte.

Por lo tanto debe sostenerse la interpretación anteriormente expresada, sin que resulten válidos los argumentos presentados por el recusante en cuanto a la aplicación del procedimiento ordinario, pues debe recordarse que el estatuto procesal al lado del procedimiento al que alude la Fiscalía contempla el que debe observar otros juzgadores, como los últimamente citados y a éste se aproxima el especial contemplado para la jurisdicción de orden público, en el que no se separan las funciones de instruir y fallar. Y sin que por otra parte pueda aducirse que por no seguirse esta norma, se lesione el derecho de defensa de los acusados porque de aceptarse esta alegación se llegaría a tal quebranto en los procedimientos en que no se aplica este precepto, lo cual no corresponde a la realidad ni a la naturaleza de los ritos procesales que consagran con amplitud los medios de impugnar los cargos contra los acusados y las decisiones proferidas a través de los recursos pertinentes.

Así, debe desecharse la recusación formulada.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la recusación formulada en este proceso contra la Sala de Decisión presidida por el Magistrado del Tribunal de Orden Público doctor Luis Gerardo Espinosa López.

Devuélvase el proceso a la Corporación citada para que se proceda a tramitar la apelación.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

LIBERTAD PROVISIONAL

Los postulados filosóficos de la Ley Penal y Procesal Penal, apuntan a limitar al máximo la privación de libertad preventiva y dentro de esa postura se explica la existencia del artículo 439, del Código de Procedimiento Penal, pero no puede pasar por alto la presencia de excepciones claramente señaladas en esta norma, como ocurre con el artículo 441.

Auto Segunda Instancia. 31 de enero de 1989. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, contra el Doctor Iván Darío Uribe Henao - ex Juez Promiscuo Municipal de El Bagre. F.F. artículo 439 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(2ª Instancia número 3467 contra Iván D. Uribe. Detención ilegal. T.S. Medellín).

Aprobada Acta número 04 enero 31/89.

Magistrado ponente: Doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Bogotá, enero treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Procede la Corte a desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Séptimo del Tribunal Superior de Medellín y por el defensor del procesado, contra el auto de fecha septiembre 26 del año próximo pasado, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín profirió medida de Aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del Doctor Iván Darío Uribe Henao, ex Juez Promiscuo Municipal de El Bagre (Antioquia), sindicado de cometer el delito de privación ilegal de libertad.

Cumplido el trámite de rigor y oído el concepto desfavorable a la confirmación del auto recurrido del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se resuelve el recurso, previas las siguientes consideraciones:

I. HECHOS:

Los que dieron lugar a la apertura de la investigación en contra del ex Juez Promiscuo Municipal de El Bagre (Antioquia), fueron fielmente resumidos por la Delegada en la siguiente forma:

"De las inspecciones judiciales practicadas, la prueba documental allegada (copia de las pertinentes actuaciones judiciales del acusado) y la confesión del propio incriminado, claramente aparece que en el Juzgado a su cargo se tramitaba proceso contra el señor Rubén Darío Alvarez Flórez por el punible de violación de habitación ajena, quien, siendo empleado oficial como funcionario del Idema, se presentó voluntariamente a rendir indagatoria el día 19 de enero del presente año y una vez terminada la diligencia se le envió a la Cárcel Municipal, donde permaneció retenido hasta el día siguiente, conforme a las constancias procesales, no obstante que el defensor de Alvarez desde un principio advirtió verbalmente al Juez que la ley no permitía captura o retención en dichas circunstancias".

"Como antes se dijo, el propio acusado reconoció haber incurrido en tal irregularidad, y explica que ello obedeció a su inexperiencia judicial y hasta ignorancia de las respectivas disposiciones legales".

II. LA INVESTIGACIÓN:

Al momento de resolver la situación jurídica del indagado Iván Darío Uribe Henao, a quien se sindica de la comisión del delito de Privación Ilegal de Libertad, por investigación que se adelantara por orden del Tribunal Superior de Medellín, se profirió en su contra Medida de Aseguramiento consistente en la Detención Preventiva, al reunirse legalmente los requisitos sustanciales, conforme lo dispone el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Para el efecto tuvo en cuenta el Tribunal, las pruebas allegadas al informativo, tales como las declaraciones de Fanny Arrieta (fl. 73), William Grueso (fl. 76) y Cristo Sánchez (fl. 77), así como la ampliación de la denuncia que formulara Rubén Darío Alvarez (fl. 78) y la propia indagatoria del sindicado Uribe Henao (fl. 85), que en una u otra forma demuestran que el Juez acusado privó de la libertad al ciudadano Rubén Darío Alvarez, cuando el delito por el que se procedió no requería tal privación (Daño en Bien Ajeno, artículo 370 C.P.) y sin sujeción a las formalidades legales, si se tiene en cuenta que se había demostrado la calidad de empleado oficial del denunciante, de quien se solicitó la suspensión del cargo sin habérsele recepcionado indagatoria aún y sin que se hubiera resuelto su situación jurídica.

Por expresa disposición del numeral 4º del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal y en consideración al delito por el que se decretó la medida de aseguramiento en contra del ex Juez Promiscuo Municipal de El Bagre (Anioquia), esto es, Privación ilegal de Libertad (artículo 272 del Código Penal), la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín sostuvo que el sindicado no tenía derecho a la libertad provisional, por lo que la medida de la detención precautelativa se hizo efectiva.

Contra la anterior resolución, es decir, aquella que negó el beneficio de excarcelación para el Juez sindicado, interpusieron en su debida oportunidad, el

Fiscal Séptimo de la Corporación y el defensor del procesado, los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, sin discutir las razones sustanciales del *a quo* en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento.

El Tribunal Superior mantuvo vigente la medida en cuanto no repuso la decisión de mantener privado de la libertad al sindicado, concediendo el recurso de apelación legalmente interpuesto.

La inconformidad de los recurrentes se limita a solicitar que se revoque la decisión por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín negó el beneficio de la libertad provisional, que a juicio de los mismos no consulta el espíritu del Nuevo Código de Procedimiento, ni se identifica con su filosofía, ni es consecuente con las razones de política criminal que orientan las prohibiciones contenidas en el artículo 441 de la obra.

Con fundamento en la tesis pregonada por la doctrina sostienen los apelantes que a pesar de las prohibiciones contempladas en la norma anteriormente citada, el sindicado tiene derecho al beneficio de la libertad provisional, atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 439 del estatuto procedimental, según el cual puede anticiparse la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional en cualquier estado del proceso, en su forma de excarcelación caucionada, cuando estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia, esto es, cuando se reúnan los requisitos de orden objetivo referidos al *cuantum* de la pena, y los subjetivos relacionados con la personalidad del agente, la naturaleza del hecho y las circunstancias y modalidades que lo rodearon, conforme lo expone el artículo 68 del Código Penal. De ser condenado el procesado, sostienen los recurrentes, en su favor, atendiendo los factores mencionados, se impondrá la suspensión de la ejecución de la sentencia, por lo que no conceder la libertad provisional a sabiendas de la no ejecución de la sentencia, sería contradecir la filosofía que inspira el subrogado, además de desconocer el artículo 12 del Código Penal, aceptando únicamente la función retributiva de la pena.

III. Motivaciones del Tribunal:

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín se abstuvo de revocar la decisión de hacer efectiva la medida de aseguramiento, esto es, no revocar la negativa de concederle el beneficio de libertad provisional al Doctor Uribe Henao, expuso el *a quo:*

1. No existe duda alguna sobre la tipificación del delito de Privación Ilegal de la Libertad (artículo 272 Código Penal), del cual se acusa al funcionario, pues las pruebas allegadas al proceso demuestran que se privó de libertad al ciudadano Rubén Darío Alvarez sin el lleno de las formalidades legales y que ellas son suficientes para sostener que se reúnen a cabalidad los requisitos exigidos por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal para proferir la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva. En este punto además no hay inconformidad de los recurrentes.

2. En cuanto hace a la negación de la libertad provisional, punto que se discute por los recurrentes, sostiene el Tribunal Superior de Medellín a través de su Sala de Decisión lo siguiente:

"De una parte, obrando conforme lo dispone el artículo 441 numeral 4° del C. de P.P., no tendrá derecho a la libertad provisional con fundamento en el numeral 1° del artículo 439 *ibidem*, el procesado por el delito de Privación ilegal de Libertad (art. 272 C.P.), tipo penal del que se acusa al Doctor Uribe Henao y por el que se decretó en su contra la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva, por lo que el legislador de manera expresa prohíbe la libertad provisional en el delito examinado".

"De otra parte y atendiendo al tenor literal de la norma en cita (art. 441 del C. de P.P.), ella habrá de aplicarse en su sentido, puesto que no existiendo oscuridad alguna en su entendimiento, a ninguna forma de interpretación distinta habrá de recurrirse, cuando además de manera clara y expresa se relaciona con la materia en estudio.

Concluye el *a quo* refiriéndose al sentido gramatical de la palabra *Prohibición*, para significar que ella indica acción de vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa, por lo que mantiene su decisión de negar la excarcelación solicitada.

IV. Concepto de la delegada

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal coincidiendo con lo sostenido por los recurrentes, solicita a esta Corporación se revoque el punto por medio del cual se negó al Doctor Darío Uribe Henao la libertad provisional, contenido en el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el que resolvió la situación jurídica del sindicado.

Luego de referirse a la posición doctrinaria mencionada por los recurrentes, sostiene el Ministerio Público que los artículos 68 del Código Penal, 439 y 441 del Código de Procedimiento Penal han de ser interpretados y aplicados armónicamente siguiendo la filosofía que "orienta al nuevo estatuto de creación de la detención, sin excarcelación, para infracciones de suma gravedad y cuando la personalidad del sujeto agente exige tratamiento penitenciario, de tal manera que las normas aparentemente incompatibles o contradictorias deben ser interpretadas, al efecto, con el doble criterio objetivo, en cuanto a la naturaleza y *cuantum* de la pena; y subjetivo, respecto a la necesidad de imponer o no tratamiento penitenciario".

En síntesis, se muestra partidario del otorgamiento de la libertad provisional en favor del Doctor Uribe Henao, porque estudiados los factores subjetivos, debe llegarse a la conclusión de que no requiere tratamiento penitenciario.

V. Consideraciones de la Sala:

1. *El delito por el que se procesa al funcionario judicial Uribe Henao es el de Privación Ilegal de Libertad regulado en el artículo 272 del Código Penal, que sanciona con prisión de uno (1) a cinco (5) años y pérdida del empleo, al empleado oficial que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad.*

La Sala comparte la estimación del a quo *de que las pruebas allegadas al proceso son suficientes para cumplir con las exigencias del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en el ordenamiento de la detención preventiva. Por lo demás tal decisión no ha sido motivo de inconformidad de la parte recurrente y es aceptada por el Ministerio Público.*

2. *La inconformidad, motivo de la alzada, consiste como ya se reseñó, en que el Tribunal de Medellín al proferir el auto de detención preventiva contra el sindicado Uribe Henao, le negó la libertad provisional, cuando según su criterio, el procesado tiene derecho a este beneficio.*

Para la Sala bastaría en la solución del problema jurídico así planteado, recordar el principio legal de hermenéutica que ordena al intérprete, atender al tener literal de la norma, cuando éste es claro y no apartarse de él con el pretexto de consultar su espíritu, como acertadamente lo afirma el Tribunal de Medellín, cuando se negó a reponer su decisión.

Ello porque como se recordará, el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal señala que "No tendrán derecho a la libertad provisional, con fundamento en el numeral 1º del artículo 439 de este código... 4. En todos aquellos delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea de tres (3) años y además, en los siguientes delitos: ...privación ilegal de libertad artículo 272...".

Indudablemente esta norma de claridad meridiana, está excluyendo en forma precisa otros delitos de Privación Ilegal de Libertad, del régimen favorable contemplado en el numeral 1º del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que: "Además de lo establecido en otras disposiciones, el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella: 1. Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. En este caso la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario". Y pretender ignorar la claridad del mandato contenido en el artículo 441, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal, so pretexto de consultar el espíritu de la legislación penal y procedimental, es inadmisible.

3. *Pero debe señalarse además, que las argumentaciones del recurrente en la sustentación del recurso, pretenden soslayar las verdaderas razones de la detención preventiva, que universalmente son reconocidas, como la necesidad de garantizar el éxito de la investigación, asegurar la presencia del sujeto en el proceso y en la ejecución de la sentencia en su eventualidad.*

Por otra parte no ignora la Sala que, los postulados filosóficos de la ley penal y procesal penal, apuntan a limitar al máximo la privación de libertad preventiva y dentro de esa postura se explica la existencia del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, pero no puede pasar por alto la presencia de excepciones claramente señaladas en esta norma, como ocurre con el artículo 441, que es también expresión de la política criminal de Estado, que entiende que en tales hipótesis, los autores de los hechos delictivos allí señalados, no deben gozar de dicho beneficio, sin que ello impida que en el momento de una eventual sentencia condenatoria, el Juez, teniendo en cuenta

los requisitos objetivos y subjetivos exigidos (artículo 68 del Código Penal) decida otorgarle el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

No se accede por ello a modificar la decisión apelada.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

RESOLUCION ACUSATORIA. APELACION

Del artículo 487 del C. de P.P. se desprende que, proferida la Resolución de Acusación, es imprescindible esperar su ejecutoria para dar el siguiente paso procesal.

Auto Segunda Instancia. 31 de enero de 1989. Se abstiene de conocer en apelación, de la providencia, por medio de la cual el Tribunal Superior de Villavicencio profirió resolución de acusación contra el Doctor Gustavo Montejo Reyes, Juez Cuarto de Instrucción Criminal de esa ciudad, por el delito de Prevaricato. F.F. artículo 487 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(2ª Instancia número 3449. Contra: Gustavo Montejo. Prevaricato: T.S. Villavicencio).

Aprobada Acta número 04.

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Bogotá, enero treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Por vía de apelación oportunamente interpuesta contra el auto de fecha septiembre 1º de 1988, mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio decidió proferir Resolución de Acusación en contra del Doctor Gustavo Montejo Reyes, ha llegado el proceso a esta Corporación.

Rituado el trámite propio del recurso y escuchado el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se procede:

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

1. Por auto de septiembre 1º de mil novecientos ochenta y ocho, la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Villavicencio profirió Resolución de Acusación en contra del Doctor Gustavo Montejo Reyes, por el delito de Prevaricato, supuesta-

mente cometido cuando se desempeñaba como Juez Cuarto de Instrucción Criminal de Villavicencio.

2. Contra la anterior determinación interpuso recurso de apelación el Doctor Jaime A. Corredor Mattus, en su calidad de defensor del procesado, mediante escrito presentado ante la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, el catorce de septiembre pasado.

3. Debidamente notificada la Resolución de Acusación, se profirió por la Sala, el auto de fecha octubre diez del pasado año, por medio del cual se concede el recurso oportunamente interpuesto contra la Resolución de Acusación dictada en contra del Doctor Gustavo Montejo Reyes, recurso que se concede en el efecto Devolutivo, para ante la Corte Suprema de Justicia.

4. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, para cuando rindiera su concepto de ley, dentro del trámite propio de la instancia, solicita a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se disponga que el recurso de apelación sea concedido por el Tribunal de origen, en debida forma, pues dada la naturaleza del auto objeto de la impugnación (Resolución de Acusación), su apelación debe concederse en el efecto suspensivo, según criterio reiterado de esta Corporación.

5. En efecto, *razón le asiste a la Delegada, en cuanto a que esta Sala debe abstenerse de resolver el recurso propuesto, en consideración a que no fue concedido en debida forma, puesto que cuando se trate de la decisión interlocutoria de Resolución de Acusación, el recurso debe concederse en el efecto* Suspensivo *y no en el* Devolutivo, *en razón a que para el primer efecto, dada la naturaleza de la decisión, se suspende toda actividad hasta tanto no se resuelva por el* ad quem *la impugnación, al paso que en el segundo, el Juzgado que profirió la decisión conserva la facultad de practicar las pruebas y adelantar el proceso, no obstante a su vez, tramitarse la segunda instancia correspondiente.*

Le basta a la Sala recordar su decisión del treinta y uno de junio pasado, con referencia al efecto en que debe concederse el recurso de apelación de Resolución de Acusatoria, para resolver el presente caso:

"El recurso ha debido ser concedido en el efecto suspensivo. En efecto:".

"El artículo 487 del Código de Procedimiento Penal dice: 'Etapa de juzgamiento. Con la ejecutoria del auto sobre control de legalidad o de la Resolución de Acusación, según el caso, se inicia la etapa de juzgamiento' ".

De este precepto se desprende con claridad que proferida la Resolución de Acusación es imprescindible esperar su ejecutoria para dar el siguiente paso procesal, que en el procedimiento "homogéneo" (Corte, Tribunales, Juzgados Municipales) es la apertura a prueba, y en el "mixto" (Juzgados Superiores y del Circuito) el envío del expediente al Juzgado de conocimiento para efectos del auto sobre control de legalidad. En estas condiciones, interpuesto el recurso de apelación contra la Resolución Acusatoria, el juzgador a quo *no puede realizar ninguna actuación hasta tanto el* ad quem *no resuelva. Durante este interregno, pues, su competencia queda "suspendida", cuestión que el citado Código contempla en los siguientes términos:*

"Art. 205. Efectos: La apelación de las providencias que se profieran en el proceso penal se surtirá en uno de los siguientes casos:"

"1. *Suspensivo: En cuyo caso la competencia del inferior se suspenderá desde cuando se profiera el auto que la concede hasta cuando regrese el cuaderno al Juzgado de origen".*

Es, entonces, la propia naturaleza de la providencia referida, la que determina el efecto en que se concede la impugnación, y no la superficial exégesis del último inciso del artículo 206 en mención, que dice: "Las providencias no enumeradas en los literales anteriores (dentro de los cuales no figura la resolución de acusación) serán apelables en el efecto devolutivo, salvo que la ley prevea otra cosa". En el presente caso esta "otra cosa" –acorde con la interpretación coherente y sistemática arriba hecha– es la prevista en el artículo 487 copiado, y en la parte liminar del artículo 205, que también se transcribió.

Por ser todo lo anterior tan obvio, bien pudo el legislador haber considerado innecesario incluir expresamente la Resolución de Acusación en la lista de providencias apelables en el efecto suspensivo.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá abstenerse de resolver el recurso propuesto por lo que el cuaderno recibido del Tribunal de Villavicencio debe regresar, para que en debida forma se conceda.

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

RESUELVE:

1. ABSTENERSE de conocer, por ahora, el recurso de apelación interpuesto por el Doctor Jaime A. Corredor Mattus, contra la Resolución de Acusación proferida contra el Doctor Gustavo Montejo Reyes, en la fecha citada.

2. Disponer el envío de las diligencias al Tribunal Superior de Villavicencio –Sala Penal–, para que se dé cumplimiento a los fines indicados en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

Hay contradicción cuando se propone simultáneamente la violación directa y la indirecta y, por consiguiente, no puede el censor partir de la omisión de algunas pruebas por parte del juzgador de derecho, y a renglón seguido, sostener yerro en su interpretación.

Sentencia Casación. 31 de enero de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio del cual condenó a Ilverio Forero Forero, por el delito de homicidio. F.F. artículo 580 C. de P.P. anterior.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Casación número 3098. Contra: Ilverio Forero).

Aprobada Acta número 04.

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Bogotá, enero treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Villavicencio confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, mediante la cual condenó a Ilverio Forero a la pena de veintiséis (26) años de prisión como responsable de los delitos de homicidio. La defensora del procesado interpuso contra tal decisión el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido y declarado admisible. Presentada la demanda se consideró ajustada a los requisitos legales. Corridos los traslados de rigor la Sala procede a resolver.

I. HECHOS:

Los que generaron el fallo materia de la impugnación, ocurrieron, los primeros, el 2 de diciembre de 1984 en la ciudad de Tame (Arauca), cuando en el establecimiento público denominado "Centro Ganadero", fue muerto el ciudadano José Agustín Mendoza Niño y herido el señor José Never Cáceres por disparos de arma de fuego; los segundos, se consumaron la noche del 13 de enero de 1985, en la zona de

tolerancia de la misma ciudad, en el sitio conocido como "Samarkanda", en donde se dio muerte al señor Jorge Eliécer Patarroyo Ayala y se hirió a Pablo Másmela, por disparos de pistola calibre 45 mm. De los hechos se sindicó a Ilverio Forero (Alias Perro con Sueño o Burro con sueño), quien fue capturado el 11 de abril del último año citado.

II. Actuación procesal:

1. Por cada uno de los hechos relacionados se inició investigación por separado, en cuyo desarrollo los funcionarios designados para adelantar las diligencias decretaron la detención preventiva del implicado y practicaron las pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos materia de la averiguación.

2. El conocimiento de los procesos se atribuyó a los Juzgados Segundo, Primero y Cuarto Superior de Villavicencio, los que llamaron a responder en juicio criminal al procesado así: Por los delitos de homicidio agravado (art. 324 numeral 7° del Código Penal), en la persona de José Agustín Mendoza Niño y Lesiones personales en José Never Cáceres; por homicidio agravado (artículo 324 numeral 7° del C.P.), cometido en Jorge Eliécer Patarroyo Ayala; y por la tentativa de homicidio de que fuera víctima Pedro Pablo Másmela Méndez.

3. Tramitada la etapa de la causa para cuyos efectos las investigaciones se acumularon ante el Juzgado Segundo Superior de Villavicencio, el 10 de septiembre de 1987 se celebró diligencia de audiencia pública al transcurso de la cual el jurado popular respondió de la siguiente manera:

Por el homicidio cometido en José Agustín Mendoza con proyectil de arma de fuego y aprovechando la indefensión de la víctima: "Sí es responsable".

Por las lesiones personales en José Never Cáceres: "No es responsable".

Por el homicidio de Jorge Eliécer Patarroyo Ayala con proyectil de arma de fuego y aprovechando la indefensión de la víctima: "Si es responsable".

Por la tentativa de homicidio en Pedro Pablo Másmela Méndez: "No es responsable".

4. En octubre 3 de 1987 el Juez del conocimiento acogiendo el fallo de los jueces de conciencia, condenó a Ilverio Forero a la pena principal de veintiséis (26) años de prisión y a las accesorias de ley por los delitos de homicidio en José Agustín Mendoza y Jorge Eliécer Patarroyo. Apelada esta decisión fue confirmada en lo sustancial por el Tribunal Superior de Villavicencio, con la adición de condenar en abstracto a Ilverio Forero al pago de los perjuicios causados con el delito.

III. La demanda de Casación:

Dentro del marco de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento anterior, el recurrente censura la sentencia atacada, por ser violatoria de manera directa e indirecta de la ley sustancial.

El actor luego de hacer un esbozo de los hechos que generaron la actuación procesal y con referencia a los que culminaron con la muerte de José Agustín

Mendoza, concluye: *Violación indirecta de la ley sustancial,* por error de hecho: Dos son los aspectos considerados por la recurrente en relación con el primer cargo enunciado:

a) Desconocimiento de la prueba existente sobre la forma como ocurrieron los hechos, por lo que no hubo una correcta adecuación típica del comportamiento, omitiéndose la consideración del homicidio simple, lo que condujo a la imposición de una sanción mayor.

Fundamenta este aspecto en el hecho de que los juzgadores de primera y segunda instancia ignoraron los testimonios de Argemiro Riaño, Hemel Darío Blanco, Beatriz Romero Reyes y José Never Cáceres, recepcionados en la investigación adelantada con ocasión de la muerte de José Agustín Mendoza;

b) Crear el hecho sin respaldo legal, al deducir en contra del procesado la agravante contemplada en el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, con efectos punibles desfavorables para su asistido, en cuanto aumentó considerablemente la pena, violándose así la citada disposición, como también los artículos 61, 26, 6 y 216 del mismo estatuto, que se refieren a los criterios para la fijación de la pena, el concurso de hechos punibles, el principio de legalidad del proceso y el *indubio pro reo,* además de quebrantar ostensiblemente el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Violación directa de la ley sustancial: Quebrantamiento directo de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 324 numeral 7° del Código Penal, por cuanto la circunstancia de agravación contemplada en la norma en cita, no podía deducirse en la consumación de un delito de homicidio, hecho al que se llegó por la riña suscitada entre el procesado y la víctima. Sostiene que la aplicación indebida de la norma ocasionó la imposición de una sanción mayor a su asistido. Y agrega que por tal concepto, y por interpretación errónea se infringieron los artículos 26, 27 y 61 del Código Sustantivo.

IV. Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Sala:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en lo cual está de acuerdo la Sala, pone de presente, los manifiestos errores de técnica de que adolece el escrito sustentatorio de la impugnación, lo que conduce a la desestimación de los cargos.

Reiteradamente, la Corte ha sostenido, como lo recuerda el Ministerio Público, que constituye un contrasentido, por lo que se imposibilita el estudio de sus planteamientos, alegar simultáneamente violación directa e indirecta respecto a una misma disposición, como se desprende de las pretensiones del actor en su demanda, al alegar la violación directa de la ley, por inadecuada aplicación del artículo 324 numeral 7° del Código Penal e infracción a esta misma disposición a través del cuerpo segundo de la causal primera del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, esto es, violación indirecta de la ley sustancial.

Con referencia a la insuperable contradicción en que incurre el censor, al proponer para su estudio simultáneamente la violación directa y la indirecta de la misma disposición, recientemente la Sala dijo:

"Tienen contenido y significaciones inconfundibles y distintas, y que en la primera no se impugna la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la ley se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar, en su integridad, los hechos que declara probados la sentencia, para edificar sobre ellos la censura. En cambio, es propio de la violación indirecta discutir la prueba, porque es de su esencia que el quebranto de la norma sea mediato, esto es, a través de ella. Y si este es su sentido, resulta de imperativo lógico rechazar, en forma total o parcial, los hechos que declara probados la sentencia para demostrar que se violó la prueba y que, por este modo se conculcó la ley".

"Más concretamente:"

"En la violación directa se afronta un problema de fondo; la aplicación de la norma sustancial, bajo tres sentidos diferentes: Su falta de aplicación o su aplicación indebida o su interpretación errónea".

"En la violación indirecta se afronta un problema de forma; la contemplación del hecho y de su prueba, bajo dos aspectos diferentes: El error manifiesto de hecho y el error de derecho".

"Resulta claro que es presupuesto lógico de la violación directa aceptar los hechos en la forma como los apreció el fallador, pues así el caso concreto se convierte en fundamento inmutable para de plano, ubicar el error en la aplicación de la norma misma. En cambio, si se rechazan los cargos que tuvo en cuenta el sentenciador y se ataca la manera como los apreció se destruye la forma específica del caso concreto para hacer recaer el error en la contemplación de la prueba como medio de llegar a la violación de la norma sustancial".

"Entonces, si el actor se interna en el estudio de las pruebas o de los hechos que ellas demuestran para discutir la apreciación que les dio o les negó el fallador, se sitúa dentro de la violación indirecta. Esto acontece cuando se formula un error de hecho (contemplación material), porque se deformó el alcance fáctico de la prueba, porque estando en el proceso no fue considerada, o porque no hallándose materialmente en él fue imaginada o supuesta; y cuando se propone un error de derecho (contemplación jurídica), porque se violó la legalidad de la prueba en su aducción, se le negó el valor que la ley le atribuye, o se restringió o excedió el que ella le asigna".

No podría entonces el censor, partir del hecho por él denunciado en relación con la omisión de las pruebas mencionadas en su demanda por parte del juzgador de derecho, y a renglón seguido, sostener yerro en su interpretación, pues es inconcebible y escapa a toda regla de experiencia que a la vez se acepte y no la prueba y su valoración.

No obstante que la recurrente sostiene que no compromete en nada la actuación del jurado popular, puesto que la crítica sobre la omisión de las pruebas por ella mencionadas la dirige hacia los jueces de derecho, es preciso aclarar que no está haciendo otra cosa que cuestionar la intervención de los primeros, pues son ellos quienes declararon la responsabilidad del procesado por los delitos por los que se le convocó en todas las circunstancias, previo el correspondiente debate y conforme a los cuestionarios propuestos, quedándole únicamente al Juez de derecho establecer si los veredictos se ajustaron a la realidad del acontecer o a los ordenamientos legales, como

en efecto sucedió en el caso concreto, o por el contrario utilizar los mecanismos legales de control para corregir los excesos y desvíos de la veredicción. Por ello en el fondo, se está proponiendo la violación indirecta de la ley sustancial, por la presunta omisión de los testimonios citados, por parte de los jueces de conciencia, evento que no puede admitirse por las razones que la Sala puntualizó en anterior ocasión, así:

"a) *Los miembros del jurado deciden en conciencia y atendida su convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga (art. 560 del C. de P.P.), de manera que no deben fundamentar su respuesta ni hacer un justiprecio de las razones de índole probatorio que los llevaron a tomar su determinación. En estas condiciones no es posible afirmar que incurrieron en desconocimiento de la realidad probatoria o que la valoración equivocadamente, que es presupuesto esencial en los cargos por violación indirecta, porque falta el necesario elemento de comparación entre las bases probatorias del proceso y las que fueron tenidas en cuenta en la veredicción".*

"b) *El artículo 519 del C. de P.P. dispuso que en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto a los hechos sobre los cuales haya versado el debate, esto es, que la base de la sentencia no es la prueba en forma inmediata, como ocurre en los casos en que interviene el jurado, sino la respuesta de los jueces populares. Ante este imperativo mandato legal el Juez de instancia, salvo casos de inexistencia o de contraevidencia frente a los cuales no podrá dictar fallo de mérito, deberá dictar sentencia con fundamento exclusivo en la respuesta de los jueces de hecho. De no hacerlo así incurrirá en desconocimiento de las formas propias del juicio y, además daría razón para la prosperidad de la causal segunda de casación que se presenta precisamente cuando la sentencia se dicta en desacuerdo con el veredicto del jurado" (C.S.J. Casación septiembre 9 de 1986, se reitera: marzo 11 de 1987).*

No solamente por los defectos técnicos aludidos por la Delegada y anotados por la Sala, sino también por las razones expuestas, deben rechazarse los cargos formulados, pues en las condiciones anotadas, ellos no están llamados a prosperar.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Guillermo Dávila Muñoz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

RESOLUCION ACUSATORIA. FAVORABILIDAD

Con fundamento en el artículo 677 del C. de P.P., ha venido sosteniendo la Corte, que aun en aquellos procesos en los cuales estuviere en firme el auto de cierre de la investigación, deberá sustituirse el segundo sobreseimiento temporal del C. de P.P. anterior, por la cesación de procedimiento de que trata el inciso segundo del artículo 473 del nuevo Código, pero siempre que el sumario no ofrezca mérito para formular auto de llamamiento a juicio o resolución acusatoria.

Sentencia Segunda Instancia. 1° de febrero de 1989. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual absolvió al Doctor Luis Fernando Caicedo, Juez Penal Municipal, en su lugar lo condena como responsable del delito de Falsedad en Documentos. Artículo 473 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(2ª Instancia número 3074. Contra: Doctor Luis Fdo. Caicedo. Sent. Absolutoria).

Aprobada Acta número 04.

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Bogotá, D. E., febrero primero (1°) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia del nueve de mayo del año en curso, absolvió al Doctor Luis Fernando Caicedo, Juez Penal Municipal de la citada ciudad, de toda responsabilidad en relación con los cargos que le fueron imputados por un delito de falsedad en documentos públicos.

Contra la referida sentencia interpuso el recurso de apelación el señor Fiscal Segundo de dicha Corporación.

Sustentado en debida forma el recurso, debe la Corte resolverlo y a ello se procede previas estas consideraciones:

EPISODIO PROCESAL:

A los procesados Héctor Jaime García, José Javier Martínez y María González Alvarado se les adelantaba en el Juzgado Noveno Penal Municipal de la ciudad de Ibagué, una causa por el delito de hurto.

Héctor Jaime García, el único procesado detenido, fue citado a audiencia pública que debía celebrarse en dicho Juzgado a cargo del Doctor Luis Fernando Caicedo, a las dos de la tarde del día 11 de mayo de 1984.

Alega el acusado, que al llegar al Despacho Judicial el día señalado y pasadas las dos de la tarde, él y el guardián que lo acompañaba encontraron que no había atención al público porque las oficinas estaban siendo objeto de aseo. Expresa el procesado, que momentos después apareció el Secretario con unos papeles en la mano, manifestándole que debía firmarlos porque la audiencia ya se había celebrado en las horas de la mañana y que en ella su defensor había alegado por escrito.

Concluye Héctor García su versión, afirmando que insistió en repetidas ocasiones para que se le celebrara la audiencia, pues deseaba hacer en ella uso de la palabra, pero que sus peticiones fueron desoídas y que el Juez se negó a recibirlo. Que días más tarde, se le notificó la sentencia condenatoria sin haberse realizado la audiencia pública, razón que lo llevó a formular contra el Juez la presente denuncia por considerarse afectado en su derecho de defensa por la irregular actuación del funcionario.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La investigación contra el Juez acusado, se adelantó por el Tribunal Superior de Ibagué, de acuerdo con la ritualidad señalada en la ley vigente para la época de los hechos, o sea el Decreto 409 de 1971.

Dos corrientes probatorias diametralmente opuestas se enfrentaron en el sumario. De una parte, obra la versión del Juez acusado, quien afirma que la audiencia pública se celebró en la hora y día señalados y que a ella asistió el procesado aunque no hizo uso de la palabra. Su dicho lo respaldan los empleados del Juzgado y el defensor de oficio del sentenciado. De otro lado, aparecen los testimonios del denunciante y del guardián que lo acompañaba, quienes afirman que la audiencia no se celebró y que las cosas sucedieron como lo relata en su denuncia.

Esta irreconciliable posición, llevó al Tribunal a calificar el mérito legal del sumario con un sobreseimiento temporal y a reabrir la investigación. Cumplido lo anterior, y sin que se modificara la situación se calificó de nuevo el sumario con un segundo sobreseimiento temporal que llegó a la Corte para su revisión en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

La Corte impartió aprobación al sobreseimiento temporal y dispuso la práctica de aquellas pruebas que consideró de especial importancia para el descubrimiento de la verdad, pruebas que tuvieron cabal cumplimiento y llevaron al Tribunal a proferir en contra del Juez acusado, auto de proceder por el delito de falsedad documental.

Concluida la causa, la Sala de Decisión del Tribunal de Ibagué por mayoría de votos profirió sentencia absolutoria a favor del Juez Caicedo, decisión contra la cual

interpuso el recurso de apelación el señor Fiscal del Tribunal, impugnación que sustentó afirmando la existencia en el proceso de la plena prueba que para condenar demanda la Ley, por estar demostrada la falsedad documental y la participación dolosa que en ella tuvo el funcionario acusado.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA:

Diversos aspectos trata el Tribunal en la sentencia impugnada. Empieza dicha Corporación por reconocer la validez del proceso ante los cargos formulados por el abogado defensor que reclamó la nulidad de la actuación amparado en un supuesto desconocimiento del principio de favorabilidad.

Al argumento expuesto por la Defensa en el sentido de que después de proferidos dos sobreseimientos temporales, no se podía calificar nuevamente el mérito del sumario, sino que se imponía forzosamente la cesación de procedimiento, responde el Tribunal, que el caso de estudio se rige por el procedimiento penal anterior y que por mandato legal, si después de decretada la práctica de pruebas y recogidas ellas, se reúnen los presupuestos para llamar a juicio, tal medida debe adoptarse en guarda del debido proceso y el procesado "... no puede alegar derechos adquiridos en contra de la sociedad y la justicia invocando el socorrido principio de la favorabilidad, pues en su esencia y filosofía no corresponde al concepto de impunidad y no se pueden alegar como medio para que el Estado renuncie a la potestad punitiva...".

Agrega el Tribunal, que cuando se profirió el auto de proceder, la prueba existente era idónea para adoptar dicha decisión.

Pasa luego el Tribunal a examinar la prueba de cargo para llegar a la conclusión de que las manifestaciones del denunciante corresponden a la verdad y a la realidad acreditada en autos y que "... hubo inmutación a la verdad en el acta de audiencia pública que se analiza, lo cual significa que fue alterada, cuestión que tácitamente reconoce la defensa...".

Se ocupa luego el Tribunal de la antijuridicidad en el comportamiento, para afirmar que la alteración ideológica del acta de audiencia al pregonar la existencia de una diligencia que no se realizó, no constituye una falsedad inocua como lo pretende la Defensa "... porque el documento que contiene una audiencia pública es jurídicamente importante por su trascendencia tiene capacidad probatoria, debe ser analizado, valorado y tenido en cuenta para los fines de la sentencia y el falsificarlo encierra la posibilidad de causar daño al menos potencial y en tales condiciones la falsedad deja de ser inocua...".

Después de efectuar el Tribunal los anteriores planteamientos al ocuparse de la culpabilidad, sostiene sin embargo, la inexistencia del hecho punible, por ausencia del "... dolo específico o dolo falsario..." porque no basta en su concepto, el dolo genérico de alterar la verdad en el contenido del documento, sino que es indispensable, además, que el agente obre "... con una intención dirigida a obtener un específico resultado" como sería en el caso de examen perjudicar los intereses del procesado Héctor Jaime García, "aspecto que no se encuentra debidamente probado y no puede presumirse, razón por la cual la sentencia debe ser absolutoria...".

De este parecer se apartó uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, quien consideró en su salvamento de voto, que el Doctor Caicedo debía ser condenado por falsedad ideológica en documento público, por hallarse reunidos todos los elementos: conducta, antijuridicidad y culpabilidad que estructuran este tipo penal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DELEGADA:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se aparta en su jurídico y bien fundamentado concepto del fallo absolutorio proferido por el Tribunal al solicitar para el Juez acusado una sentencia de condena.

Da por establecidos la Procuraduría, los hechos denunciados porque "... todo indica que en verdad existió alteración de la verdad en la narración de los hechos, por lo que se consignó una falsedad en el documento".

Pregona la Procuraduría el actuar doloso del funcionario acusado, posición que respalda con los siguientes argumentos:

"... Tal como lo consideró el tribunal de instancia, en su fallo, como el impugnante en su escrito, al haber dado el procesado fuerza legal a un documento que no la tiene, existió no sólo perjuicio para la fe pública, entendida ésta en el caso en estudio como la confianza a los medios probatorios y actos judiciales, sino a la administración de justicia mediante la inducción al error en que se hizo incurrir, por cuanto el fallador de segunda instancia tuvo como ajustada a la realidad el acta que de la audiencia pública existía en el proceso seguido contra Héctor Jaime García y otros, situación que condujo al proferimiento de la sentencia mediante la cual se confirmó el fallo condenatorio de primera instancia.

"Y con lo anterior, lejos de reconocerse una nulidad porque aparentemente no afloraba, se dieron como existentes los presupuestos básicos del debido proceso, con lo que se impidió al allí procesado ejercer su derecho de defensa en debida forma, independientemente de si sus planteamientos hubiesen podido tener o no, eco en el fallador; y con ello se acredita que sí existió perjuicio con la falsedad presentada, con lo cual de darse el aspecto subjetivo del dolo, sería punible el comportamiento imputable al Doctor Caicedo, a pesar de que no fuese éste el fin propuesto por el procesado, pues ello en manera alguna es presupuesto exigido por el tipo penal que consagra el delito de falsedad ideológica en documento público...".

PETICIONES DE LA DEFENSA:

En extenso memorial presentado por la Defensa, en sustento de la sentencia absolutoria, se pregona la inexistencia del hecho punible con base en las siguientes argumentaciones:

a) Que no existe falsedad ideológica en documento público porque la audiencia pública sí se realizó aunque en hora diferente a la señalada por el Juzgado y sin la presencia del procesado;

b) Que de aceptarse la existencia de la falsedad, se descarta el hecho punible por ausencia de dolo, pues el Juez nunca pretendió ocasionar daño a las garantías

procesales del denunciante. Entre las razones allegadas para sustentar esta petición sostiene la Defensa, que no se ocasionó daño real al ofendido porque los medios probatorios allegados al expediente ponían en evidencia su responsabilidad, sin que ningún resultado favorable o positivo pudiera ofrecer la audiencia pública.

Como petición adicional afirma la Defensa, que en el caso *sub exámine* y una vez entrado a regir el nuevo C. de Procedimiento Penal, en virtud del principio de favorabilidad no cabía una tercera calificación del mérito del sumario y que al haberse realizado se desconoció el principio de favorabilidad, error del juzgador que debe corregirse mediante una sentencia absolutoria.

Consideraciones de la Corte:

Iniciará la Corte el estudio de los diversos aspectos de la sentencia recurrida, ocupándose en primer lugar de la afirmación de la Defensa en el sentido de que se desconoció el principio de favorabilidad, al efectuarse una tercera calificación, lo cual conllevaría a la nulidad de la actuación por violación de las garantías constitucionales.

Se observa en primer lugar, que en verdad el sumario recibió una tercera calificación (auto de llamamiento a juicio) en actuación ajustada no sólo a las normas procedimentales vigentes, sino además a la situación probatoria establecida en el sumario en el momento de su calificación.

De acuerdo con norma expresa de la actual codificación (art. 677 del C. de P.P.), el Código anterior se seguirá aplicando en todos aquellos procesos en los cuales estuviere ejecutoriado el auto de cierre de investigación, lo cual significa la aplicación ultraactiva de la ley anterior, sin que pueda desconocerse por ello el principio de favorabilidad.

Con fundamento en esto último, ha venido sosteniendo la Corte, que aun en aquellos procesos en los cuales estuviere en firme el auto de cierre de la investigación, deberá sustituirse el segundo sobreseimiento temporal del C. de P.P. anterior, por la cesación de procedimiento de que trata el inciso segundo del art. 473 del nuevo Código, pero siempre que el sumario no ofrezca mérito para formular auto de llamamiento a juicio o resolución de acusación.

En el caso que se examina, el sumario recibió dos sobreseimientos temporales en el momento de su calificación por autorizarlo para esos momentos procesales la ley vigente.

Pero, reabierta la investigación y al allegarse al proceso nuevos y valiosos elementos de convicción que permitían vincular al sindicado con un llamamiento a juicio, la situación de duda que hubiese hecho imperiosa la cesación de procedimiento desapareció y estaba en consecuencia el Juez facultado a proferir tanto en el anterior como en el nuevo procedimiento la resolución de acusación.

Así lo entendió la Corte en pasada oportunidad, cuando en sentencia del 30 de mayo de 1988 y con ponencia del Magistrado Guillermo Dávila Muñoz, dijo lo siguiente:

"En los procesos en que se encontrare cerrada la investigación después de un segundo sobreseimiento temporal, se presentan dos situaciones según exista o no mérito para enjuiciamiento o acusación conforme a los nuevos preceptos. En el segundo caso no existe dificultad alguna, pues se calificará con cesación de procedimiento y así esta decisión que resulta acorde con la realidad de la investigación, se conforma también el nuevo reglamento.

"Pero cuando exista base para acusación, ésta debe proferirse. En primer término, se considera que se trata de trámite surtido con arreglo a las anteriores normas y que por tanto debe producir pleno efecto, sin que exista fundamento alguno para su tacha o invalidación.

"Por otra parte, este nuevo cierre de investigación supone que el funcionario hizo con anterioridad un examen del proceso para concluir si existía o no base para una decisión final de sobreseimiento definitivo o de enjuiciamiento, ya que de otra manera conforme a la norma respectiva (artículo 495 Código de Procedimiento Penal derogado) no podría adoptarse tal disposición conforme a lo que resulte del proceso.

"Desde otro punto de vista, la nueva forma pretendió que no se prolongara excesivamente la vinculación del procesado, sin que se decidiera en forma definitiva su situación y por ello señaló el término máximo de reapertura de la investigación. Si bien con tal finalidad de garantizar en esta forma la pronta decisión, se produjo el efecto perjudicial de impedir perfeccionar investigaciones susceptibles de culminar en acusación y con posible impunidad en tales procesos. Pero esta garantía en el caso examinado no se lesiona o se perjudica en forma alguna, pues el proceso, dados sus trámites, se encuentra por la razón ya anotada en estado de adoptar de inmediato una solución en cuanto al fondo.

"Además, si bien cabe entender que se estableció tácitamente en el artículo 677 (inciso 2°) del Código de Procedimiento Penal, una nueva causal de cesación de procedimiento, cuando en la reapertura de la investigación no se lograre obtener pruebas para acusación, de esto no puede deducirse que se pretendiera por el legislador imponer la cesación en los casos referidos cuando exista base para acusación, lo cual llevaría a la impunidad. El trámite, de otro aspecto, debe examinarse en su actual estado por ser plenamente válido como se dijo y por lo tanto no es posible entrar a examinar, en vista de las nuevas normas y en atención a posible favorabilidad, la validez de actuaciones anteriores en cuanto resultarían opuestas a los preceptos posteriormente vigentes como sería el caso del segundo sobreseimiento temporal, oportunamente dictado. Y así la posible favorabilidad del nuevo estatuto sólo procede examinarla para el trámite siguiente".

Como en el caso que se examina, de las pruebas decretadas por la Corte y prácticas en su oportunidad, halló el Tribunal mérito suficiente para llamar a juicio al acusado, tal decisión se imponía en aras de la recta y adecuada administración de justicia sin que con ello se quebrantara el principio de favorabilidad, ni derecho alguno adquirido con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Aclarado este aspecto, examinará la Sala la existencia del delito contra la fe pública, imputado al Juez Caicedo y la responsabilidad penal que pueda corresponderle.

Tipicidad de la conducta y antijuridicidad.

Como lo afirma el Tribunal y lo expresa la Procuraduría Delegada, es innegable que el Juez Caicedo realizó una falsedad ideológica al faltar a la verdad en el contenido de un documento público, destinado a servir de prueba, como lo es el acta de una audiencia pública, que no tuvo cumplimiento, pero de la cual el escrito de manera inexacta da fe.

Las declaraciones juramentadas de Héctor Jaime García y de su guardián Julio César Cárdenas merecen credibilidad no sólo por lo acordes, claras, precisas y concordantes, sino porque se encuentran respaldadas por la prueba técnica, documental e indiciaria de indubitable valor que les infunde certeza.

Se sabe que en el acta de audiencia pública, se trató de corregir la hora de la realización de la supuesta audiencia, alterando el documento para colocar la hora de las dos de la tarde, en lugar de la hora que inicialmente contenía el documento, como lo certifican los expertos en grafología del Instituto de Medicina Legal.

Es igualmente un hecho cierto, que el detenido Héctor Jaime García no salió del sitio de reclusión donde se hallaba en las horas de la mañana, sino a las dos de la tarde, regresando a las tres de esa misma tarde, lapso en el cual era físicamente imposible que se realizara la audiencia, si se tiene en cuenta el tiempo que demandaba el recorrido de ida y regreso del procesado del penal al Juzgado, el requerido para la celebración de la audiencia misma, y el hecho muy diciente de que el local del Juzgado estaba siendo objeto de limpieza por parte de las empleadas del aseo, labor que sólo se inició al abrirse el Juzgado en las horas de la tarde.

Tan evidente es lo anterior, que el propio abogado defensor del Juez acusado, admite en escrito que obra en autos, que la audiencia no se celebró en las horas de la tarde, para afirmar que se llevó a efecto en las horas de la mañana, sin la presencia del procesado detenido, lo cual lo lleva a sostener "que la realidad probatoria nos demuestra que la audiencia pública se realizó pretermitiendo ciertas formalidades establecidas en el estatuto procesal. No obstante, una cosa es que la audiencia no se haya realizado y otra bien distinta que su celebración hubiese sido irregular... Se realizó irregularmente porque se empezó sin la presencia física del imputado detenido...".

Es lo cierto entonces, que el Juez Caicedo no celebró la audiencia pública dentro del proceso adelantado contra Héctor Jaime García por el delito de Hurto, limitándose a suscribir el acta de una diligencia judicial inexistente. La hipótesis traída al proceso por el defensor en forma meramente especulativa, en el sentido de que la audiencia pública sí se celebró pero en forma irregular, carece de todo respaldo probatorio, pero aún en el supuesto de que la afirmación correspondiera a la realidad, no es ella suficiente para desvirtuar la tipicidad del hecho punible imputado al funcionario que no es otro que la falsedad ideológica, consistente en consignar en un documento público destinado a servir de prueba, una afirmación inexacta, contraria a la realidad.

Y en el caso que se examina, aún en el supuesto de que la audiencia pública se hubiese celebrado en hora diferente a la señalada, se incurrió en falsedad en el acta al

hacer aparecer en ella que en la audiencia estuvo presente el procesado, cuando éste no asistió a la aludida diligencia, creando un juicio equivocado sobre un hecho jurídico de trascendental importancia y privando al acusado de una especial oportunidad procesal para ejercitar su derecho de defensa. La mutación de la verdad recayó sobre algo sustancial y con esta conducta se lesionó no sólo la fe pública, la confianza pública depositada en el valor probatorio de esta clase de documento, sino además los intereses del procesado que fue juzgado sin el cumplimiento de las formalidades del debido proceso y a quien se le cercenó en materia grave el derecho de defensa.

Por eso ha sostenido la Corte, que todo documento público tiene capacidad probatoria y que la alteración que en él se haga, atenta contra el bien jurídico de la fe pública, pues por lo menos en forma potencial afecta el llamado tráfico jurídico. Y agrega: "... Un empleado oficial que da fe de los hechos que ocurrieron en su presencia en forma que no corresponde a la verdad o que certifique hechos que no tuvieron existencia real, lesiona con ese solo hecho el bien que busca tutelar el ordenamiento legal" (Auto, nov. 25/82. Luis Enrique Aldana).

CULPABILIDAD:

El Tribunal Superior de Ibagué en la sentencia recurrida, no obstante aceptar que el Juez Caicedo realizó una inmutación de la verdad en el documento público, lo absuelve de toda responsabilidad penal al considerar que no existió una actitud dolosa por parte del funcionario quien no procedió con el ánimo deliberado y específico de ocasionar perjuicio al procesado.

Como ya se anotara, este modo de pensar no es compartido por el Magistrado integrante de la Sala quien salvó el voto, el Fiscal del Tribunal, ni por el Procurador Delegado en lo Penal, funcionarios que pregonan la existencia del dolo como forma de culpabilidad en el acusado.

El dolo en el delito de falsedad, está integrado por la intención o conciencia de alterar la verdad en un documento destinado a servir de prueba, sabiendo que daña o que puede dañar. Se puede pregonar la existencia del dolo si se puede aceptar razonadamente que el documento falso tiene la virtualidad suficiente para perturbar una situación jurídica, alterando la prueba de un derecho o de un hecho y que el funcionario que lo expidió obró con conocimiento de esta situación.

El dolo en la falsedad, se integra entonces por el conocimiento del agente de la importancia del documento como medio probatorio judicial o extrajudicial y conciencia y voluntad de alterarlo en la verdad para producir un falso juicio sobre determinado hecho de relevancia en el tráfico jurídico.

El dolo propio de la falsedad en documentos públicos cometida por funcionarios públicos en abuso de sus funciones –ha dicho la Corte –"... consiste esencialmente en el conocimiento de que se está apartando en materia grave de las normas que reglamentan su actuación oficial y la intención de hacerlo así aun cuando no persiga un fin específico distinto a ese. En la presente oportunidad, la Corte reitera ese concepto, ampliándolo para decir que los funcionarios públicos, ora por disposición expresa de la ley, ya por la naturaleza misma de sus funciones, tienen el deber primordial de decir la verdad en los escritos que en ejercicio de ellas elaboran... Basta

entonces, que exista dolo en los casos de alteración de la verdad por los funcionarios públicos en los documentos por ellos elaborados en ejercicio de sus funciones y que tengan importancia probatoria como suelen tenerla la mayor parte de ellos, que se den cuenta sus autores que están produciendo un engaño y de que el error al que están induciendo a la colectividad en general y a los interesados en particular, tiene repercusiones jurídicas. Es lo que dice Mirto en frase concisa que vale la pena reproducir: "En la materia de falsedad en documentos públicos el agente debe representarse que de la falsedad consumada debe derivarse un engaño sobre una situación jurídica que tiene eficacia respecto al contenido del documento, y a pesar de tal representación, debe querer el engaño sobre esa situación jurídica". Como se ve, el dolo en la forma de falsedad que se viene examinando no consiste en el solo conocimiento de faltar a la verdad, sino que se amplía hasta el de las consecuencias jurídicas del acto. El funcionario que consigna un hecho falso en un documento elaborado en ejercicio de sus funciones, obra con dolo cuando sabe qué consecuencias puede tener dicha afirmación. No se requiere menos, pero tampoco más. –Especialmente no se necesita que esté impulsado por un móvil determinado, es decir, que su conducta obedezca al deseo de obtener un lucro económico o de favorecer a determinada persona, etc." – (Corte Suprema - Jurisprudencia Penal - Alfonso Reyes Echandía, 1979).

Aplicando estos principios al caso *sub judice*, se tiene, que no existe a juicio de la Sala, duda en el presente proceso sobre la existencia de una falsedad ideológica en documento público y sobre el actuar doloso del funcionario acusado.

El Doctor Caicedo sabía, porque no la había presidido, que en el proceso seguido contra Héctor Jaime García, no se había celebrado la audiencia pública y sin embargo, suscribió y elaboró un documento público afirmando contra toda verdad el cumplimiento de este acto procesal y la presencia en él del acusado, quien tenía todo el derecho a asistir por hallarse detenido. Este documento así alterado en su contenido y del que no puede negarse su eficacia jurídica, sirvió de prueba de un hecho o acto inexistente y afectando indudablemente un derecho del procesado.

No puede aceptarse, la ausencia del dolo, como lo pretende la Defensa, con el argumento de que el proceso seguido contra Héctor Jaime García, por el delito de Hurto, contenía la prueba plena de su responsabilidad y que ninguna incidencia podía tener en la sentencia las alegaciones que en su favor hubiese podido hacer el procesado en la audiencia pública (falsedad inocua).

Es lo cierto que Héctor Jaime García insistió en la celebración de la audiencia afirmando que tenía especial interés de hacer en ella uso de la palabra en ejercicio de su derecho de defensa, derecho que le fue desconocido con innegable perjuicio. La audiencia pública es posiblemente si no la mejor, al menos una importante oportunidad con que cuenta el procesado para desvirtuar los cargos formulados en el auto de proceder o resolución de acusación, demostrando bien la inexistencia del delito, su inocencia o la presencia de alguna circunstancia que pueda atenuar su responsabilidad y por ende su pena. De ningún procesado puede afirmarse *a priori* y de manera indubitable, que ya está condenado sin haber sido oído y juzgado en audiencia pública, esto es, sin haber sido oído y vencido en juicio, con agotamiento de todas las ritualidades del debido proceso.

Se puede afirmar en consecuencia, que el Juez Caicedo, al afirmar un hecho falso, en el acta de audiencia pública, haciéndolo aparecer como verdadero, consumó el delito de falsedad ideológica porque obró con conciencia y voluntad de alterar el bien protegido por el tipo penal como lo es el valor probatorio del documento público.

Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia recurrida y condenará al acusado por el delito de falsedad en documento público, descrito en el art. 219 del C.P.

PENALIDAD

Teniendo en cuenta esta Corporación que el funcionario responsable, ha observado siempre buena conducta, que carece de antecedentes de todo orden y que en su comportamiento punible no obran circunstancias de mayor punibilidad, le aplicará como pena principal privativa de la libertad el mínimo señalado en el artículo 219 del C.P. o sea, tres años de prisión.

Como pena accesoria se aplicará la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL:

Considera la Corte, que el Doctor Caicedo por su personalidad, su buena conducta anterior y las modalidades del hecho, no requiere tratamiento penitenciario y por ello le otorgará el subrogado de la condena de ejecución condicional, teniendo en cuenta que la pena impuesta no excede de tres años de prisión.

Este beneficio sólo ampara la pena principal, no así la pena accesoria de la interdicción de derechos y funciones públicas, que se aplicará y tendrá cumplimiento a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, obrando en armonía con el señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia absolutoria de fecha nueve de mayo de 1988, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en favor del Doctor Luis Fernando Caicedo, identificado con la cédula de ciudadanía número 14205093 expedida en Ibagué (Tolima), de 36 años de edad para la fecha en que rindió indagatoria (1984), de estado civil casado, de profesión abogado, y residenciado en la carrera 9ª número 9-12 de la mencionada ciudad, a la pena principal de tres (3) años de prisión como autor responsable del delito de falsedad en documento público de que trata el artículo 219 del C.P., consumado cuando ejercía las funciones de Juez Noveno Penal Municipal de Ibagué en el mes de mayo de 1984.

Tercero: Imponer como pena accesoria al Doctor Luis Fernando Caicedo, la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

Cuarto: Conceder al sentenciado Luis Fernando Caicedo el beneficio de la condena de ejecución condicional, únicamente en lo relativo a la pena privativa de la libertad, y por un período de prueba de dos años. Se aplicará la pena accesoria de interdicción a partir de la ejecutoria de esta providencia.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de que trata el artículo 69 del C.P., prestará caución el sentenciado por la cantidad de cincuenta mil pesos ante el Tribunal Superior de Ibagué, Entidad a la que se comisiona para recibir la caución, suscribir la correspondiente diligencia de compromiso y notificar la sentencia al procesado.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas (con salvamento de voto).

Marino Henao Rodríguez
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

CESACION DE PROCEDIMIENTO. FAVORABILIDAD

El Decreto 050 de 1987 regula la posibilidad restringida de dos exámenes probatorios para la formulación del pliego de cargos, sin que pueda hacerse una nueva calificación del mérito del sumario, en virtud de lo ordenado en el artículo 473 de este nuevo ordenamiento. F.F. artículo 473 C. de P.P.

Salvamento de Voto

En la ponencia inicial, que ahora se presenta como fundamento de la salvedad de voto, se sostuvo:

"La historia procesal en la presente actuación es clara. La investigación se inició con base en hechos ocurridos en el año de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), y bajo el imperio del Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 409 de 1971), el cual fue reemplazado por un nuevo ordenamiento ritual a partir del día 1º de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987).

El primer sobreseimiento temporal que se pronunció a favor del acusado, lo fue el día veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y cinco, bajo el imperio de la pasada legislación procesal, medida esta que implicó la reapertura de la investigación y una nueva calificación del mérito sumarial el día veintiséis (26) de septiembre del mismo año, la cual fuera confirmada por la Corte en auto del dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y seis, de acuerdo con las prescripciones del Decreto 409 de 1971.

Ya con dos calificaciones, entró en vigencia el Decreto 050 de 1987 que regula en torno a este punto la posibilidad restringida de dos exámenes probatorios para la formulación del pliego de cargos, sin que pueda hacerse una nueva calificación del mérito del sumario en virtud de lo ordenado en el artículo 473 de este nuevo ordenamiento, norma que es más favorable a la establecida por los artículos 494 y 495 del Decreto 409 de 1971, y que como tal, debe aplicarse desde el momento en que entró a regir.

Así las cosas, siendo que el proceso había recibido dos calificaciones del mérito del sumario al momento de entrar en vigencia el nuevo estatuto procesal, lo correcto hubiese sido proceder, en forma inmediata, a la cesación de procedimiento de

conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 050 de 1987. Como ello no sucedió así, procedería la declaratoria de nulidad del proceso por violación del principio de favorabilidad. Empero, siendo que las nulidades tienen el carácter de medida extrema, y que la cesación de procedimiento tendría los mismos efectos que los de la sentencia absolutoria en cuanto separa definitivamente y sin sanción, al acusado de la actuación pertinente, considera la Sala que sin entrar en consideraciones sobre los motivos de la absolución, procede confirmar el fallo apelado.

Sobre este aspecto de la favorabilidad, el Magistrado Ponente afirmó en salvamento de voto dentro del expediente 2555 de única instancia, en fecha 25 de mayo de 1988, los siguientes argumentos que ahora reitera:

'A continuación y de manera sucinta dejo constancia de las razones que respetuosamente me llevan a estar en desacuerdo con la decisión mayoritaria, no en cuanto a la resolución que finalmente se toma, sino a las consideraciones que se hacen en la parte motiva en relación con la aplicación del principio de favorabilidad, en el tránsito de legislación que se presentó con la expedición del actual Código de Procedimiento Penal.

Curiosa forma de aplicar el principio de favorabilidad que se plantea en la decisión mayoritaria de la Sala, porque ante las situaciones diversas de posibles calificaciones previstas en los códigos que se suceden en su vigencia, debe recordarse, que en el anterior estaba previsto un tercer concepto, cuando luego de un segundo sobreseimiento temporal se ordenaba el archivo, pero era posible volver a calificar por tercera vez cuando recaudaba la prueba, ésta daba para considerar un sobreseimiento definitivo o un auto de proceder, contra la nueva concepción del código, que luego de la primera calificación con reapertura de la investigación, por sesenta (60) días, necesariamente en la segunda, debe producirse una resolución de acusación o un cese de procedimiento, descartándose por esta circunstancia la posibilidad de una tercera calificación.

Sin embargo, la Sala reflexionando 'en atención al principio de favorabilidad' plantea las siguientes hipótesis como posibles: 1) En los procesos que con anterioridad se hubiesen calificado con sobreseimiento temporal y no hubiese base para la acusación deberá cesarse procedimiento. 2) En los procesos archivados con posterioridad al segundo sobreseimiento temporal emitido con conformidad al código anterior y en los que no se ha cerrado la investigación, deberá igualmente aplicarse el cese de procedimiento. 3) En los procesos en que se encontrare la investigación después de un segundo sobreseimiento temporal se plantean por la Sala dos hipótesis: a) Si no existe mérito para dictar resolución de acusación se decretará el cese de procedimiento, y b) Cuando exista base para dictar resolución de acusación, caso en el cual se concluye que debe proferirse.

Para el suscrito Magistrado, en la forma plena en que entiende el principio de favorabilidad, de rango constitucional, es evidente que el nuevo código quiso evitar que el procesado continuara vinculado legalmente a un proceso por un tiempo indefinido o por tiempo muy prolongado y por ello de manera expresa, previó únicamente la posibilidad de dos calificaciones, la segunda de las cuales, si no existe prueba para proferir resolución de acusación, fatídicamente debe ser por cesación de

procedimiento. No es entendible entonces que en la providencia de la que me aparto, donde se reflexiona sobre la aplicación del principio de favorabilidad, se sostenga que si no hay mérito para dictar resolución de acusación debe cesarse el procedimiento, pero que si existe, debe calificarse dictándose la acusación; solución que en mi modesto concepto es precisamente la negación del principio de favorabilidad y sin poder entender tampoco, cómo pueda justificarse una tercera calificación, cuando de manera clara el legislador quiso limitar las posibilidades calificatorias a dos.

Sin tener en cuenta si la situación se ha producido en vigencia del anterior código o en el actual, pero debiéndose realizar una segunda calificación, ésta sólo podrá hacerse dentro de las únicas dos alternativas previstas en la ley procesal actual, esto es acusación o cese de procedimiento; y existiendo dos calificaciones previas, necesariamente debe aplicarse el cese de procedimiento porque el proceso no puede continuarse, sin que sea incluso posible cerrar la investigación, porque el cese de procedimiento que aquí se admite no sería como una tercera forma de calificación, sino simplemente la aplicación del cese de procedimiento (artículo 34) que ha de emplear en cualquier estado del proceso, cuando no es posible continuar el ejercicio de la acción penal'.

Por manera que, si la situación del actual proceso es la de tener dos calificaciones previas a la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, su única alternativa –como se sostuvo– era la de cesación de procedimiento. No habiéndose producido esa determinación, se impone la sentencia absolutoria a cambio de la anulación de la actuación, por ser esta medida extrema, si bien el fundamento de la ausencia de condena no es el argüido por el Tribunal, sino la aplicación, en esta fase, del principio de favorabilidad".

Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra.*

DEMANDA DE CASACION. TECNICA

La sede de casación no es una instancia, en donde las partes, y concretamente los recurrentes, pueden enfrentar su propio y personal criterio con las razones de la decisión impugnada, sin observar una lógica y un rigor especiales en cuanto a la demostración del error trascendente y determinante que se aduzca con el propósito de invalidar el fallo.

Sentencia Casación. 7 de febrero de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio del cual condenó a Jaime Maximino Casanova Mendoza, por el delito de hurto.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 2958. Casación. Jaime Maximino Casanova Mendoza).

Aprobada Acta número 05.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Bogotá, D. E., febrero siete (7) de mil mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 13 de abril de 1988, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó al procesado Jaime Maximino Casanova Mendoza a la pena principal de 36 meses de prisión, y a las accesorias de rigor, por el delito de hurto.

ANTECEDENTES

El juzgador de primera instancia resume así los hechos materia del proceso:

"Según la denuncia formulada por el señor Gonzalo Alberto Medina Garavito, en su condición de Delegado Regional de Auditoría ante la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal Cúcuta, se tiene conocimiento de que en la sección de ahorros de dicha entidad, se presentaron continuas sustracciones de dinero durante el año de 1984 de las cuentas de ahorros semiactivas pertenecientes a siete cuentaha-

bientes de ahorros, para lo cual fueron falsificadas las firmas de éstos en los comprobantes de retiros, los que habían sido elaborados fraudulentamente, a espaldas de los ahorradores y luego fueron cobrados los retiros ante la Caja de la entidad, sin el observamiento de las normas propias para efectuar dichas operaciones.

"El monto total de las sustracciones ascendió a la suma de $1.108.237.70, incluyendo los intereses a que tenían derecho los cuentahabientes, sufriendo perjuicio económico la entidad bancaria porque tuvo que reconocer y pagar el faltante de dinero a los clientes".

Por esos hechos el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta llamó a responder en juicio a los sindicados José Efraín Gutiérrez Rodríguez, quien ejercía el cargo de 'pasalibretas' en la sección de ahorros, y a Jaime Maximino Casanova Mendoza, cajero pagador (fls. 803 y ss.). La causa se adelantó normalmente, y al proferir la sentencia respectiva, el Juzgado que condenó a Gutiérrez Rodríguez a 36 meses de prisión por el delito de hurto, y absolvió del mismo a Casanova Mendoza (fls. 906 y ss.), decisión de fecha 24 de noviembre de 1987 que fue recurrida en apelación por el apoderado de la parte civil, en lo que se refiere a la absolución. El Tribunal, de acuerdo con el Fiscal, revocó el proveído en su aspecto impugnado y condenó a Casanova Mendoza en los términos del fallo que el defensor recurrió en casación.

LA DEMANDA:

Acude el actor a la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 409/71), cuerpo segundo, afirmando un error de hecho por "apreciación errónea" de las pruebas, que condujo al sentenciador a violar, por la vía indirecta, los artículos 215 y 216 *ibidem*, y 349 y 351-2 del Código Penal.

Afirma que no fueron valoradas la inspección judicial, la denuncia y sus ampliaciones y las indagatorias, pruebas relacionadas con el procedimiento para retirar fondos en ahorros "y que señalaban al procesado como el último en intervenir en ese trámite". Alega que esas pruebas y el examen de grafología, "descartan la existencia de la cédula de ciudadanía y la libreta militar en el momento que el procesado hizo los pagos".

Arguye que el hecho de que Casanova Mendoza haya cometido errores al pagar no puede constituir de por sí delito, y que la sentencia "plantea incorrectamente que en todos los empleados los errores se repitieron", cuando en su sentir ocurre "todo lo contrario". Afirma luego que el sentenciador desconoció "la duda razonable" incurriendo en error de hecho, aparte de que el fallo no le dio credibilidad a pruebas legalmente producidas que la merecían enteramente, como el certificado de la Registraduría, el peritaje de grafología, y desconoció, además, la afirmación de varios empleados en el sentido de que varias personas reclamaron los dineros.

Le enrostra al Tribunal el haberle dado "mayor valor probatorio a unas pruebas que a otras", para a renglón seguido reiterar que se trata de un error de hecho por mala apreciación de la prueba, concluyendo, pues, en que el fallo debe casarse y reemplazárselo por el absolutorio que corresponde.

LA DELEGADA:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice:

"Pero aparte de que formula una preposición incompleta que temprano frustra sus aspiraciones, desde un comienzo señala como violados indirectamente los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 349 y 351 del Código Penal, en realidad toda su exposición se dirige a demostrar la existencia de una duda razonable e insalvable, con lo que da a entender que su censura se enmarca dentro de la exclusión evidente del artículo 216 mencionado.

"Nada distinto puede entenderse cuando toda su argumentación se apoya en que la equivocada valoración del Tribunal no demuestra la inocencia de su puspilo (sic), sino apenas siembra la incertidumbre sobre su posible responsabilidad. Siendo así, lo pertinente era aplicar el artículo 216 del estatuto procedimental, por lo que su desconocimiento implica, a no dudarlo, una exclusión evidente de dicha norma.

"Por consiguiente, esta inadecuada formulación y sustentación, que empieza con la violación indirecta y termina con la directa, conspira contra la lógica del recurso, ameritando su rechazo".

SE CONSIDERA:

Se debe reiterar de nuevo que la sede de casación no es una instancia, en donde las partes, y concretamente los recurrentes, pueden enfrentar su propio y personal criterio con las razones de la decisión impugnada, sin observar una lógica y un rigor especiales en cuanto a la demostración del error trascendente y determinante que se aduzca con el propósito de invalidar el fallo. El alegato de casación no es, pues, en dicho sentido, un alegato "libre", ya que está sujeto a parámetros exigentes, que, de no acatarse, por lo general conducen a su rechazo. Esos requisitos se encuentran en la misma ley (art. 576 C.P.P.) y han sido explicados y precisados por la doctrina y la jurisprudencia. La demanda de casación debe necesariamente "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella" (art. 576 cit.), y la Corte "no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes" (art. 581 ibidem), lo que significa que es el demandante quien le fija a la Corte la vía a tomar para desatar la impugnación, sin que, por tanto, le sea dable vacilar o manifestarse ambiguo, pues esta incertidumbre la comunicaría a la Corte, que no podría franquearla, so pena de tomar el lugar del casacionista para desentrañar su pretensión, procedimiento oficioso que le está vedado: no se olvide que la sentencia está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto, de donde resulta explicable que la "carga de la prueba" le corresponda al censor.

En el presente caso el actor acudió a la causal primera del artículo 580 del citado código que dice:

"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

"Si la violación de la ley proviene de la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto,

demostrando haberse incurrido en error de derecho o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos".

Se acogió el demandante al cuerpo segundo de esta causal, es decir al que atañe a la violación indirecta de la ley, o sea a través de la prueba, correspondiéndole entonces demostrar (no simplemente aducir o alegar, como lo hizo) que el fallador incurrió en error de derecho o de hecho. El escogió el error de hecho, por "apreciación errónea" de "las pruebas", pero no solamente comienza el desarrollo del cargo afirmando que "no apreció" ciertas pruebas, sino que de ahí en adelante su planteamiento es propio de un error de derecho, ya que insiste en que el Tribunal valoró equivocadamente el material de convicción recaudado. No distingue, y por eso mezcla esas dos clases de errores, que la jurisprudencia desde hace buen tiempo se ha encargado de precisar y determinar su propia fisonomía. Así, en decisión de 2 de julio de 1985, expresó:

"Repetidamente ha dicho esta Sala que los conceptos de error de hecho y error de derecho son diversos aun cuando los dos tienen origen en la estimación probatoria. En efecto, el error de hecho se presenta en los siguientes casos:

"a) Cuando se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obra en el proceso y el juzgador omite su apreciación;

"b) Cuando se supone o presume una prueba, vale decir, cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba imaginada por el Juzgador, y

"c) Cuando el sentenciador tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba, que es tanto como falsear su expresión fáctica en cuanto a dicho medio de convicción se hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

"El error de derecho se presenta en los siguientes casos:

"a) Cuando el fallador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de las formalidades que la ley exige para su adución;

"b) Cuando a la prueba se le niega el valor que la ley le asigna, y

"c) Cuando a la prueba se le da un valor diverso del que la ley le confiere".

Por lo que dice al error de hecho, en ninguna parte demostró el casacionista alguna de las hipótesis precisadas en la jurisprudencia transcrita, ni tampoco realizó lo propio en cuanto a la especie de error de derecho, que no adujo expresamente, pero que "sugiere" en su nada técnica argumentación. Para esta última clase de yerro, le hubiera correspondido probar qué normas de disciplina probatoria transgredió el Tribunal y de qué modo, sin que se le hubiere pasado por alto que los elementos de juicio no tarifados escapan a tal ataque. Finalmente, en uno y otro error, estaba obligado el demandante a probarle a la Corte que éste o aquél determinaron la sentencia de condena, es decir, que de no haberse presentado, la decisión habría devenido *necesariamente* absolutoria. Nada de ello hizo el actor, sencillamente por que alegó ante la Corte como si fuera ante el Juzgado o ante el Tribunal, esto es, de

forma enteramente "libre", sin sujetarse a las ya mencionadas reglas inherentes a la impugnación extraordinaria.

Disiente la Sala de la Delegada en lo que tiene que ver con la violación directa de la ley, porque el actor no dice que el Tribunal admitió la duda y a pesar de ello condenó (caso en el cual incuestionablemente se presentaría la falta de aplicación por vía directa del artículo 216), sino que "evidentemente al darle mayor valor probatorio a unas pruebas que a otras no tuvo en cuenta las dudas que no hubo forma de eliminar en la plenaria, se trató de una equivocación del empleado en el pago? ¿Existió terceros que participaron en el ilícito? Esas dudas realmente no fueron desechadas (sic) durante el proceso", objetando entonces y en el fondo, la valoración que se hizo del caudal probatorio, cuestionamiento que, de suyo, descarta la violación directa de la ley.

De todos modos, conviene poner de presente que el Tribunal, para condenar al señor Casanova Mendoza, tuvo en cuenta que éste, empleado de vasta experiencia, hizo 25 pagos irregulares, lo cual resulta inaceptable en las circunstancias concretas en que se cometió el delito. Dijo en lo pertinente la sentencia:

"Precisamente la circunstancia de ser empleado, que debe realizar el desembolso del dinero que los cuenta-ahorradores han depositado, conllevaba el empleo de la máxima diligencia y cuidado en el examen de la documentación aportada y tramitada en algunos casos, hasta ese momento: la tarjeta de cuenta, la libreta del cliente, su cédula de ciudadanía, el comprobante contable del retiro, diligenciado, pero sobre todo la presencia del cliente a quien debe identificar con toda certeza.

"Ahora bien, si con base en la prueba recaudada, ninguno de los clientes, cuyas cuentas semiactivas fueron utilizadas para ocultar el fraude, estuvo personalmente o autorizó para practicar retiros y además la Registraduría Nacional del Estado Civil, certificó la ausencia de homónimos de los citados clientes concluyéndose de este modo la alternativa de suplantación personal, es evidente entonces que la apropiación del dinero dentro de un encadenamiento criminal acordado previamente no podía presentarse como pagos efectuados reglamentariamente, sino que las anotaciones y registros, las firmas falsificadas, etc., conllevaban el propósito de ocultar el delito contra el patrimonio realizado anteriormente".

Ese razonamiento, apoyado en elementos de convicción diferentes y con sistema de regulación también diversos (existen unos de tarifa legal y otros dejados a la apreciación racional del juzgador), no logró ser puesto en evidencia por el casacionista como producto exclusivo de errores de hecho manifiestos e insalvables, como lo exigía la causal que invocó y que no consiguió desenvolver técnicamente.

El cargo, entonces, no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

ABUSO DE AUTORIDAD. DETENCION ARBITRARIA

No puede prescindirse de considerar que conforme al artículo 27 de la Constitución Nacional sin perjuicio previo y en los casos y términos que señala la ley, los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción, podrán sancionar con multa o arresto. Lo anterior no obstante la reglamentación contenida en el artículo 26 de la misma norma superior, en cuanto al debido proceso.

Auto Segunda Instancia. 8 de febrero de 1989. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual ordenó cesar el procedimiento adelantado al Doctor Jesús Ernesto Alvarez Romero. F.F. artículos 26 y 27 C.N.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Segunda Instancia número 3308. Jesús Ernesto Alvarez).

Aprobada Acta número 05.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Bogotá, D. E., febrero ocho (8) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decide la Sala la apelación interpuesta por el apoderado de la parte civil contra el auto de 19 de julio pasado por el cual el Tribunal Superior de Bogotá, de acuerdo con la petición de su Fiscal, ordenó cesar procedimiento dentro de la investigación adelantada contra el Juez Promiscuo Municipal de Manta (Cundinamarca) Doctor Jesús Ernesto Alvarez Romero, por detención arbitraria al aplicar sanción disciplinaria de arresto al abogado Luis Eduardo Baracaldo Aldana por irrespeto, y abuso de autoridad al tratar arbitrariamente de suspender determinadas obras en un inmueble.

Dentro del trámite de segunda instancia se recibió concepto de la Procuraduría 3ª Delegada en lo Penal con solicitud de confirmación del auto recurrido y alegaciones de las partes.

HECHOS:

Los resume la Procuraduría de acuerdo con la realidad procesal así:

"... De conformidad con las pruebas allegadas el día ocho (8) de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987) se presentó en el despacho del Juzgado Promiscuo Municipal de Manta el abogado Luis Eduardo Baracaldo Aldana con el propósito de solicitar la intervención del Doctor Jesús Ernesto Alvarez Romero –quien se desempeñaba como juez– en un problema existente con Alfredo Soto Sierra, secretario titular del Juzgado, por la no entrega de un inmueble que le había sido dado a éste en arrendamiento. Como el funcionario no aceptara, el peticionario procedió a lanzar frases ofensivas contra el Juez, por lo que éste dictó una resolución mediante la cual le impuso arresto inconmutable por el término de setenta y dos horas, la cual procedió a hacer efectiva de inmediato, previa notificación al sancionado, pero sin que ésta se hallara debidamente ejecutoriada".

ACTUACIÓN PROCESAL:

Presentada la denuncia por Eliseo Baracaldo –hermano del sancionado– se decretaron diligencias previas, efectuándose entre éstas la ratificación de aquélla; igualmente se agregaron copias de la actuación, se oyó al Doctor Luis Eduardo Baracaldo y se acreditó mediante los documentos necesarios la calidad de Juez del acusado (fls. 38 y 39), como también se le recibió exposición en la que afirmó los agravios de que fue víctima y se refirió a la medida sancionatoria impuesta.

Con base en lo anterior, se inició investigación, recibiéndose indagatoria al Juez Alvarez Romero y quien reiteró sus manifestaciones anteriores, como también se oyeron las declaraciones de varios testigos de los hechos, quienes en términos generales afirmaron la existencia de palabras irrespetuosas y la forma como de inmediato, dictada la resolución de sanción se le dio cumplimiento. Cerrada aquélla, oídas las alegaciones de la parte civil reconocida a nombre del afectado y recibido el concepto fiscal, se dictó el auto referido, impugnado mediante el recurso que se resuelve en esta providencia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

Solicita confirmar la decisión de primera instancia, porque en cuanto al abuso, las pruebas demuestran su inexistencia. Y en cuanto a la detención arbitraria, no obstante haber hecho efectiva el incriminado la sanción en forma inmediata y sin dar lugar a su ejecutoria, debe aceptarse que procedió de buena fe por error en la interpretación de las normas, como lo expuso el mismo en su indagatoria, habiéndose por otra parte observado los otros trámites prescritos para expedir la resolución. Y anotando además que el funcionario debía sujetarse, para la efectividad de la medida a la norma correspondiente (art. 39 C.P.C.).

ALEGACIONES DEL RECURRENTE:

Solicita la revocatoria del auto mencionado, para que en su lugar se profiera acusación. Anota que la providencia se apoya en análisis unilateral, y afirma que la copia de la resolución no es la misma que se le exhibió en la cárcel y en consecuencia

es falsa, como también califica en la misma forma las declaraciones de varias personas por ser acomodaticias y dolosas en sus afirmaciones, tacha estas pruebas, advirtiendo que no se dio por el Juez cumplimiento al artículo 39 del C.P.C. y solicita otras pruebas y amplio debate.

Además los hechos no ocurrieron en ejercicio de funciones del Juez acusado e impugna las consideraciones de la providencia referida. Por otra parte, al no ser oportunamente reconocido como parte civil, no se dio respuesta a petición de copia, tampoco se oyó el testimonio de su acompañante y no se cumplieron los requisitos de la norma pertinente, lo que fundaba la acusación.

ALEGATO DEL DEFENSOR DEL ACUSADO:

Alude a la jurisprudencia de la Corte en relación con la norma constitucional (art. 27) para imponer sanción inmediata por irrespeto en el acto del ejercicio de funciones (Auto abril 26/88). Insiste en que los hechos ocurrieron en relación con las funciones del Juez y que perturbaron el ejercicio de las mismas. La decisión debe confirmarse por estar debidamente sustentada y advierte que si algunas pruebas no se recibieron, se debió a ausencia de los declarantes, sin que se desconociera el derecho de contradicción. Se refiere a las facultades del Juez comisionado para aceptar demanda de constitución de parte civil y a las consideraciones del Tribunal y la Fiscalía para reiterar su petición.

SE CONSIDERA:

1. Según lo expuesto, la denuncia se refiere a una actitud del funcionario, quien con otras personas habría pretendido suspender obras en el inmueble que el Secretario del Juzgado ocupaba como inquilino y cuyo desalojo procuraba el recurrente, al solicitar la mediación del Juez.

Y por otra parte, a la irregularidad del procedimiento cumplido para el arresto, pues no se observó en forma alguna el precepto pertinente, como tampoco acepta que su conducta diera lugar a su aplicación.

Se examinan separadamente estas acusaciones.

2. En cuanto a la primera son suficientes los testimonios de Daniel Antonio Aldana Moreno y de Luis Alberto Gómez León para concluir en su falta de fundamento. Esto por cuanto tales declarantes, operarios contratados por parte interesada o dueña del inmueble, con la cual tenía vinculación el recurrente, son claros en manifestar que el Juez no se hizo presente en aquél, ni formuló sugerencia al respecto si bien acudió el Alcalde, la Policía y también el inquilino perjudicado para reclamar por los perjuicios ocasionados.

Así, la providencia se encuentra fundada en este aspecto que se examina, aunque no se formula concretamente reparo por el recurrente al respecto, por tratarse de situación decidida en la misma.

3. Diferentes son los reparos que formula el recurrente en cuanto al procedimiento que culminó con su sanción y por el cual manifestó su inconformidad, consistentes en primer término en la inexistencia de la situación objetiva que

determinara la intervención del Juez en cuanto a los hechos y la ocasión en que se produjeron, la prueba estimada y la resolución dictada, como en su notificación y cumplimiento inmediato.

Respecto al primer punto –que propone el apelante– o sea el relacionado con la procedencia del ejercicio de la función de sancionar por no relacionarse con las funciones del Juez, se considera que cuando acudió al funcionario el Doctor Baracaldo en solicitud de mediación en el asunto ya indicado, aquél se hallaba en su despacho y que no podía ignorar qué se proponía el segundo que dada su calidad de superior del ocupante del inmueble, ayudara a solucionar la controversia. Sobreviniendo la discusión entre uno y otro, cuando el Juez estimó que no le correspondía intervenir. Por manera que no podría dudarse que en tales condiciones el funcionario se encontraba en su calidad de tal y que en consecuencia, al imponer la sanción, lo hizo en relación con hechos cumplidos en ejercicio de funciones.

Sobre la forma como se desarrollaron los hechos, obran los testimonios de diferentes personas, como son dependientes del despacho judicial Gloria Elsa Lancheros (fl. 93) Leonarda Méndez Herrera (fl. 96), del personero Andrés Felipe Arias (fl. 101) y el Comandante de la Policía local, Dragoneante Pedro Elías León Barrera (fl. 88), de cuyas manifestaciones se desprende la discusión suscitada entre las personas mencionadas y cómo el posteriormente sancionado injurió al funcionario al hacer calificativos irrespetuosos y lesivos de su dignidad. Lo anterior aunque de las exposiciones y escritos de aquél no se deduce que se hubieran producido tales ofensas, pero que son afirmadas por los testigos.

Por otra parte, en cuanto al modo como se dispuso la sanción, de las declaraciones de algunos de los mencionados anteriormente y en forma concreta de lo aseverado por las referidas empleadas, se deduce como lo expresa el incriminado, que se obtuvo la declaración de una de aquéllas y con esta base se dictó la Resolución, conforme a cuyo texto (fl. 22) en razón de los irrespetos al calificarlo de "inmoral y deshonesto" además de otras frases agraviantes, impuso la sanción de arresto y ordenó librar de inmediato boleta de encarcelación para su cumplimiento.

También los declarantes –en especial el Alcalde Municipal Guillermo Vargas Cárdenas– afirman que se efectuó la notificación y así aparece de la constancia que obra en la copia remitida. De manera que la afirmación del Doctor Baracaldo en cuanto a que no se produjo en ese momento la Resolución o que existió irregularidad, resulta desvirtuado conforme a tales pruebas como también en cuanto a la referida notificación.

4. Se demostró también que la orden del Juez fue cumplida de inmediato y se hizo efectiva la Resolución en lo que se afirma la existencia de anomalía, dado el procedimiento señalado por la norma (art. 39 C. de P.P., nl. 2°).

En sus exposiciones (fls. 25 y 67) el Juez reafirma el trato desobligante y ofensivo de que fue objeto por parte del abogado y explica que dictada y notificada la Resolución entendió que su ejecutoria era inmediata, porque de lo contrario carecería de objeto y que procedió sin dolo, pues, de otra manera no habría expedido la boleta. Advierte que tuvo duda en el punto referido y que pensó podría similarse al procedimiento verbal, porque entendió que la Resolución debía ser de inmediata

ejecución, acogiéndose en lo demás al citado precepto. Expresa, se repite, que estimó aplicables las normas de éste (nl. 15, art. 442 C.P.C.) en el cual se concede breve término para pedir reposición (art. 447 C. citado) y reitera haber obrado de buena fe y en cumplimiento de los preceptos legales.

Dadas las razones aducidas debe admitirse que, no obstante lo que expresa la norma pertinente, el acusado no incurrió en irregularidad, pues en primer término resulta válida su consideración de que al prescindir de ejecutar de inmediato la Resolución respectiva, éste quedaría sin efecto por ausentarse el sancionado, razón esta por la cual entendió que debía ejecutarse de inmediato. Así lo dispuso sin que su conducta configure infracción como se deduce de lo que se expone seguidamente.

No puede prescindirse de considerar que conforme al artículo 27 de la Constitución sin juicio previo y en los casos y términos que señala la ley, "los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción, podrán sancionar con multa o arresto" "a cualquiera que los injurie o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo...". Lo anterior no obstante la reglamentación contenida en el artículo 26 de la misma norma superior en cuanto al debido proceso.

Atendida la disposición no puede afirmarse la ilicitud de la conducta analizada ya que, como prevé el mismo precepto, se cumplían los requisitos exigidos, porque como se anotó el acusado se encontraba en función o ejercicio de su cargo y la injuria se produjo por parte del abogado sancionado.

Por otra parte, si bien la ley ha desarrollado la disposición constitucional en la norma que se ha invocado y que el funcionario entendió aplicable (art. 39 C.P.C.), al hacer efectiva de inmediato la sanción, previa la información o prueba pertinente y con notificación al afectado, no podría afirmarse que incurrió en acto ilícito, vista la regla citada de preferente observancia y atendidas sus finalidades de impedir que la sanción se convierta en aparente por la ausencia o elusión por parte del sancionado, de restablecer de inmediato la normalidad necesaria para que la autoridad correspondiente pueda ejercer sus funciones y de preservar estas mismas afectadas en tal forma.

En tal sentido se ha expresado la jurisprudencia de esta Sala, en reciente providencia (junio 10/88) recordándose que se adoptó igual decisión en caso semejante con esta base (auto mayo 9/88, Magistrado Ponente Doctor Duque Ruiz) y mencionándose el salvamento de voto (Magistrado Doctor Gómez Velásquez) en auto de 26 de noviembre de 1980 con igual fundamento.

En la providencia citada de mayo 9/88 se dijo en cuanto a la situación que es objeto de examen lo siguiente:

"No obstante que el acusado hubiera puesto como fundamento de su decisión la referida norma, la Corte considera que no estaba obligado a seguir el procedimiento en ella previsto (art. 39 C.P.C.), porque la misma Constitución Nacional para casos como el protagonizado por del Vecchio, faculta al funcionario a imponer la sanción, sin *juicio previo*. La norma general es que 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Tribunal competente *y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio...* (art. 26 de la Constitución Nacional), pero el artículo siguiente consagra tres excepciones, de las cuales es

pertinente destacar la primera: La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, *sin perjuicio previo*, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley: 1. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo'. Esta norma exige que los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, entre los cuales obviamente se encuentran los jueces de la República, estén realizando un acto propio de sus funciones oficiales, y que durante el desarrollo de tal acto sean injuriados o se les falte al respeto. La injuria o el irrespeto deben ser concomitantes con la ejecución del acto propio de su función oficial, toda vez que la norma constitucional busca asegurar que el acto oficial pueda cumplirse efectiva y dignamente".

4. Son admisibles por tanto los argumentos del defensor del procesado en el sentido anteriormente indicado, aspecto también examinado en la providencia recurrida para sustentar la decisión adoptada, la cual se refiere así mismo a los demás puntos relacionados con la sanción y su procedencia, en atención o para la finalidad de la conclusión que debía adoptar.

En cuanto a lo observado por la Procuraduría de que el precepto legal respectivo debe ser precisamente analizado, de acuerdo con la referencia que hace el mismo texto constitucional, es necesario estimar que si bien el funcionario debe proceder al ejercer la facultad señalada a aplicar sanción previamente señalada y contemplada por la ley, como es el arresto o la multa y a demostrar o consignar debidamente la falta que ocasiona la sanción, lo cual atiende la facultad constitucional y al mismo tiempo garantías elementales del ciudadano, esto no puede significar que se hagan inefectivas las finalidades ya referidas, que se pretenden con la misma disposición, que es la protección adecuada de la función, como ocurriría en caso contrario. Por lo cual tiene validez y debe reiterarse lo expresado en jurisprudencias anteriores de esta Sala ya señaladas.

6. El recurrente impugna los fundamentos del auto recurrido por estimar falsa la Resolución sancionatoria, contrarios a la verdad los testimonios recibidos, lo relacionado con el ejercicio de funciones por parte del Juez en el momento de los hechos y que por no haberse reconocido oportunamente la parte civil no se atendió el principio de contradicción.

Dichas alegaciones formuladas con anterioridad, se encuentran contestadas a través de los razonamientos consignados en esta providencia. Y en cuanto al reconocimiento a la parte civil, si bien no se efectuó por el comisionado por entender que no estaba dentro de lo ordenado por el comitente, se decretó la recepción del testimonio de familiares de aquél que no pudieron ser oídos por no lograrse su presentación para efectos de ratificar su versión (fl. 100).

Además, al cierre de investigación se decretó perfeccionada ésta y por auto que se notificó posteriormente (edicto fl. 133) al que reconoció parte civil (fl. 127), permitiéndosele en tal forma recurrir, sin que por lo mismo se afecten sus derechos.

Y en lo relacionado con autorización de visitas al arrestado, éstas se negaron un día sábado por no estar permitidas, pero se efectuaron al día siguiente (fl. 107); por consiguiente no puede afirmarse conducta abusiva.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto apelado por el cual se dispuso la cesación de procedimiento en relación con los hechos objeto de investigación.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

El artículo 8° del Decreto 2490 de 1988 es una norma de procedimiento que fija la competencia y, por lo mismo, de aplicación inmediata ya que no afecta, lesiona, ni menoscaba derechos sustanciales de los procesados y donde no tiene incidencia el principio de favorabilidad.

Auto Colisión. 14 de febrero de 1989. Dirime colisión de competencia entre el Juzgado Once Especializado de Florencia y el Segundo de Orden Público de Neiva. F.F. Decreto 2490 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión de competencias. Rad. número 3524 Salomón Reyes Guerrero y otros. Juzgados: Especializado y Orden Público).

Aprobada Acta número 06..

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Bogotá, D. E., febrero catorce (14) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El 9 de julio del año inmediatamente anterior, al culminar la tarde, varias personas (4 de ellas se hicieron presentes y entre éstas una enmascarada, desconociéndose cuántas estaban por los alrededores) llegaron a la casa de la finca del ganadero Víctor Hernando Cabrera Rojas, ubicada en la vereda "El Mesón", municipio de Belén de los Andaquíes (Caquetá) y, luego de intimidar con armas de fuego a los presentes, procedieron a llevarse secuestrado al susodicho señor, no sin antes apoderarse de un rifle y una escopeta de propiedad del dueño del inmueble. Cabrera Rojas fue liberado después de 17 días de cautiverio, previo el pago de $8.000.000.00, exigidos por su rescate. La correspondiente investigación la asumió el Juzgado Once Especializado de Florencia, funcionario que, luego de proferir auto de detención (octubre 12/88) contra algunos de los sindicados, decidió (noviembre 1/88), "de conformidad con el artículo 2° del Decreto 0474 de marzo 16/88", remitir el proceso a los Juzgados de Orden Público, por competencia.

El Juzgado Segundo de Orden Público –reparto– de Neiva, le devolvió las diligencias, haciéndole saber que "Si bien el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de marzo 16/88, confiere a los Juzgados de Orden Público la competencia para instruir y fallar los delitos de secuestro y secuestro extorsivo, así como los casos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio y lesiones personales", ello es únicamente para aquellos eventos en los cuales la víctima es una cualquiera de las personas enumeradas en ese numeral 1°. Concretó además el funcionario que la competencia para instruir y fallar el proceso radicaba en los Juzgados Especializados, según lo ordenaba el numeral 2° del artículo 23 del Decreto Legislativo número 474/88.

No convencido el Juez Once Especializado remitió nuevamente las diligencias, provocando colisión de competencia negativa al juzgado de reparto, para el evento de que no se compartieran sus argumentos, los cuales se sintetizan así: La forma del secuestro de Cabrera R., su cautiverio y la manera como se adelantaron las negociaciones deja ver claramente la existencia de un concierto para delinquir (art. 186 C.P.), "cuyo conocimiento, según el artículo 2°, ordinal 2° del Decreto en mención –el 474/88– está asignado a los señores Jueces de Orden Público y que no se encuentra incluido dentro de las excepciones consideradas en el artículo 23".

Regresado el proceso, el Juzgado de Reparto –en esta oportunidad el Cuarto de Orden Público–, ahora sí lo reparte, correspondiéndole al Primero, funcionario este que decide "no aceptar la colisión de competencia negativa, propuesta por el Juzgado Once Especializado, con sede en Florencia (Caquetá) y disponer el envío del original del proceso a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que se dirima el conflicto", con base en la siguiente motivación: Hay serias razones para pensar que el secuestro del señor Cabrera R. se realizó por un nuevo grupo subversivo, "Democracia". Ello hace que se esté frente a un delito de rebelión, en concurso con secuestro extorsivo en persona diferente a las citadas en el artículo 2-1 del Decreto 474/88, y hurto; "... no podemos pensar que se trata aquí del delito de concierto para delinquir (art. 186 C.P.), pues los dos tipos delictivos (rebelión y concierto) lo único que tienen en común es que en ambos se requiere un número plural de personas para que se configure, ya que las finalidades que se proponen los asociados en uno y otro, son marcadamente diferentes".

La competencia de los Jueces de Orden Público, frente al concierto para delinquir, debe concretarse tan sólo al conocimiento de cualquiera de las dos alternativas a que alude el artículo 7° (hacer parte de un grupo de sicarios o de uno de terroristas); por lo tanto, el Estatuto para la Defensa de la Democracia no le quitó completamente la competencia a los Jueces Superiores, para conocer del delito de concierto para delinquir.

Breves consideraciones de la Sala

1. *Presenta el trámite de la presente colisión de competencias irregularidades que, aun cuando no comportan la no creación del conflicto, sí es del caso resaltar, así: No es de la actividad propia de los juzgados de reparto (aunque se le abone al Segundo de Orden Público de Neiva su voluntad de acertar y el propender a la aplicación del principio de economía procesal) el estudio de los procesos que le llegan para tales efectos, en orden a determinar si a quienes le son remitidos les corresponden o no por*

competencia. Esta es función del juzgado al que efectivamente le fue asignado el proceso, y un proceder en contrario puede conducir a lo acaecido en el evento sub examine, *donde termina provocándosele la colisión al juez de reparto. Fortunosamente aquí el expediente finalmente se repartió y el funcionario a quien le correspondió fue el que se pronunció sobre la oportunidad o no del conflicto. Y aquí es donde se presenta la otra irregularidad, pues el juez, como quiera que no compartía los argumentos que le atribuían a la jurisdicción de orden público la competencia, ha debido negar la misma, mas no la existencia de la colisión negativa, para en últimas aceptar el conflicto y remitir las diligencias a la Corte, para que lo dirimiera.*

2. *Si el asunto se limitara al secuestro extorsivo, así fuera en concurso con el hurto, tendría solución en la siguiente jurisprudencia de la Corte:*

"... El artículo 22 del Decreto 180 de 1988, dice:

"Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos".

Por virtud del inciso 2° del artículo 2° del Decreto 181 de 1988, el conocimiento de ese delito fue atribuido a la jurisdicción de orden público. Sin embargo, el 16 de marzo se expidió el Decreto 474 ("por el cual se organiza la jurisdicción de Orden Público, se establecen nuevas competencias y se dictan otras disposiciones"), cuyo artículo 23 es del siguiente tenor:

"Mientras subsista turbado el orden público los Jueces Especializados conocerán en primera instancia de los siguientes delitos:

"1. De los delitos establecidos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y conexos.

"2. De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 y 269 del Código Penal y el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1° de este Decreto".

"Cuál es el secuestro previsto en el artículo 2° (no artículo 1° como dice equivocadamente el texto) del Decreto 474? El secuestro simple y el secuestro extorsivo cometidos en *determinados* sujetos pasivos, que el inciso 1° se lecciona en atención al cargo que desempeñen, a su profesión, a su liderazgo político o sindical, o a sus ideas políticas. El secuestro que tenga por objeto alguna de estas personas, es de competencia de los Jueces de Orden Público, dice expresamente el citado artículo 2° del Decreto 474.

"Es decir que los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el referido elenco, escapan a la jurisdicción de Orden Público, para caer en competencia de los Juzgados Especializados.

"Destaca la Sala que en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del C.P., acierta el Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal al sostener que dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del Decreto 180/88, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena, lo que ellos preveían.

"La referencia que aquellos textos (arts. 268 y 269 del C.P.) se hace en el Decreto 474/88, artículo 23-2, no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el Gobierno consideró conveniente mantener la competencia de los Jueces Especializados para conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del Decreto 180/88, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del C.P., que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado Decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los Jueces Especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes de entrar a regir el Decreto 180/88, cuya tipicidad y pena consagran los artículos 268 y 269 del C.P., y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vigencia de tales normas, los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado Decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referidas del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2° del Decreto 474/88, el cual es de competencia de la jurisdicción especial de Orden Público".

3. *Mas acontece que el evento* sub examine *permite seriamente pensar en la existencia del delito de rebelión. Efectivamente, el denunciante y ofendido Víctor Hernando Cabrera, sostiene que el jefe del grupo que lo secuestró, al cual llamaban "Grenoble" o "Gran Noble" le manifestó que su organización no pertenecía al "M-19", sino que hacían parte de una nueva agrupación revolucionaria denominada "Democracia", mas Cabrera expresa sus dudas al respecto y concreta que, en su sentir, se trataba más bien del "M-19". De otra parte, el señor Israel Toledo Giraldo, quien también fue secuestrado y, según indica el proceso, por la misma asociación delictiva que secuestró al ganadero Cabrera, señala que para él los malvivientes "eran del M-19 porque tenían el brazalete, pero al revés o volteado". Concreta, además, que al movimiento subversivo "Democracia Libre", al cual dijeron pertenecer los secuestradores, no se le conoce en la región, en tanto que es sabido que el "M-19" opera desde hace tiempo en el municipio de Belén de los Andaquíes. En el proceso obran otro cúmulo de circunstancias (armas utilizadas, uniformes, organización interna del grupo, con intendente, ecónomo, enfermera, comandante, capitanes, tenientes y subtenientes, etc.) que conducen a pensar que ciertamente se está en presencia de un grupo subversivo, concretamente un brazo del M-19. Esto lo conceptuó así, no sólo el Juez de Orden Público, si no igualmente el Especializado, cuando resolvió la situación jurídica de algunos implicados.*

Así las cosas, siendo que, con fundamentos, es dable pensar en la existencia del delito de rebelión (en concurso con otros, desde luego), es del caso precisar lo siguiente: Si bien es verdad, para cuando se pronunciaron los jueces en conflicto, de este delito conocía la justicia ordinaria en cabeza de sus jueces superiores, hoy por hoy, habida cuenta de que el legislador de emergencia expidió el Decreto 2490 del 30 de noviembre de 1988, el asunto cambia indudablemente, pues en su artículo 8° se dispone:

"Además de los delitos señalados en los decretos legislativos 180 y 474 de 1988, la jurisdicción de orden público conocerá de los procesos que se adelanten por delitos contra la existencia y seguridad del Estado, rebelión, sedición y los conexos con éstos".

Se trata de una norma de procedimiento que fija la competencia y, por lo mismo, de aplicación inmediata ya que no afecta, lesiona ni menoscaba derechos sustanciales de los procesados y donde no tiene incidencia, por consecuencia, el principio de favorabilidad –art. 40 de la Ley 153 de 1887, incorporado al artículo 5° del C. de P. Penal–.

Al respecto se remembra lo que recientemente aseveró esta Corporación, así: "... La ley procesal que otorgue a uno u otro Tribunal la competencia para conocer de determinado proceso es por lo general norma neutra, mientras no lesione el derecho de defensa o intereses sustanciales de los procesados y es por tanto de aplicación inmediata..." (Auto de octubre 25/88, M.P. Doctor Jorge Carreño Luengas).

Es competente, pues, para conocer del presente proceso el Juzgado Primero de Orden Público de Neiva.

4. *Atina este Juez, aunque su apuntamiento no valga para dirimir el presente conflicto, cuando sostiene que el Decreto 180 de 1980, en su artículo 7° sólo se refiere a dos modalidades del concierto para delinquir: formar parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista y que, en tales eventos, es cuando conoce la Jurisdicción de Orden Público. En los otros casos en que se presente el concierto para delinquir que tipifica el artículo 186 del C. Penal, resulta claro que se rigen por las normas ordinarias de competencia, esto es, que ella radica en los Juzgados Superiores –art. 70 C. de P.P.–.*

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

RESUELVE:

DIRIMIR el presente conflicto de competencia, en el sentido de atribuir el conocimiento del proceso al Juez Primero de Orden Público de Neiva (Huila). Remítansele, de inmediato, las diligencias y, por la Secretaría de la Sala, hágase llegar copia de esta providencia al Juzgado Once Especializado de Florencia (Caquetá), para lo de ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PRESCRIPCION DE LA ACCION

La prescripción de la acción penal sólo puede moverse dentro de límites ciertos y precisos, que resultan excluidos cuando se aplican las circunstancias de tipo genérico.

Sentencia Revisión. 14 de febrero de 1989. Niega la revisión de la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el proceso contra Rafic Nicolás Aljure Sfeir, en el que fue condenado por el delito de Estafa. F.F. artículo 80 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 2795. Revisión. Rafic Nicolás Aljure Sfeir).

Aprobada Acta número 06.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Bogotá, D. E., febrero catorce (14) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

El Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 18 de febrero de 1987, condenó a Rafic Nicolás Aljure Sfeir a la pena principal de un (1) año de prisión, a las accesorias de rigor, y al pago de $1.676.500.64 como perjuicios, por el delito de estafa contemplado en el artículo 411 del Código Penal de 1936.

Apelado dicho fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó por medio del suyo de 27 de julio del citado año, con la adición de la condena a multa de $2.000.00, también como pena principal, sentencia debidamente ejecutoriada contra la cual el apoderado del procesado interpuso recurso de revisión, que entra la Sala a resolver.

Hechos

Los resume el Tribunal de la siguiente manera:

"Miguel Cuéllar Rincón estaba afrontando una crisis económica en su industria a comienzos del año de 1980 por lo que aceptó un préstamo de $150.000.00 que le

ofreció el sindicado Rafic Nicolás Aljure Sfeir, comprometiéndose a pagar el 1% diario como intereses, respaldando esta obligación con un cheque por la suma de $175.000.00. Al vencimiento del plazo y ante la imposibilidad de pagar la obligación, se vio precisado a aceptar un nuevo préstamo, a fin de que no lo denunciara; por eso se sumó el título ya girado y el nuevo préstamo y los intereses pactados inicialmente dando un total de $402.500.00, lo que respaldó con otro título valor. Para esta suma se exigió un fiador que respaldara con otro título valor por la misma cantidad, favor que fue prestado a Cuéllar por Ana Silvia Bermúdez. Al vencerse el nuevo plazo y no poder cubrir el crédito, Aljure exigió un nuevo cheque por $615.000.00 a Cuéllar, con el cual cubría las dos obligaciones anteriores más los intereses, sin que devolviera los anteriores instrumentos que quedaron reemplazados. Posteriormente Aljure Sfeir mediante apoderado inició un proceso penal por violación al Decreto 1135/70 con el cheque de $402.500.00; con el de $615.000.00 inició un ejecutivo en el Juzgado Quinto Civil del Circuito; otro proceso penal inició en un Juzgado de Instrucción con el cheque de $175.000.00 y el cheque de Ana Silvia Bermúdez fue presentado al cobro y pagado parcialmente y ante las continuas presiones ejercidas por el abogado de Aljure tuvo que comprometerse a pagar mensualmente por cuotas el valor de dicho instrumento" (fls. 47 y 48 del cuaderno del Tribunal).

La demanda

Con apoyo en la causal 2ª del artículo 231 del nuevo Código de Procedimiento Penal, el actor pide que "se declare sin valor" el fallo recurrido en revisión y se decrete por la Corte la cesación de procedimiento, por considerar que cuando quedó en firme el auto de proceder contra Aljure Sfeir (primero de noviembre de 1985), la acción penal por el delito de estafa previsto en el artículo 411 del Código Penal de 1936, ya había prescrito, ya que dicha conducta se habría consumado el 31 de marzo de 1980, fecha en que aparece girado el último de los cheques.

Argumenta que si bien es cierto que el Tribunal consideró que se daba la agravante consagrada en el inciso 2º del mencionado artículo 411, debido a la realización del perjuicio (pena de 1 a 7 años de prisión), al imponer el mínimo de un año, aceptó, a la vez, que "se daban varias circunstancias de atenuación genérica", cuestión que impide tener como máximo de la pena imponible los 7 años, debiéndose admitir, entonces, que la prescripción operaría en 5 años.

Se declara en abierta oposición a la reiterada jurisprudencia en el sentido de que para efectos de la prescripción únicamente han de tenerse en cuenta las circunstancias específicas que atenúen o agraven la punibilidad, arguyendo que, ante el silencio de la ley, no hay por qué excluir de esos efectos las circunstancias genéricas. "Consideramos totalmente equivocada esa doctrina –replica el demandante–, no solamente porque la norma no distingue entre causas específicas y genéricas de atenuación o agravación primitiva (sic), lo cual de por sí impediría distinguirlas al intérprete, sino también por la circunstancia de que el artículo 80 exige al Juez tener en cuenta las circunstancias *concurrentes* de atenuación y agravación, siendo absurdo suponer que una misma norma penal consagre el mismo tiempo, en forma concurrente, circunstancias específicas de agravación y atenuación. Es manifiesto entonces, que la doctrina de la Corte lleva al absurdo... Debe corregirse con los fundamen-

tos anteriores, la doctrina que viene comentándose, para aceptar que el criterio para determinar el término prescriptivo de la acción penal es el del máximo de la pena aplicable a cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación o atenuación, genéricas o específicas, que concurran en el hecho punible concreto" (subrayas del original).

ALEGATO

En su alegación el actor recaba en sus planteamientos e insiste en que discrepa de la tesis de la Corte, "la cual podríamos llamar abstraccionista, porque con ella se pretendía variar el espíritu del nuevo legislador, el cual era absolutamente objetivo, para acoger la doctrina culpabilista".

LA PROCURADURÍA

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal dice que la tesis del recurrente no puede prosperar, pues las circunstancias a que se refiere el artículo 80 del Código Penal son las específicas, "mas no aquéllas consagradas por los artículos 64 y 66 del Código Penal, que como circunstancias genéricas, sólo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 61 del mismo Código examina el Juez en el momento de pronunciar sentencias, a fin de ubicar la sanción dentro del mínimo y el maximo señalados por la disposición violada y que son comunes a varios delitos de diversa índole".

En el presente caso, concluye, cuando el auto de proceder quedó ejecutoriado no habían transcurrido siete (7) años, término necesario para que la acción penal prescribiera.

SE CONSIDERA:

1. De conformidad con lo acordado por esta Sala el primero de septiembre de 1987, la Corporación ha venido reiterando que las demandas de revisión presentadas a partir del primero de julio del citado año deben basarse en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050/87), salvo, si, los casos de favorabilidad que se presenten en cotejo con el Código de 1971. Por tanto, la demanda que se examina aparece correctamente formulada, al invocar los artículos 231 y siguientes de la nueva normatividad.

2. *Dispone el artículo 80 del Código Penal:*

"*Término de prescripción de la acción.* La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada *en la ley* si fuere privativa de la libertad pero en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

"En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco años" (Se subraya).

El procesado señor Aljure Sfeir *fue condenado por el delito de estafa previsto así en el artículo 411 del Código Penal de 1936:*

"El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, y abusando de las necesidades, de las pasiones, del estado de enfermedad o deficiencia psíquica de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y en multa de dos a mil pesos.

"Si se realizare el perjuicio, la pena será de uno a siete años".

En la sentencia se consideró que el perjuicio se había producido y entonces se aplicó la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo transcrito, evidencia que desde luego admite el demandante, objetando sólo la tesis de que "las circunstancias de atenuación y agravación" de que habla el mencionado artículo 80, únicamente sean las "específicas", pues, a su juicio, incluye también las "genéricas".

La afirmación que combate abiertamente el actor, viene siendo sostenida específica y unánimemente por esta Sala desde hace muchos años. Así, en casaciones de 7 de octubre de 1954 y 25 de marzo de 1955, y autos de 14 de febrero de 1957, 2 de abril de 1963 y 29 de julio de 1965 dijo al respecto: "Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, se busca el máximo de la pena señalada en la ley para el delito sub judice, *pero, según el caso, relacionando ese máximo con los aumentos o disminuciones que* la misma ley establece para las modalidades específicas *que agraven o atenúen el hecho criminoso" (se subraya).*

Y en auto de 30 de octubre de 1984 reiteró:

"Ni bajo la vigencia del código anterior... ni de acuerdo con las disposiciones actualmente en vigor, es posible afirmar que la acción penal prescribe en un tiempo igual al de la pena imponible al procesado, en caso de llegar a ser éste condenado por el delito que se le acusa, sino, como claramente lo disponen las normas anteriores y las actuales, en un tiempo igual 'al máximo de la pena FIJADA EN LA LEY (resalta la Corte), esto es, no en el tiempo en que, en caso de condena, pudiera llegar a determinarse por el Juez como pena imponible, sino aquél en el que, sin acudir éste a las específicas situaciones referentes a cada procesado en particular, se indican por ministerio de la ley, objetiva y expresamente, como circunstancias que atenúan o que agravan las penas respecto de cada delito, en sí mismo considerado" (mayúsculas y paréntesis del original).

Obvio que esa jurisprudencia se mantenga hoy inmodificable, como que no sólo es fruto de la sencilla lectura del respectivo articulado, sino que se corresponde con la misma naturaleza del instituto de la prescripción de la acción penal. En efecto, si ésta dependiera de la cantidad de pena que el Juez en cada caso puede imponer dentro de las pautas que la misma ley diseña (arts. 36 y 61 del Código P. de 1936 y 1980, respectivamente), se tornaría vaga e incierta y por lo mismo inaplicable, al menos con anterioridad al proferimiento de la sentencia, ya que hasta este momento no se sabría el quantum *de la pena imponible. Si la prescripción no es otra cosa que la extinción de la acción penal por el transcurso de determinado tiempo, ella no puede moverse sino dentro de límites ciertos y precisos, que son justamente los que consagra la ley; certeza y precisión, en cambio, que, de suyo, resultan excluidas en el marco de una dosificación "con fundamento subjetivo" o "individual", que surge cuando se aplican las referidas circunstancias de tipo genérico.*

En ese orden de ideas, es indudable que la acción penal para el delito endilgado a Aljure Sfeir prescribía en siete (7) años, lapso que no había transcurrido cuando el auto enjuiciatorio cobró firmeza, no dándose entonces la causal de revisión alegada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NEGAR la revisión impetrada por el apoderado del sentenciado Rafic Nicolás Aljure Sfeir.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CONCUSION. COHECHO

Estos dos delitos contra la Administración Pública se excluyen entre sí y ni siquiera es posible recurrir al denominado "conflicto aparente de normas o de tipos penales", pues la descripción de estas conductas implica comportamientos subjetiva y objetivamente diferentes.

Auto Segunda Instancia. 15 de febrero de 1989. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual ordenó cesar el procedimiento adelantado contra el Doctor Francisco Jaramillo Martínez - Juez Quinto Penal Municipal de Palmira.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Segunda Instancia número 3188. Contra: Francisco Jaramillo M. Delitos: Prevaricato-Concusión).

Aprobada Acta número 05.

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Bogotá, D. E., febrero quince (15) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la providencia, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali dispuso cesar todo procedimiento contra el Doctor Francisco Jaramillo Morales, Juez Quinto Penal Municipal de Palmira, por los hechos que denunciara el Abogado Luis Jorge Clavijo López y ordenó compulsar copias para que se investigue disciplinariamente al mismo funcionario.

LOS CARGOS:

Afirma el quejoso que en la investigación seguida contra Alfonso Manjarrés y Edilio Adarve Valencia, por el delito de Usurpación de tierras, el funcionario acusado cometió las siguientes irregularidades:

1. A pesar de ser él el denunciante y apoderado de la parte civil, el Juez Jaramillo Morales le aceptó varias invitaciones a almorzar, le compró un reloj y no obstante ser su deudor no se declaró impedido para conocer del proceso.

2. Habiéndole prometido ayudarle en la investigación, cuando le impetró la práctica de algunas pruebas y la indagatoria de los denunciados, el Juez se abstuvo de ordenarlas, dilató el envío de un despacho comisorio para recepcionar declaración a la Doctora Adalguiza Motta y decretó el cese de procedimiento.

LA IMPUGNACIÓN:

Impetra el recurrente la revocatoria de la providencia apelada por estar demostrada la verdad de sus afirmaciones, principalmente con los testimonios de Carlina Mora Herrera y Jorge Sánchez Mora.

Por su parte el defensor del Juez Jaramillo Morales solicita la confirmación del proveído impugnado en cuanto a la cesación de procedimiento y la revocatoria respecto a la compulsación de copias disciplinarias dispuestas por el *a quo* para que se investigue lo relacionado con los almuerzos que afirma el denunciante le gastó al funcionario porque estos hechos ya fueron investigados por la Procuraduría; igualmente solicita compulsar copias contra el quejoso para que se investigue penalmente "los delitos" que pudo cometer al denunciar al Doctor Francisco Jaramillo Morales.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, impetra de la Corte se confirme la providencia recurrida por estar probado la atipicidad de las conductas denunciadas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. *Aclaración previa.* A pesar de que el Abogado Clavijo López centra la acusación en el delito de Concusión, entremezcla otros hechos punibles como Prevaricato por acción y omisión y Cohecho; por tal motivo, se analizarán por separado cada uno de estos delitos.

2. *Prevaricato por acción.* Es la providencia que decretó el cese de procedimiento en la investigación por el delito de Usurpación de tierras, la que afirma el denunciante como contraria a la ley.

Ha reiterado la Corte que la discrepancia de criterios entre las partes y el Juez no constituye Prevaricato.

En este caso, esto es lo que sucede; opone el denunciante su personalísimo e interesado criterio al del juzgador para concluir que la valoración probatoria hecha por el funcionario acusado es desconocedora de la ley.

Para inferir el Juez que la franja de terreno en disputa es un litigio de linderos solucionable por la jurisdicción civil, apreció las escrituras públicas en las que consta la adquisición de los lotes por parte de denunciantes y sindicados, las inspecciones judiciales y testimonios recepcionados en el proceso, al igual que las fotocopias del

juicio de *statu quo,* iniciado por el ahora denunciante, abogado Luis Jorge Clavijo, el cual terminó con decisión contraria a este profesional.

La falta de claridad en los títulos y la afirmación de cada una de las partes que se consideran titulares del derecho de dominio del terreno que se afirma invadido y la valoración de las precitadas pruebas, sirvieron de fundamento al acusado para afirmar que se había denunciado como delito un problema de linderos.

No fue, entonces, un criterio arbitrario o amañado el que aplicó el Juez para decretar el cuestionado cese de procedimiento, fue el resultado objetivo de las pruebas allegadas a la investigación.

La calificación que dé el denunciante a los hechos, en ningún momento vincula al Juez; éste debe determinar si la conducta es delictiva, siempre de conformidad con lo probado en el proceso.

La existencia de la conducta, su tipicidad como cualquiera de los elementos conceptuales admitidos dogmáticamente como integrantes del hecho punible se pueden presumir, todos deben probarse.

Las pruebas demostraron que los hechos denunciados no son delictivos, el Juez procesado fundamentó debidamente su decisión y si ésta no coincidió con lo pretendido por el quejoso, tal circunstancia es ajena a la conducta del Juez.

3. *El Prevaricato por omisión.* Se hace consistir en no enviar oportunamente un despacho comisorio a la Doctora Adalguiza Motta para que rindiera testimonio en el proceso por Usurpación de tierras.

Como lo afirman el Tribunal *a quo* y el Procurador Delegado, esta conducta no puede inmutarse al funcionario, él la ordenó y es al Secretario del Despacho a quien le correspondía cumplirla.

4. *La Concusión y el Cohecho.* Afirma el quejoso que cuando cursaba el proceso por Usurpación de tierras, el Juez Jaramillo Morales le manifestó que "está interesado en comprar un reloj", el cual se lo vendió a plazos por un valor de $12.000.00; así mismo, le solicitó le consiguiera un anillo, un equipo de sonido y un televisor.

Días después y cuando se encontraban en un restaurante, el Juez le aseguró que "el proceso le salía favorable" y le solicitó que le redactara "el auto", favor que le podían pedir al abogado Luis Javier Gómez Cuartas, socio de oficina del denunciante Clavijo.

Quizá por la evidente confusión jurídica del quejoso, el Tribunal procedió a desvirtuar la existencia de los delitos de Concusión y Cohecho como si éstos se pudieran predicar de los mismos hechos, siendo imperativo hacer claridad al respecto.

Estos dos delitos contra la Administración Pública se excluyen entre sí y ni siquiera es posible recurrir al denominado "conflicto aparente de normas o de tipos penales", pues la descripción de estas conductas implican comportamientos subjetiva y objetivamente diferentes.

De conformidad con el artículo 140 del C.P., existe Concusión cuando el empleado Oficial abusa de su cargo o de sus funciones para constreñir o inducir a

alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o los solicite.

En el Cohecho propio el empleado Oficial "recibe" dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales y en el impropio, "acepta" esos beneficios por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.

De la comparación de estas descripciones típicas se colige, que en cualquiera de las modalidades concusionarias tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de presente que está usando su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña, suscitando en la víctima el "metus potestatis" *que lo hace plegarse a la voluntad del agente.*

En el cohecho el "metus potestatis" *está lejano de la presunta víctima, quien conociendo el poder del funcionario pretende que retarde u omita un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales o simplemente para que cumpla con sus funciones, para lo cual da u ofrece dinero u otra utilidad al empleado oficial, infringiendo, también, la ley penal.*

El cohechado no puede ser al mismo tiempo víctima de Concusión; si bien no en todos los casos puede afirmarse que sea determinante precisar de quién viene la iniciativa para dilucidar si una conducta es típica de concusión o de cohecho, como lo afirmó esta Corporación en providencia de octubre 30 de 1980, lo cierto es que en la Concusión la víctima actúa determinado por la perturbación que en su ánimo produce el poder del empleado Oficial, del cual teme se emplee en su contra.

Aun en la "Concusión implícita", llamada así por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, 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.

En este caso, el denunciante relata en tal forma los hechos, que le permiten equivocadamente plantear la alternativa de la Concusión o del Cohecho, desconociendo las anteriores premisas que dan al traste con su injurídico planteamiento.

Afirma el Abogado Clavijo que el acusado le solicitó en compra un reloj, a pesar de estar conociendo del precitado proceso por Usurpación de tierras, pero no profundiza sobre el importante hecho de la actividad que ejerce desde hace algún tiempo, o sea, la de reconocido vendedor de relojes en las oficinas públicas.

El Juez compró el reloj no ejercitando su función pública ni menos abusando de ella, lo que sucede es que el vendedor pretendió utilizar la negociación para comprometer al funcionario, de ahí que no le mandara la factura para el pago, viéndose obligado el Doctor Jaramillo Morales a mandar a uno de sus empleados, por tres oportunidades, hasta Cali para que le entregara el dinero, lo cual finalmente logró obteniendo un recibo.

Ninguna irregularidad concluye la Corte en este comportamiento, el Abogado Clavijo no entregó el adminículo determinado por el "*metus potestatis*", o sea, por el temor o la perturbación que en su ánimo produjera el poder del funcionario sino

como uno más de sus negocios cotidianos, que de mala fe quiso utilizar como herramienta para tratar de manipular al Juez y obtener una decisión favorable en el proceso iniciado a instancias de su denuncia.

Del testimonio de la esposa del quejoso se establece cómo al vender el reloj se previó una rebaja en el precio o hasta regalárselo al Juez para que los ayudara.

No parece coincidencial, entonces, que el denunciante no apareciera con la factura y no se lo localizara para recibir el precio de venta del reloj, sino más bien, que quería comprometer al funcionario para que fuera parcial a sus intereses.

Sin reserva alguna el Abogado Clavijo afirma que al negársele la práctica de algunas pruebas que solicitó se dio cuenta que el Juez no le estaba ayudando, lo cual muestra la finalidad que perseguía y desvirtúa su propia afirmación de la supuesta parcialidad que dice le prometió el Juez.

Pero es más, si el reloj fue entregado en venta, hecho este no desvirtuado por el denunciante, la estructuración de cualquier delito contra la Administración Pública desaparece y la promesa de colaboración se desvirtúa.

El cargo acaba de perder credibilidad con el testimonio del Doctor Luis Javier Gómez Cuartas; mientras la esposa del Abogado Clavijo afirma que el Juez le solicitó a este profesional redactara el "auto", éste la desmiente expresando que él se enteró de los hechos por comentarios que le hiciera su compañero de oficina.

Como esta imputación carece de demostración, acude el quejoso a censurar la conducta del Juez por un posible Prevaricato por Omisión por no haberse declarado impedido, a pesar de ser deudor moroso de él.

Durante el trámite del proceso, el Abogado Clavijo guardó silencio de las irregularidades denunciadas y sólo cuando se decretó el cese de procedimiento decidió denunciarlas.

La mala fe de este abogado es ostensible, aprovechó la oportunidad de la precitada negociación para manejar una doble posibilidad; u obsequiar el reloj si la decisión le era favorable o denunciar en el caso contrario.

En estas condiciones el Juez no estaba en la obligación de declararse impedido, él compró el reloj a un vendedor común y corriente, quien creó los medios necesarios para que la deuda permaneciera en el tiempo para que prosperara la recusación.

Los testimonios de Carlina Mora de Herrera y Jorge Sánchez Mora, que afirma el impugnante no fueron tenidos en cuenta por el *a quo,* se refieren a un memorial que afirman dijo el Juez debía redactar el Doctor Clavijo, son vagos y unidos al conjunto probatorio, dejan entrever su interés frente al denunciante.

5. *Conclusión.* De las anteriores premisas teóricas y análisis probatorio, concluye la Sala que la decisión tomada por el Tribunal Superior de Cali es acertada y debe confirmarse.

Respecto a la compulsación de copias disciplinarias para que la Procuraduría investigue lo relacionado con las invitaciones a almorzar, que afirma el denunciante le hizo al Juez Jaramillo Morales, también se confirmará; en el proceso sólo aparecen

fotocopias de la Procuraduría sobre la actuación del funcionario en el proceso cuestionado y en el juicio policivo de *status quo* adelantado por la Jefe de la Sección Civil de la Alcaldía Municipal de Palmira (fls. 402 y 464); por tanto, se desconoce qué diligencias se refiere el defensor del acusado; en todo caso, el Tribunal deberá constatar este hecho antes de ejecutar la expedición de copias.

Por cuanto el Abogado Luis Jorge Clavijo López pudo incurrir en el delito de Falsa Denuncia, se dispondrá que por la Secretaría del Tribunal *a quo* se compulsen las copias respectivas para los fines pertinentes, amén de posibles faltas a la ética.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la providencia impugnada con las modificaciones hechas a la parte considerativa.

2. Disponer compulsar copias de lo pertinente, las que se expedirán por la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, para que se investigue, de considerarse procedente, el posible delito de Falsa Denuncia en que pudo incurrir el Abogado Luis Jorge Clavijo López, además de las posibles faltas a la ética.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez.

ABOGADO

Se torna comprometedor el ejercicio de la profesión de abogado en aquellos casos donde el esposo o esposa tiene poder decisorio o influencia dentro de la administración oficial.

Auto Unica Instancia. 21 de febrero de 1988. Se abstiene de iniciar proceso penal contra el Doctor Miguel Alfredo Maza Márquez - Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS y ordena la expedición de copias para su envío a diferentes dependencias. F.F. artículo 149 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Unica Instancia número 2989. Miguel Alfredo Maza Márquez).

Aprobada Acta número 06.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Bogotá, D. E., febrero veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Corresponde a la Sala resolver si es procedente iniciar investigación al General Miguel Alfredo Maza Márquez, Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, por los hechos denunciados por el ciudadano Francisco Javier Palacio Rodríguez.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Según el relato expuesto por el denunciante en su extenso memorial el caso se concreta a lo siguiente: En el año de 1981 Palacio Rodríguez contrajo matrimonio con la norteamericana Cynthia Campillo en la ciudad de Nueva York. De dicha unión nacieron dos hijos, Simón Javier y Raquel Lauren, quienes fueron registrados tanto en el Consulado de Colombia como en la Notaría Primera de Bogotá.

Sostiene, el denunciante, que como quiera que el proceder de su señora moralmente no era el más indicado para el desarrollo de sus hijos, resolvió radicarse

en Colombia y así poder conseguir el amparo de aquéllos ya que en EEUU se le dificultaba. Fue así como llegó a Colombia el 16 de junio de 1987 acompañado de los dos menores, haciendo uso del pasaporte colombiano que portaban y fijando su residencia en Cúcuta. A fin de arreglar la situación de los menores –dice– con la asesoría del Jefe de la Sección Jurídica del ICBF de esa ciudad presentó demanda de custodia y cuidado de sus hijos el día 4 de noviembre de 1987 ante el Juzgado Promiscuo de Menores.

A fines del mes citado supo de la llegada a Colombia de la señora Cynthia Campillo y, además, de la comunicación de la doctora Judith Rodríguez de Pérez, Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en Bogotá, dirigida al Mayor Federico Peters, Jefe del GRAES del DAS solicitándole que fueran localizados los menores Simón Javier y Raquel Lauren y puestos a disposición del Doctor Eugenio Torrado, también Jefe de la Sección Jurídica de la Regional del ICBF de Norte de Santander. Orden que posteriormente fue revocada por la misma funcionaria en el sentido de que los menores fueran puestos a disposición suya en Bogotá. En cumplimiento de esta determinación efectivamente los detectives Doris Consuelo Ardila y Eduardo Silva Plata, venidos desde Bogotá, para el cubrimiento de ese fin, trasladaron a los menores junto con su padre.

En el aeropuerto Eldorado –declara– fueron recibidos por su ex esposa, el Mayor Federico Peters y también el Doctor Simón Rodríguez, pariente del denunciante. Ya en la oficina de la nombrada Judith Rodríguez de Pérez, con la presencia de la Doctora Isolda Alvarez de Maza, esposa del Director del DAS, apoderada de la Campillo y, desde luego, de ésta y el denunciante se buscó la conciliación, a la cual Palacio Rodríguez se negó insistiendo que el asunto debía ser resuelto por el Juzgado de Menores de Cúcuta donde cursaba la demanda respectiva. Entonces se acordó que los menores permanecieran junto con la madre hasta el día 21 de diciembre a las 5 p.m., fecha y hora en la que serían regresados a Cúcuta para los efectos indicados. Propuesta que, afirma el denunciante, fue consultada al Consejero de Estado, Doctor Simón Rodríguez Rodríguez, estando éste de acuerdo con la determinación e inclusive le hizo saber que el General Maza Márquez "le había garantizado que contra mí (Palacio Rodríguez) no se cometerían arbitrariedades".

El final del caso es que el 23 de diciembre los menores junto con su madre abandonaron el país, no obstante, insiste el señor Palacio Rodríguez, que en un principio existió orden de la señora Rodríguez de Pérez que los menores no podían salir del país sin la previa autorización del Juzgado de Menores de Cúcuta, advertencia que reiteró otra funcionaria del ICBF al Jefe de Extranjería del Aeropuerto Eldorado, Luis Herbert España Peña.

Una vez ratificado el denunciante de los hechos, mediante auto de 11 de mayo del año inmediatamente anterior, se dispuso la práctica de numerosas diligencias, entre estas cabe destacarse las declaraciones de funcionarios del DAS, de la Doctora Judith Rodríguez de Pérez, Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en Bogotá, de la abogada Isolda Alvarez de Maza, apoderada de la madre de los menores Cynthia Campillo, y por supuesto de algunas actuaciones alusivas a los hechos cuestionados.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Ciertamente que la mayoría de los hechos denunciados por Francisco Javier Palacio Rodríguez, sucedieron conforme los relata en su extenso memorial. No otra cosa se deduce de las pruebas preliminares arrimadas al expediente, las cuales si bien no evidencian intervención directa del acusado en su condición de Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad que pueda comprometer su conducta penalmente, no es menos cierto que conoció las actuaciones de su esposa Isolda Alvarez, obviamente en procura de los intereses de la señora Campillo, a quien desde un principio prestó sus servicios profesionales y que en última fue la parte beneficiada.

Era apenas lógico y más que eso elemental que no sólo como esposo sino como Jefe del DAS, el General Maza Márquez, supo del desplazamiento de su señora hacia Cúcuta en busca de los menores para traerlos a Bogotá, donde había viajado con numerosos escoltas y también el Mayor Peters, Jefe del GRAES del DAS, y los detectives Doris Consuelo Ardila y Eduardo Silva Plata con el mismo propósito. Todos ellos dependientes o subalternos del acusado.

Conocimiento que se acentúa mucho más mediante la exposición del Consejero de Estado Doctor Simón Rodríguez, que habló con el General Maza Márquez sobre la situación de su pariente Palacio Rodríguez, prometiéndole que ninguna arbitrariedad cometerían los funcionarios bajo sus órdenes.

Y si claro está la circunstancia no alcanza a vislumbrar en manera alguna ilicitud de parte del denunciado y de suyo apertura investigativa, de imperiosa conveniencia –a fin de disipar cualquier duda y que de manera suma interesa más al acusado– es que la Procuraduría General de la República si lo considera pertinente inicie investigación disciplinaria al respecto, para lo cual por Secretaría se enviara las copias y documentos indispensables.

2. Y si la situación del denunciante, conforme lo expuesto, es clara desde el punto de vista penal, no lo mismo puede predicarse en cuanto al proceder de la nombrada doctora Judith Rodríguez de Pérez, que de acuerdo con lo relatado y establecido dispuso en principio que la custodia de los menores debía ser resuelta por el Juzgado de Menores de Cúcuta –lógicamente donde se había propuesto demanda de custodia y guarda– advirtiendo, además, que éstos no podían abandonar el territorio nacional sin la debida autorización de ese despacho judicial, para en posterior determinación decidir que los niños fueran puestos bajo sus órdenes en Bogotá.

Al respecto en inspección judicial practicada a la División de Extranjería, se pudo comprobar la existencia del Oficio número DJ-2576 de 21 de diciembre firmado por Judith Rodríguez de Pérez, impidiendo la salida de los niños Palacio Campillo y del número 010354 de 23 del mismo mes y año revocando dicha determinación. Contraorden que precisamente dio origen a la salida de los dos menores, pues, sin existir ningún impedimento no era posible prohibirla.

Circunstancia corroborada nada menos que por Jorge Enrique Echevarría Pinto, Inspector General de Seguridad del DAS. Agregando que nada anormal aparecía "en pantalla" y como quiera que tenían pasaporte norteamericano y visa de

turista podían abandonar el país sin necesidad de consulta distinta a la que indicaba el computador. Pero aquí cabe hacer esta pregunta: ¿Por qué les fue tan fácil a los menores su salida si entraron con pasaporte colombiano y no con norteamericano y, especialmente, cómo pudieron hacerlo sin autorización de su padre señor Palacio Rodríguez?

De manera que no se necesita mayor esfuerzo para concluir que tanto la actuación de la Jefe de la Oficina Jurídica, Doctora Rodríguez de Pérez como la de algunos funcionarios del DAS, particularmente de Luis Herbert España Peña y Jorge Enrique Echevarría Pinto, fue irregular y debe ser motivo de investigación penal para establecer si obraron lícitamente.

En este orden de ideas, la Secretaría compulsará copias y las hará llegar al Juez respectivo para que proceda de conformidad.

3. *El ejercicio de la abogacía a no dudarlo implica seriedad y responsabilidad, no únicamente en cuanto a observancia de ciertas normas de ética profesional sino también cuándo y cómo, por acaecimiento de especiales circunstancias, deba y pueda ejercerse. Esta tangencial y brevísima apreciación, brinda la oportunidad para afirmar que suelen existir momentos, o mejor situaciones, en las cuales la prudencia aconseja no intervenir porque la actividad forense pueda dar pábulo a malos entendidos o fundadas suspicacias. Y lo que es peor poner en entredicho la administración pública, tan acerbamente cuestionada en estos tiempos. De ahí lo comprometedor que se torna ejercer la profesión de abogado en aquellos casos donde el esposo o esposa tiene poder decisorio o influencia dentro de la administración oficial, lo cual crea desconfianza en la sociedad y que conviene evitar no sólo porque la actividad pública debe ser diáfana y sin el mínimo viso de extrañas injerencias sino porque se debe propender al buen nombre de aquellos funcionarios que cumplen correctamente sus obligaciones.*

4. Desde este punto de vista en verdad que la actividad de la abogada Isolda Alvarez de Maza, no ha sido la más afortunada por las potísimas razones que emergen del caso *sub examine*. Porque es de suponer que Cynthia Campillo tenía que conferir poder a persona que ante los cuerpos de seguridad y extranjería tuviese alguna ascendencia, y claro está nada más indicado que la señora del Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, en cuyas oficinas debía tramitarse finalmente la orden de salida de sus hijos.

Desde luego que la Doctora Alvarez de Maza en su declaración trata de despejar cualquier duda acerca de su conducta profesional, y que no obstante la serie de documentos que acompañó –precisamente del o sobre el DAS– con ese fin, resultan inadmisibles sus explicaciones. Principiando por el hecho de haberse constituido en abogada oficiosa para, desde ese instante, reclamar y auspiciar la inocencia de la funcionaria del Instituto de Bienestar Familiar y de los del DAS "por cuanto las conductas son atípicas".

En todo caso parece ser que su proceder no fue el más indicado y por lo tanto pudo haber incurrido en falta contra la ética profesional conforme al régimen vigente (Decreto 196 de 1971). Siendo procedente, entonces, investigación disciplinaria por parte del Tribunal Superior de esta ciudad.

5. En definitiva, no es el caso de iniciar investigación penal al acusado y, por consiguiente, se impone proferir auto inhibitorio, tal como ya se expuso en otro aparte de esta providencia. Decisión que como se recordará hizo su aparición legal en el Decreto 1358 de 1964, aunque ya antes la jurisprudencia había previsto que en determinados casos y cuando la investigación era inoficiosa, la actividad judicial carecía de razón y no había motivo para mantener vinculados o supeditados a los resultados del sumario a determinada persona, si el hecho no existió o la conducta fue atípica o porque la acción penal no podía iniciarse, conforme lo predica ahora también el actual Código de la materia.

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

RESUELVE:

1. ABSTENERSE DE INICIAR INVESTIGACIÓN al General Miguel Alfredo Maza Márquez en relación con los hechos denunciados por el ciudadano Francisco Javier Palacio Rodríguez.

2. De acuerdo con lo anteriormente anotado, la Secretaría compulsará y enviará las respectivas copias a las distintas dependencias para los efectos ya indicados.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CAPTURA. INDAGATORIA. CITACION

Si bien las normas legales contemplan la citación previa en relación con determinados delitos sancionados con penas privativas de la libertad menores de dos años, también las mismas autorizan disponer la captura cuando no sea posible la presentación de los sindicados o se establezca su renuencia a comparecer.

Auto Segunda Instancia. 21 de febrero de 1989. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual se abstuvo de iniciar investigación penal contra el Doctor José Eleuterio Ruiz Martínez - Juez Noventa y Tres de Instrucción Criminal. F.F. artículo 400 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Segunda Instancia número 3447 José Eleuterio Ruiz Martínez).

Aprobada Acta número 06.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Bogotá, D. E., febrero veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El denunciante en estas diligencias Henry Camelo Segura interpuso apelación contra el auto de 25 de agosto de 1988 (fl. 41), por el cual el Tribunal Superior de Bogotá, con base en las diligencias previas practicadas se abstuvo de iniciar investigación contra el Doctor José Eleuterio Ruiz Martínez, Juez 93 de Instrucción Criminal en este Distrito, en relación con la actuación del funcionario en sumario contra su hermana Hilda Nury Camelo y Julián Pedraza por delito contra el patrimonio económico.

HECHOS:

Conforme a la denuncia, el 23 de mayo de 1988 Hilda Nury Camelo y Julián Pedraza fueron capturados en la panadería que manejaban y lugar donde habitaban y

puestos bajo las órdenes del Juzgado 93 de Instrucción Criminal de esta ciudad por investigación en fraude procesal y otras infracciones. Agrega el denunciante que con anterioridad no habían sido citados, violándose por tanto, atendidas la infracción atribuida, las normas pertinentes (art. 400, C. de P.P.) para satisfacer a la denunciante.

ACTUACIÓN PREVIA:

Para determinar la procedencia de investigación, se decretaron diligencias previas como fueron la inspección judicial a la actuación correspondiente, estableciéndose cuál fue el desarrollo de los hechos y la intervención del funcionario; se agregó para complementar esta investigación copias de diferentes pruebas procesales y se oyó en versión libre al funcionario nombrado, quien dio amplia explicación sobre la acusación, acreditándose igualmente su calidad de funcionario (fls. 32, 36 y ss.).

Con base en lo expresado el Tribunal profirió su decisión reclamada, procediéndose a decidir sobre el recurso por reunir los requisitos pertinentes, entre éstos el de su oportuna sustentación.

LA APELACIÓN

Insiste el denunciante en la existencia de delito porque los sindicados no fueron citados para efectos de indagatoria y si bien se libraron telegramas, éstos se dirigieron a lugar distinto al de su residencia. Y si la Juez "titular" había ordenado sólo la citación, la orden de captura impartida por quien desempeñó accidentalmente la función, viola el artículo 400, numeral 2° del Codigo de Procedimiento Penal y constituye prevaricato y detención arbitraria, materializada esta última infracción al poner a los ya nombrados a órdenes de Juez de instrucción, con base en fotocopias apócrifas y por la "prosecusión" de tal orden permanecieron privados de la libertad quince días, sin que se hubiera adoptado medida de aseguramiento. A los mismos hechos se refiere la posterior ampliación de la denuncia presentada por Hilda Nury Camelo (fl. 44).

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

Expresa que por ser la pena mínima para los delitos de estafa, abuso de confianza y fraude procesal la de un año de prisión, procedía la citación para indagatoria y la captura de los sindicados únicamente si no comparecieran habiendo sido inqueridos. La orden –agrega– debe ser conocida por la persona respectiva, pues de otra manera se haría nugatorio el precepto (art. 400 C. de P.P.). Por tanto, la renuencia debe estar plenamente demostrada, lo que no ocurre en este caso, ya que el Juzgado instructor se limitó a enviar telegramas a la dirección indicada por la denunciante en el proceso, informándose que no existía, explicando aquella que los sindicados en maniobra elusiva habían suprimido la placa respectiva a la nomenclatura del inmueble, omitiendo el funcionario comprobar esta situación y sin adoptar otra medida dispuso la captura, siendo extraño que los agentes comisionados para efectuarla aparecieran en lugar distinto de la residencia de los sindicados y diferente al indicado por la denunciante.

Así, se deduce que aquéllos no fueron citados debidamente y que no tuvieron conocimiento de la orden previa del Juzgado. Y aunque se hubiera encontrado la dirección, esto no demostraba tal conocimiento, expidiéndose no obstante la orden de captura, con aparente abuso de funciones, resultando en principio típica la conducta (art. 272 C.P.), siendo de esta forma viable la investigación, ya que no procede examinar la culpabilidad en este momento. Una errada interpretación puede desvirtuar el artículo 400 del estatuto procesal. Y aunque podría decirse que las circunstancias de la captura acreditaban la renuencia a presentarse, la captura en sí misma era ilegítima y los implicados presentaron resistencia a una actividad injusta y el examen de estas cuestiones se hace a priori y no con posteriores elementos de juicio, sin que esto implique afirmar el dolo del funcionario. Solicita se adelante la investigación.

SE CONSIDERA:

1. El cargo formulado contra el instructor en las diligencias indicadas radica en que incurrió en delito contra la libertad al disponer la captura de los sindicados, sin adoptar o agotar previamente el procedimiento previsto por la ley para estos casos, por tratarse de infracción que por estar sancionada con pena privativa de la libertad de menos de dos años en su mínimo, requería su previa citación y acreditar su renuencia a presentarse, lo cual no se demostró.

2. Para efectos de analizar el cargo se hace necesario referirse a la actuación procesal correspondiente, consistentes como se dijo en la inspección judicial y copias de algunas actuaciones sustanciales del asunto mencionado.

En la investigación por denuncia contra el patrimonio económico en contra de los sindicados nombrados, aparece que en el auto cabeza del proceso no se ordenó captura alguna, pero sí oírlos en indagatoria para lo cual se señaló fecha y se libraron las comunicaciones correspondientes mediante telegramas a la dirección señalada en el libelo acusativo, cuyas copias obran en autos, actuaciones cumplidas estando el juzgado a cargo en ese momento de otro funcionario. Obra constancia de la empresa Telecom, informando que la dirección señalada como la de los incriminados no existe. El Doctor Ruiz Martínez dispuso oír en indagatoria a Jairo Mesa, también citado telegráficamente, sin que concurriera, disponiéndose posteriormente su captura con tal finalidad.

La abogada Esperanza Rivera, como representante de la parte civil informó en memorial al Juzgado que los sindicados habían cambiado las placas del inmueble de su residencia para eludir su presentación, lo cual expresó bajo juramento sugiriendo se verificara por el citador de la oficina y pidió que se librara orden de captura para los acusados, cosa que así dispuso el Juez Ruiz Martínez por auto de 9 de mayo de 1988, expidiéndose en la misma fecha la orden correspondiente al DAS indicando la misma dirección inicial y anotando que mayor información podía suministrar la denunciante. Aparece reseña sobre la captura el 23 siguiente, en dirección diferente a la anotada en un principio, agregándose que con ocasión de la aprehensión los agentes encargados de efectuarla, fueron atacados y sufrieron heridas que determinaron incapacidades, para cuya comprobación se anexaron los dictámenes correspondientes.

Oídos en indagatoria los acusados, se dispuso su libertad pero quedaron a órdenes de funcionario que debía investigar los delitos contra los empleados públicos mencionados.

3. En su versión libre el acusado expresa haber procedido con arreglo a la ley, atendidas las circunstancias que se han dejado reseñadas y con base en la petición de la parte civil, estando demostrado que se libraron las citaciones pertinentes, sin resultado, oyéndoseles en indagatoria y disponiendo su libertad, pero poniéndolos a órdenes del Juez que debía investigar el delito de lesiones en funcionarios públicos.

Consideró el Tribunal en su auto reclamado que la actuación del Juez estuvo ceñida a las normas legales –examinados los antecedentes relacionados y que resultan demostrados en autos– debe concluirse que la decisión se encuentra fundada por lo que se expresa seguidamente.

Se observa, en primer término, que el Juzgado bajo funcionario diferente al acusado dispuso inicialmente citación para indagatoria; libradas las órdenes respectivas a la dirección o lugar que se aseveraba correspondía a la residencia de los incriminados, sin resultado positivo y ante la afirmación de la parte civil de que se pretendía eludir la determinación del investigador, se dispuso la captura únicamente para la finalidad expresada, como se desprende del hecho de haberse dispuesto la libertad de aquéllos cumplidas las diligencias ordenadas.

Si bien las normas legales contemplan la citación previa en relación con determinados delitos, sancionados con penas privativas de la libertad menores de dos años, también las mismas autorizan disponer la captura cuando no sea posible la presentación de los sindicados o se establezca su renuencia a comparecer.

Así ocurrió en el caso mencionado, pues el funcionario a cargo de la investigación entendió cumplidas en forma suficiente las diligencias iniciales para la citación de los procesados sin que fueran efectivas, por lo que en ejercicio de sus facultades y de clara autorización legal procedió a impartir las órdenes de captura, para cuya decisión lógicamente se apoyó en los elementos de juicio existentes.

De esta resolución y su cumplimiento no puede desprenderse infracción alguna. Es cierto, como lo expresa la Procuraduría que las diligencias deben efectuarse, pero no puede admitirse que sólo proceda la orden referida cuando se demuestre la previa información o conocimiento de las personas respectivas, pues de esta manera les bastaría a éstas eludir su notificación para alegar su desconocimiento de la citación e impedir su captura, con gran perjuicio de la investigación y por la misma circunstancia inaceptable.

Lo que la ley ha pretendido es dar oportunidad a quienes sean acusados para que, en determinados casos y en atención a las penas mínimas previstas para los correspondientes delitos, tengan oportunidad de presentarse ante la justicia, cuando sean requeridos, sin necesidad de captura previa. Pero esto no significa, ni puede entenderse que cuando éste no se logra, tenga el alcance de constituir una traba para las investigaciones respectivas, en que se requiera oírlos, las que deben adelantarse en forma pronta y efectiva, para lo cual emerge la facultad del caso a los funcionarios judiciales.

El Juez acusado tuvo en cuenta lo establecido en el proceso y así procedió de acuerdo con la ley a expedir las órdenes respectivas. No varía la situación el que la captura se realizara en lugar distinto al señalado en su libelo por la denunciante, pues tomó en cuenta los resultados negativos y la necesidad de vincular a los sindicados, es decir, las informaciones y constancias existentes hasta ese momento. Sin que por otra parte pueda deducirse situación irregular al no haber ordenado una previa comprobación, lo que podría entenderse implicaría una mayor dilación, ante la renuencia afirmada y que los sucesos posteriores, con atentado contra los agentes que cumplían la orden de captura, no vienen ciertamente a desvirtuar.

Por las mismas razones anotadas la captura no puede considerarse ilegítima en este caso, ni consecuentemente que los hechos, como aparecen descritos, se acomoden a la definición legal, para deducir en esta forma la procedencia de investigación.

Basta lo anteriormente consignado para responder las alegaciones del recurrente, debiéndose agregar que tampoco existe irregularidad alguna por enviarse a los sindicados al Juez que debía investigar el delito de lesiones contra los empleados públicos, en lo que entendió ajustarse a la ley, como realmente ocurrió, pues la situación debía definirse por el funcionario correspondiente.

Es procedente por tanto, como lo decidió el Tribunal Superior de Bogotá, dar aplicación al artículo 352 del C. de P.P. por inexistencia de infracción.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto de la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto inhibitorio apelado.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA

Con el Decreto 2490 de 1988 el legislador de emergencia pretendió poner fin a situaciones dudosas que se planteaban con ocasión del estatuto recientemente expedido (Decreto 180 de 1988).

Auto Colisión. 21 de febrero de 1989. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Neiva y el Primero de Orden Público del mismo Distrito. F.F. Decreto 2490 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión de competencias 3574. Elizabeth Perdomo Leyton).

Aprobada Acta número 06.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Bogotá, D. E., febrero veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decide la Sala Penal de la Corte la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Neiva y el Primero de Orden Público del mismo Distrito en relación con el conocimiento del proceso contra Elizabeth Perdomo Leyton y otros por el delito de rebelión.

HECHOS:

Los resumió el Tribunal de Neiva de acuerdo con el proceso así:

"... De lo incorporado en el expediente se conoce que la madrugada del 20 de agosto anterior (1988) una patrulla policiva sorprendió a algunas personas cuando en carrera 5ª con calle 2ª de la ciudad (Neiva) se dedicaban a pintar las paredes de los edificios con frases alusivas a un movimiento guerrillero, las que fueron capturadas y sometidas a requisa e identificación comprobando que se trataba de Elizabeth Perdomo Leyton, Fernando Saavedra Trujillo, Rigoberto Ramírez Medina y Edil-

berto Gómez Lozano quienes presentaban huellas en sus prendas y extremidades superiores de hallarse empleando pintas o colorantes. Requisados, se encontró a la Perdomo Leyton dos revólveres marca Smith Wesson de calibre 38 largo con algunos cartuchos para disparar. La cuarteta de jóvenes fueron conducidos al cuartel de la Policía Nacional donde sometidos a interrogación reconocieron hallarse elaborando consignas murales alusivas a los movimientos de subversión pero principalmente en relación con el Movimiento 19 de Abril "M-19". Con los informes que dieron, la Policía verificó una requisa en la casa de la calle 1ª C número 17-32 Barrio San Martín donde encontró gran cantidad de material de pintura, de diagramadores de letreros, cartulinas elaboradas por el dibujante Alvaro Vargas Hurtado quien también fue capturado. Así mismo, el día 11 de agosto durante una ronda a la casa de la calle 12 número 20-51 del Barrio Santa Isabel ocupada por Efigenia Pardo Valencia se anota que encontraron dos pistolas una marca Browning calibre 7.65 y otra marca Reck calibre 22 con los respectivos proveedores y una granada Prb de fabricación americana, un taco de dinamita, un pantalón verde de la Policía Nacional, una mecha lenta y diversas de pilas para linterna".

ACTUACIÓN PROCESAL:

Iniciada la investigación con base en las diligencias practicadas, oídos los acusados y realizadas varias pruebas entre estas las declaraciones del personal de la Policía que intervino en las operaciones, se dictó auto de detención; apelada esta providencia y habiendo pasado el proceso al Juzgado 8º de Instrucción se continuó el trámite. El Tribunal al resolver la apelación ordenó la libertad de uno de los procesados y remitió el proceso por competencia al Juez de Orden Público. Asumido el conocimiento por el Juzgado 1º de esta jurisdicción, recibidas diferentes pruebas y perfeccionada la instrucción resolvió –por resultar el proceso de la competencia de los Juzgados Superiores a quienes correspondía conocer del delito de rebelión– remitirlo al Juzgado de Instrucción a quien provocó la colisión de competencia de no compartir este planteamiento. Y también dispuso la libertad de otros de los incriminados.

Y el Juzgado 8º de Instrucción al rechazar los razonamientos presentados, ordenó el envío de las diligencias a la Corte.

Como corresponde a esta Corporación la decisión (Decreto 434 art. 16) y se halla debidamente planteada la colisión, se procede a resolver.

RAZONES DE LOS FUNCIONARIOS
EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA

El Juzgado 1º de Orden Público de Neiva anota que el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, al resolver la apelación contra el auto de detención estimó que se debía mantener dicha medida, pero no por rebelión, sino por quebrantamiento del Decreto 180 de 1988, arts. 6º y 11 y dispuso la libertad de uno de los sindicados.

Analiza en su providencia las versiones de los acusados y concluye que la conducta de tres de los incriminados, consistente en pintar letreros o consignas en favor de movimiento subversivo no quebranta el Decreto 180 ni configura rebelión, por no pertenecer a grupo subversivo, ni el porte de armas se contempla en el Código

de Policía (Decreto 522, art. 17). Y en cuanto a la procesada Perdomo Leyton no encaja en las normas citadas por el Tribunal Superior porque exigen el propósito o finalidad terrorista y la sola tenencia de armas es elemento del delito de rebelión, conducta a la cual se aproximan los actos, dada la finalidad del movimiento subversivo a la que pertenece la sindicada, sin que pueda existir un concurso real de tipos penales en este caso, conforme a jurisprudencia de esta Sala (Octubre 18/88, Mag. Dr. Mantilla Jácome). Así, dispuso el envío del proceso al Juez de instrucción ya que este último delito es de la competencia del Juez Superior, el que deberá conocer también de la infracción referida, ordenando la libertad de los autores de esta conducta. Y advirtió que promovía colisión en caso de rechazo de esta posición.

Por su parte el Juzgado de Instrucción observa que el criterio antes expuesto es contrario al del Tribunal de Neiva; y según la versión de Elizabeth Perdomo Leyton, fue reclutada para la subversión por Guillermo Buenaventura, quien le dio a guardar armamento, dinamita y uniformes y la adoctrinó en la ideología del movimiento hasta lograr el resultado ya anotado y que además hiciera la labor de propaganda. De esta forma aquél incurrió en la conducta prevista en el artículo 6º del Decreto 180/88 razón para rechazar la competencia.

SE CONSIDERA:

1. *Debe anotarse en primer término que el cargo contra los procesados es el de haber sido sorprendidos cuando escribían en horas de la madrugada consignas en favor de la subversión, encontrándose armada la incriminada* Elizabeth Perdomo Leyton, *quien confesó pertenecer a un movimiento determinado que persigue finalidades contra las instituciones.*

Igualmente, en virtud de las pesquisas cumplidas en razón de las informaciones suministradas con ocasión de la captura, se estableció también en conexión con estas actividades la existencia y elaboración de propaganda subversiva y la posesión de armas y explosivos; es decir que se acreditó en esta forma la vinculación de los detenidos con el mencionado grupo, situación que debe ser objeto del proceso.

2. *Las conductas referidas y lo que resulta del proceso, permiten deducir la vinculación de los sindicados con el movimiento extremista, dirigido a atentar contra las autoridades instituidas o a modificar el régimen constitucional existente, es decir, el delito de rebelión.*

El Juzgado de Orden Público estima que los actos cumplidos por algunos de los procesados, sólo implican infracción policiva, sujeta a tal competencia, pero que debe juzgar el funcionario a quien corresponda decidir sobre el ilícito atribuido a una de las procesadas, cual es el de rebelión; sin embargo, dada la forma como se cumplió el hecho y las relaciones de todos los aprehendidos con el movimiento subversivo, aspectos que deben examinarse por los respectivos funcionarios, se trata de situación sujeta por su naturaleza a la misma investigación y que debe definirse conjuntamente. De manera que no podría separarse la actuación de varios de los procesados en relación con la atribuida a la mujer aprehendida por razón de los mismos hechos.

3. *Si bien esta Sala en la jurisprudencia citada por el Juzgado de Orden Público, aclaró que determinados ilícitos, como la posesión, tenencia o uso de armas, previstas*

en el Decreto 180 de 1988 como conductas autónomas, se subsumen y comprenden en el reato de rebelión en cuanto constituyen elementos integrantes de esta figura delictiva, aparecen otros hechos que podrían entenderse contemplados en dicho estatuto como la posesión de explosivos y uniformes y el adoctrinamiento de otras personas, no se hace necesario analizar detenidamente este aspecto.

Lo anterior, porque de acuerdo con el Decreto 2490 de 1988, de reciente vigencia, se atribuyó a la jurisdicción de orden público, además de los delitos señalados en el Decreto 180 de ese mismo año y las normas complementarias, el conocimiento de los procesos que se adelanten por delitos contra la existencia y seguridad del Estado, rebelión, sedición y asonada y los conexos con éstos, norma que por ser de aplicación inmediata, dado su carácter de procesal, viene a definir la controversia planteada.

Debe entenderse que con esta disposición, el legislador de emergencia pretendió poner fin a situaciones dudosas que se planteaban con ocasión del estatuto recientemente expedido, dirigido a obtener el pronto y efectivo juzgamiento por funcionarios pertenecientes a la justicia ordinaria, de conductas dirigidas directamente a atentar contra la seguridad del Estado o conexos con éstos; dando en tal forma plena aplicación a las normas expedidas recientemente.

Como en este caso, los actos ejecutados por los procesados –como lo admite el Juzgado de Orden Público, respecto a la procesada– se comprenden dentro de la rebelión, resulta claro que la competencia corresponde a la jurisdicción especial.

Por lo expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, DIRIME de plano la colisión de competencias planteada en el sentido de atribuir el conocimiento al Juzgado de Orden Público de Neiva, al cual se remitirá el expediente.

Envíese copia de esta providencia al Juzgado 8° de Instrucción de Neiva para su conocimiento.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

IMPEDIMENTO

Cuando los Magistrados que se declaran impedidos son los únicos integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior, lo procedente es la designación de los respectivos conjueces, para que sean ellos quienes decidan si aceptan la separación argüida o la rechazan.

Auto Impedimento. 22 de febrero de 1989. Se declara carente de competencia para resolver sobre el motivo de comunicación de impedimento, en relación con los Doctores Pablo Emilio Díaz, Luis Alfredo Pedraza y Jairo Valcárcel - Magistrados del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. F.F. Decreto 1265 de 1970.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3595. Impedimento. Humberto Barrera Jiménez).

Aprobada Acta número 05.

Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Bogotá, D. E., febrero veintidós (22) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se resolverá lo que resulte pertinente en relación con el oficio dirigido a la Presidencia de esta Sala por los Magistrados que integran la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Doctores Pablo Emilio Díaz, Luis Alfredo Pedraza y Jairo Valcárcel, en el cual expresan hallarse impedidos para conocer en segunda instancia de la causa que se adelanta contra Humberto Barrera por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, por haber ellos mismos actuado en el mismo proceso en la etapa sumarial, desatando varias apelaciones, entre ellas la de la resolución acusatoria, cuya confirmación impartieron en proveído del 18 de octubre de 1988 (fls. 5 a 7 Cdno. número 5).

Consideraciones de la Corte

Los Magistrados que dirigen el oficio aludido en precedencia son los únicos integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, *y si bien*

aciertan en el motivo que los lleva a considerarse impedidos de acuerdo con el inciso segundo del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, no lo hacen en el procedimiento mediante el cual pretenden la solución de la cuestión.

En efecto, la declaratoria de impedimento y su rechazo por los demás Magistrados que conforman la Sala respectiva, en los Tribunales donde el número de Magistrados así lo permita, es la circunstancia que autoriza la intervención de la Corte, pues a través de ella se genera el incidente a cuya solución ella debe proveer; así se infiere del artículo 110 del Estatuto Procesal. Mas en casos como el que se estudia, lo procedente es que la Sala que se considera impedida designe los respectivos conjueces, para que sean ellos quienes decidan si aceptan la separación argüida o la rechazan (art. 16 numeral 2° Dto. 1265 de 1970), caso este último que sería el que conferiría competencia a la Corte en los términos del inciso tercero del último precepto citado. Así pues, no habiendo entonces adquirido competencia la Corte, se proveerá de conformidad.

De otra parte, como se observa que los señores Magistrados optaron por el envío de una comunicación a la Presidencia de la Sala, en Impertinente método para un pronunciamiento judicial, es del caso recordarles que sólo mediante providencias es dable el impulso procesal, máxime cuando del asunto tratado depende el estado de la actuación, en este concreto caso, la suspensión de la misma por hallarse el proceso en la etapa del juicio (art. 114 C.P.P.).

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

RESUELVE:

DECLARARSE carente de competencia para resolver sobre el motivo de la comunicación de impedimento de que trata esta providencia y ordenar la devolución del expediente al Tribunal Superior de origen para que proceda conforme a derecho.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

Cuando aparezcan debidamente comprobadas las condiciones objetivas, a que se refiere el artículo 2° del Decreto 474 de 1988, puede predicarse la competencia de juzgamiento en los funcionarios de la jurisdicción de orden público, pero sólo cuando el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón de su investidura.

Auto Colisión. 24 de febrero de 1989. Dirime colisión de competencias entre los Juzgados Sexto de Orden Público y Sexto Especializado de Medellín. F.F. Decreto 474 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3573. Colisión de competencias. Procesado: Luis Fernando Valencia. Delito: Secuestro Extorsivo).

Aprobada Acta número 06.

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Bogotá, D. E., febrero veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Dirimirá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conflicto de competencias trabado entre los Juzgados Sexto de Orden Público y Sexto Especializado de la ciudad de Medellín, funcionarios que declararon no poder continuar conociendo de la tramitación de este asunto.

HECHOS:

El día trece (13) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) fue secuestrado en la ciudad de Medellín el señor Fernando Antonio López Bedoya, de profesión Ingeniero Industrial, por sujetos que mediante una llamada telefónica se anunciaron como militantes del movimiento insurrecto M-19 y exigieron la entrega

de la suma de dos millones de pesos ($2.000.000.00) como rescate para devolver con vida al profesional.

El día fijado para la entrega del dinero, fue capturado el señor Luis Fernando Valencia Maya a quien se acusó de participar en el hecho delictivo. Escuchado en versión libre, y luego en diligencia de indagatoria, manifestó el aprehendido que no forma parte de ningún grupo subversivo ni actuó con la vocería de éste, relatando que el secuestro fue realizado por terceras personas quienes bajo presión y amenazas lo obligaron a participar en su realización y en el recaudo posterior del dinero.

Por su parte, el secuestrado fue hallado muerto en la misma ciudad de Medellín días después de su cautiverio.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Formulada la denuncia la indagación fue asumida inicialmente por la Policía Judicial que trasladó las diligencias al Juzgado Sexto Especializado de Medellín en donde se dictó auto cabeza de proceso el día treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Durante la etapa del sumario se recibieron algunas declaraciones juradas de familiares y amigos de la víctima, y a través de ellas se supo que el señor López Bedoya había prestado con anterioridad a los hechos sus servicios como profesor universitario, y que para la época de los mismos era miembro activo de la Asociación de Ingenieros de la Universidad de Antioquia (ASIDUA) y miembro de la Asociación de Profesionales Amigos de Valparaíso, institución esta que se dedicaba a realizar obras comunitarias en favor de los habitantes del mencionado lugar.

Igualmente, y hasta el momento, a través de la indagatoria del acusado y las investigaciones policiales, se ha podido descartar como cierta la afirmación de que los autores de los reatos sean miembros de grupos alzados en armas.

En auto del doce (12) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988) el Juzgado Sexto Especializado estima que no es competente para continuar conociendo del proceso, en atención a que en el mismo se investigan un delito de secuestro y uno de homicidio conexo con aquél, razón por la cual la facultad de juzgamiento está atribuida al juez superior correspondiente; en consecuencia, para que proceda a perfeccionar la instrucción y proceda a su calificación, ordena la remisión del asunto al Juez de Instrucción Criminal –Reparto– a quien propone colisión negativa de competencias. La colaboradora fiscal correspondiente, sin embargo, no se muestra de acuerdo con esta determinación y así se lo hace saber al funcionario, a quien además pone de presente que la víctima al parecer se desempeñaba como profesor universitario, y que además era miembro de la Asociación de Ingenieros Industriales de la Universidad de Antioquia y de la Asociación de Profesionales Amigos de Valparaíso, lo cual lo encasilla dentro de las personas cuya protección especial desarrolla el Decreto 180 de 1988.

El Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal de Envigado, a donde llegaron los autos, profirió auto de fecha veinte (20) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988) en el cual estima que aún frente al cambio de legislación procesal las

normas de la Ley 2ª de 1984 continúan vigentes para el caso debatido y que, en consecuencia, el Juez Especializado debe terminar de instruir el sumario y una vez perfeccionada la investigación, remitir la actuación al Juzgado Superior para que adelante la calificación y posterior etapa del juicio –si a ello hubiere lugar– por ser el competente para conocer de los delitos de homicidio y conexos. Como corolario, ordenó la remisión del expediente al Tribunal del Distrito Judicial para que desatara el incidente.

El Tribunal Superior de Medellín en auto del seis de septiembre pasado dirimió el conflicto así trabado ordenando la remisión del proceso a los jueces de orden público del Distrito Judicial, como quiera que según la interpretación de la Corporación a éstos corresponde conocer de los asuntos que por delitos de secuestro y homicidio se hayan cometido en la persona de un profesor universitario, calidad que estimó la instancia tenía la víctima de los delitos.

El Juzgado Sexto de Orden Público recibió las diligencias y ordenó oficiar a la Universidad EAFIT, a la Universidad de Antioquia solicitando información si para la época de los hechos el occiso se hallaba prestando sus servicios en calidad de docente en algunos de tales planteles de educación superior, obteniendo respuesta negativa de ambas instituciones. Analizando éstas y las demás pruebas recaudadas hasta entonces, el juzgado en auto de dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho estima que el sujeto pasivo de los ilícitos no ostentaba para la época en que éstos ocurrieron ninguna de las calidades señaladas en la primera parte del artículo 2º, ordinal 1º del Decreto 474 de 1988, ni existe evidencia de que los delitos se hayan cometido en razón de las creencias políticas, partidistas o no, de la víctima de tales hechos; en consecuencia, se declara incompetente para continuar conociendo del asunto y ordena su remisión al Juzgado Sexto Especializado proponiéndole colisión negativa de competencias.

El conflicto es respondido por el provocado en decisión del treinta (30) de noviembre pasado, en donde considera que si bien es cierto que el sujeto pasivo de las infracciones no era profesor universitario cuando éstas se realizaron, sí pertenecía a la Asociación de Ingenieros Industriales de la Universidad de Antioquia de donde era miembro activo, lo que le confiere la calidad de "dirigente de comité gremial a que hace alusión el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, a más de que pertenecía a la Asociación de Profesionales Amigos de Valparaíso, lo que le da la calidad de dirigente de comité cívico municipal y por consiguiente, en su criterio, la competencia de juzgamiento radica en los jueces de orden público, incumbiendo a éstos demostrar la inexistencia de tales calidades –si ello fuere posible– en razón de la objetividad que gobierna su competencia.

Consideraciones de la Sala:

No surge ninguna duda de lo actuado hasta el momento, que el día en que ocurrieron los hechos del secuestro del señor Fernando Antonio López Bedoya, éste no ostentaba la calidad de profesor universitario, como quiera que los diferentes testimonios rendidos al efecto señalan que si bien éste se dedicó a la enseñanza en centros universitarios, ya había abandonado su práctica para el mes de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, afirmación que además es corroborada por las certifica-

ciones expedidas por las Universidades EAFIT y de Antioquia en sendas comunicaciones. No es éste, por tanto, el asunto materia de debate.

El punto que suscita la discusión es, entonces, la pretendida calidad de "Dirigente de Comité Cívico o Gremial" que se atribuye o se niega por parte de los juzgadores al occiso López Bedoya. Sobre el particular, debe resaltarse que tampoco existe en los autos prueba alguna que sin lugar a dudas acredite tal calidad como quiera que ni en las versiones testimoniales recibidas, ni en documentos que así lo afirmen se encuentra señalada la calidad de dirigente cívico o gremial. Se ha asegurado, sí, que el occiso era miembro de una asociación profesional gremial, y de otra de la misma índole que tiene al parecer compromisos cívicos, pero la sola pertenencia a ellas no puede ser base suficiente para afirmar que el sujeto pasivo de los delitos investigados haya sido dirigente de tales agrupaciones, y por tanto mal puede tomarse como hecho cierto que determine la competencia esta calidad.

Se ha dicho, por parte de la jurisprudencia, que las calidades a que se refiere el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 son categorías de carácter objetivo que permiten la adscripción de la facultad de juzgar a un determinado grupo de jueces especialmente establecidos para combatir las situaciones que en forma especial afectan el orden público, pero, por lo mismo que se trata de condiciones objetivas, sólo cuando ellas aparezcan debidamente comprobadas puede predicarse la competencia de juzgamiento en los funcionarios de la jurisdicción de orden público, debiéndose en consecuencia adelantar el proceso por parte de jueces ordinarios de todos los eventos en que estas calidades no se hayan comprobado o sean objeto de duda dentro de la actuación sumarial.

En el caso presente, como se resaltaba atrás, se ha acreditado la calidad de miembro de una asociación profesional y de una agrupación presuntamente equiparable a un comité cívico, pero nada hay en el expediente que diga que López Bedoya *era dirigente de esas dos o de alguna de las juntas profesionales, razón por la cual no puede considerarse como una de aquellas personas a que taxativa y especialmente hace referencia el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, concluyéndose, por este aspecto, que la competencia para adelantar el juzgamiento no corresponde a los jueces de orden público sino a los funcionarios denominados jueces especializados en virtud de lo dispuesto en la Ley 2ª de 1984.*

Debe advertir la Sala, además, que aun cuando esta calidad objetiva se hallara comprobada, en el caso particular sometido a estudio no se podría atribuir la competencia a los jueces de orden público. En efecto, si bien el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 establece que a tales funcionarios corresponderá el conocimiento en primera instancia de los procesos por delitos de secuestro extorsivo y homicidio, entre otros, que se cometan contra un dirigente de comité cívico, a más de otros cargos o calidades, para que aquellos jueces puedan conservar la competencia de juzgamiento se requiere que el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón a su investidura y no con base en cualquier otra motivación (como se evidencia en el presente caso) –excluido, claro está, el motivo de las creencias u opiniones políticas partidistas o no–, porque de otra forma perdería estructura la codificación que recoge tales comportamientos y se contraría la filosofía que inspiró la jurisdicción de orden público. Piénsese por un momento en el homicidio que se cometa en contra de un

profesor universitario por razones de celos del esposo traicionado. En esta hipótesis, el homicidio no tiene relación alguna ni con el cargo del occiso ni con las creencias u opiniones políticas, partidistas o no, y por ello debería concluirse que la calidad del sujeto pasivo no puede ser factor determinante de la competencia en los jueces de orden público, quienes están llamados a reprimir las conductas que alteren en especial forma el orden público en razón a las situaciones de zozobra o terror en que pueda colocarse la totalidad de la población o parte de ella. La atribución de juzgamiento en el ejemplo que se analiza, estaría atribuida a los jueces de instrucción criminal durante la etapa del sumario, y a los jueces superiores en su fase del juicio, porque la víctima necesariamente debe ser considerada como un ciudadano común, y el delito como de aquellos que si bien perturban el orden público, no lo hacen dentro de las motivaciones que dieron origen a la expedición de los Decretos 180 y 474 de 1988 y demás que los complementan.

Similar situación se presenta en el caso bajo estudio de la Sala. De aceptar, lo que no se ha comprobado, que el sujeto pasivo era dirigente de un comité cívico o gremial, nada existe en el expediente que haga siquiera pensar que por esa calidad o en razón a ella se cometieron contra la persona de López Bedoya las infracciones de secuestro extorsivo y homicidio. Muy por el contrario, de lo hasta ahora actuado parece abrirse paso como verdad procesal el hecho de que, aprovechando algunos gustos personalísimos de la víctima por sujetos de su mismo sexo, uno de sus amigos ideó la comisión de los delitos sin otra consideración que la de obtener algunos pesos y eliminar al interfecto para borrar toda huella de su acción delictuosa. Así estructurados los hechos, como hasta el presente se acreditan, no puede atribuirse su juzgamiento a los jueces de orden público, sino que la competencia radica en los juzgados especializados, a donde finalmente remitirá la Sala las diligencias para que se proceda de conformidad.

Finalmente, y aun cuando ello no es materia de pronunciamiento al desatar el incidente, la Sala se pronunciará acerca del funcionario que debe calificar el mérito del sumario. De conformidad con los postulados de la Ley 2ª de 1984, artículo 12, inciso 3º, corresponde a los jueces especializados la investigación y fallo de los procesos que se adelanten por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y los conexos con éstos. Empero, el inciso 3º del mismo artículo establece que si el delito concurrente con el secuestro extorsivo, extorsión o terrorismo es de competencia del Juez Superior, una vez instruidas las sumarias pasarán a éste para que adelante la calificación y el juzgamiento de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal.

Pues bien, esta disposición fue dictada antes de que entrara en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal que reformó en el aspecto de la calificación la competencia de los funcionarios jurisdiccionales, atribuyendo a los jueces de instrucción la facultad de calificar el mérito del sumario, e impidiendo que esta labor la cumplan los jueces superiores o de circuito a quienes está asignado el conocimiento del proceso únicamente a partir del auto de control de legalidad. Esta modificación, no prevista por la Ley 2ª de 1984 porque no era oportuno hacerla, es la que da origen a las confusiones del Juzgado Sexto Especializado en cuanto a este tema.

Sin embargo, debe recordarse que pese a la modificación introductoria por el Decreto 050 de 1987, los jueces de instrucción criminal deben investigar –y calificar– los procesos que se adelanten por el delito de homicidio y los conexos con éstos, excepción hecha de aquellas situaciones especiales en las cuales tal facultad corresponda, por ejemplo, a los jueces de orden público. Así las cosas, siendo que la competencia para calificar el mérito del sumario de los procesos por homicidio corresponde al juez de instrucción criminal, y en contrapartida al Juez especializado le está vedado entrar en tales campos de acción, en el evento que ocupa la atención de la Sala la calificación deberá hacerla, una vez perfeccionada la investigación para guardar el espíritu de la Ley 2ª de 1984, al juzgado de instrucción criminal que en razón del territorio resultare competente para ello.

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

RESUELVE:

DIRIMIR el conflicto de competencias trabado entre los Juzgados Sexto Especializado y Sexto de Orden Público, atribuyendo la competencia para instruir este proceso en el primeramente nombrado, a donde se remitirá sin dilación el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

FUERO MILITAR

El artículo 170 del Código de Justicia Penal Militar no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagra el fuero militar, no podía el legislador ordinario extender los efectos de un instituto consagrado en un canon superior, eliminando al efecto la exigencia consistente en que el destinatario de la garantía foral, debía haber cometido el delito en relación con el servicio.

Auto Colisión. 27 de febrero de 1989. Dirime colisión de competencias entre la Inspección General de la Armada Nacional y el Juzgado Cuarto Especializado de Barranquilla. F.F. artículo 170 C. de J. P.M.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3593. Colisión de competencias. Fabio Hinestrosa y otros).

Aprobada Acta número 05.

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Bogotá, D. E., febrero veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se procede a dirimir la colisión positiva de competencia trabada entre la Inspección General de la Armada Nacional como Juez de primera instancia y el Juzgado 4° Especializado de Barranquilla, para conocer de este proceso que por presunto delito contemplado en la Ley 30 de 1986 se adelanta contra los Capitanes de Infantería de Marina Fabio Hinestrosa y Guillermo Villar y el Cabo Segundo de Infantería de Marina Luis A. Molina y en el que se hallan vinculados también dos particulares.

Antecedentes

1. El 26 de agosto de 1988, día en que se hallaban de servicio el Capitán de Infantería de Marina Fabio Hinestrosa como Comandante de la Compañía de

Seguridad de la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla", el Capitán Guillermo Villar como Comandante de la Compañía de Comando y Servicios de la Brigada de Infantería de Marina número 1, y el Cabo Segundo de la misma Institución Luis Adalberto Medina como comandante de la Cuarta Escuadra del Pelotón de Seguridad de la Casa de Huéspedes Ilustres de Cartagena, los tres militares abandonaron sus respectivos puestos de servicio en la ciudad de Cartagena y se dirigieron acompañados de dos individuos particulares en dos carros también particulares a la ciudad de Barranquilla, habiendo sido interceptados por miembros de la Policía Nacional, Departamento del Atlántico en la vía hacia esta capital, y sometidos que fueron a requisa, se les decomisó en los vehículos cocaína en cantidad aproximada a 251 kilogramos, por lo cual fueron capturados.

2. Tanto la Justicia Penal Militar a través del Juzgado 104 de Instrucción Penal Militar como la Ordinaria por medio del Juzgado 4° Especializado de Barranquilla iniciaron investigación –aquélla contra los militares y ésta contra todos los implicados–, por la posible comisión de delito contemplado en la Ley 30 de 1986, pero como la Inspección General de la Armada Nacional como Juez Militar de Primera Instancia considerara que la competencia para el juzgamiento de los militares corresponde a la Justicia Penal Militar, le planteó colisión positiva de competencia al Juzgado 4° premencionado solicitándole la remisión del proceso; pero este Despacho al rechazar los argumentos del colisionante, trabó el conflicto de que se ocupa la Sala.

3. Argumenta el Juzgado militar, con base en sentencia del 13 de septiembre de 1988 de esta Corporación, en la que se abstuvo de casar la sentencia dictada contra un oficial del Ejército por delito de igual naturaleza al que se juzga en este proceso, que el delito cometido por los militares de la Armada lo fue con ocasión del servicio para derivar esta condición que otorga la competencia de las circunstancias del delito que comenta así:

"Los Capitanes... y el Cabo..., en la mañana del viernes 26 de agosto del corriente año, cumplían funciones regulares en las unidades a las que estaban asignados y sin la autorización de sus respectivos superiores abandonaron la guarnición de Cartagena y portando sus uniformes e insignias de grado reglamentarias, en compañía de dos particulares a bordo de dos automóviles fueron sorprendidos por miembros de la Policía Nacional muy cerca de la ciudad de Barranquilla (Atlántico), transportando ilegalmente 251 kilos de cocaína aproximadamente".

Y concluye así:

"Fue entonces su condición de militares en servicio activo y por consiguiente el derecho a portar el uniforme naval, lo que les brindó a..., las circunstancias para cometer el delito común de que son acusados y que pretendieron aprovechar para salvar cualquier obstáculo o inconveniente que se les pudiera presentar en su viaje a Barranquilla lo que a la larga no consiguieron..." (fls. 21 a 26 cd. número 4).

Por su parte el Juzgado 4° Especializado de Barranquilla, para reclamar la competencia que se le disputa, en su juicioso proveído, advierte:

"Siguiendo entonces el preciso criterio que sobre el alcance del fuero del juzgamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas ha fijado nuestra Corte,

inferimos de manera transparente, que no es el hecho de pertenecer a una Institución militar, lo que irroga competencia a la Justicia Especial, sino el haberlo cometido bajo las específicas situaciones antes señaladas, de modo que cuando los señores miembros de la Armada Nacional aquí procesados, optaron por abandonar sus cargos para participar en el transporte del ilícito de estupefacientes hacia esta ciudad que se halla incluso, por fuera de su jurisdicción, no estaban desarrollando una actividad con ocasión o por causa del servicio, mucho menos una función inherente a sus cargos" (fls. 246-249 cd. ppl. número 2).

Consideraciones de la Corte

Asiste la razón al señor Juez 4° Especializado de Barranquilla, por lo que ese Despacho habrá de continuar con la investigación, dado que no se da, en el caso en estudio, ninguna de las condiciones que permitan atribuir la competencia a la Jurisdicción especial que la reclama, como se verá:

Los militares implicados fueron aprehendidos en lugar distinto del que les fue señalado para cumplir sus funciones, pues estando éste en el departamento de Bolívar, su captura ocurrió en cercanías de la capital del Atlántico y cuando se transportaban con su alijo en vehículos particulares conducidos también por particulares.

Es claro entonces, que ninguna relación tenía el ilícito con el servicio oficial que como militares cada uno estaba prestando el día de los hechos; no cumplían itinerario alguno forzoso o asignado en o para el desarrollo de sus respectivas actividades, ni como lo anota el Juez Ordinario, tenían por misión transportar la mercancía como para pensar que con ocasión de tal tarea oficial hubieran delinquido; contrariamente, y así lo afirma con claridad la Inspección General de la Armada, ellos habían abandonado sus puestos de servicio y transitaban bien lejos de su sede, y si fuera de ésta decidieron continuar trajeados con sus uniformes e insignias de reglamento, ello no fue más que por la posibilidad de que su apariencia les permitiera pasar sin requisas oficiales.

Reiterativa ha sido la Sala en el punto en controversia, para cuyo esclarecimiento ha venido apoyándose en el texto del artículo 170 de la Constitución Nacional y siempre cuidadosa de la realidad fáctica que refleja cada caso concreto. Así, en providencia del 25 de septiembre de 1987, en armonía con la sentencia de Sala Plena que declaró inexequible el Decreto 3671 de 1986, afirmó "la aplicación restrictiva del artículo 170, al considerar que contempla los Tribunales Militares exclusivamente para conocer de las faltas cometidas por militares en servicio activo y dentro del mismo", y en concordancia con este pensamiento, advirtió el 22 de octubre de 1987 que: "2°. De la exégesis precedente deviene para esta Sala que al ordinal 2° del artículo 302 del Código de Justicia Penal Militar ha de dársele la interpretación que las reglas elementales de hermenéutica imponen. Esto es, que si el artículo del Código Castrense comentado no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagró el fuero militar, no podía el legislador ordinario extender los efectos de un instituto consagrado en un canon superior, eliminando al efecto la exigencia consistente en que el destinatario de la garantía foral, debía haber cometido el delito en relación con el servicio".

De igual manera en el auto del 3 de mayo de 1988 se dijo:

"Fluye de todo lo anterior, que la actividad calificada como militar, se realiza mediante actos propios del servicio, o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando.

"En estas condiciones, el militar que no adecúe su conducta al acto propio del servicio, o que no actúe en cumplimiento de órdenes superiores, o se aparte de ellas, para dedicarse a actividades particulares por su propia cuenta, estará actuando por fuera del servicio y en asuntos que no guardan relación con éste y los hechos punibles que llegare a realizar en estas condiciones, pertenecen indudablemente a la órbita de la Justicia Ordinaria".

Las disquisiciones suscitadas sobre el mismo tema, y no sólo respecto de delitos contemplados en el Estatuto de Estupefacientes, han venido recibiendo el mismo tratamiento hermenéutico frente a la limitante que impone la norma constitucional, y como se advirtió en precedencia, atendiendo las particularidades de cada caso.

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

RESUELVE:

DESATAR la colisión positiva trabada en este proceso, atribuyendo la competencia para el juzgamiento de todos los procesados al Juzgado 4° Especializado de Barranquilla, al que se devolverá el expediente. Copia de esta providencia para los efectos legales pertinentes al señor Inspector General de la Armada Nacional.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PRESCRIPCION DE LA ACCION. CESACION DE PROCEDIMIENTO

Cuando se presenta el fenómeno eminentemente objetivo de la prescripción de la acción penal, considera la Sala que se tiene competencia para decidir, aun cuando dicho motivo surja en el trámite del recurso extraordinario de Casación.

Auto Casación. 1° de marzo de 1989. Declara prescrita la acción penal, niega libertad y toma otras determinaciones, en el proceso que contra Mario Barrera Ardila y Alvaro Parra, se adelantó por los delitos de Secuestro y Homicidio. F.F artículos 80 C.P. y 34 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Expediente número 416).

Aprobada Acta número 08.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Bogotá, D. E., marzo primero (1°) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS

El Apoderado Judicial de los procesados Mario Barrera Ardila y Alvaro Parra, solicita la declaratoria de prescripción de la acción penal en favor de sus representados, con excepción del delito de Homicidio, pedimento que lo presentan igualmente sus representados, adicionando que tienen derecho al beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal. El procesado Pedro Sánchez Barón presenta iguales pedimentos, esto es, prescripción de la acción penal y beneficio de libertad provisional y, finalmente, Jesús Rojas considera que reúne los requisitos legales para que se decrete su excarcelación.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en conceptos que anteceden de fechas 11 y 14 del presente mes, se opone a la declaratoria de la prescripción penal y demanda que se niegue el beneficio de excarcelación a los procesados. Siendo pertinente que la Sala se pronuncie de fondo respecto del recurso de casación

interpuesto contra la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior Militar.

Se expresa así la Delegada:

"a) En concepto de junio 10 de 1988, visible a folios 914 y ss. del cuaderno número 9 esta Procuraduría expresó su opinión en el sentido de que como Tribunal de Casación, la Honorable Corte no debería entender de cuestiones propias de las instancias del juicio, tales como las referentes a la prescripción de la acción penal y otras materias similares. En esta oportunidad el Ministerio Público se remite integralmente a todo aquello entonces expresado".

Y en dicho concepto, puntualizó.

"a) El artículo 15 del Código de Procedimiento Penal establece que el proceso sólo tendrá dos instancias salvo las excepciones legales.

Estas últimas se refieren a los procesos de única instancia que se tramitan ante la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Se afirma así, un principio ya detentado por la jurisprudencia, considerado siempre como fundamental, en cuya virtud se pregona que el recurso de casación no constituye una tercera instancia.

Si lo anterior es cierto, resulta incuestionable que la Honorable Corte, en sede de casación, no puede rebatir cuestiones propias de las instancias, tanto más cuanto que el principio de la limitación del recurso, impide a tan alto Tribunal adentrarse en la consideración de situaciones que no hubiesen sido alegadas por el recurrente como motivos de casación.

Impertinente sería traer a colación las innúmeras sentencias donde la Honorable Corte, con muy sabias razones, acoge los anteriores predicamentos.

No puede desconocerse que muy diferente es la posición de los falladores de instancia y de la Honorable Corte frente al proceso y, en el recurso extraordinario de Casación, pues al paso que los primeros tienen competencia para pronunciarse en torno a todos y cada uno de los aspectos del proceso, el Tribunal de Casación, atado se encuentra por la demanda y por las causales taxativamente señalados por la ley como sustentos del recurso.

En este orden de ideas, considera esta Procuraduría que la Honorable Corte, en casación, no debe entender de cuestiones propias y exclusivas de las instancias, como ésta que se le plantea de la prescripción de la acción penal..."

b) A más de lo anterior, fuerza es relievar que el sentenciado Zenén García no recurrió del fallo de segundo grado, debiendo concluir entonces que su situación jurídica quedó definitivamente plasmada en aquel proveimiento, no siendo de recibo, tratar de revivir procesos finiquitados totalmente.

c) Aún en el evento de que el sentenciado Zenén García hubiese recurrido en Casación, no podría la Honorable Corte resolver sobre la prescripción de la acción penal por las siguientes y potísimas razones:

a.1 De antiguo se ha venido pregonando que la prescripción de la acción penal es la sanción impuesta por el Legislador al Estado, cuando éste no cumple con la obligación de sancionar los ilícitos penales, dentro de los términos que para tales efectos se acuerdan en los códigos de procedimiento.

Si esta apreciación es valedera, no cabría invocar esta figura jurídica, cuando el Estado ha cumplido con la obligación de sancionar dentro de los términos previstos.

Estos términos no pueden rebasar la sentencia de segundo grado, pues el proceso cuando más sólo puede tener dos instancias.

a.2 Quienes sostienen que los términos anteriores se prorrogan por efectos del recurso de casación, pues la sentencia no ha ganado ejecutoria, se aferran a una interpretación literal de algunos artículos del C. Penal, sin parar mientes en que tales textos deben mirarse como integrantes de un ordenamiento y por tal razón han de interpretarse en forma armónica como el resto de disposiciones.

El Capítulo Quinto, del Título III, del Libro 1º del Código Penal, visto en su conjunto, permite concluir que el término de prescripción de la acción penal se inicia en el momento de la consumación del hecho punible y concluye con la sentencia de segundo grado. A partir de este momento, surge otra figura jurídica, completamente diferente a la anterior: la prescripción de la pena.

De no ser lo anterior así, no tendría sentido alguno el artículo 89 del C.P.:

Interrupción del término prescriptivo de la pena: La prescripción de la pena se interrumpirá cuando el condenado fuere aprehendido en virtud de la sentencia...

En efecto:

"Si pendiente la resolución del recurso de casación, el acusado es aprehendido en razón de una sentencia de condena, se interrumpirá el término de prescripción de la pena. Si este término se interrumpe es porque estaba corriendo. ¿Desde cuándo? Desde el momento mismo en que se agotó la segunda instancia.

Ha de entenderse entonces que desde aquel instante quedó ejecutoriada la sentencia, pues el recurso extraordinario de casación, como acción de impugnación, no constituye una tercera instancia y tan sólo tiene la virtualidad de suspender los efectos de la cosa juzgada".

Se considera:

En providencia de 28 de julio de 1988 la Sala dio respuesta a los anteriores planteamientos del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal respecto de la competencia de la Corte para decidir, en sede de casación, sobre asuntos especiales como son la prescripción de la acción y de la penal y su extinción por muerte del procesado.

Se dijo en esa providencia:

"a) Es absolutamente cierto que el proceso penal, salvo las excepciones legales, tiene solamente dos instancias. Esto lo determina la actual codificación procesal penal en su artículo 15, pero, ello de modo alguno, impide que la Corte en sede de Casación

(recurso extraordinario), pueda atender asuntos que aparentemente son del resorte del juzgador de primera o de segunda instancia".

"El artículo 163 del Código de Procedimiento Penal que rige este asunto (Decreto 409 de 1971) enseña 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 que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado".

"Uno de estos motivos, es el de la prescripción de la acción penal y la extinción de ella, por muerte del procesado. La misma causal se halla prevista en el artículo 34 del actual Código de Procedimiento Penal".

"La prescripción, o sea, el transcurso del tiempo cuando el Estado no logra, en un determinado lapso, establecer la existencia o inexistencia de un hecho punible o la responsabilidad o inocencia de una persona, la ley considera que existen intereses superiores que hacen imperativo el agotamiento de la acción penal, como lo es, entre otros, el derecho del imputado a que se le libere de la persecución procesal".

"Ahora bien. Como la Delegada afirma que la Corte no tiene competencia para pronunciarse en sede de casación sobre temas como el de la prescripción, debe la Sala consignar la evolución jurisprudencial sobre la materia y determinar si en efecto, la aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal anterior (art. 34 del actual), puede ser adoptada por la Corte o si dicha decisión corresponde exclusivamente a los juzgadores de instancia, como se afirma".

"Inicialmente la Corte sostuvo que el único competente para decidir sobre la prescripción de la acción era el juez de primera instancia, cuando en auto de 15 de diciembre de 1954 se abstuvo de revisar, como juzgador de segunda instancia, la consulta de un proveído calificatorio del mérito del sumario. Dijo la Sala en aquella oportunidad: 'Pero se advierte que la acción penal se halla prescrita, pues los hechos denunciados tuvieron lugar con anterioridad al mes de octubre de 1949, por lo cual el auto de sobreseimiento consultado habrá de revocarse por la Sala con la finalidad distinta de que el Tribunal a quo *decida, por ser de su incumbencia, sobre la aplicación del artículo 153 del estatuto procesal por ese concepto (G.J. Tomo LXXIX, pág. 368)".*

"Ya para 1962 la Sala, en providencia de 26 de febrero, admitió la competencia del juez de segunda instancia para pronunciarse sobre la prescripción de la acción penal cuando afirmó: '... Por lo demás, nada impide que tal decisión se haya tomado en segunda instancia, porque como bien lo dice el Tribunal ad quem, *ello "en manera alguna da a tal proveído el carácter y calidad de sentencia principal, ya que esta superioridad puede dictar la providencia de que trata tal disposición, como quiera que ella puede dictarse "en cualquier estado del proceso". Tan evidente es lo anterior que bien podría considerarse como un posible delito de abuso de autoridad... el hecho o circunstancia de no dictarse ese proveído cuando hay lugar a ello..." (G.J. Tomo XCVII, pág. 178)".*

"Y en proveído de 10 de noviembre de 1958, extendió dicho criterio a la Corte en sede de Casación, cuando dijo "La Sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal 'en cualquier estado del proceso'. Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, 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 debe dictar sentencia en que así lo declare. El "Juez" de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce de segunda instancia y del mismo carácter participa la Corte en casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación de procedimiento puede dictarla el juez a quo, *o el juez* ad quem, *o la Corte como Tribunal de Casación".*

"Es cierto que la sentencia de que se viene hablando "debe ser consultada" pero ello no quiere decir que cuando no pueda serlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no puede dictar sentencia sobre cesación de procedimiento en los negocios que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar su decisión".

"Cuando la Ley dice que la sentencia debe ser consultada, presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtirse ese grado de jurisdicción. Si no la tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consagrada en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal sobre la inmediata cesación del procedimiento"... en cualquier estado del proceso... "en que las causas para decretarlas se presenten" (G.J. T. LXXXIX, pág. 587, 588 y 1958).

"Y respecto de la aplicación del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal vigente, la Sala en providencia de 12 del presente mes y año al responder a la Delegada, puntualizó:

"La respuesta a la anterior solicitud plantea un problema de fondo, que no encuentra solución en el citado artículo 34 (que únicamente señala las causales que dan lugar a la cesación y el momento procesal adecuado para disponerla) y que es necesario resolver por la Sala: ¿Puede el juez ad quem *ordenar la cesación de procedimiento regulada en el referido texto legal? Para responder acertadamente este interrogante, es preciso distinguir varias hipótesis:*

"a) El ad quem *debe desatar el recurso interpuesto contra una providencia en la cual el funcionario de primera instancia se pronunció sobre la cesación o no cesación de procedimiento. Evidentemente que en este caso tiene plena competencia para decidir sobre ello, porque esa es precisamente la materia objeto del recurso.*

"b) El ad quem *debe resolver la apelación interpuesta contra un auto en el cual no se trató la cesación de procedimiento. En esta hipótesis es necesario hacer una distinción, según sea la naturaleza de la causal que pretenda tenerse en cuenta como fundamento para disponer en la segunda instancia la finalización del proceso.*

"b.1 Si se trata de una causal objetiva (como la muerte del procesado, la prescripción de la acción penal, la amnistía, el desistimiento, la oblación, la discriminación de la conducta) es claro que el Juez ad quem, *al igual que esta Sala aunque*

actúe como Tribunal de Casación, no solamente puede, sino que debe ordenar la cesación de procedimiento. Obsérvese que cuando se presenta una cualquiera de estas causales objetivas, el Estado de inmediato pierde la competencia para continuar desarrollando la acción penal; lo único que puede hacer el ad quem *es reconocer la ocurrencia de la causal y ordenar la cesación del proceso por haberse extinguido la acción penal y carecer, por tanto, de competencia para desatar el recurso interpuesto".*

"b.2 Si la causal que se pretende invocar por el ad quem *o que ante él se aduzca, no es de carácter eminentemente objetivo, sino de aquellas que requieren de una valoración subjetiva o de responsabilidad, considera la Sala que disponer la cesación de procedimiento no es posible, por carecer el* ad quem *de competencia para ello, toda vez que ésta, ante los claros y enfáticos términos del artículo 538, está circunscrita a 'decidir sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada' únicamente. Al contrario de lo que sucede cuando se trata de una causal eminentemente objetiva, en este caso el Estado conserva su plena competencia para seguir impulsando y desarrollando la acción penal, y entonces el ad quem debe cumplir con la obligación de desatar el recurso".*

"La economía procesal" invocada para posibilitar en la hipótesis que se comenta el pronunciamiento por parte del juez de segunda instancia, no es argumento válido, porque dicha "economía procesal" no fue prevista por el legislador como factor o fuente de competencia, y por ende, mal puede enfrentársele al amplio pero al mismo tiempo limitante texto del artículo 538 ya citado. Además, la "economía procesal" que con esta prórroga de competencia se busca, no siempre resulta conveniente a los fines del proceso, pues a veces la celeridad puede entorpecerlos. Téngase en cuenta, también, que cuando como en el caso sub examine, *la apelación se haya otorgado en el efecto devolutivo, el* ad quem *desconoce el desarrollo ulterior de la investigación, cuyos resultados han podido haber variado en virtud de las pruebas practicadas con posterioridad a la remisión del expediente. No conviene que un juez decida sobre la acción penal sin estar en posición de todo lo actuado y sin conocer, por ende, la realidad que él encierra, que puede ser muy distinta de la que alcanza a conocer en el cuaderno que se le ha remitido, el cual constituye su única fuente el conocimiento sobre lo que se investiga. Puede así mismo, esta pretermisión de instancia dar lugar a pronunciamientos judiciales enfrentados, pues por haberse concedido el recurso en el efecto devolutivo, el funcionario de primer grado conserva competencia para seguir actuando.*

"En síntesis, pues, sólo ante la presencia de causales eminentemente objetivas puede el juez ad quem *ordenar la cesación de procedimiento, porque en el momento mismo de éstas presentarse la acción penal se extingue y con ella muere también la competencia" (Magistrado Ponente Doctor Guillermo Duque Ruiz).*

El anterior es el pensamiento de la Sala respecto de la competencia para decidir asuntos relativos a la prescripción de la acción penal, aun cuando dicho motivo se presenta en el trámite del recurso extraordinario de casación, razón por la cual, se entrará a resolver sobre las concretas solicitudes de cesación de procedimiento por haberse presentado, según el criterio de los memorialista, el fenómeno eminentemente objetivo de la prescripción de la acción penal, de la que ningún procesado ha renunciado expresamente dentro del proceso.

Como ya se dejó precisado en providencia de 28 de julio de 1988 en la que se resolvió igual situación a la hora planteada (prescripción de la acción penal), la Sala tendrá como fecha para los cómputos respectivos, el *dos (2) de noviembre de mil novecientos setenta y siete (1977)* día en el cual se inició el Consejo de Guerra Verbal en la Guarnición de Cúcuta, por convocatoria que hiciera el señor Comandante de la Quinta Brigada mediante Resolución número 100 del 27 de octubre inmediatamente anterior.

Así mismo, en la citada providencia se pudo determinar que la actual codificación penal (Decreto 100 de 1980) resulta más favorable para la situación particular de los acusados, ya que ejecutoriado el auto de proceder o su equivalente, la acción penal prescribe en la mitad del máximo fijado como pena en la respectiva disposición penal (artículo 84 *ibidem*).

Y como quiera que en providencias de 27 de abril de 1987 (folio 395 y ss. del cuaderno número 1 de la Corte) y 28 de julio de 1988 (folio 64 y ss. del cuaderno número 3 de la Corte) se tomaron decisiones respecto de la prescripción de la acción penal y extinción de la misma por muerte de un procesado, la Sala concretará el estudio al delito de secuestro por el cual fueron juzgados y hallados responsables varios de los acusados, en las personas de Nelson José Machado Lugo, Marcos Rafael Torres Oviedo y Ricardo López Sánchez.

El artículo 293 del Código Penal anterior sancionaba con pena de presidio (hoy prisión) hasta de doce (12) años el delito de secuestro. Pero como a los procesados se les dedujo la agravante prevista en el artículo 6°, numerales 4° y 5° de la Ley 21 de 1973, la pena se incrementa de la mitad a las dos terceras partes, es decir, para los efectos de prescripción de la acción penal, en ocho (8) años, para un total de veinte (20). En cambio, el artículo 268 de la actual legislación, tiene prevista como pena máxima la de quince (15) años de prisión, aumentada hasta en la mitad en razón de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 270 *ibidem*, para una pena máxima imponible de veintidós (22) años y seis (6) meses de prisión. Para los efectos de la prescripción demandada (artículo 84), dicho lapso se reduce a la mitad, o sea, a *once (11) años y tres (3) meses*, tiempo más favorable para los acusados al previsto en el artículo 105 del Código Penal derogado.

Como quiera que el Comando de la Quinta Brigada, con sede en Bucaramanga, mediante Resolución número 100 de fecha 27 de octubre de 1977, convocó en la Guarnición de Cúcuta el Consejo Verbal de Guerra para juzgar a los particulares vinculados a este proceso y dicha diligencia se realizó a partir del *dos (2) de noviembre de 1977*, según constancia que aparece a folio 49 del cuaderno duplicado número 5 y, mediante sentencia de fecha 30 del mismo mes y año, se acogió el veredicto de los Vocales y se declaró la responsabilidad de los acusados sometidos a juicio, desde esa fecha, han transcurrido *once (11) años, tres (3) meses y veinticinco (25) días*, tiempo superior al fijado por la ley para la procedibilidad de la prescripción de la acción penal, como ya se dejó establecido anteriormente, ya que el fallo de segunda instancia no se halla en firme por haberse interpuesto contra él, el recurso extraordinario de Casación cuya decisión definitiva se halla pendiente.

Quiere decir lo anterior que el delito de Secuestro por el cual fueron juzgados varios de los acusados, se halla prescrito y habrá, en consecuencia, que ordenar la cesación de procedimiento en su favor.

Los procesados beneficiados con la medida que se adoptará, son: José Vicente Zabala Amézquita, Jesús Rojas, Mario Barrera Ardila, Pedro Sánchez Barón, Alberto Rincón, Luis Gélvez Rojas, Nicasio Flórez Vargas, Alvaro Parra, Angel María Rincón Manrique, Mario Blanco, Aldemar Blanco Vergara, José Dolores Pérez Adarme, José del Carmen Zabala Amézquita y Pedro Antonio Solano Moreno.

En consecuencia, la situación de cada uno de los procesados aún vinculados a este proceso quedará de la siguiente manera:

a) José Vicente Zabala Amézquita: Seguirá la actuación exclusivamente respecto del delito de Homicidio Agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo. Para los efectos de excarcelación futura, la pena que le corresponde por su conducta y de acuerdo con la tasación realizada en la sentencia de segundo grado por el Tribunal Superior Militar, será la de *veinticuatro (24) años de prisión;*

b) Jesús Rojas: Continuará la actuación respecto del delito de homicidio agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo y la pena que le corresponde por su conducta, para los efectos de excarcelación, será la tasada por el Tribunal Superior Militar en la sentencia de segundo grado, es decir, *veinticuatro (24) años de prisión;*

c) Mario Barrera Ardila: Al igual que los anteriores su vinculación a este proceso se concreta al delito de homicidio agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo y la pena que le corresponde por su conducta, para los efectos de libertad, será la de *veinticuatro (24) años de prisión;*

d) Pedro Sánchez Barón: Solamente responderá por el delito de homicidio agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo y la pena que le corresponde es la misma que le fuera tasada por el Tribunal Superior Militar por esta conducta, es decir, *veinticuatro (24) años de prisión;*

e) Alberto Rincón: Su acusación se concreta al delito de homicidio en la persona de Nelson José Machado Lugo y la pena que debe purgar será la tasada en sentencia de segundo grado, es decir, *veinticuatro (24) años de prisión;*

f) Luis Gélvez Rojas: La pena privativa de la libertad para este procesado será la misma deducida por el Tribunal Superior Militar en el fallo de segundo grado, es decir, *veinticuatro (24) años de prisión* por el delito de homicidio agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo;

g) Nicasio Flórez Vargas: Al igual que los anteriores, seguirá vinculado a este proceso por el delito de homicidio agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo y la pena que le corresponde será la misma cuantificada en sentencia de segunda instancia, es decir, *veinticuatro (24) años de prisión;*

h) Alvaro Parra: Para este procesado su pena será la de *veinticuatro (24) años de prisión,* es decir, la señalada en segunda instancia para el delito de homicidio agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo.

Cabe anotar que en providencia de 28 de septiembre de 1987, la Sala una vez oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, reconoció al procesado Jesús Rojas la reducción de pena por confesión, es decir, la tercera parte de la que le correspondía por las infracciones vigentes para aquella época.

A este respecto, la Delegada en su concepto de 11 del presente mes y año, consignó:

"Cuando el sentenciado Alvaro Parra dentro de este mismo proceso demandó la gracia contemplada en el artículo 301 del C. de P.P. vigente, esta Delegada expuso su pensamiento sobre el particular y por ello, en esta oportunidad se finca en las razones entonces expuestas, para emitir opinión adversa a la concesión de semejante gracia", es decir, en favor de José Vicente Zabala.

Y en concepto de 14 del mismo mes y año, expone:

"... un mejor estudio de los numerosos infolios que conforman este expediente obliga a esta Procuraduría a rectificar su pensamiento, inclinándose ante la verdad que surge de los autos:

"En efecto:

"Cuando el 5 de junio de 1977, asistido por su apoderado rinde Jesús Rojas declaración de inquirir ante el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, ya habían consignado su versión de estos mismos hechos José Vicente Zabala Amézquita (mayo 31 de 1977) (folios 5 y ss cuaderno duplicado número 2), Gumercindo Durán Gómez (junio 3 de 1977 - folios 27 y ss. cuaderno número 2 copias); José Dolores Pérez Adarme (junio 4 de 1977 - folios 38 y ss. cuaderno número 2 copias) y Nicasio Flórez Vargas (junio 5 de 1977 - folios 41 y ss. cuaderno número 2 copias).

"Los ciudadanos antes mencionados habían sido denunciados y capturados personalmente por el personaje central de estos episodios don Juan Beltrán, quien como se acotó en otro concepto, a última hora, decidió traicionar a sus compañeros de fechorías y alejar de sí toda sospecha para continuar actuando como hombre de confianza al servicio de los organismos de seguridad de la Quinta Brigada de Bucaramanga.

"En estas condiciones, la confesión de Jesús Rojas no puede calificarse en manera alguna como espontánea, pues la prueba recogida en su contra era por demás abrumadora, toda vez que sus compañeros antes mencionados lo habían señalado desde un comienzo como una de las personas que junto con Juan Beltrán habían planeado los secuestros de ciudadanos Venezolanos; había ofrecido financiar las operaciones de secuestro y había llevado hasta el campamento donde se mantenía en cautiverio a Nelson Machado Lugo, la fatídica orden de Juan Beltrán, según la cual, el infortunado cautivo debería ser liquidado de inmediato, pues no se había producido el recaudo del dinero exigido por los captores y el asedio de la Policía y el Ejército Venezolano, era para esos momentos completamente insufrible.

"Por lo demás esta confesión de Jesús Rojas, ningún dato nuevo aporta a lo hasta entonces consignado en el expediente y por lo mismo, bien puede afirmarse que en

nada contribuyó al esclarecimiento de los hechos, ni facilitó la investigación de los mismos.

"Estima por tanto esta Procuraduría que tal pieza procesal no constituyó piedra angular de la sentencia de condena y por lo mismo, frente a los hechos probados en el expediente no puede ser merecedor de la rebaja de la pena contemplada en el artículo 301 del C. de P.P.".

La Sala en providencia de 28 de septiembre de 1987 acogió el concepto de la Delegada y puntualizó:

"En cuanto a la reducción de pena a que se refiere el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal vigente, se tiene que el procesado Jesús Rojas en diligencia de indagatoria verificada el 5 de junio de 1977, confesó libremente, con asistencia de apoderado y ante el Juez 23 de Instrucción Penal Militar, no solamente su participación en los hechos a que se contraen estas diligencias, sino otros anteriores, dando una descripción detallada de la forma como ocurrieron e indicando precisamente quiénes participaron en ellos y en forma individual el grado de intervención de los mismos. Por ello, su versión de esa fecha que constituye su primera vinculación al informativo, así como la realizada el 18 del mismo mes y año, constituyen una verdadera confesión, simple y llana que, como lo consignaron los juzgadores de instancia, fueron definitivas para declarar su responsabilidad penal y de la mayoría de sus compañeros de causa, es decir, sobre dichas diligencias se fundamentó el fallo condenatorio dictado en su contra...".

Como quiera que el reconocimiento de la confesión de parte de la Sala a favor del procesado Jesús Rojas, se refería a los delitos que actualmente se hallan prescritos (secuestro en las personas de Nelson José Machado Lugo, Marcos Rafael Torres Oviedo y Ricardo López Sánchez; Extorsión a Luis Rodolfo Machado Bohórquez) dicha diminuente dejó de tener operancia para los cálculos respecto del beneficio de excarcelación, ya que el único delito que aún mantiene su vigencia (homicidio agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo) no fue aceptado en su indagatoria ya que alegó no estar presente al momento de su realización. En tales condiciones, la reducción de pena prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, se repite, para el delito de homicidio, no puede ser reconocido por la Sala, razón suficiente para acoger el concepto de la Delegada y determinar que la pena que debe cumplir Jesús Rojas, de conformidad con la tasación realizada por el Tribunal Superior Militar es la de veinticuatro (24) años de prisión.

Respecto del procesado José Vicente Zabala Amézquita quien demanda el reconocimiento de la rebaja prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, la Sala hace suyo el criterio de la Delegada cuando apunta:

"... como hubo de reseñarse en concepto de noviembre 10 de 1988, el 23 de marzo de 1977 en el Municipio de Guayabo, Estado de Zulia, Venezuela se consumó la muerte violenta del Secuestrado Venezolano Nelson José Machado Lugo. Su desaparición y las exigencias de dinero por parte de sus captores, pusieron en alerta a las autoridades Venezolanas, quienes en la cacería de sospechosos dieron captura al colombiano Zenén García, miembro de la banda de secuestradores dirigida por Salomón Martínez o Juan Beltrán".

"Zenén García suministró a las autoridades venezolanas las primeras informaciones, señalando a Juan Beltrán como el tenebroso cerebro de la organización; pero Juan Beltrán a su vez, colabora con los servicios secretos de la Quinta Brigada y para dar pruebas de su lealtad al Ejército Colombiano, suministró los nombres de sus compañeros de fechorías, su dirección y personalmente, les dio captura".

"En estas condiciones, comparece José Vicente Zabala, el 31 de mayo de 1977, ante el Juez 23 de Instrucción Penal Militar y si bien suministra algunos datos, ellos no facilitaron la investigación, pues ya los servicios secretos de la Quinta Brigada, como antes se dijo, tenían la más completa información, suministrada, nada menos que por el mismo Jefe de la Organización, Juan Beltrán".

"Pero es más, en esta primera versión Zabala Amézquita se muestra ajeno al homicidio de Machado Lugo, para luego el 4 de junio de 1977, ante el mismo funcionario instructor manifestar:

"... Pues doctor, yo estaba diciendo mentiras pero la verdad es esta... En el campamento cuando matamos a Machado estábamos Gumercindo Durán Gómez, alias El Flaco; Luis Rojas, alias Isaac; Nicasio Flórez, alias Martín; Alvaro N.; Pedro Sánchez o Hernández, alias Abel; y yo".

"Esta su participación tiene que reconocerla, porque el instructor, le pregunta:

"... Ha afirmado usted dentro de estas diligencias no haber estado presente en momentos en que alguno de sus compañeros de fechorías dio muerte al hacendado Venezolano Nelson Machado Lugo. Sin embargo hay constancias dentro de las sumarias según las cuales usted sí estaba presente en tal momento; por tanto refiera al Despacho las circunstancias en que se le dio muerte al señor Machado y cítenos el nombre del homicida...".

"De las breves anotaciones hechas, se deduce que la 'confesión' de Zabala Amézquita no fue espontánea sino provocada por las abrumadoras pruebas que pendían sobre su cabeza; no facilitó la investigación, pues la desvió de sus verdaderos derroteros cuando inicialmente negó su participación en el homicidio de Machado Lugo y por lo demás, tampoco la injurada de Zabala Amézquita se constituyó en piedra angular de la sentencia".

Cabe agregar al concepto de la Delegada que esta Sala en pluralidad de decisiones sobre el tema, solamente acepta la confesión como válida para el reconocimiento de tan importante reducción de la pena, cuando ella ocurre uniformemente dentro del proceso, ya que, aquella versión del procesado como fruto de las pruebas irrefutables existentes en el proceso, contraria a la ya inicialmente vertida, no cumple con los requisitos previstos en la norma y que ampliamente ha precisado la Corte en oportunidades pasadas.

Por tal razón, Zabala Amézquita no tiene derecho a la gracia impetrada, es decir, su pena es, para los efectos del beneficio de excarcelación la ya consignada en párrafos anteriores.

Finalmente, debe quedar en claro que la tasación que se ha realizado respecto de los procesados anteriormente citados, obedece a que todos ellos y en forma reiterada

han demandado el beneficio de excarcelación y que, por haber prescrito todos los delitos investigados, con excepción del de Homicidio agravado, resulta ineludible para la Corte pronunciarse al respecto, sin perjuicio de que el Juez de primera instancia, en su momento procesal, determine definitivamente la pena que les corresponde a los acusados aún vinculados al informativo.

i) José Dolores Pérez Adarme: Sigue vinculado al proceso por el delito de homicidio agravado en la persona de Machado Lugo, pero como se halla absuelto por esta conducta, la decisión adoptada por la Sala en providencia de 27 de abril de 1987, mantiene su vigencia;

j) Angel María Rincón Manrique: Se ordenará la cesación de procedimiento en su favor. El beneficio de libertad provisional decretado mediante providencia de 23 de agosto de 1988, lo es en adelante de manera incondicional, razón por la cual se ordenará la cancelación de la caución prestada ($30.000.00 a favor del Juzgado Primero Superior de Palmira según Título 069745 de 31 de agosto de 1988) y las presentaciones ante el Juez 1° Superior de Cúcuta, para lo cual, la Secretaría librará las correspondientes comunicaciones telegráficas;

k) Mario Blanco: Se ordenará la cesación de procedimiento en su favor ya que no se le vinculó por el delito de homicidio. Se dispondrá, igualmente, la cancelación de las órdenes de captura que aún se hallan vigentes;

l) Aldemar Blanco Vergara: Al igual que el anterior no fue vinculado por el delito de homicidio, razón por la cual se impone la declaratoria de cesación de procedimiento en su favor; la cancelación de la caución prestada para disfrutar del beneficio de libertad provisional decretada por la Sala en providencia de 11 de octubre de 1988, para lo cual se librará la correspondiente comunicación al señor Juez 1° Superior de Bucaramanga y cancelación de las presentaciones una vez sea resuelta su situación por el Juzgado 2° Penal del Circuito de esa ciudad a quien se puso de su disposición para el cumplimiento de otro fallo condenatorio en su contra;

m) José del Carmen Zabala Amézquita: Se ordenará la cesación de procedimiento y la cancelación de las órdenes de captura existentes en su contra ya que las conductas a él atribuidas se hallan prescritas;

n) Pedro Antonio Solano Moreno: Como los punibles por los cuales se le juzgó en este proceso se hallan prescritos, se ordenará la cesación de procedimiento en su favor. El beneficio de libertad provisional que se le otorgó mediante providencia de 14 de agosto de 1986, lo será a partir de la fecha en forma incondicional, para lo cual, se dispondrá la cancelación de la caución prestada ($35.000.00 ante el Juzgado 1° Penal del Circuito de Ibagué y las presentaciones personales);

ñ) Respecto de los procesados Gumercindo Durán Gómez, José Guillermo González Celis, Jesús Rafael Socarrás Bonilla, Ismael Napoleón Socarrás Bonilla, Mario Parra, Rafael Calderón, Pablo Rodríguez y Zenén García, no se tomará ninguna determinación ya que contra ellos la Sala ordenó cesar procedimiento en su favor mediante providencias de 27 de abril de 1987 y 28 de julio de 1988. Solamente resta ordenar la cancelación de las órdenes de captura vigentes contra el último de los nombrados.

Otras determinaciones:

Como quiera que en esta providencia se ordenará la cesación de procedimiento en favor de los procesados recurrentes Angel María Rincón y Aldemar Blanco Vergara, las demandas presentadas en su nombre no serán materia de estudio por parte de la Corte ya que quedarán desvinculados del proceso.

Así mismo, como los procesados no recurrentes Mario Blanco, José del Carmen Zabala Amézquita y Pedro Antonio Solano Moreno se benefician con la misma determinación, el traslado ordenado en providencia de 31 de mayo de 1988 pierde su vigencia, razón por la cual, una vez venza el de Alberto Rincón y Luis Gélvez Rojas, la Secretaría pasará el proceso al Despacho del Magistrado sustanciador para la elaboración del proyecto correspondiente respecto de las demandas presentadas en representación de los procesados Mario Barrera Ardila, Alvaro Parra y José Dolores Pérez Adarme.

De la libertad provisional:

a) Pedro Sánchez Barón se halla detenido desde el 2 de junio de 1977, es decir, acredita haber descontado efectivamente en prisión *once (11) años, ocho (8) meses y veintiséis (26) días.* Por trabajo acredita 22.240 horas que le dan derecho a una rebaja de *dos (2) años, seis (6) meses y veintiocho (28) días,* para un acumulado de *catorce (14) años, tres (3) meses y veinticuatro (24) días, tiempo muy inferior a las dos terceras partes de la sanción que le corresponde que equivale a dieciséis (16) años de prisión;*

b) José Vicente Zabala Amézquita se halla privado de su libertad desde el 30 de mayo de 1977, es decir, ha descontado efectivamente en prisión *once (11) años, ocho (8) meses y veintiocho (28) días.* Por trabajo acredita 12.624 horas que le dan derecho a una rebaja de *un (1) año, cinco (5) meses y dieciséis (16) días,* para un acumulado de *trece (13) años, dos (2) meses y catorce (14) días,* igualmente inferiores a las dos terceras partes de la sanción que le fue determinada anteriormente que equivalen a *dieciséis (16) años de prisión;*

c) Jesús Rojas fue privado de su libertad el 30 de mayo de 1977, es decir, ha descontado efectivamente en prisión *once (11) años, ocho (8) meses y veintiocho (28) días.* Por trabajo acredita 11.440 horas que le dan derecho a una rebaja de *un (1) año, tres (3) meses y veintiséis (26) días,* para un acumulado de *trece (13) años y veinticuatro (24) días,* también inferiores a las dos terceras partes de la pena que le corresponde de conformidad con la tasación provisional que se efectuó anteriormente;

d) Mario Barrera Ardila fue privado de su libertad el 24 de octubre de 1977, es decir, ha descontado efectivamente en prisión *once (11) años, cuatro (4) meses y cuatro (4) días.* Por trabajo acredita 7.180 horas que le dan derecho a una rebaja de *nueve (9) meses y veintinueve (29) días,* para un total acumulado de *doce (12) años, dos (2) meses y tres (3) días,* inferiores a las dos terceras partes de la sanción determinada como pena privativa de la libertad en esta providencia;

e) Nicasio Flórez Vargas se halla detenido desde el 31 de mayo de 1977, es decir, ha descontado efectivamente en prisión *once (11) años, ocho (8) meses y veintisiete (27) días.* Por trabajo acredita 6.552 horas que le dan derecho a una rebaja de *nueve*

(9) meses y tres (3) días, para un acumulado de *doce (12) años y seis (6) meses,* inferiores a las dos terceras partes de la sanción antes determinada provisionalmente para los efectos de la excarcelación;

f) Alvaro Parra fue capturado el 7 de junio de 1977, es decir, acumula en detención efectiva *once (11) años, ocho (8) meses y veintiún (21) días.* Por trabajo acredita 20.326 horas que le dan derecho a una rebaja de *dos (2) años, cuatro (4) meses y veintisiete (27) días,* para un total de *catorce (14) años y veintisiete (27) días,* inferiores a las dos terceras partes de la sanción dosificada en precedencia.

Quiere decir lo anterior que ninguno de los procesados detenidos tiene derecho al beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal, ni a las rebajas contempladas en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal y la Ley 48 de 1987 por hallarse excluido el delito de homicidio agravado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y de acuerdo parcialmente con él,

RESUELVE:

1. Declarar prescrita la acción penal en este proceso respecto del delito de secuestro en las personas de Nelson José Machado Lugo, Marcos Rafael Torres Oviedo y Ricardo López Sánchez de conformidad con lo puntualizado en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, se ordena cesar el procedimiento por esta infracción en favor de los procesados José Vicente Zabala Amézquita, Jesús Rojas, Mario Barrera Ardila, Pedro Sánchez Barón, Alberto Rincón, Luis Gélvez Rojas, Nicasio Flórez Vargas, Alvaro Parra, Angel María Rincón Manrique, Mario Blanco, Aldemar Blanco Vergara, José Dolores Pérez Adarme, José del Carmen Zabala Amézquita y Pedro Antonio Solano Moreno.

2. Negar a los procesados Pedro Sánchez Barón, José Vicente Zabala Amézquita, Jesús Rojas, Mario Barrera Ardila, Nicasio Flórez Vargas y Alvaro Parra, el beneficio de libertad provisional.

3. Declarar que ninguno de los procesados aún vinculados al proceso como autores responsables del delito de homicidio agravado en la persona de Nelson José Machado Lugo son acreedores a la rebaja de pena prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, por confesión, ni a la aplicación de la Ley 48 de 1987 por estar expresamente excluidos del beneficio allí previsto (homicidio agravado).

4. Declarar que las demandas presentadas en representación de los procesados Angel María Rincón y Aldemar Blanco Vergara no pueden ser materia de estudio por la Corte en atención a la decisión que aquí se toma de ordenar la cesación de procedimiento en favor de los dos acusados, por prescripción de la acción penal.

5. Ordenar que una vez se cumpla en término del traslado a los procesados no recurrentes Alberto Rincón y Luis Gélvez Rojas, vuelvan las diligencias al Despacho del Magistrado sustanciador para la elaboración del proyecto que desate el recurso extraordinario de casación respecto de los procesados Mario Barrera Ardila, Alvaro Parra y José Dolores Pérez Adarme.

6. Ordénase la cancelación de las cauciones prestadas por los procesados Angel María Rincón Manrique, Aldemar Blanco Vergara y Pedro Antonio Solano Moreno, para lo cual se librarán las correspondientes comunicaciones a los Jueces Primero Superior de Palmira, Primero Superior de Cúcuta, Primero Superior de Bucaramanga y Primero Penal del Circuito de Ibagué de conformidad con lo consignado en la parte motiva de esta providencia. Suspéndanse las presentaciones personales y demás obligaciones contraídas en las diligencias de excarcelación.

7. Ordénase cancelar las órdenes de captura libradas en razón de este proceso contra los procesados Mario Blanco, José del Carmen Zabala Amézquita y Zenén García.

8. Para la notificación personal de los procesados detenidos se librará despacho comisorio a los siguientes funcionarios:

a) Juez Primero Superior de Buga (José Vicente Zabala Amézquita);

b) Juez Primero Superior de Cúcuta (Jesús Rojas y Alvaro Parra);

c) Juez Primero Superior de Bucaramanga (Mario Barrera Ardila y Pedro Sánchez Barón);

d) Juez Primero Superior de Tunja (Nicasio Flórez Vargas).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Z., Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

ABANDONO DEL CARGO

Es la propia ley la que descarta la ausencia transitoria de la función como constitutiva de delito de Abandono del cargo previsto en el artículo 156 del C.P., siendo la separación total del cargo lo que caracteriza a este hecho punible.

Auto Unica Instancia. 3 de marzo de 1989. Cesa el procedimiento adelantado a la Doctora Rocío Ramírez Múnera - Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira. F.F. artículo 156 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Unica instancia número 235 contra Rocío Ramírez M. Delitos: Abandono del Cargo, Peculado y Falsedad).

Aprobada Acta número 08.

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Z.*

Bogotá, D. E., marzo tres (3) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Califícase el mérito del sumario seguido contra la Doctora Rocío Ramírez Múnera, a quien en calidad de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, a través de un escrito anónimo, se le acusa de hechos presumiblemente tipificadores de los delitos de Abandono del Cargo, Peculado y Falsedad Documental.

HECHOS:

Concedido permiso para no laborar entre los días 23 a 27 de septiembre de 1985 y licencia no remunerada, por 60 días, a partir del 1° del mes siguiente, se le imputa a esta funcionaria no haber concurrido al lugar de trabajo los días 21, 28 y 30 de septiembre del precitado año, a pesar de lo cual firmó la nómina y recibió el sueldo correspondiente a los días no laborados.

PETICIÓN DE LA DEFENSA:

Impetra el defensor el cese de todo procedimiento con base en los artículos 34 y 469 del C.P. por estar demostrado que la Doctora Rocío Ramírez Múnera, no ha incurrido en hecho punible alguno, ni objetiva ni subjetivamente.

Analiza las tres posibilidades delictivas que podrían imputarse a la Magistrada de conformidad con los hechos investigados, apoyándose en el criterio de doctrinantes nacionales, extranjeros y jurisprudencia de la Corte.

El Abandono del Cargo es atípico, por tratarse de un "abandono temporal" y no "definitivo del empleo"; esta conducta sólo puede constituir una falta disciplinaria, la cual ya fue decidida por la Corte imponiéndole a su representada multa equivalente a siete días de sueldo.

Además, al no haberse vulnerado o puesto en peligro concreto el bien jurídico de la Administración Pública y estar demostrado que la Magistrada no actuó con el propósito de "abandonar" el cargo, este delito tampoco es imputable, por ausencia de antijuridicidad material y de dolo.

Limitados los dineros indebidamente pagados a día y medio de sueldo, sábado 28 y lunes 30 de septiembre de 1985, ya que al no haberse probado lo contrario, impera credibilidad a su defendida en el sentido de que el viaje a Bogotá lo hizo en las horas de la noche del sábado 21, habiendo laborado ese medio día, el delito de Peculado no es atribuible a la Doctora Ramírez Múnera, por falta de dolo.

Al viajar a esta ciudad para luego dirigirse a España, la funcionaria dejó firmado el formato de la Nómina y el de la consignación que le entregó a su auxiliar, encontrándose en imposibilidad de saber qué suma de dinero le fue pagada en la segunda quincena de septiembre, lo cual significa que no conoció la antijuridicidad del comportamiento que se le imputa; de ahí que una vez se enteró del pago excesivo procedió a hacer la respectiva devolución ante la Tesorería General de la República Seccional de Pereira.

Debe tenerse en cuenta, además que la conducta es atípica frente al artículo 133 del C.P. porque la "funcionaria, no es, ni era, la encargada de administrar y custodiar los dineros pertenecientes a la retribución de los empleados judiciales. Por la misma razón resultaría inaplicable el artículo 137 del C.P. y por ausencia de dolo, es desechable el tipo número 135".

Respecto a la Falsedad Documental, afirma, el defensor, que "En el expediente no aparece resquicio probatorio en el sentido de que Rocío hubiera creado o alterado documento alguno, concretamente nóminas".

La nómina era confeccionada manualmente, razón por la cual la Doctora Ramírez Múnera firmó el "esqueleto" antes de ser elaborada, no siendo posible pensar en que intercaló su firma después de hecha, ya que para esa fecha "se hallaba fuera del país, como tampoco pudo hacerlo a su regreso, pues había sido imposible para Julio César Cardona, su auxiliar, consignar el cheque el 30 de septiembre en el Banco".

La falsedad documental no puede comprenderse sin una finalidad determinada, si se trate de documentos públicos, y en este caso "la lógica más sana" indica que la Magistrada no iba a falsificar las nóminas para apoderarse ilegalmente $9.640.00, es decir, el valor equivalente a día y medio de trabajo no realizado.

Relieva la defensa las capacidades de la procesada como funcionaria, su honestidad, el no tener asuntos por resolver, por estar "al día" cuando no acudió a su Despacho y no haber trauma o perjuicio alguno a la administración de justicia ni a particulares, tal como se probó en la investigación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. *Supuesto necesario.* Recibidas por esta Corporación, las fotocopias de la investigación disciplinaria seguida contra la Doctora Rocío Ramírez Múnera por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para que se decidiera sobre la posibilidad de iniciar sumario contra esta funcionaria para establecer si infringió la ley penal, se dispuso la práctica de algunas diligencias previas, de las cuales se concluyó la necesidad de recepcionar indagatoria a la Magistrada acusada para que explicara la conducta que anónimamente fue puesta de la Fiscalía Primera del Tribunal Superior de Pereira.

Con loable acuciosidad, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, atento a la instrucción del proceso impetró la práctica de todas aquellas pruebas que permitieran esclarecer no sólo el posible delito de Abandono del Cargo, sino también el de Peculado y Falsedad Documental, ya que éstos no eran descartables de ser investigados, si se tiene en cuenta que se pagó un sueldo no devengado y para ello se elaboró y firmó por parte de la funcionaria, la nómina que sirvió de medio para tal gestión.

Evacuadas estas pruebas, infortunadamente se desconoce el criterio del Representante del Ministerio Público respecto a sus iniciales inquietudes, pero aún en estas condiciones, estima la Sala que el proceso suministra los necesarios elementos de juicio para cesar el procedimiento por estos hechos.

2. *El Abandono del Cargo.* Fue la no asistencia de la Doctora Rocío Ramírez Múnera a su Despacho de Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, los días 21, 28 y 30 de septiembre de 1985, el hecho que motivó la inconformidad del anónimo informante, pues tenía conocimiento de que la funcionaria había viajado al exterior.

Admitido este cargo por la acusada, pero sólo para los días sábado 28 y lunes 30, ya que el 21 que también fue sábado, fue el día que viajó a Bogotá a eso de las diez de la noche, concluye que su ausencia sin autorización legal sólo es de día y medio.

Justifica su conducta por la necesidad de hacerse tratar de algunos síntomas cardíacos, para lo cual decidió concurrir a la Clínica Santa Fe de Bogotá donde laboraba una médica, prima de ella, al igual que en la ciudad española de Madrid.

Dirigida la investigación a establecer la realidad de estas afirmaciones justificativas, se estableció la inexistencia de archivos que acreditaran la consulta en la Clínica Santa Fe, por tratarse de una consulta personal con uno de los médicos de la

institución y en cuanto a los exámenes presuntamente practicados en el exterior, la procesada no suministró datos concretos por no recordar el centro médico donde fue tratada.

No desvirtuado en el proceso que la acusada viajó a Bogotá en las horas de la noche del día sábado 21 de septiembre de 1985, razón por la cual sólo faltó al trabajo en la mañana del 28, que también fue sábado, y el lunes 30 del mismo mes y año, como lo solicita el defensor, procede darle credibilidad a la funcionaria.

Establecido en la investigación que la Magistrada tenía permiso para no trabajar entre los días 23 a 27 de septiembre y licencia por 60 días a partir del 1° de octubre y reconocida la inasistencia al Despacho durante la mañana del sábado 28 y el lunes 30 de septiembre, obvio es colegir, que la funcionaria hizo coincidir el permiso y la licencia utilizando indebidamente el día y medio que no concurrió al Despacho, reintegrándose el 18 de octubre, es decir, antes de que se le venciera la licencia, la cual precluía el último día de ese mes.

En estas condiciones, resulta aislada la ausencia laboral que se le imputa a la funcionaria y es evidente la falta de propósito de querer separarse definitivamente del cargo de Magistrada por haber faltado día y medio al trabajo, pues el hecho de que la esporádica inasistencia al Despacho haya sido entre el permiso y la licencia, reasumiendo sus funciones días antes de vencerse esta última, no dejan duda al respecto.

Es, entonces, ajeno a la ley penal este comportamiento y carece de trascendencia el análisis de la prueba testimonial que corrobora su ausencia laboral, ya que *como lo admite la doctrina y la jurisprudencia, no toda inasistencia del empleado oficial a su lugar de trabajo en el que deba cumplir con sus funciones legalmente asignadas, constituye delito de Abandono del Cargo de que trata el artículo 156 del C.P. y de conformidad con el cual incurrió en interdicción de derechos y funciones públicas, el empleado oficial, que sin justa causa, "abandone su cargo".*

Como lo ha afirmado esta Corporación, para que se tipifique este hecho punible, "no basta quebrantar la debida concurrencia al despacho, sino que es menester, además, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar efectivamente el cargo sin esperar la posesión de la persona que deba reemplazarlo", pues, si un Juez se ausenta ilegalmente en algunas ocasiones de la sede del despacho, "tales ausencias no comportan el propósito de abandonarlo, pues la posterior reasunción de las funciones inherentes denotan todo lo contrario" (Auto de 25 de marzo de 1982, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero).

Para llegar a igual conclusión, el defensor acude a la doctrina argentina por considerar que la fuente de esta descripción típica se encuentra en el artículo 252 del C.P. de ese país.

Si bien el resultado interpretativo foráneo citado coincide con el que corresponde a nuestra normatividad, las razones para concluir que el "Abandono del Cargo" debe entenderse como el abandono total de la función no equiparable al desempeño descuidado del cargo, ni a la inasistencia sin formal licencia, ni a la aislada o esporádica ausencia laboral, son distintas.

Atribuir como modelo legislativo del artículo 156 del C.P. colombiano el artículo 252 del C.P. argentino, modificado por la Ley 21.338, cuando menos resulta dudoso; esta disposición sanciona con multa e inhabilitación especial, al funcionario público, "que sin habérsele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público" y agrava la pena al "que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados públicos"; entre tanto, la ley penal interna sanciona con interdicción de derechos y funciones públicas, "al empleado oficial, que sin justa causa, abandone su cargo", agravando la pena para aquellos casos en que el empleado oficial "ejerce autoridad o jurisdicción o es empleado de manejo".

La diferencia descriptiva de estos tipos penales en las dos legislaciones es ostensible, ya en cuanto se refiere a elementos normativos, como a la exigencia de la antijuridicidad material únicamente a título de daño, excluyendo la posibilidad del peligro concreto que puede considerarse en la ley colombiana a términos del artículo 4° del C.P.

Esta fuente extranjera quizá puede atribuirse al C.P. de 1936, hoy derogado por el vigente de 1980, el cual además, es el Estatuto Punitivo que se analiza en la obra de donde toma la cita y en cuyo artículo 178 se sancionaba con multa al "funcionario o empleado público que, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo", pero de la simple comparación de estas disposiciones, tampoco parece indiscutible tal conclusión.

El método comparativo extranjero, conocido como Derecho Penal Comparado, es en la actualidad reconocido como importante auxilio en punto de técnica legislativa para el proceso de elaboración de la ley y en el ámbito de la dogmática como elemento hermenéutico para lograr una mejor interpretación de las normas positivas.

No obstante en el caso concreto, el arduo e interesante análisis de la defensa para demostrar por esta vía el alcance teleológico del precitado artículo 156 del C.P. no resulta afortunado, toda vez, que para aplicar este procedimiento con el fin de obtener mayores elementos de juicio interpretativos, es requisito sine quanon, *que exista certeza sobre la fuente que sirvió de modelo al legislador para redactar la que es objeto de análisis.*

En este evento, además de que la indagación comparada no brinda esa certeza, la ausencia de total originalidad de la referida disposición del C.P. argentino obligaría acudir a una extensa cadena de fuentes extranjeras que sólo conduce a demostrar que predomina la utilización del verbo "abandonar" para describir la conducta, pero que en cada contexto normativo la prohibición toma diversas connotaciones por la inclusión de otros elementos.

En efecto, el artículo 252 del C.P. argentino, según afirma Soler, encuentra su origen en el Proyecto Tejedor que se elaboró entre 1865 y 1868, el cual a su turno, al decir que Fontan Balestra y Terán Lomas se basó en el Código Bávaro de 1813 redactado por Feuerbach su comentario oficial, en la legislación española que había regido en su país, en los Códigos Españoles de 1848 y 1850, los comentarios de Pacheco, en la doctrina francesa y en el Código Peruano de 1862.

Incluida esta disposición, con algunas modificaciones, en el Proyecto de 1891, en él se cita como fuente además del trabajo del Doctor Carlos Tejedor, el artículo 387 del

Código Español de 1870 y el 254 del Chileno vigente para esa época, coincidiendo casi textualmente con el artículo 376 del texto refundido del Código Español de 1973, de acuerdo con el cual comete delito de Abandono de Funciones Públicas, el "funcionario público que sin habérsele admitido la renuncia de su destino, la abandonare".

En la actualidad esta norma del país hispano ha sido adicionada por la Ley 20 de 1978, incluyendo el "daño en la cosa pública" como requisito para la estructuración del delito de Abandono de Funciones Públicas sin excluir aquellos casos en que no se ocasione este daño, evento en el cual se atenía la pena.

La expresa exigencia en el tipo del "daño del servicio público" en la legislación argentina a diferencia de la española y la igualdad con ésta, respecto al resto de la descripción de este delito, explica la admitida afirmación de la doctrina Argentina de que esta norma encontró como modelo el citado Proyecto Tejedor, además del Código Español de 1870 y el Chileno vigente en 1891, y ya se reseñó la multiplicidad de fuentes legales que le sirvieron de base al Doctor Carlos Tejedor para su proyecto de la década del sesenta del Siglo XIX.

Como se ve, precisar en un determinado modelo legislativo la fuente de disposiciones como la que se analiza resulta aventurado, pues por su pretérita consagración, son el resultado de complejas labores interpretativas que han ido evolucionando a través de los postulados demoliberales que sustentan esta rama del derecho, los distintos medios culturales, las necesidades y fines político-criminales de cada Estado, etc.

La transposición inmodificable de disposiciones extranjeras no siempre es lo que caracteriza la técnica legislativa actual, de ahí que las soluciones a los casos concretos no puedan ser universales y se torna necesario, cuando así se considere, ahondar en la comparación para obtener todos aquellos elementos de juicio que auxilien al intérprete a fijar el alcance teleológico de una determinada disposición, pero no como suele pensarse, ya que, como sucede en este caso, el ordenamiento jurídico interno puede establecer normativamente otras regulaciones que posibilitan otra vía de solución.

En nuestro caso, es la propia ley la que descarta la ausencia transitoria de la función como constitutiva de delito de Abandono del Cargo previsto en el artículo 156 del C.P., siendo la separación total del cargo lo que caracteriza a este hecho punible.

En efecto, el Decreto 0052 de enero 13 de 1987, por el cual se dictó el Estatuto de Carrera Judicial, en el literal h) del artículo 61, describe como falta disciplinaria contra la eficacia de la administración de justicia, el "dejar de asistir injustificadamente a la oficina o cerrarla sin motivo legal o limitar indebidamente las horas de trabajo o de despacho al público", o sea, que normativamente se diferencia entre el abandono y la transitoria inasistencia a la oficina, siendo el primero, delito y la segunda, falta disciplinaria.

Y se entiende por Abandono del Cargo, de conformidad con el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, cuando el empleado: 1. No asume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, o dentro de los treinta días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar. 2. Deja de concurrir al trabajo por tres días consecutivos. 3. No concurre al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata

el artículo 113 del presente Decreto, y 4. Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo, desde luego y de conformidad con las anteriores premisas, que el hecho no esté justificado y se demuestre el propósito de ausentarse definitivamente del empleo.

Al no concurrir ninguna de estas situaciones en la conducta de la Magistrada Rocío Ramírez Múnera y establecido que se trató de una ausencia temporal por día y medio, la cual ya sancionó disciplinariamente esta Corporación con multa equivalente a siete días de sueldo, resulta atípico el delito que se le imputa por este hecho.

3. *El peculado.* Probado que la funcionaria dejó firmado el formato de la nómina, antes de ser elaborada, al igual que la consignación en blanco para que su auxiliar judicial recibiera el cheque y lo depositara en el Banco respectivo, lo cual sucedió cuando ella se encontraba ausente, imperativo es deducir, como lo hace la defensa, que la acusada no conoció la suma que le fue pagada como sueldo por la segunda quincena de septiembre de 1985.

Enterada de que en la liquidación se le incluyó el día y medio no laborado, lo reintegró a la Tesorería General de la República, Seccional de Pereira, haciendo una consignación por el valor de dos días de trabajo.

Aun cuando podía haber la posibilidad probatoria que tienda a reforzar la hipótesis de que la Doctora Ramírez Múnera debió dejar la expresa manifestación a las personas autorizadas del pago para que se le descontara el día y medio no trabajado; la verdad es que tal como acaecieron los hechos sería hiperbólico imputar la conducta de Peculado a la Magistrada dentro de los presupuestos de la culpabilidad.

Son tan ingenuas las explicaciones de su conducta, que en ellas no se encuentra la voluntad de querer vulnerar el bien jurídico de la Administración Pública, pretender aprovecharse de una suma no significativa o pretender que otra persona lo hiciera; el reintegro del dinero tiempo antes de que el Procurador Delegado advirtiera sobre este hecho, la no negación del cargo y el dejar la prueba documental en la consignación sobre el dinero recibido, implican la ausencia de este elemento del delito.

4. *La falsedad documental.* Firmado el formato de la nómina antes de su elaboración y habiendo regresado al país una vez confeccionada, pues de lo contrario no hubiera sido posible el retiro del cheque por su auxiliar, desaparece la posibilidad de que la Magistrada acusada intercalara su firma después de hecha la liquidación, que interviniera en ese proceso o que recibiera el título valor conociendo la cantidad de dinero relacionado en la nómina.

En estas condiciones, únicamente le sería atribuible falta de previsión al no alertar por escrito a la persona encargada de realizar la nómina, en el sentido de que se le descontara el día y medio no trabajado, pero no falsedad, a título de dolo, material o ideológica, pues se careció de actualidad en el conocimiento de la antijuricidad.

5. *La cesación de procedimiento.* Aplicadas estas premisas a la decisión que se debe tomar en esta etapa del proceso, estima la Sala que procede dar aplicación al

artículo 34 del C. de P.P., decretando la cesación de procedimiento a favor de la funcionaria acusada.

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

RESUELVE:

Cesar procedimiento contra la Doctora Rocío Ramírez Múnera, Magistrada de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, por los cargos formulados en este proceso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COLISION DE COMPETENCIAS

El desacuerdo no puede presentarse entre jueces que no tengan competencia para "resolver mediante decisión motivada el conflicto entre el derecho punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado de conformidad con la norma penal".

Auto Colisión. 3 de marzo de 1989. Se declara inhibida para conocer del conflicto de competencias entre el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bolívar y el Comando del Departamento de Policía del Cauca. Artículo 95 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión de Competencias. Rdo. número 3651. Averiguación - Peculado).

Aprobada Acta número 08.

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Bogotá, D. E., marzo tres (3) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El señor Juez Superior de Bolívar, Departamento del Cauca por razones de seguridad, depositó en el Comando de la Policía de la misma ciudad, unas armas que formaban parte del inventario del Juzgado.

Tiempo después, cuando el Juez quiso recuperarlas, constató la falta de un revólver y una pistola presumiendo la existencia de un comportamiento punible, formuló la correspondiente denuncia.

La Juez Segunda Penal Municipal de Bolívar, quien adelantaba la investigación subsumió el comportamiento dentro del tipo penal del Peculado Culposo, al considerar que fue el Agente Almacenista de Armas del Puesto de Policía de Bolívar, quien permitió por negligencia o descuido el extravío de los bienes confiados a su cuidado. Acorde con este modo de pensar, remitió el sumario por competencia a la Justicia Castrense.

El Comando del Departamento de Policía del Cauca, actuando como Juez de primera instancia, si bien aceptó la existencia de un posible delito de peculado culposo, rechazó la competencia por considerar que se trataba de un delito común realizado por un agente de Policía en servicio activo, pero no por razón o por causa del servicio y devolvió el expediente a la Juez Municipal, funcionaria que aceptó la colisión de competencias negativa y remitió el expediente a la Corte para dirimir el conflicto.

SE CONSIDERA:

Resulta errado el trámite dado a este incidente por los funcionarios trabados en conflicto. *Este sólo puede suscitarse entre funcionarios con jurisdicción para conocer del proceso teniendo en cuenta la naturaleza del hecho y el factor territorial.*

El artículo 95 del C.P.P., establece que la colisión de competencia sólo puede suscitarse entre Jueces o Tribunales a quienes corresponda conocer o adelantar un proceso penal, comprendiendo en la segunda forma verbal a los Jueces de Instrucción Criminal, funcionario que de acuerdo con el nuevo estatuto procesal está facultado para calificar el mérito del sumario mediante la llamada resolución de acusación o cesación de procedimiento en los procesos de competencia de los Jueces Superiores o de Circuito. De ahí, que el desacuerdo no puede presentarse entre Jueces que no tengan competencia para "resolver mediante decisión motivada el conflicto entre el derecho punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado de conformidad con la norma penal" (Corte Suprema de Justicia, agosto 17/82) o en otras palabras, que carezcan de facultad falladora o calificadora (Jueces de Instrucción Criminal) en relación con el proceso sometido a su conocimiento.

En el caso que se examina, no se trata de un enfrentamiento entre jueces de esta naturaleza, sino entre un Juez Penal Militar que sí está facultado para conocer y fallar procesos de esta índole por hechos consumados por militares en servicio activo y en acto o en función del servicio y un Juez Penal Municipal que carece de competencia para calificar o fallar procesos por delitos contra la Administración Pública, de acuerdo con el artículo 72 del C. de P.P.

Esta Corporación entiende, que no se ha presentado en debida forma el conflicto que sólo podrá suscitarse en el caso sub examine, *entre la Justicia Castrense y los Jueces Ordinarios competentes para conocer del delito de Peculado; salvo, que se tratara de un delito contra el patrimonio económico de competencia por su cuantía de los Jueces Municipales, aspecto que no ha sido planteado hasta ahora en el sumario, ni puede determinarse dado lo deficiente de la investigación.*

Obró entonces, equivocadamente, el Comando de Policía al promover colisión de competencias al Juez Municipal, incompetente para conocer del delito de Peculado y erró el Juez Municipal al aceptar la colisión sin tener competencia para ello.

Se concluye en consecuencia, que no puede existir en este momento colisión de competencias, pues no se ha suscitado entre funcionarios que puedan entrar en conflicto.

Por estas razones, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, se declara inhibida para conocer de este incidente de conformidad con lo anotado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

DELITOS CONTRA LA AUTONOMIA PERSONAL

Es la tortura síquica la que describe la Ley en el artículo 279 del C.P., en oposición a la física.

Auto Colisión. 3 de marzo de 1989. Dirime colisión de competencias entre el Juzgado Primero de Orden Público de Medellín y el Juez Treinta y Dos de Instrucción Criminal de Itagüí. F.F. artículo 279 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión Competencias número 3.590. Contra: Albeiro NN. y Otro).

Aprobada Acta número 08.

Magistrado ponente: Doctor *Lisandro Martínez Z.*

Bogotá, D. E., marzo tres (3) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decídese la colisión de competencias negativa suscitada entre el Juez Primero de Orden Público de Medellín y el Juez Treinta y Dos de Instrucción Criminal de Itagüí, quienes se han declarado incompetentes para conocer de estas diligencias.

HECHOS:

Los hechos presuntamente delictivos se originaron en el cambio de unos cheques que le hizo el dueño o administrador del café "Tabaco Pérez" ubicado en Itagüí, de nombre Albeiro y cuyo apellido se desconoce, al quejoso William Alberto Giraldo Pérez, los cuales resultaron de "chequera robada".

Ante la negativa de Giraldo Pérez de cancelarle a Albeiro el dinero adeudado por la precitada negociación, el acreedor decidió hacerle reclamos verbales inicialmente, para luego amenazarlo hasta con arma de fuego para recuperar el dinero, conociéndose por terceras personas que "lo iba a matar" si no le pagaba.

Para esos días se hizo presente en los lugares donde frecuentaba Giraldo Pérez una persona que dijo pertenecer al F.2 con el fin de capturarlo, conducta ésta que califica de ilegal porque él no ha negado la deuda.

De la ampliación de la denuncia se colige, que Giraldo Pérez se encontraba privado de la libertad para la fecha en que se practicó esta diligencia, al parecer, por el cambio de los precitados cheques.

Estos hechos sucedieron entre los meses de agosto y septiembre de 1988.

Consideraciones de la Corte

1. *Criterio de los colisionantes:* La diferencia de criterio entre los colisionantes para abstenerse de conocer de estas diligencias radica en la adecuación típica de la conducta denunciada.

En lacónica decisión el Juez Primero de Orden Público, afirma que éstos se subsumen en la "tortura moral" que describe el artículo 279 del C.P. y no en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, por no estar demostrado el "fin terrorista general".

El Juez 32 de Instrucción Criminal, discrepa de este criterio, por cuanto "la conducta del sujeto activo de la infracción bien encuadra en el verbo rector cuando amenace, atemorice o cause alarma en una persona o familia", siendo el competente para conocer de estas diligencias el Juez de Orden Público, ya que el Decreto 180 y en numeral 2° del artículo 2° del Decreto 181 de 1988, no exige tal elemento subjetivo para atribuir la competencia de este delito a la jurisdicción especial.

La Tortura Moral: Apresurado y ajeno a las pruebas resulta afirmar que la conducta denunciada constituye "tortura moral", razón por la cual se adecua en el tipo penal descrito por el artículo 279 del C.P.

Esta disposición que carece de antecedentes en el C.P. de 1936 y en los proyectos reformatorios de 1974 y 1976, fue descrita delictivamente solo en el proyecto de 1978, "tal vez por tratarse de prácticas que son de reciente aparición en Colombia", como lo afirma algún doctrinante nacional, sin que en la exposición de motivos se adujera ninguna razón para instituirla como entidad autónoma.

Tampoco se dijo nada en la explicación con que se acompañó el proyecto, ni en la ponencia para primer debate, en el Senado. En la revisión de 1979, no se advirtió nada al respecto, pues apenas se planteó el tema como "una necesaria e importante invocación".

El texto del proyecto de 1978, pasó a la ley penal vigente sin ninguna modificación, como "un tipo nuevo" contra la autonomía personal, sancionando con pena privativa de la libertad a "El que someta a otro a tortura física o moral".

Suele atribuirse como justificación de política criminal para el establecimiento de esta norma, la concreción de una limitante al denominado "Terrorismo Estatal", pero lo cierto es que se trata de un tipo con sujeto activo común, siendo posible que la conducta prohibida sea ejecutada por alguna de las personas que ejercen funciones

públicas al tenor del artículo 63 del C.P. o por cualquier persona natural de 16 años de edad o más e imputable.

Este tipo de carácter subsidiario no precisa qué debe entenderse por "tortura física" o "tortura moral"; es, por ende, al Juez a quien le corresponde fijar el alcance y fin de la norma de conformidad con los principios hermenéuticos que regulan la dogmática penal.

Tortura, en la acepión que más se aproxima a la conducta prohibitiva que le interesa al derecho penal, significa "acción de atormentar", o sea, "causar dolor o molestia corporal", o lo que es igual "sensación molesta y aflictiva de una parte del cuerpo por causa interior o exterior".

Es, entonces, la acción física ejecutada contra la víctima para afligirla corporalmente el sentido que se deduce de la definición etimológica de este término, el cual coincide con el contenido material de la tortura física.

Al carecer la descripción típica del artículo 279 del C.P. de elementos normativos, jurídicos o extrajurídicos y subjetivos que modifiquen o le den otras connotaciones a esta clase de tortura, impera colegir, que el concepto jurídico de tortura física no se aleja del naturalístico.

Referida la tortura a la aflicción corporal, la etimología del vocablo y la acción que de ella se desprende, no permite hacerlo coincidir con la denominada por la ley tortura moral, lo cual significa que ésta debe precisarse por vía interpretativa superando el análisis gramatical en cuanto a que normativamente la tortura no solo puede ser física, sino también moral.

Esta clase tortura, quizá por este aparente escollo, suele confundirse con la física al equipararla con los efectos internos que todo mal material origina; de ahí que para diferenciarla y concretarla en su exacto contenido, se torna necesario clarificar estos dos aspectos, pues es incuestionable que la ley penal describe dos conductas diferentes.

Es claro que en determinados casos la víctima puede ser sometida a tortura física y moral, pero cuando ésta es independiente y utilizada como único procedimiento no es acertado atribuirla a aquellos eventos en los que por haber empleado "medios físicos refinados" no quedan huellas externamente visibles en la víctima de la tortura, ya que si el medio utilizado fue físico, es indudable que existe tortura física; cosa distinta es que no haya dejado rastros del mal trato en el cuerpo del sujeto pasivo, pero este hecho no elimina la realidad de la conducta ejecutada.

Igualmente, no se puede afirmar que la tortura siempre se relacione con el específico fin de "arrancarle una declaración" a otra persona, bien por empleados oficiales o por particulares; este procedimiento ya repudiado desde la época Beccaria al criticar antiguas prácticas judiciales, situación de la cual puede generar esta actual forma de pensar al interpretar la norma patria, no es aplicable necesariamente frente al precitado artículo 279 del C.P., toda vez, que esta disposición no lo exige.

El fin del victimario distinto al de deleitarse o complacerse con los padecimientos de otra persona es indiferente a la descripción típica y en determinados casos puede desplazar el comportamiento a otro tipo penal de mayor gravedad punitiva como

sucede en la actualidad con el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, cuando la "tortura física o psíquica se ejecuta en cumplimiento de fines terroristas" o como agravante específico del secuestro, según el numeral 2° del artículo 270 del C.P. o ser un acto de los denominados doctrinariamente copenados.

La tortura moral en nuestra normatividad punitiva es una conducta diferenciable de la tortura física en su ejecución y efectos producidos en la víctima, estas dos clases de torturas no pueden entenderse como si la una fuere complemento o consecuencia de la otra, pues el calificativo de moral que utiliza el legislador para describir esta clase de tortura no puede interpretarse en el intrincado campo de las disposiciones filosóficas que suscita este término aisladamente considerado.

Pues bien, este vocablo pues no resulta muy afortunado frente al conjunto de la descripción típica de la tortura por los disímiles y variados alcances que los filósofos le dan al "conjunto de facultades del espíritu", más aún al relacionar la moral con el derecho, del análisis sistemático de la prohibición, del bien jurídico tutelado, además de la propia naturaleza del derecho penal, se concluye que es la tortura síquica la que describe la ley en el precitado artículo 279 del C.P. en oposición a la física.

Así lo establece últimamente el legislador excepcional en el artículo 24 del Decreto 180 de 1988, al agravar la pena para "El que en cumplimiento de actividades terroristas, someta a otra persona a tortura física o síquica".

En estas condiciones, mientras en la tortura física el sometimiento de la víctima a la voluntad del victimario es consecuencia del dolor corporal que se le infringe, en la síquica la limitación de las capacidades determinativas del sujeto pasivo se logra mediante procedimientos que no afectan la materialidad del cuerpo humano, tales como las amenazas, pero en cualquiera de estas dos modalidades de tortura es imprescindibles el sometimiento de la víctima a la voluntad extraña; no hay tortura si el amenazado sigue gozando de sus capacidades determinativas.

3. *La amenaza con fines terroristas:* Como lo afirmó la Corte en auto de septiembre 15 de 1988, que equivocadamente cita el Juez Treinta y Dos de Instrucción Criminal de Itagüí para sustentar su criterio, las conductas descritas en los artículos 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 8°, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31 del Decreto 180 de 1988 exigen "la finalidad terrorista".

Y al analizar específicamente el artículo 26 de este Decreto, en posterior decisión, precisó, que "solo la amenaza revestida de los caracteres de seriedad, gravedad, transmitida por medio idóneo para difundidr el pensamiento y con capacidad suficiente para infundir pánico y zozobra, alterar la paz y tranquilidad de los ciudadanos, puede ser conducta subsumible en el tipo penal consagrado en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, teniendo en cuenta además las finalidades políticas y de orden público que sirvieron de fundamento para la expedición del citado Decreto" (Auto de diciembre 6 de 1988).

4. *El caso concreto:* Aplicadas estas premisas al caso concreto, estima la Corte que los hechos denunciados no constituyen tortura moral ni amenaza con fines terroristas, como lo afirman los Jueces colisionantes.

Del precario caudal probatorio se deduce, que el único delito que puede tomarse como premisa para efectos de determinar la competencia, es el de Ejercicio arbitrario de las propias razones del artículo 183 del C.P.

Efectivamente, se presenta aquí el fenómeno del concurso aparente de normas penales, el cual debe resolverse de acuerdo con el principio de la especialidad.

En este caso, la conducta a subsumir se adecua más al Ejercicio arbitrario de la propia razón que a ningún otro, ya que es un hecho indiscutido que el denunciado era titular de un derecho emanado de la existencia de títulos valores; pero en lugar de escoger la vía adecuada compareciendo ante las autoridades judiciales, decidió hacerse justicia por sus propios medios.

La doctrina ha plasmado esta problemática partiendo de la base que existen hechos que podrían estar comprendidos en varias descripciones legales.

Para estos supuestos, debe tenerse presente lo sintetizado por algún comentarista al definir el fenómeno del concurso aparente de leyes penales que es el que aquí surge.

Se da tal concurso "cuando un hecho determinado lógica o formalmente aparece contenido en varios tipos penales, pero su contenido de injusto es determinado completamente por uno de ellos" (Juan Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal Español. Ariel 1984, pág. 92).

5. *Conclusión:* Así las cosas, el competente para conocer de estas diligencias es el Juez Treinta y Dos de Instrucción Criminal de Itagüí, quien debe sin más dilaciones decidir sobre la apertura de investigación.

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

RESUELVE:

Dirimir la Colisión de Competencias trabada entre los Jueces Primero de Orden Público de Medellín y Treinta y Dos de Instrucción Criminal de Itagüí, asignando el conocimiento de estas diligencias al segundo.

Por vía informativa, envíese copia de esta decisión al Juez Primero de Orden Público de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

RESOLUCION DE ACUSACION. AUTO DE PROCEDER

Es de la estructura interna del proceso penal la importancia capital del denominado auto de proceder que en el sistema del Código de Procedimiento Penal anterior significaba, como lo significa hoy día la resolución de acusación, la concreción de los cargos que el Estado-Jurisdicción hace al procesado.

Sentencia Casación. 3 de marzo de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Jesús María Estrada Correa, por Infracción a la Ley 30 de 1986.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Casación número 3214. Contra: Jesús María Estrada).

Aprobada Acta número 07.

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Bogotá, D. E., marzo tres (3) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jesús María Estrada Correa quien fuera condenado por el Tribunal Superior de Bogotá a la pena de cuatro (4) años de prisión y multa equivalente a diez (10) salarios mínimos como autor responsable de infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

La demanda fue debidamente sustentada y el Ministerio Público emitió su concepto de rigor.

I. HECHOS:

Se procesó a Jesús María Estrada Correa por el porte de 114.7 gramos de cocaína.

II. Actuación procesal:

1. En el sumario se vinculó mediante indagatoria al procesado, se le dictó auto de detención y se realizó el pesaje del estupefaciente mediante diligencia judicial en la cual se constató que éste estaba contenido en dos bolsas, una de las cuales pesó 66.7 gramos y la otra 48 gramos.

2. En la calificación del mérito del sumario, el Juzgado 29 Penal del Circuito, convocó a juicio criminal al procesado Estrada Correa, como infractor de la Ley 30 de 1986. Ocurrió sí, que en la parte motiva del auto de proceder, el Juzgado en forma equivocada, ubicó el comportamiento de Estrada Correa, en la hipótesis delictiva del inciso 2° del artículo 33, pues sólo hizo referencia al contenido de la primera bolsa (66.7 gramos), olvidando señalar el contenido de la segunda bolsa (48 gramos), cantidad ésta que ubica el comportamiento de Estrada Correa en el inciso 1° del mismo artículo.

3. En la sentencia el Juez enmendó el asunto así: "Valga anotar, en este momento, que la conducta delictual atribuible al procesado Estrada Correa encaja dentro de lo normado por el artículo 33 inciso 1°, toda vez que la cocaína hallada en su residencia sobrepasó los 100 gramos. Por un error aritmético se dijo en el auto de proceder que el alucinógeno incautado ascendía tan sólo a 66.7 gramos, no habiendo incluido al hacer la correspondiente suma, el contenido del otro paquete que contenía 48 gramos. Si bien la norma infringida es la misma, vale decir el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, el hecho de que la sustancia incautada hubiera sobrepasado los 100 gramos, ello repercute en el aspecto punitivo esencialmente. Por tanto queda claro que el comportamiento delictual atribuido a Jesús María Estrada es el descrito en el artículo 33, inciso 1°, de la Ley 30 de 1986" (fls. 273, 274 cuaderno principal).

4. Sobre tales bases se produjo la sentencia referida.

III. La demanda de casación:

La demanda contempla un único cargo bajo el amparo de la causal 2ª de Casación conforme al Código de Procedimiento Penal anterior: "Cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder". Por lo cual pide a la Corte que case la sentencia, revoque la decisión impugnada y proceda a dictar el fallo con ajuste al auto de proceder y al artículo 33 inciso 2° de la Ley 30 de 1986.

IV. Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, pide a la Corte Suprema de Justicia no casar el fallo impugnado porque: "No habiéndose variado la calificación genérica de la infracción por la cual se le llamó a juicio, ya que en ésta se dijo claramente que se había violado la Ley 30 de 1986, o sea el Estatuto de Estupefacientes y dando aplicación el Juez al Inciso 1° del artículo 33 del citado estatuto, no observa este Ministerio Público incongruencia entre la sentencia y el auto de proceder" (fl. 24 cuaderno de la Corte).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El motivo de casación invocado apunta a la protección de la estructura interna del proceso penal, que se traduce en la coherencia necesaria entre el auto de proceder y la sentencia.

Ello resalta en primer término, la importancia capital del denominado auto de proceder que en el sistema del Código de Procedimiento Penal anterior, significaba como lo significa hoy día la resolución de acusación la concreción de los cargos que el Estado-Jurisdicción hace al procesado. Sobre el particular ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en torno a la necesidad de precisar con claridad y nitidez el cargo o los cargos que se le formulan al sujeto imputado y que salvo variaciones constatadas en la etapa probatoria del juicio o en el debate público deben entenderse inmutables.

En ese sentido, no comparte la Sala el criterio esbozado por el señor Procurador, cuando hace consistir la consonancia de la sentencia con el auto de proceder sólo en su parte resolutiva; pretendiendo ignorar el contenido de las motivaciones. Para la Sala el auto de proceder es un todo dinámico y coherente en sus partes motiva y resolutiva y la consonancia de la sentencia con él debe establecerse en su integridad; así por ejemplo, si en la sentencia judicial se carga al procesado una agravación específica de su comportamiento sin que ésta haya sido deducida en la motivación de llamamiento a juicio, ni establecida probatoriamente en la causa, es lógico concluir que no existe consonancia entre ésta y aquél, así permanezca incólume la generalidad del cargo hecho en la parte resolutiva.

Sin embargo, en el caso cuya resolución ocupa a la Sala debe convenirse que no le asiste razón al censor, por cuanto si bien es cierto que el Juzgado incurrió en el error de omitir una de las bolsas de cocaína, debe recordarse que el Tribunal al desatar la apelación del auto de proceder enmendó con total claridad el asunto al afirmar: "Al realizar la correspondiente diligencia de Inspección Judicial, pesaje y toma de muestras en relación con la sustancia decomisada, se estableció que el peso neto del contenido de las dos bolsas era de 670.000 y 1.603,7 gramos. Y el contenido de "color beige" de otras bolsas pesó 66,7 gramos y 48,00 grms. El Instituto de Medicina Legal conceptuó que sólo la sustancia de las dos últimas bolsas era elemento compuesto a base de cocaína".

Es entonces claro que el Tribunal precisó la cantidad de cocaína por cuyo porte se llamaba a juicio al procesado, sin que pueda afirmarse que no existía correspondencia entre éste y la sentencia.

El cargo entonces siempre fue el mismo, no se cambiaron las reglas del juego y no fue rota la consonancia entre el auto de proceder y la sentencia.

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,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

VEREDICTO

Si la alternativa favorable fuera la interpretación válida de un veredicto, se empezaría por buscar no lo que el jurado quiso manifestar, el verdadero espíritu y fin de su respuesta, sino por vislumbrar el tratamiento más compasivo, con lo cual se conseguiría no su verdadero y legítimo alcance sino su más clemente y piadosa valoración.

Sentencia Casación. 3 de marzo de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Luis Javier Maldonado, por el delito de Homicidio. F.F. artículo 531 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. 3156 - Casación. Luis Javier Maldonado).

Aprobada Acta número 07.

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Bogotá, D. E., marzo tres (3) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por el delito de "homicidio preterintencional" en la persona de Heriberto Maldonado, impuso a Luis Javier Maldonado, ocho (8) años, tres (3) meses de prisión, así como las accesorias pertinentes.

La impugnación fue admitida por auto de treinta de agosto, y, la respectiva demanda, por proveído del catorce de diciembre del citado año.

HECHOS:

Así se relacionan en el fallo de segunda instancia:

"... En las primeras horas de la noche del domingo 17 de noviembre de 1985, en un establecimiento cantinero llamado "Lejos del Nido" situado en la vereda El Chuscal, territorio municipal de El Retiro, el sujeto Walter de Jesús Usma Maldonado propició un serio incidente: desafió en primera instancia a Gonzalo de Jesús Buriticá, quien no respondió y abandonó el sitio; seguidamente agredió, sin motivo, a Joaquín Pablo Arias Jaramillo, por lo cual el dueño del negocio, Guillermo Maldonado Cardona, le llamó la atención, lo cual justificó en Walter un ataque en su contra hiriéndolo con arma cortante en distintas partes del cuerpo, agresión que precipitó la intervención de Heriberto Maldonado, hermano del cantinero, quien castigó fuertemente al agresor obligándolo a salir del establecimiento.

"Pero no paró ahí el episodio: poco después Walter de Jesús regresó con varios hombres y mujeres, incluso éstas provistas de objetos contundentes, mientras él llevaba varilla de hierro y arma blanca; entre sus acompañantes figuraba Luis Javier Maldonado su cuñado, quien llevaba consigo una escopeta y el cual astutamente, se quedó a alguna distancia del estadero, que había sido evacuado; desde allí presenció cómo Heriberto Maldonado Cardona salió con un palo y se enfrentó a Walter, contingencia que Luis Javier aprovechó para hacerle un disparo con su escopeta, el cual hizo blanco en la cabeza de aquél, lado derecho, produciendo incluso desplazamiento de la masa encefálica y causando su muerte instantes después...".

ACTUACIÓN PROCESAL:

La determina del siguiente modo el Procurador 1° Delegado en lo Penal:

"... *Concluido el ciclo investigativo y calificado el mérito sumarial, Luis Javier Maldonado fue llamado a juicio por homicidio agravado. Vino la audiencia pública con la intervención del jurado de conciencia, al cual se sometió cuestionario correctamente elaborado y en consonancia con el auto encausatorio. El Fiscal pidió condena conforme al pliego de cargos, mientras que la defensa planteó al* Iuri *tres posiciones: legítima defensa de un tercero, homicido preterintencional y homicidio culposo. Respecto de la última modalidad el defensor leyó el artículo que la contempla y explicó el alcance de la figura delictiva. El jurado se pronunció así: "Sí, pero sin intención de matar". Tanto el* a quo *como el* ad quem *acogieron la veredicción bajo la interpretación... de que aludía al homicidio preterintencional y en consecuencia con ello profirieron los fallos condenatorios en cuestión...*".

LA DEMANDA:

Se acude al numeral 2° del artículo 580 del C. de P.P. de 1971, y a su amparo se formula un único cargo, vale decir, que la sentencia fue proferida en desacuerdo con el veredicto emitido por el jurado de conciencia.

Sobre el particular se expone:

"... El veredicto del jurado, como quedó dicho, fue: Sí, pero sin intención de matar. El Juzgado y con él, el Tribunal, considera que el presente es un veredicto afirmativo de responsabilidad preterintencional; pero la defensa tiene por cierto –por razones de lógica semántica y aún más allá, por especificantes del caso concreto y la

lógica favorable del juzgamiento– que la única inteligencia o interpretación apropiada de la veredicción es la afirmativa de responsabilidad culposa.

"Veamos en despacio el asunto:

"El cuerpo del veredicto está conformado por dos partes, el Sí (afirmativo de responsabilidad) y el agregado: Pero sin intención de matar (especificante de la responsabilidad).

"La primera parte del veredicto es indiscutible y no merece comentario.

"Otra cosa es el agregado, porque las formas de responsabilidad desde el punto de vista de la culpabilidad, son:

"a) Homicidio (intencional). Hay intención de matar;

b) Homicidio preterintencional. Hay intención de lesionar. No hay intención de matar;

c) Homicidio culposo. No hay intención de lesionar. No hay intención de matar.

"El agregado Pero sin intención de matar excluye abiertamente la forma del literal a) y deja abiertas alternativas como la b) y la c); puesto que en las dos es común la ausencia de la intención de matar. Presentándose esta situación es menester entrar a dilucidarla. En verdad, es por ello que no entiendo por qué el tribunal encuentra la situación clara e inequívoca.

"La favorabilidad, como principio que debe regir en todo su vigor, da origen a una lógica de Juzgamiento. La ausencia de elementos de interpretación se resuelve por la opción c) que es más favorable para el procesado.

"Como culminación de un debate que es, el veredicto debe ser interpretado acudiendo al análisis de la acusación y la defensa. Este es un factor esencial y primordial, máxime a la luz del artículo 519 de la codificación procesal penal anterior (que rige el caso), cuyo texto, sentido y filosofía difiere notablemente del artículo 533 de la codificación actual. El expediente es conocido por el jurado a través del debate de las partes y producto de la reflexión sobre ese conocimiento es la decisión que adopta; por eso a la luz de las normas que rigen el caso, es criterio interpretativo fundamental en mayor grado, lo alegado por las partes (los hechos del expediente desde la óptica de la defensa y la acusación) que el expediente en sí (que en último término son los hechos del expediente desde la óptica del juez) entre otras cosas porque se trata de la interpretación del juez del hecho y no de la del juez de derecho.

"Acogido ese factor interpretativo es indudable que debe acogerse la opción c), Homicidio culposo; con base en que la acusación centró su fuerza en una apreciación fáctica que el jurado no compartió. Esa visión fáctica (la de la acusación) es la que acoge el tribunal y por ello no es de extrañar sus conclusiones (fl. 321): "... Luis Javier Maldonado su cuñado, quien llevaba consigo una escopeta y el cual *astutamente* (subraya mía) se quedó a alguna distancia del estadero, que había sido evacuado; desde ahí presenció cómo Heriberto Maldonado Cardona salió con un palo y

enfrentó a Walter, contingencia que Luis Javier *aprovechó* (subraya mía) para hacerle un disparo con su escopeta...". Vemos que dentro de este contexto no es apropiado predicar la ausencia de intención de matar y además se correspondería con la agravante deducida: Aprovechamiento de la situación de indefensión. Esta exige de todos modos en el victimario un grado de ponderación. El agente no coloca a la víctima en condición de indefensión; pero sí cuando menos debe conocer la existencia de ese estado, ponderarlo como tal y sacar provecho de ello.

"La defensa, por su parte, centró su posición, en otra visión fáctica: El procesado llega al lugar de los acontecimientos cuando su cuñado ya está en medio de la nueva gresca enfrentando a alguien armado de garrote, hay voces que urgen su ayuda, dispara en el mismo instante de su llegada. En tales circunstancias no es posible afirmar la intención de matar y mucho menos aprovechamiento de condición alguna.

"Es de concluir que entre las dos visiones fácticas enfrentadas, no se acogió la de la acusación y que en cierta forma prosperó más la de la defensa (específicamente la que atacaba la dolosidad y ponderación que se le atribuía al procesado).

"En la motivación de la apelación, se hizo relación a la incompatibilidad entre la ausencia de intención de matar y el aprovechamiento de la condición de indefensión de la víctima, aunque no en abstracto, sino referido al caso concreto, porque lo que importaba destacar es que si se trata de una reacción imponderada, no podía hablarse de aprovechamiento de condición alguna. Ese reparo se formuló así: "... Y es evidente que en la defensa enfocó el ataque de la acusación en el plano de la culpabilidad, alegando la inmediatez de la reacción del acusado, lo que lo alejaba de una ponderación intencional de su acción y en consecuencia mal se puede pensar dentro de la lógica que colocara a la víctima en situación de indefensión o se valiera de ella".

"La razón que tiene el tribunal para optar por la alternativa que denominé b) es el estudio, a su criterio, de los hechos, asunto que no voy a discutir porque veo ajeno al cargo las apreciaciones que sobre el fondo del asunto haga el juez de derecho; pero a todas luces es desproporcionada la opinión que sostiene que el afirmativo de responsabilidad culposa sería contraevidente...".

Esto le lleva a deprecar que se dicte un fallo de reemplazo que imponga una condena por delito culposo de homicidio.

Opinión de la delegada

Está en un todo conforme con las apreciaciones del demandante y encuentra sus razones ajustadas "a la verdad procesal y jurídica. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido pregonando, de tiempo atrás, que en casos como el que nos ocupa debe recurrirse a la interpretación de la veredicción que más favorable resulte al procesado y menos dispendiosa para el proceso, en cuanto a evitar declaratorias de anulación del veredicto y de la audiencia de juzgamiento, lo cual contraría el principio de la economía procesal, máxime en considerándose los escollos que en la práctica surgen para la realización de tales actos procesales.

"Así vemos cómo en un caso similar la Honorable Corte, en fallo de julio 9/85 con ponencia del ilustre Magistrado Doctor Fabio Calderón Botero (q.e.p.d.), se pronunció así:

"... En un caso de homicidio intencional, se "respondió: 'Sí es responsable pero sin intención, ni propósito' ". Si se niega la intención, no puede hablarse de ilicitud dolosa o preterintencional, sino de culpa.

"La censura ha debido realizarse no mediante la causal 4ª, sino de la 2ª del artículo 580 C. P.P... Este veredicto *'per se'* no es anfibológico, puesto que es inteligible... La Corte (no) puede ejercer una labor correctora del desatino porque el veredicto no es inexistente, la contraevidencia no es de su incumbencia...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sea lo primero señalar la improcedencia, como regla de definición en este caso, de la doctrina que la Delegada se permite citar y de la cual fuera ponente el M. Fabio Calderón Botero (julio 9/85). A este respecto, y sin entrar en una revaloración de ese pronunciamiento, tiene que afirmarse categóricamente que la respuesta del jurado que interpretó esa decisión, no es la misma de la que ahora enfrenta la Sala. Se ha querido, pues, identificar las veredicciones, cuando lo cierto y palmar es que responden a un contenido y significación muy diferentes. No es lo mismo afirmar la responsabilidad con el agregado de "sin intención, ni propósito", que establecer la responsabilidad "pero sin intención de matar". Claro, porque en la primera de las hipótesis se ha excluido todo propósito, toda intención, lo cual cobija tanto el ánimo de matar como el de lesionar. En aquélla, eliminada toda alternativa relacionada con el dolo, sólo quedaría como forma de la culpabilidad, el fenómeno culposo y de ahí, entonces, el reconocimiento que al respecto hiciera la Corte en la citada sentencia. Pero cuando únicamente se desaloja la "intención de matar", es factible aludir al propósito de lesionar, posibilitándose, en la labor de interpretación del veredicto, la aceptación del homicidio ultra-intencional (la muerte, como resultado directo del lesionamiento producido, sobrepasa el ánimo de herir, reducido éste a un propósito de atentar no contra la vida sino contra la integridad personal).

Se trata ahora de definir si el lesionamiento se produjo como efecto de dolus vulnerandi *o como consecuencia de un obrar culposo. Estos extremos, entre los cuales se halla la solución, aparecen tan pertinentes que el propio memorialista así lo señala, aunque toma definitivo partido por la segunda de las dos indicadas opciones.*

El censor, a este fin, empieza por acogerse al criterio de favorabilidad, ya que la conducta culposa comporta una menor sanción. Esta tesis, ciertamente, no resulta admisible.

Y no lo es porque si la alternativa favorable fuera la interpretación válida de un veredicto, se empezaría no por buscar lo que el jurado quiso manifestar, el verdadero espíritu y fin de su respuesta, sino por vislumbrar el tratamiento más compasivo, con lo cual se conseguiría no su verdadero y legítimo alcance sino su más clemente y piadosa valoración. En estos afanes interpretativos no es extraño que el efecto más riguroso devenga en la valoración más exacta y acertada. Lo que se trata, en síntesis, es de encontrar el verdadero y cabal sentido de la veredicción, así la conclusión se caracterice

de odiosa o restrictiva. La pauta que recomienda el casacionista suele tener vigencia, por mandato del constituyente, en la valoración de las leyes especialmente cuando se presenta el evento de sucesión de las mismas, todas las cuales parecen llamadas a regular una determinada situación. Cuando se asume una posición intransigente de favorabilidad, se renuncia ya de entrada a la posibilidad de encontrar la interpretación cierta y justa que cobije por igual las partes que controvierten sus derechos.

El recurrente, con más acertado enfoque, también recomienda que se acuda "al análisis de la acusación y la defensa". En este ámbito es donde debe centrarse en forma fundamental la cuestión. Y, en situación tal debe decirse que el Tribunal ha sabido ejercer su función jurisdicente.

El memorialista, con más apego a su posición de defensor que a la de neutral observador de las probanzas, advierte en el comportamiento del sentenciado una posición tan privilegiada que de ser cierta, o acomodarse relativamente a la verdad establecida en autos, no sólo daría margen para un obrar culposo sino para algo más profundo: una legítima defensa de terceros.

De ahí que convenga repetir su reflexión en cuanto a la forma como actuó su mandante: "... El procesado llega al lugar de los acontecimientos cuando su cuñado ya está en medio de la nueva gresca, enfrentado a alguien armado de garrote, hay voces que urgen su ayuda, dispara en el mismo instante de su llegada. En tales circunstancias no es posible afirmar la intención de matar y mucho menos aprovechamiento de condición alguna.

"Es de concluir que entre las dos visiones fácticas enfrentadas, no se acogió la de la acusación y que en cierta forma prosperó más la de la defensa (específicamente la que atacaba la dolosidad y ponderación que se le atribuía al procesado)...".

El Tribunal, por su parte, advierte: "... La actuación cumplida por el encausado, no fue el resultado del error, la imprudencia, la temeridad, la imprevisión, sino la consecuencia de un procedimiento voluntario, idóneamente amparado, pues nótese que Luis Javier estaba en su residencia y de allí, tal vez sugestionado por Walter de Jesús, se vino en compañía de éste hacia la cantina, sin tener absolutamente nada que ver con lo que allí ocurría; es más, exalta su ánimo belicoso el hecho de haberse aprovisionado de un arma de fuego idónea y su personal proclamación de satisfacción, como la de sus acompañantes, una vez ocasionado el desenlace fatal. Consúltese al efecto testimonios importantes como los de Guillermo Maldonado (fls. 3,31), Juan Pablo Arias (fl. 25), Luis Eduardo Mejía Valderrama (fl. 35), Iván Guillermo Maldonado (fl. 31), Luis Alberto Osorio Ríos (fl. 38), María Nubia Román a fl. 55 entre otros.

"Otra cosa es que el precepto legal de la preterintención resulte de recibo para la consideración del fallo, en virtud de factores de orden externo que también alude el distinguido colaborador fiscal: haber sido introducido el justiciable en el desarrollo de marras, no por iniciativa personal sino a instancias del belicoso y peligroso familiar suyo (Walter de Jesús Usma), haberse efectuado el disparo a la distancia que determinó la encuesta y el mismo factor de nocturnidad en la que se consumó el suceso...".

Y a decir verdad, el Tribunal fue bastante considerado en atemperar las características de la conducta de *Luis Javier Maldonado,* pues no puede perderse de vista que quienes intervinieron contra su pendenciero cuñado, en la cantina administrada por Luis Alberto Osorio Ríos, no esgrimieron arma alguna. Walter de Jesús Usma, por el contrario, esgrimió primero una navaja con la cual lesionó a Guillermo Maldonado, siendo merecidamente castigado por los puños del hermano de éste (el occiso); luego lo agredió con una peinilla, en desigual enfrentamiento pues Heriberto Maldonado respondió con un palo, oportunidad que Luis Javier Maldonado aprovechó para dispararle su escopeta. De otro lado el regreso de Walter de Jesús, a todas luces innecesario, se hizo en asocio de variada compañía (Bernarda, Adela, Marina Maldonado, Fabio Buriticá, etc.), todos decididos en el ánimo y con eficaces medios de lucha. De manera, pues, que este volver al sitio de la contienda y sus consecuencias, no es dable explicarlo como hecho culposo sino como inspirado por una intención que, por lo bajo, se concretaba en una tarea de lesionar. Pero, además, el propio Luis Javier Maldonado lanzó expresiones de desafío, las cuales repitió cuando ya había accionado por vez primera su escopeta. Esta situación, así como la clase de arma que empleara, el lugar escogido para el lesionamiento, están indicando a las claras un ánimo que el jurado, magnánimamente, reconoció como ajeno al propósito de matar, pero de inspiración dolosa, sin que sea posible transmutarlo en actuación culposa. De haberse llegado a una explícita respuesta en este sentido, o a una deducción de esta índole, habría sido necesario por la naturaleza de las probanzas, declarar la contraevidencia del veredicto, como plausiblemente lo aseveró el juzgador de la segunda instancia, así la valoración la repudie el censor.

También conviene, para conformar este cuadro adverso a la pretensión comentada, recordar el testimonio de Guillermo Maldonado C. (hermano del occiso y primo hermano del procesado) sobre la personalidad de *Luis Javier Maldonado,* al cual presenta como de mala conducta, que "ha lesionado a gente, ha estado sindicado de lesiones y hurtos. Muy mala gente que es".

No sobra agregar que cuando se ha formulado un cuestionario por homicidio intencional agravado, una respuesta que sólo despeje la intención de matar, no implica la del ánimo de lesionar. En circunstancias tales, para desechar la agravación o el propósito de matar o de lesionar, es imprescindible que así, con toda singularización, se diga por el jurado.

La previsiva forma como se redactó el veredicto, que conjugó tanto la *intención* de lesionar como el *propósito* de matar, permite refutar definitivamente las apreciaciones del casacionista ya que si bien el jurado eliminó el segundo aspecto dejó subsistente el primero, el que no puede corresponder a un fenómeno culposo sino al elemento intencional, claro fundamentado de la preterintencionalidad deducida por el Tribunal.

Conviene a este respecto, recordar el contenido integral de la cuestión propuesta al jurado: "El procesado Luis Javier Maldonado, es responsable penalmente de haber lesionado Intencionalmente y con propósito de matar, utilizando arma de fuego (escopeta) a Heriberto Maldonado Cardona, habiendo obrado aquél colocando a la víctima en condiciones de indefensión y a consecuencia natural y directa de lo cual ésta dejó de existir. Los hechos se cumplieron así: El lesionamiento el día 17 de

noviembre de 1985, en las primeras horas de la noche, en los alrededores del Estadero "Lejos del Nido" de la vereda "El Chuscal" en el Municipio de El Retiro (Antioquia), y la muerte instantes después, en el mismo lugar".

Integrándose la respuesta del *iuri*, se tendría que el procesado Luis Javier Maldonado, sí es responsable penalmente de haber lesionado intencionalmente... utilizando arma de fuego, etc. (fl. 293). Los suspensivos sustituyen la parte que la contestación dada suprimió, esto es, *"y con propósito de matar"*, demostrándose así fehacientemente la pervivencia de la intencionalidad de la conducta, ajena por completo a un obrar por culpa.

Además, el acta de audiencia (fl. 290) atesta que la defensa también trajo a colación la preterintencionalidad y que la hipótesis de la culpa (fl. 292) fue recomendada en forma concreta, de donde su desechamiento contribuye a consolidar la tesis de la intención de herir, fundamento del homicidio ultraintencional, verdadera significación del veredicto comentado.

El censor no ha logrado convencer del desacuerdo de la sentencia con el veredicto, ni ha podido infirmar las lógicas y admisibles razones del Tribunal para sustentar su fallo de condena en la forma como lo ha hecho.

Esto lleva a desestimar 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 impugnado, ya mencionado en su fecha origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

DOLO

El dolo implica, como expresamente lo establece el artículo 36 del Código Penal, el conocimiento de que se está realizando un hecho punible, independientemente que se proponga causar perjuicio a otra persona con dicho comportamiento ilícito.

Auto Segunda Instancia. 7 de marzo de 1989. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual ordenó cesar el procedimiento adelantado contra la Doctora Luz Mary Montoya ex Juez Promiscuo Municipal de Yalí, en su lugar emite resolución acusatoria, por el delito de Falsedad en Documentos. F.F. artículo 36 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3229. Segunda Instancia. Luz Mary Montoya).

Aprobada Acta número 06.

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Bogotá, D. E., marzo siete (7) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Por consulta, conoce la Corte del proveído del 8 de agosto de 1988, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín ordena la cesación de procedimiento en el presente proceso, adelantado contra la ex Juez Promiscuo Municipal de Yalí, Doctora Luz Mary Montoya, por el delito de falsedad en documento público.

Hechos motivo de la investigación

Habiendo salido en uso de permiso remunerado por los días 26, 27 y 31 de diciembre de 1986 la doctora Luz Mary Montoya, quien para esa época y hasta abril de 1987 se desempeñaba como titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Yalí, prolongó su ausencia hasta el día cinco de enero del último año anotado, no obstante lo cual suscribió a su regreso, como si las hubiera practicado de acuerdo con el ordenamiento legal, las actas de indagatoria de Ana Isabel Acevedo y John Mario Ortiz, y la de ratificación del informe policial del hecho que a éstos se les atribuía y

que era el homicidio de José Alberto Gómez. También firmó el auto cabeza de proceso que daba inicio a la investigación, documentos a los cuales, exceptuando el informe policial al que se le colocó como fecha el 4 de enero, se les anotó como día de su levantamiento el día cinco (5), situación que motivó que el apoderado del sindicado Ortiz deprecara la nulidad de lo actuado –a pesar de haber presenciado las irregulares injuradas–, descontento por la decisión mediante la cual se resolvió a su cliente la situación jurídica, lo que a la postre, conocido por el Tribunal Superior del Distrito a través del proceso por homicidio, dio pie a esta investigación (fls. 1 a 26 y 319-324 C. de P.P.).

EL RECAUDO PROBATORIO Y LAS EXPLICACIONES DE LA SINDICADA

1. La Doctora Montoya fue nombrada por acuerdo del 29 de agosto de 1985 Juez Promiscuo Municipal de Yalí para el período 1985-1987, tomó posesión del cargo el 12 de septiembre de aquel año, y como lo refleja el sumario, para la época de los hechos se hallaba en el desempeño de sus funciones (fls. 35v, 78).

2. El permiso remunerado otorgado a la funcionaria por la Alcaldía de Yalí no se extendió a los días 31 de diciembre de 1986, ni 1, 2, 3 y 5 de enero de 1987 (fls. 136-119).

3. Su regreso al sitio de ejercicio del cargo acaeció el día 5 de enero en horas de la tarde (fls. 116, 53, 54), pero ya para entonces se habían recibido las declaraciones injuradas a los acusados del homicidio de José Alberto Gómez (fls. 53 y ss. 134, 136, 81 y ss, 41 y ss, 96 y ss) y la ratificación del informe policial.

4. Pese a su no autorizada ausencia, según certificación de la Recaudadora de Impuestos Nacionales de Yalí, le fue pagado completo el mes de enero de 1987 (fl. 358). A este respecto se ordenó por el Tribunal de origen la reapertura de la investigación.

5. Las explicaciones de la juez acusada se centraron en tratar de justificar su no concurrencia al despacho en los días hábiles que subsiguieron a los del permiso y en la no oportuna llegada a tomar las indagatorias. Adujo serios problemas familiares por quebrantos de salud de su progenitor y de un hijo suyo (de ella) en cuanto al primer aspecto, y la imposibilidad de transportarse por no conseguir en el menor tiempo posible pasaje respecto al segundo.

En cuanto a la firma suya en las actas de indagatoria, admitió haberla estampado *a posteriori* en las diligencias respectivas y debido a que a las mismas había concurrido el abogado de los sindicados sin objetar el procedimiento, y a que desde el día dos (2) telefónicamente le había suministrado a su Secretario Hernán Darío Rodas las indicaciones necesarias para comenzar con el encabezamiento las dichas diligencias mientras ella llegaba (fls. 53 y ss, 243 y ss.) pero afirmó que la diligencia de ratificación del informe policial sí fue recibida por ella con posterioridad a las aludidas indagatorias a pesar del error de fecha consistente en haberle anotado el día 4 que fue domingo. En la duda que plantea sobre este hecho la respaldan los empleados del Juzgado, Hernán Darío Rodas y María Fanny Ruiz –quien habría sido la encargada de recibirla–, en contra del dicho del abogado Monsalve y del policial deponente, Luis Ancízar Valencia.

LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES Y LA PROVIDENCIA EN CONSULTA

Clausurada la fase sumarial de la investigación, el defensor de la funcionaria sindicada impetró la cesación de procedimiento en su favor con el argumento de que su obrar careció del elemento subjetivo que caracteriza el delito de falsedad documental por cuanto actuó de buena fe, y no puede endilgársele una acusación a título de responsabilidad meramente objetiva. Sin embargo, a renglón seguido afirma que "ella participó intelectualmente en las indagatorias" y que por tanto no faltó a la verdad, pues "sus interrogatorios fueron hechos a través de su señor Secretario ya aleccionado e instruido por ella personalmente" (fls. 369 y ss.).

De su parte el señor Procurador Segundo Delegado Penal apartándose de la decisión en consulta demanda su revocación para que en su lugar se profiera resolución acusatoria. Funda su apreciación en la indelegabilidad de la facultad del juez de interrogar al indagado y de juramentar al apoderado según los artículos 402 y 118 del Código de Procedimiento Penal, y en el artículo 159 *ibidem* que otorga presunción de existencia a las diligiencias de las cuales se extiende copia.

Con juicioso salvamento de voto de uno de los Magistrados que integran la Sala a la cual correspondió expedir el auto en consulta, la Sala mayoritaria optó por declarar que hubo ausencia de culpabilidad dolosa en la conducta de la acusada y ordenó la cesación del procedimiento, atendiendo así el lacónico concepto de su colaborador Fiscal (fls. 377 y ss.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Hasta el momento aparece claramente establecido que la Doctora* Luz Mary Montoya Arias *suscribió las actas correspondientes a las indagatorias rendidas por los señores* Ana Isabel Acevedo Pérez y John Mario Ortiz Moreno, *en el proceso por el homicidio* de José Alberto Gómez, *sin haber estado presente en las diligencias respectivas, situación anómala frente a la cual la abundante prueba recopilada ofrece base suficiente para formular resolución acusatoria, en el caso que se establezcan los otros requisitos señalados para el efecto por la ley procesal, tal como lo sugiere el Ministerio Público ante esta Sala y en desacuerdo con lo decidido en el auto que se revisa.* No aparece probado sin embargo que se haya cometido la misma irregularidad con la ratificación del informe del agente Ancízar Valencia Amaya, por lo que no se amerita una medida similar.

A pesar de que el Tribunal en la providencia consultada comienza por establecer la existencia de estos hechos, dispone la cesación de todo procedimiento contra la procesada por considerar que su conducta no fue dolosa "por ausencia de inspiración dañosa (no se conoce de un interés por la acusada en el proceso, en la persona de los involucrados o en la víctima, menos aún en el profesional que más tarde obró como acusador... y ni siquiera éste relacionó su apreciación de lo sucedido con un motivo malsano)", como textualmente lo dice esta Corporación.

Confunde el Tribunal el concepto de dolo que estableció el Código Penal de 1980, con el viejo concepto de "animus nocendi" *que se había colegido del anterior Estatuto Penal por falta de una definición normativa de este fenómeno jurídico. El dolo implica, como expresamente lo establece el artículo 36 del Código Penal, el conoci-*

miento de que se está realizando un hecho punible, y se quiere su realización, independientemente que se proponga causar perjuicio a otra persona con dicho comportamiento ilícito. La Sala dijo a este respecto en providencia de noviembre 24 de 1988, radicación número 3071:

"Durante la vigencia del Código Penal de 1936 no había mucha claridad sobre la naturaleza jurídica del concepto "dolo", por falta de una definición normativa: Algunos autores lo consideraban como la simple intencionalidad que es inherente al comportamiento humano, otros exigían la existencia de una voluntad libre, y otros la referían a un "animus nocendi".

"Pero con la expedición del Código Penal de 1980 ya no son posibles estas interpretaciones, pues el artículo 36 dice que 'la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización'. Estableció así como elementos del dolo el conocimiento de la conducta que se está realizando, que para el caso en estudio hace referencia a que se expide conscientemente un acto administrativo manifiestamente contrario a la ley, y la voluntad de realizarlo, es decir que no existan factores que constriñan o alteren su capacidad volitiva".

En el caso subjudice *es muy claro que la procesada al firmar las actas de las indagatorias a que antes hicimos alusión para hacer aparecer que ella estuvo presente en dichas diligencias, sabía que estaba incurriendo en el delito de falsedad en documento, pues el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal de 1971, norma vigente para la época de ocurrencia de los hechos, claramente disponía que "si el testigo no fuere interrogado por el mismo funcionario de instrucción o 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 recibiere incurrirán, por ese solo hecho, en el delito de falsedad en documento público".*

Podría pensarse que con la modificación de esta norma en el nuevo Estatuto Procesal, en la que solo se exige para las diligencias judiciales "la presencia o dirección del juez o funcionario que la suscribe" se hubiera atemperado el rigor de la misma hasta permitir que un funcionario pueda dirigirla dando instrucciones telefónicas a sus subalternos, como lo sostuvo el apoderado de la procesada. Este no puede ser sin embargo, el alcance de la mencionada norma, que sólo se limitó a suprimir la obligación de que el interrogatorio se hiciera personalmente por el juez, permitiéndole que lo realice bajo su dirección un subalterno del despacho para hacer más eficiente el trabajo. Pero de ahí a pensar que la norma permite que el juez pueda dirigir su despacho por teléfono hay un abismo hermenéutico que contraría el sentido funcional de la norma, que exige al menos la posibilidad de que aquél se entere del proceso de ejecución de la diligencia en el momento de su realización, para que pueda dirigirla dando las instrucciones que sean del caso, y asumiendo directamente la responsabilidad de su conducción.

Es por tanto necesario revocar la providencia para formular resolución de acusación por el delito de falsedad en documento público que se halla contemplado en el Libro 2°, Capítulo I, Título 3° del Código Penal.

Por consiguiente, se expide también orden de detención preventiva, con la advertencia que la enjuiciada tiene derecho a gozar del beneficio de la libertad

provisional según lo previsto en el numeral 3° del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal de 1971 modificado por la Ley 2ª de 1984, artículo 44, en virtud de que el proceso revela que ella reúne los requisitos que en caso de condena harían viable suspenderle condicionalmente la ejecución de la sentencia. Para que surta efecto esta concesión, la ex Juez Montoya Arias prestará caución equivalente a tres (3) salarios mínimos y suscribirá diligencia de compromiso de acuerdo con el artículo 443 del Estatuto Procesal vigente.

2. Muy atinada es la decisión del Tribunal al disponer que se investiguen los posibles delitos de falsedad y peculado originados en el cobro de las sumas de dinero correspondientes a los salarios de los días que no concurrió la juez a su despacho; pero como hay lugar a formular resolución acusatoria en el caso a que se refiere esta investigación, se ordenará compulsar las copias para que se adelante por separado la que corresponda.

3. Se promoverán también sendas investigaciones disciplinarias contra el abogado Guillermo León Monsalve, de conformidad con el Decreto 196 de 1971, y contra el Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Yalí Hernán Darío Rodas, según el Estatuto Disciplinario al cual se halle sujeto.

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

RESUELVE:

1. Revocar el auto de cesación de procedimiento a que hace mención esta providencia y en su lugar emitir Resolución Acusatoria contra la Doctora Luz Mary Montoya, ex Juez Promiscuo Municipal de Yalí, por el delito de Falsedad en Documento Público a que se refiere el Estatuto Penal en su Libro 2°, Capítulo I, Título 3°.

2. Decretar la detención preventiva de la ex funcionaria procesada como consecuencia de esta resolución.

3. Conceder a la procesada, Doctora Luz Mary Montoya Arias, el beneficio de la libertad provisional según lo previsto en la parte considerativa de este auto, con la advertencia de que ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín –al cual se comisiona para el efecto– deberá prestar caución prendaria equivalente a tres (3) salarios mínimos, y suscribirá la diligencia de compromiso establecida por el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal.

4. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín tomará las previsiones del caso en cuanto a la investigación separada por los presuntos delitos de falsedad y peculado a que hace alusión el numeral 4° del Título "El recaudo probatorio y las explicaciones de la sindicada", de esta providencia.

5. Por la Secretaría de la Sala y con destino al Tribunal de origen se expedirán copias de los folios 13, 14, 81 a 83 y 304, 305, así como de esta resolución, a fin de que, si no se ha investigado, se proceda a hacerlo, la conducta del abogado doctor Guillermo León Monsalve, presuntamente violatoria del Decreto 196 de 1971.

6. Con destino a la Procuraduría Regional de Puerto Berrío, se expedirá copia de esta providencia, para que, si lo estima procedente, investigue la conducta del secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Yalí, Luis Hernán Darío Rodas por los hechos a él pertinentes.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

FAVORABILIDAD. TRANSITO DE LEGISLACION

Si el auto de cierre de investigación se dictó antes del actual estatuto procedimental penal, tiene cabal operancia lo mandado por su artículo 677, o sea que el proceso debe rituarse conforme al C. de P.P. anterior. Pero no obsta para que, en casos concretos y dudosos, en que sea más favorable la aplicación de las nuevas normas procesales, se opte por éstas.

Auto Recusación. 7 de marzo de 1989. Declara que asiste la razón a los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Doctores Enrique Alford Córdoba, Beatriz Castaño de López y Edilma Celly de Suárez, cuando resolvieron no separarse del conocimiento del proceso adelantado contra Jorge Hernando González Onzaga. Artículo 535 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Recusación. Rad. número 3690).

Aprobada Acta número 10.

Magistrado ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Bogotá, D. E., marzo siete (7) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS

El Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá, profirió sentencia condenatoria el 29 de agosto del año inmediatamente anterior contra Jorge Hernando González Onzága, quien apeló de la misma, igual que lo hizo su defensor. Estando el proceso en el trámite propio de la segunda instancia, el condenado, dentro del contexto de su alegato de sustentación, formuló recusación contra los magistrados del Tribunal que conocen del asunto, Sala compuesta por los doctores Enrique Alford Córdoba, Beatriz Castaño de López y Edilma Celly de Suárez, con base en lo dispuesto por el artículo 535, inciso 2° del actual C. de P. Penal y porque la sentencia de primera instancia se "profirió basada en los artículos 611, 614 y concordantes del C. de P.P. vigente, esto es, por el Decreto 050/87". Señala así mismo el recusante que a él debió juzgarlo un juez superior (art. 70 del susodicho Decreto), y "si rige el artículo 677

ibidem para privarme del fuero juzgo, con esa misma fuerza legal debe regir en todo lo demás como acontece con el mandato del artículo 535 de la misma obra, habida consideración –repito– que la sentencia condenatoria se ha basado en este último estatuto". "Huelga decir que al suscrito para proferir auto de proceder en su contra se invocó el artículo 481 del anterior C. de P.P. y al Doctor Armando de J. Niño Bello, se le sobresee temporalmente con aplicación del artículo 489 *ibidem,* pero con reapertura de la investigación con fundamento en el artículo 677 del nuevo C. de P. Penal, no obstante tratarse de un juzgamiento dentro de la misma causa, vale decir, que si se trata de sobreseimiento temporal el término de reapertura era de 180 días y no de 60 días como lo pregona la Sala de Decisión que Ud. H. Magistrado preside dignamente, pues la reducción del término no conlleva favorabilidad, porque se reducen las oportunidades y posibilidades de una buena defensa, pues se recorta la eficacia del recaudo de un nuevo acervo probatorio".

Los magistrados recusados rechazaron la recusación y su determinación la fundamentaron así:

"... conviene destacar: en primer término, que ante cuestión de perfiles estrictamente rituales, que no compromete derecho sustantivo alguno del procesado, la invocación del principio de favorabilidad resulta forzada en la medida en que la determinación que se produzca por esta Sala u otra necesariamente consultará la realidad probatoria y jurídica que dimane del informativo; en segundo plano, traduce singular connotación jurídica, en orden a dilucidar el punto cuestionado, la ejecutoria que halló el auto de clausura investigativa antes del 1° de julio de 1987, en que comenzó a regir el Decreto 050 de tal año, hecho que impone la observancia de la regla contenida en el artículo 677 del C. de P. Penal vigente, fiel reflejo de la voluntad del legislador para que en procesos bajo la circunstancia relievada, como es el caso del que hoy nos ocupa, no se opere tránsito de legislación y se continúe con la aplicación de los cánones procesales del Decreto 409/71, dentro de cuyas proyecciones el *sui generis* impedimento no se cuenta, explicable ello al obedecer a distinta concepción del proceso; finalmente, gravitando la razón de ser del impedimento en la separación que el nuevo procedimiento estatuye entre las etapas de instrucción y juzgamiento, que pone en manos de funcionarios distintos, quienes independientemente evalúan las cuestiones fácticas y jurídicas dentro de las que se desenvuelve el proceso, filosofía que el legislador, en consecuente razonar, extendió hasta la segunda instancia, discurrido este expediente bajo reglas que unificaban la calificación y fallo en un mismo juez, exótico sería introducir a última hora la renovación de la Sala para aplicar en un proceso, rituado por el procedimiento ordinario, una brizna de procedimiento especial so pretexto de que bajo la óptica de diferente Sala pudiera variar la situación del comprometido González Onzaga".

Breves consideraciones de la Sala

En este proceso, *el auto de cierre de la investigación se produjo antes del 1° de julio de 1987, fecha de vigencia del actual estatuto procedimental penal y, así, tiene cabal operancia lo mandado por su artículo 677, o sea que el proceso debe rituarse conforme al C. de P. Penal anterior. Es del caso recordar que la razón de ser de esta disposición fue precisamente evitar las dificultades o dudas que pudieran presentarse*

con motivo del cambio de legislación. La norma en cuestión fue demandada ante la Corte, señalándose por ésta su constitucionalidad, "Pero dicha declaración no obsta para que, en casos concretos y dudosos en que los jueces adviertan que es más favorable la aplicación de las nuevas normas procesales, opten por éstas en virtud del principio de favorabilidad de la ley penal que consagra el artículo 26 C.N. y desarrollan la Ley 153 de 1887 y otras posteriores" (M.P. Dr. Jesús Vallejo Mejía. Noviembre 26/87).

Ha sostenido también esta Corporación que "La norma penal más favorable debe ser aplicada de preferencia aunque sea posterior (retroactividad). Contrario sensu, *si la más favorable es la anterior, es ella la que rige el caso (ultraactividad). Artículo 26 C.N. y 6° C. Penal.*

"Esa aplicación debe ser integral, esto es, en todo lo que se relacione con el evento jurídico que se está resolviendo, sin que sea permitido tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear una especie de tercera norma, especial para el caso" (M.P. Dr. Darío Velásquez Gaviria. Abril 24/81).

Así las cosas, resulta evidente que las normas del C. de P. Penal vigente que se citaron en la sentencia, lo fueron equivocadamente por cuanto han debido citarse las correspondientes del C. de P. Penal anterior que era por el que se estaba rituando el proceso, mas ese error puede ser debidamente enmendado en la sentencia de segunda instancia. Y procederes erróneos como ese no tienen por qué conducir a otros, como sería el de dar aplicación al artículo 535, inciso 2° del C. de P. Penal vigente, norma inspirada en el propósito de despojar al fallador de prejuicios o de falsos orgullos que no le permiten advertir sus pasadas equivocaciones y que así busca una más libre y menos comprometida apreciación de las pruebas, pero que sólo tiene operancia en aquellos eventos en los cuales la resolución de acusación es proferida por un funcionario distinto al juez de la causa, lo que desde luego no tiene vigencia en aquellos procesos que se rigen por el C. de P. Penal anterior, donde la calificación del mérito del sumario y la sentencia eran emitidas por el mismo funcionario.

Las normas de procedimiento son de aplicación inmediata, mientras no afecten, lesionen o menoscaben derechos sustanciales de los procesados, y así no tiene cabida el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1987, incorporado al artículo 5° del C. de P. Penal. Si bien es verdad que, en el caso del procesado Armando de J. Niño Bello, *la reapertura de la investigación se dispuso por el término consagrado en el nuevo estatuto procedimental, siendo que el proceso se venía rituando por el anterior C. de P. Penal, el Tribunal lo hizo porque entendió que ahí sí tenía cabida el principio de favorabilidad, pero de ahí no se sigue que se le deba dar aplicación al artículo 535, inciso 2° en el expediente adelantado contra* González Onzaga, *por las razones ya dichas de que esta* sui generis *causal de impedimento y de recusación no tiene cabida en los procesos en los cuales el llamamiento a juicio y la sentencia se profieren por un mismo funcionario, a más de que deviene en incontrovertible que no se afectan derechos sustantivos del condenado y no hay lugar a pensar en violación del principio de favorabilidad.*

Es del caso señalar que, en virtud de este principio, consagrado en el artículo 5° del C. de P. Penal y que reproduce el mandato del artículo 26 de la Carta, la Corte ha

reconocido la rebaja de pena, por confesión (art. 301), así ésta se hubiera producido con anterioridad a la vigencia del Decreto 050/87 (M.P. Dr. Rodolfo Mantilla Jácome. Septiembre 8/87); ha preferido la reapertura de la investigación por sesenta días –art. 473– a sobreseer temporalmente por seis meses –art. 493 Código derogado– y ha desechado el segundo sobreseimiento temporal –art. 494 Código anterior–, así se trate de procesos que se encontraban con auto de cierre de investigación ejecutoriado para cuando entró en vigencia el Decreto 050/87, procediéndose a la cesación de procedimiento –art. 473, inciso 2° ibidem–, *por considerar que el procedimiento resultaba más gravoso, pues podía exponer al procesado a un enjuiciamiento y sentencia condenatoria o a una nueva detención preventiva (M.P. Dr. Rodolfo Mantilla Jácome. Agosto 4/87).*

Pero en el caso de autos es indudable que el artículo 677 tiene cabal operancia y precisamente por ello es por lo que del proceso conoció un juez del circuito, porque así lo disponía el artículo 36-2 del Decreto 409 de 1971 y por la misma razón, esto es, porque las normas aplicables son las de este estatuto es por lo que el artículo 535, inciso 2° del actual C. de P. Penal es inoperante.

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

RESUELVE:

Declarar que les asiste razón a los magistrados recusados, cuando resolvieron no separarse del conocimiento del presente proceso, por no ser aplicable en el evento *sub examine* lo consagrado en el inciso 2° del artículo 535 del vigente C. de P. Penal.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

TRANSITO DE LEGISLACION. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

El Decreto 474 de 1988 regula en forma clara la competencia de la Justicia de Orden Público y en su artículo 24 establece que la justicia ordinaria continuará "tramitando hasta su culminación aquellos asuntos de los cuales hubiere asumido el conocimiento", pero este precepto tiene como excepción la disposición del artículo 25.

Auto Colisión. 9 de marzo de 1989. Dirime colisión de competencia entre los Juzgados de Valledupar Segundo de Orden Público y Cuarto Superior. F.F. Decreto 474 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión Rdo. número 3592. C./ José A. Gordillo y otros Rebelión y otros delitos).

Aprobada Acta número 08.

Magistrado ponente: Doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Bogotá, D. E., marzo nueve (9) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS

Dirime la Corte la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre el Juzgado Segundo de Orden Público y el Cuarto Superior, los dos de Valledupar, dentro de la causa que contra José Alberto Gordillo, Iván Angarita, José del Carmen Serrano y otros se adelanta por los delitos de Rebelión, homicidio, lesiones personales y otros.

Relata el proceso, que el primero de mayo de 1988 un grupo guerrillero del Ejército de Liberación Nacional, ELN, asaltó la localidad de Pelaya en el Departamento del Cesar, se tomó como es de común ocurrencia y mediante el empleo de las armas el Cuartel de la Policía, la Alcaldía Municipal y en el asalto dieron muerte a los agentes de la Policía Libardo Antonio Zapata y Gustavo Tapias, así como al Inspector de Policía del lugar José Alvaro Ardila.

Al retirarse de la población los delincuentes se llevaron los equipos de comunicaciones de la Policía y las armas de dotación oficial.

Como los subversivos habían colocado retenes a la entrada y salida de la población, en uno de ellos dieron muerte al teniente de la Policía Juan Ignacio Alvarado, Comandante del Puesto, quien en compañía de su chofer e ignorando lo ocurrido se acercaba a la localidad de Pelaya.

La justicia ordinaria asumió la competencia para la investigación de estos hechos, calificó su mérito legal y más tarde cuando la causa se hallaba en espera de la celebración de la audiencia pública, el Juez Cuarto Superior, que venía conociendo del proceso, se declara incompetente argumentando que los hechos investigados son constitutivos de terrorismo, cuyo juzgamiento corresponde a la jurisdicción de Orden Público.

El Juez Segundo de Orden Público de Valledupar a quien se le remitió el expediente, rechaza la competencia que se le atribuye, con apoyo en lo dispuesto en el Decreto 474 de 1988, y porque además se trata de delitos políticos y comunes de "actos de guerra causados por rebeldes" y atribuidos para su juzgamiento a la justicia ordinaria.

En el caso sub judice, *es indudable, que la autoría de las conductas ilícitas que se juzgan se imputa materialmente a miembros del grupo subversivo denominado Ejército de Liberación Nacional, ELN, que procura mediante el empleo de las armas el cambio de las instituciones y la desestabilización del sistema de gobierno que impera en la República para sustituirlo por otro más acorde con su ideología. Son, por tanto, delincuentes políticos incursos en el delito de Rebelión pero quienes dentro de sus actividades pueden cometer delitos comunes y aún actos de terrorismo ligados en algunos casos con un nexo causal con la rebelión, pero que no se subsumen dentro del delito político, sino que integran con éste una forma concursal de la conducta.*

Ha sostenido la Corte, que cuando entre los hechos investigados aparezcan conductas constitutivas de terrorismo, la competencia para conocer de estos delitos conexos corresponde a la justicia de Orden Público sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del Decreto 474 de 1988.

El Decreto citado regula en forma clara la competencia de la Justicia de Orden Público, atribuyendo a esta jurisdicción el conocimiento de los delitos de terrorismo. Sin embargo, en su artículo 24 establece que la justicia ordinaria continuará "tramitando hasta su culminación aquellos asuntos de los cuales hubiere asumido el conocimiento".

Como excepción al anterior precepto, el artículo 25 del Decreto 474 establece que al entrar en funcionamiento los jueces y magistrados de Orden Público, éstos asumirán en forma inmediata la competencia para el conocimiento de los delitos a que se refiere el artículo 2°, o sea los reatos de constreñimiento ilegal, tortura, homicidio, lesiones personales, secuestro y secuestro extorsivo, que se cometan en sujetos pasivos cualificados como Presidente de la República, Magistrados, Jueces, Procuradores, Miembros del Congreso, etc., e incluso cualquier habitante del territorio nacional "por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no".

En el caso examinado, es indudable que los subversivos dieron muerte a un Inspector de Policía, a un Teniente y a dos Agentes de la Policía Nacional, sujetos pasivos que no tienen la cualificación que reclama el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 para otorgar su juzgamiento a los Jueces de Orden Público y quienes no fueron sacrificados por sus creencias u opiniones políticas o partidistas. Los criminales hechos consumados en la población de Pelaya son un doloroso y nuevo acto de violencia realizado en desarrollo de una actividad subversiva y como un paso más para obtener por esos medios la desestabilización y el debilitamiento del actual sistema de gobierno.

En estas condiciones y aun en el supuesto de que alguna de las conductas imputadas a los delincuentes, pueda ser aisladamente considerada como acto terrorista, tal circunstancia no incide en la decisión a tomar porque el proceso se inició y se ha venido tramitando con sometimiento a las normas vigentes sobre la materia.

Acertado estuvo entonces el Juez Ordinario cuando asumió la competencia por los delitos de Rebelión y conexos con éste, consumados antes de la vigencia del Decreto 474 de 1988, y desatinado cuando pretende sin nuevos elementos de juicio y alegando una supuesta e inexistente incompetencia, atribuir a otra jurisdicción un proceso que ya se encuentra para recibir sentencia de primera instancia.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal– dirime el conflicto de competencias atribuyendo el conocimiento de la presente causa al señor Juez Cuarto Superior de Valledupar a quien se remitirá el expediente. Comuníquese esta decisión al Juez Segundo de Orden Público de la misma ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

FUERO MILITAR. COLISION DE COMPETENCIA

Si el comportamiento ilícito predicado de los Militares ha sido desarrollado por fuera de las funciones atribuidas en el caso específico, debe entenderse que el procesado ha extralimitado sus funciones.

Auto Colisión. 13 de marzo de 1989. Dirime colisión de competencia entre el Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Cartago y el Comandante del Departamento de Policía del Quindío. F.F. Decreto 250 de 1958.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3673. Colisión de Competencia. Procesado: Raúl Corredor Vargas y otro. Delito: Homicidio).

Aprobada Acta número 08.

Magistrado ponente: Doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Bogotá, D. E., marzo trece (13) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Vistos

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conflicto de competencias surgido entre el Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Cartago y el Comandante del Departamento de Policía del Quindío, quien actúa como juez de Primera Instancia.

Hechos

Fueron referidos en pasada oportunidad por esta Sala, así:

"El día 21 de agosto de 1985 fueron capturados por agentes de la Policía Nacional los ciudadanos José Gustavo Herrera y Jorge Morales en el municipio de Montenegro, Quindío, y trasladados al puesto de Policía de la misma localidad en calidad de retenidos. Horas más tarde, fueron conducidos al puesto de Policía de Baraya, de donde, en horas de la noche, fueron sacados por miembros de la Policía Nacional vestidos de civil quienes los condujeron en un vehículo al parecer de

servicio público hasta las inmediaciones de Quimbaya en donde les propinaron varios disparos de arma de fuego, causando la muerte a Morales, y dejando gravemente herido a José Gustavo Herrera, quien relató ante el Juzgado Ochenta y Uno de Instrucción Penal Militar los hechos que atrás se dejaron transcritos".

Actuación procesal

El día veintidós (22) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Juzgado Ochenta y Uno de Instrucción Penal Militar inició la investigación penal correspondiente, en atención a que los inicialmente sindicados desempeñaban, según se afirmó en la denuncia, el cargo de agentes de la Policía Nacional, averiguación ésta que se limitaba al delito de tentativa de homicidio denunciado por el sobreviviente.

Por otra parte, el Juzgado Penal Municipal de Alcalá (Valle del Cauca) abrió investigación en la misma fecha por el delito de Homicidio, como quiera que allí fuera hallado el cadáver de Jorge Morales.

El día nueve (9) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) el Juzgado Once de Instrucción Criminal Ambulante de Buga que conocía del sumario iniciado por el Juzgado de Alcalá, remitió la actuación al Juzgado de Instrucción Penal Militar ya mencionado, al considerar que por la naturaleza del hecho y la calidad de los procesados, correspondía a la justicia penal militar adelantar el juzgamiento.

El comando del Departamento de Policía del Quindío, como juez de primera instancia, asumió la investigación, y luego de la práctica de algunas diligencias instructivas se declaró incompetente para continuar conociendo del proceso por considerar que las pruebas recaudadas demostraban que los sindicados no actuaron en desempeño de su cargo ni en ejercicio de sus funciones, determinación fechada el once de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Luego de algunas otras incidencias procesales, dentro de las cuales llegó el expediente para que resolviera un conflicto de competencias indebidamente trabado entre los funcionarios de la justicia ordinaria y la jurisdicción penal militar, el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal provocó colisión negativa de competencia al Comandante del Departamento de Policía del Quindío –Juez de Primera Instancia– en auto del 20 de diciembre de 1988.

Estima el mencionado instructor que la competencia radica en la jurisdicción penal militar puesto que los sindicados eran miembros activos de la Policía Nacional y como tales aprehendieron a los señores José Gustavo Herrera y Jorge Morales, a quienes condujeron a los calabozos de la institución, para su protección. Siendo que allí no se hicieron los registros de ingreso de capturados correspondientes –como lo demostró la investigación– y que luego fueron trasladados a otro sitio de retención de la misma institución, de donde se sacaron para conducirlos al sitio en donde se hicieron los disparos, estos hechos revelan que los procesados actuaban en cumplimiento de unos deberes oficiales, si bien fueron algunos de ellos omitidos, los cuales podrían configurar el delito de abuso de autoridad.

Sostiene además que el hecho de que los policiales se disfrazaran para llevar a cabo su conducta delictiva no implica que se haya actuado por fuera del servicio, y por tanto ratifica su concepto para declararse incompetente en el procesamiento.

Recibidas las diligencias por el Comandante del Departamento de Policía del Quindío, éste profirió auto de fecha del dieciocho (18) de enero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en el cual ratifica su posición anterior según la cual la competencia de este proceso radica en la justicia ordinaria dadas las características de los hechos investigados, que fueron conductas delictivas cometidas por Miembros de la Policía Nacional sin relación alguna con el servicio que prestaban o el cargo que ocupaban.

Pese a que dedica más espacio a criticar lo incorrecto del proceder del Juzgado de Instrucción Criminal, sienta sí claramente su posición frente a los hechos, y declara que según su apreciación los policiales actuaron por fuera del servicio, como simples particulares, razón por la cual no pueden ser juzgados por la justicia castrense.

Consideraciones de la Sala

Múltiples han sido los pronunciamientos de esta Corporación frente a los hechos como el planteado. Resulta ya innecesario entrar a reiterar el alcance de las normas procesales contenidas en el Decreto 250 de 1958, y el precepto claro del artículo 170 de la Constitución Nacional. En esta última previsión supra-legal se establece claramente que el fuero de los militares (y el de la institución policial en cuanto está igualmente señalado en el Decreto 2137 de 1983 y demás normas concordantes) solamente puede cobijarlos en tanto que el delito cometido sea en servicio activo y en relación con el mismo servicio, esto es, que debe existir una estrecha relación entre las funciones asignadas al procesado y la conducta criminal por él desarrollada.

Si ello no sucede así, es decir, si el comportamiento ilícito ha sido desarrollado por fuera de las funciones atribuidas en el caso específico, debe entenderse que el procesado ha extralimitado sus funciones, o mejor aún, se ha apartado de ellas para actuar como un particular que no puede estar amparado por fuero de juzgamiento alguno.

El motivo del conflicto en este caso surge en las diferentes apreciaciones que uno y otro de los funcionarios trabados en la colisión tienen acerca de las funciones de los procesados. El Juez de Instrucción Criminal estima que los actos previos al delito de homicidio que se investiga demuestran una actividad compatible con las funciones policiales, si bien fueron inobservadas las reglas que las regían. El Comandante del Departamento de Policía del Quindío, por su parte, en serio análisis establece que estas actuaciones antecedentes no tienen tal capital importancia, y la conducta es producto de un acto ajeno al servicio.

Considera la Sala que le asiste plena razón al señor Comandante del Departamento de Policía del Quindío. En efecto, lejos de demostrar los actos previos al homicidio la relación funcional entre el delito y los procesados, lo único que pone de relieve es justamente que ellos en forma consciente dirigieron desde un principio su conducta a la realización de un hecho contrario a los deberes oficiales, ajeno al servicio público que estaban encargados de prestar.

Afirmar, como lo hace el señor Juez de Instrucción Criminal, que el incumplimiento de los requisitos exigidos a los policiales cuando capturan a un ciudadano viene a demostrar que el posterior delito (de homicidio en este caso) es cometido en relación con el servicio, es a todas luces una posición equivocada. Las funciones de las autoridades de la República son otras, las de proteger en su vida, honra y bienes a los habitantes del servicio nacional, no a vulnerar los derechos constitucionales y legales; no puede entenderse como un acto propio del servicio el homicidio que miembros de la Policía Nacional realicen sobre particulares, si el hecho no ha sido cometido en una específica situación que lo vincule al cumplimiento de las obligaciones legales, como sería el caso de una incursión armada en un inmueble para rescatar a quien ha sido víctima de un delito, o de un enfrentamiento entre policías y particulares que pretenden huir con el producto de un botín hurtado anteriormente, o de múltiples situaciones similares que pueden efectivamente presentarse pero, en situaciones como las que motivan este proceso, en donde los miembros del cuerpo de policía no cumplían ningún acto propio del servicio, sino que con premeditación, en forma aleve inhumana, y fuera de toda regla de lógica y moral deciden segar la vida a particulares indefensos, ni tan siquiera vinculados –como no aparece en el expediente– a la comisión de una conducta delictiva, es forzoso concluir que la conducta de los procesados fue realizada por fuera de los marcos legales y reglamentarios que orientan la institución, esto es, es un hecho ajeno al servicio y al cargo, que por consiguiente no puede ampararse a sus autores con el fuero especial de juzgamiento reservado, como se anotó, para los actos relacionados con el servicio.

En consecuencia con lo anterior, la Sala remitirá la actuación al Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Cartago, quien deberá continuar con el trámite normal del proceso.

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencias planteado, asignando el conocimiento de este proceso al Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Cartago.

En consecuencia, Remítase el expediente al Juzgado mencionado, y comuníquese esta determinación al Comandante del Departamento de Policía del Quindío, Juez de primera instancia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jacome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CESACION DE PROCEDIMIENTO. PROCESADO

La solicitud de cesación de procedimiento se encuentra limitada para todos los sujetos procesales que pueden pretenderlo, cuando el proceso se encuentra en la fase de enjuiciamiento, a los eventos que configuran las causas objetivas.

Auto Casación. 16 de marzo de 1989. Se abstiene de considerar la solicitud de cesación de procedimiento, presentada por el procesado Alvaro Sánchez Velasco, en el trámite del recurso de Casación. F.F. artículo 503 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3119. Casación Alvaro Sánchez Velasco y otro).

Aprobada Acta número 10.

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Bogotá, D. E., marzo dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Habiendo sido oportunamente presentadas las demandas de casación en la tramitación de este recurso interpuesto por el defensor de los procesados Julio César Tulande Camero y Alvaro Sánchez Velasco, contra la sentencia del 20 de junio de 1988, en la cual se les condenó a sendas penas privativas de la libertad de 24 meses sin concesión del subrogado de la ejecución condicional, por el delito de hurto agravado, el mismo día en que se recibió la demanda a nombre del segundo de los mencionados –26 de enero de 1989–, también se recibió un escrito firmado por él y con constancia de presentación personal ante la Notaría 7ª de Bucaramanga (fls. 19 a 26 del Cd. Corte), en el que, sin mediar sustitución del poder o desistimiento del recurso por su defensor, el procesado solicita la cesación del procedimiento que se le sigue, por motivo que no configura causal objetiva de terminación del proceso.

La Corte se abstendrá de dar curso a la petición del encausado, y en observancia de lo dispuesto en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, declarará si las demandas de casación reúnen las exigencias formales señaladas en el artículo 224 del mismo Estatuto, pues es la decisión que debe optar de acuerdo con las previsiones del artículo 503 de tal ordenamiento.

En efecto, *aunque el procesado en busca de su defensa tiene amplia gama de derechos equivalentes a los de su defensor, excepción hecha de la sustentación de los recursos de casación y revisión, contando entre ellos el de solicitar la cesación del procedimiento, éste se encuentra limitado para todos los sujetos procesales que pueden pretenderlo, cuando el proceso se encuentra en la fase de enjuiciamiento, a los eventos que configuran las llamadas causas objetivas de improseguibilidad del proceso, que pueden o no sobrevenir al auto enjuiciatorio, como son la prescripción, la muerte, el indulto, la amnistía, la oblación, el desistimiento y la descriminalización de la conducta (Cfr. sentencia de julio 12 de 1988. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).*

En el caso que ocupa la atención de la Sala el procesado solicitante tiende a la declaratoria de terminación extraordinaria del procedimiento según una presentación probatoria que implica el reexamen de algunos de los elementos de juicio basilares del vocatorio, como que hacen relación a la existencia del hecho punible que se le imputó, situación ésta de donde resulta inatendible la solicitud, pues el proceso se halla en estado de enjuiciamiento por virtud del recurso de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia, lo cual impone obedecer la previsión del artículo 503 antes citado.

Respecto de la forma de las demandas incoadas a nombre de ambos procesados por el mismo profesional, se observa, en primer término que no prohíjan intereses contrapuestos (artículo 134 C. de P.P.); y en segundo lugar, que ambas reúnen los presupuestos señalados en el artículo 224 de ese Ordenamiento, y así se declarará.

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

RESUELVE:

1. Abstenerse de considerar la solicitud de cesación de procedimiento presentada por el encausado Alvaro Sánchez Velasco en este proceso.

2. Declarar formalmente ajustadas a derecho las demandas de casación presentadas por el defensor del mencionado Sánchez Velasco y Julio César Tulande.

3. Ordenar los traslados de ley, en la forma y a las partes como lo dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

4. Comisiónase al Juzgado 2° Penal del Circuito de Bucaramanga para la notificación de esta providencia a los procesados Alvaro Sánchez Velasco y Julio César Tulande, por el término de tres (3) días fuera de distancias. Líbrese despacho con los insertos del caso.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas; Tiberio Quintero Ospina, Conjuez.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA

Los Jueces de Orden Público únicamente tienen facultad instructora en asuntos ocurridos fuera de su Distrito, cuando sean comisionados por el Director Nacional de Instrucción Criminal.

Auto Colisión. 16 de marzo de 1989. Revoca su auto anterior. Por medio del cual dirimió competencia entre los Juzgados 1° de Orden Público de Barranquilla y 1° Superior de Santa Marta.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3541. Lascario Antonio Humanes. Colisión de Competencia).

Aprobada Acta número 10.

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Bogotá, D. E., marzo dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

El señor representante del Ministerio Público, una vez notificado del auto proferido el 8 de febrero del año que transcurre, por el cual la Sala resuelve la colisión negativa suscitada entre los Juzgados 1° de Orden Público de Barranquilla y 1° Superior de Santa Marta, asignándole a aquél la competencia para conocer de este proceso que por presunto delito atribuido para investigación y fallo a la jurisdicción de Orden Público se adelanta contra Lascario Antonio Humanes, ha remitido un juicioso memorial con la sugerencia de que se revoque directamente la referida decisión con apoyo en el artículo 8° del Decreto 181 de 1988 que restringe la competencia de los Jueces de Orden Público al territorio del Distrito Judicial para el cual han sido nombrados, y que se varíe la asignación de la competencia, fijándola en el Juez Especializado de Santa Marta de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 474 de 1988.

Consideraciones de la Corte

1. En lo esencial de su escrito asiste la razón al distinguido colaborador fiscal, pero ante el deber de preservar la legalidad del proceso, que podría verse afectado por

razones de competencia, si bien revocará el auto del 8 de febrero del presente año, se abstendrá la Sala de resolver el conflicto en observancia del artículo 16 del Decreto 474 de 1988.

2. *La discrepancia de los Jueces colisionantes sobre la competencia para conocer de este proceso, que inició el Juez Especializado de Santa Marta –lugar de los hechos de la investigación– antes de comenzar a regir el Decreto 474 de 1988 y luego transfirió al Juzgado 1° Superior de la misma ciudad, exhibe como razón fundamental la no existencia de Juez de Orden Público para el Distrito Judicial de Santa Marta, y se extendió al Distrito de Barranquilla debido a que el Tribunal Superior de Orden Público comunicó la designación de un Juez de esa especialidad con sede en Barranquilla pero con jurisdicción y competencia tanto en este distrito como en el de Santa Marta, según consta en telegramas de 13 y 18 de octubre de 1988 al resolver la consulta que sobre este aspecto le hiciera la Juez 1° Superior de la última de las mencionadas ciudades (fls. 211, 213, 214, cd. ppl.).*

3. *Sin embargo, como acertadamente lo anota el Procurador, "los Jueces de Orden Público únicamente tienen facultad instructora en asuntos ocurridos fuera de su Distrito, según lo dispone el artículo 8° del Decreto 181 de 1988, cuando sean comisionados por el Director Nacional de Instrucción Criminal, en casos de excepción y por necesidad de orden público". En verdad, siendo la competencia una institución de orden legal estrictamente, no puede sobrepasar su asignación judicial los propios límites que ésta le impone, sean territoriales o funcionales, de manera que por este aspecto, y a pesar de las comunicaciones del Tribunal Superior de Orden Público extendiéndole la del Juez de su especialidad con sede en Barranquilla al territorio del Distrito Judicial de Santa Marta, no podía, a menos de estarse ante el evento que el mismo artículo 8° precitado contempla, reconocérsele competencia al Juez de Orden Público de Barranquilla, como improcedentemente se hizo, por lo que habrá de revocarse esta decisión.*

4. *Pero tampoco encuentra la Sala procedente entrar a dirimir el conflicto de competencia, pues en éste no se pone en duda que los posibles delitos cometidos por el procesado sean de competencia de los Jueces de Orden Público. Lo que aquí se trata de dilucidar es cuál es el funcionario que debe continuar adelantando el proceso por ser Juez de Orden Público, o por poseer ocasionalmente la competencia, o por haberla perdido, en razón de las distintas medidas tomadas por el legislador extraordinario en este sucesivo cambio de competencias.*

Esta función definitoria corresponde cumplirla al Tribunal Superior de Orden Público, de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 474 de 1988, y no a la Corte Suprema de Justicia. En efecto, hasta el momento aparece claro, como lo dice la Juez 1° Superior de Santa Marta, que "el día 15 de marzo del año en curso fue capturado Lascario Antonio Humanes Campo y según el informe del Mayor Orlando Acero fue encontrado en su poder un fusil Galil calibre 7.62, un proveedor para el mismo y 23 cartuchos calibre 7.62. Por informes de la investigación y por la misma indagatoria del sindicado se sabe que perteneció o pertenece al Ejército Popular de Liberación" (fl. 232). Sobre estas bases no hay duda que la competencia para el conocimiento de estas conductas es de la justicia de Orden Público, no sólo con base en las disposicio-

nes de los Decretos 181 y 474 de 1988, sino de acuerdo con el último Decreto sobre esta materia, el 2490 de ese mismo año.

En consecuencia de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. Revocar su propio auto del 8 de febrero del presente año, al cual hace referencia esta decisión.

2. Abstenerse de dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado en este proceso, y por consiguiente, ordenar la remisión del mismo al Tribunal Superior de Orden Público para lo de su competencia.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

AUTO INHIBITORIO. PREVARICATO

Si ha iniciado el Juez indagación preliminar y luego proferido auto inhibitorio sobre una consideración de "inculpabilidad", toma decisiones que no son de recibo en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y que, por consiguiente podrían encajar en la figura de Prevaricato.

Auto Segunda Instancia. 28 de marzo de 1989. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Armenia, por medio de la cual se abstuvo de iniciar proceso contra la Doctora Yolanda Buitrago de Correa - Juez Séptimo Penal Municipal de esa ciudad, en su lugar declara abierta la investigación. F.F. artículo 341 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3497. Segunda Instancia. Yolanda Buitrago de Correa).

Aprobada Acta número 12.

Magistrado ponente: Doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Bogotá, D. E., marzo veintiocho (28) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Por vía de apelación revisa la Sala el auto de 9 de noviembre de 1988, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia se abstuvo de iniciar proceso respecto de la doctora Yolanda Buitrago de Correa, Juez Séptima Penal Municipal de esa ciudad, acusada de prevaricato y falsedad.

Antecedentes

En denuncia formulada contra dicha funcionaria, el 23 de septiembre de 1988 en el Tribunal de Armenia, dijo el abogado José Dielmer Toro Aguirre:

"En el día de hoy recibí poder del ciudadano Simón Bolívar Bolívar, para representarlo como parte civil dentro del proceso adelantado en el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Armenia, procesado Luis Alberto Restrepo Gómez, ofendido Simón Bolívar Bolívar, delito de lesiones personales en accidente de tránsito.

"La investigación se originó debido a que mi representado el día 24 de junio de 1988 fue atropellado por un vehículo conducido por el Dr. Restrepo Gómez, resultando aquél con múltiples fracturas y diferentes lesiones en el cuerpo, que lo han tenido incapacitado desde entonces.

"Hoy 23 de septiembre de 1988, cuando me dirigí al Juzgado del conocimiento, con mi representado, autenticó el poder, y al revisar el expediente, me enteré de que el 25 de junio, inexplicablemente se dictó auto de investigación preliminar, cuando existe certeza y existía para esa fecha, de la violación de la ley penal y el procesado estaba identificado, pero es mayor mi sorpresa cuando observo que el día de hoy no se ha abierto investigación, y lógicamente no se ha citado para indagatoria al procesado, no obstante hacer noventa días que ocurrieron los hechos, violándose todo el procedimiento y perjudicándose notablemente a mi representado, pues la compañía aseguradora le ha negado cualquier pago, precisamente por la total inactividad del Juzgado Séptimo Penal Municipal".

Al ratificar y ampliar esa denuncia contra la Juez Yolanda Buitrago de Correa, por los delitos de "prevaricato y denegación de justicia", el Doctor Toro Aguirre agrega que en el expediente aparece con fecha 23 de septiembre de 1988 la versión del imputado Restrepo Gómez, en la cual se afirma que estuvo presente su apoderado, Doctor Fabio Hincapié Castaño, quien no aparece firmando esa diligencia. "El acta que contiene esa diligencia –dice– es inexistente o afirma y contiene falsedades" (fls. 4 vto.), y agrega que recurrió en apelación el auto inhibitorio proferido por la acusada con fecha 24 de septiembre.

En la providencia recurrida el Tribunal considera, en primer lugar, que la Juez procedió conforme a los artículos 341 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, practicó algunas pruebas, y que "si se repasa la actuación cumplida por la Juez acusada, prontamente se advierte que las finalidades de la norma citada, fueron la motivación y la razón de ser de la indagación preliminar, con el fin de obviar la apertura de proceso criminal que a ningún fin práctico podía llegar" (fl. 119). En segundo término, estima el *a quo* que el auto inhibitorio proferido por la funcionaria se apoyó fielmente en la realidad de lo ocurrido, ya que las diligencias preliminares indicaban que fue el señor Bolívar Bolívar quien dio origen a sus lesiones al tratar imprudentemente de cruzar la calle y ser entonces golpeado por el vehículo que conducía Restrepo Gómez. Por último, anota que la Juez no mantuvo inactivo el expediente y la "tardanza" que le endilga al quejoso se justifica y explica por el cúmulo de trabajo realizado por la Juez y que está acreditado en autos.

Al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra dicha decisión el doctor Toro Aguirre insiste en que luego de pasados noventa (90) días "sin practicar ninguna prueba", la Juez "sin ninguna razón" resolvió dictar auto inhibitorio, el cual fue revocado por el Juzgado Superior. Manifiesta que la acusada procedió "con marcada morosidad y negligencia" en la tramitación de ese asunto, y además de "parcializarse" con el imputado Restrepo Gómez, cometió delito de falsedad y "violó la ley al oír al imputado sin presencia de apoderado", solicitando entonces a la Corte que revoque el proveído y disponga la apertura de investigación contra la Juez.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que no se tipifica el prevaricato por acción al proferir la Juez los autos de 27 de junio y 24 de septiembre,

ya que en cuanto al primero, los artículos 341 y 342 del Código de Procedimiento Penal autorizan para adelantar diligencias preliminares, y respecto del segundo, "las diligencias preliminares por ella practicadas establecieron que las lesiones de las que fuera víctima Simón Bolívar Bolívar se presentaron por imprudencia de éste al tratar de atravesar la carrera 14. El estudio racional y la valoración de las pruebas la llevaron a la conclusión inicial de llevar a cabo una indagación preliminar, y posteriormente a abstenerse de iniciar el proceso".

Acerca del "prevaricato por omisión" por la demora de 3 meses "sin que concluyese la investigación preliminar", dice la Delegada que tampoco se tipifica, ya que se presentaron varios tropiezos para recoger las pruebas pertinentes, y "si bien existió alguna mora para la conclusión de la etapa de investigación preliminar ello se originó en causas diferentes a la voluntad de la hoy sindicada".

Concluye, pues, en que la providencia debe ser confirmada, pero adicionándola en el sentido de "ordenar se investigue el posible delito de falsedad ideológica en documento público, sobre el cual no efectuó ningún pronunciamiento el Tribunal de instancia", refiriéndose el Procurador al acta que contiene la versión del imputado Restrepo Gómez, en la cual se afirma que estuvo asistido por apoderado.

SE CONSIDERA:

1. *Dispone el artículo 341 del Código de Procedimiento Penal:*

"Finalidades de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la investigación, la indagación preliminar tiene como finalidades: determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado al conocimiento de las autoridades; si éste está descrito en la ley como punible, y aportar las pruebas indispensables en relación con la identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho".

En este caso se tenía certeza respecto de la ocurrencia del hecho y su adecuación en la norma que describe las lesiones personales (tipicidad); también la identidad del imputado estaba claramente determinada, de donde resulta atendible el reclamo del denunciante en cuanto a que, por tanto, no procedía la indagación preliminar, al no perseguir ésta ninguno de los objetivos plasmados en el citado artículo 341, en armonía con el cual dispone el artículo 352 ibidem *que el auto inhibitorio se dictará "cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción no puede iniciarse": ninguna de estas hipótesis encaró la Juez acusada al dictar la providencia inhibitoria, que, en cambio, se fundamentó en ausencia de culpabilidad, como se constata en el siguiente aparte del referido auto:*

"Entonces, la negligencia e imprevisión por parte del mencionado Bolívar Bolívar fueron sin lugar a dudas la causa de los hechos, quedando exonerado el conductor del vehículo de toda responsabilidad, pues ni siquiera culpa se vislumbra, habida consideración de que se movilizaba en su automotor por el lado que le correspondía y el hecho de conducir orillado en su automotor por el respectivo carril no quiere decir que haya infringido ninguna regla de tránsito y de otra parte mal podría el ofendido decir que conducía a excesiva velocidad, si él mismo está diciendo que cuando

menos pensó fue el golpe y no logró mirar el carro, puesto que iba tapado con una sombrilla y le interfería la visibilidad" (fl. 26).

Se desprende de lo dicho que, al haber iniciado indagación preliminar y luego proferido auto inhibitorio sobre una consideración de "inculpabilidad", tomó decisiones que no son de recibo en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y que, por consiguiente, podrían encajar en la figura de prevaricato descrita en el artículo 149 del Código en mención, aserto que amerita la apertura de investigación.

En su indagatoria la acusada doctora Buitrago de Correa deberá también rendir descargos en relación con el hecho de no haberse declarado impedida una vez el 23 de septiembre de 1988 el Doctor Toro Aguirre compareció al Juzgado con poder otorgado por el lesionado y horas más tarde con la demanda de constitución de parte civil. Este acto omisivo que se le reprocha en esta instancia se basa en las propias palabras de la funcionaria en la versión que rindió conforme al artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, consistentes en que aproximadamente en agosto de 1988 le correspondió por reparto unas diligencias en las cuales se imputaban unas lesiones personales al Doctor Toro Aguirre, "y en vista de la animadversión que ha existido hacia él, porque me hizo imposible el tiempo que estuve trabajando en Circasia y porque fui víctima de insultos y malos tratos de su parte... me declaré impedida en el negocio que acabo de citar", impedimento que, informa ella, le fue finalmente aceptado por el Juzgado Superior (fl. 37). Si le tenía animadversión al litigante Toro Aguirre, no se ve la razón por la cual no tomó decisión análoga a la anterior (declararse impedida), sino que procedió a dictar la providencia inhibitoria, luego de que incluso profiriera el día anterior (23 de septiembre) auto mediante el cual se abstuvo de darle trámite a la demanda de parte civil presentada por el abogado (fl. 19 vto.).

2. En este caso se trataba de "persona identificada" (el señor Restrepo Gómez), y entonces la duración de la etapa de averiguación preliminar era de 15 días como máximo, de acuerdo con el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal; empero, la Juez acusada dictó auto inhibitorio pasados 3 meses de ocurridos los hechos (24 de junio a 24 de septiembre), demora en la que el denunciante ha querido fincar un prevaricato por omisión, añadiéndole que no se practicaron pruebas y se negaron las que podrían perjudicar al imputado Restrepo Gómez.

Al respecto observa la Sala que el 27 de junio (a los tres días de ocurrido el hecho) Juez y Secretario se trasladaron al hospital con el objeto de escuchar en declaración al lesionado Bolívar Bolívar, diligencia que se malogró "por el delicado estado de salud del paciente" (fl. 11 vto.). El mismo día se practicó inspección judicial al vehículo causante de las lesiones (fl. 12) y el 30 siguiente se escuchó en declaración a Nibia Alzate de Bolívar, esposa del ofendido (fl. 13), siendo escuchado éste el 18 de agosto (fl. 14). Se allegó el dictamen médico forense, y el 23 de septiembre rindió versión el imputado (fl. 21). En cuanto a los testigos, dijo el lesionado:

"Se encontraba el celador del parque, no le sé el nombre, y Marleny Loaiza, almacenista de la construcción donde yo trabajaba, ella vive en Circasia, no le sé la dirección, pero yo le puedo decir que venga" (fl. 14 vto.).

En relación con la comparecencia de esos testigos, en el diligenciamiento previo únicamente aparece una constancia secretarial de 23 de septiembre, referida a que "con dichos señores (abogado y lesionado) se hizo presente el celador, testigo aludido por el ofendido, y al decirle que esperara un instante para atenderlo mientras se desocupaba el personal del Juzgado, ya cuando fue a ser llamado para recepcionar su testimonio, inexplicablemente desapareció sin suministrar ninguna explicación" (fl. 23 vto.).

La mora de la Juez en proveer no aparece entonces como fruto de su capricho, máxime que a folio 111 figura una relación del trabajo realizado por el Juzgado a su cargo durante el período de junio a septiembre de 1988, punto que ella trató así en la versión que rindió con arreglo al artículo 344 del Código de Procedimiento Penal:

"Si no se han cumplido los términos legales no ha sido por desidia ni pereza al trabajo, sino por el exceso de trabajo que tenemos los siete Juzgados Penales Municipales existentes en esta ciudad y que cada día, por reparto, se reciben tres o cuatro negocios con detenido, estando el Juez copado de mucho trabajo y tratando en todo momento de cumplir legalmente con nuestra difícil labor" (fl. 37 vto).

En ese orden de ideas, no cabe sostener que la Juez omitió, rehusó, retardó o denegó un acto propio de sus funciones, con la conciencia de dicho incumplimiento y sin suministrar razones, que es lo que tipifica el prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del Código Penal.

3. Es cierto que en el acta contentiva de la versión del imputado Luis Alberto Restrepo Gómez se afirma al comienzo que el apoderado de confianza estuvo presente y juró cumplir con sus deberes del cargo, tomando posesión del mismo (fl. 21). Pero no es cierto que dicho abogado, Doctor Fabio Hincapié Castaño, haya estado allí presente, tal como se constata con la ausencia de su firma (fl. 23) y con la propia versión de la Juez Buitrago de Correa: "se hizo presente el Doctor Restrepo Gómez y al decirle que se le iba a recibir versión y que tenía que estar asistido de apoderado, nombró al Doctor Fabio Hincapié Castaño a quien (sic) en el mismo momento llamó a mi Despacho y él dijo que ya acudiría al Juzgado para hacerse presente en dicha diligencia. Así, el Juzgado inició la diligencia siendo las seis y veinte más o menos se terminó, sin que se hubiera hecho presente el Doctor Fabio Hincapié. Al día siguiente, o sea un sábado, se envió a la Citadora Elsa Flórez para que le cogiera la firma al Doctor Fabio Hincapié y no fue posible encontrarlo" (fl. 37).

Este hecho, que fue relacionado sucintamente en el auto recurrido, pero que no fue objeto de consideración ni decisión alguna, podría encajar en el artículo 219 del Código Penal y merece ser investigado. En consecuencia, por este aspecto también se iniciará sumario.

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

RESUELVE:

Revocar el auto recurrido y declarar abierta la investigación respecto de la Doctora Yolanda Buitrago de Correa, Juez Séptima Penal Municipal de Armenia,

por los posibles delitos de prevaricato y falsedad referidos en los considerandos 1° y 3° de la presente providencia. Para los fines previstos en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, se ordena practicar las siguientes pruebas:

a) Indagatoria de la Doctora Yolanda Buitrago de Correa, para que explique su conducta en relación con los hechos objeto de investigación. Con base en la información que la indagada suministre, se allegarán al expediente en copia las decisiones concernientes a la declaración de impedimento de la acusada en el asunto en que figura como imputado el aquí denunciante, Doctor José Dielmer Toro Aguirre;

b) Declaración juramentada de los Doctores Fabio Hincapié Castaño y Luis Alberto Restrepo Gómez, y de la empleada del Juzgado Séptimo Penal Municipal de Armenia, señorita Elsa Flórez, para que digan lo que les conste acerca de la forma y circunstancias en que se recibió versión al segundo de los mencionados; si quien aparece apoderándolo en esa diligencia estuvo presente en la misma o no, y, en fin, sobre todo lo que conduzca al esclarecimiento de ese hecho;

c) Allegar los antecedentes de la sindicada y certificación sobre su experiencia en la Rama Jurisdiccional.

Las que emanen de las anteriores, las que soliciten las partes y las que se estimen necesarias para el perfeccionamiento de la investigación.

De la iniciación del sumario se dará aviso al Ministerio Público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

La competencia de la Corte para resolver incidentes dentro de la jurisdicción de Orden Público, está limitada por los artículos 68-6 del Código de Procedimiento Penal y 16 del Decreto 474 de 1988.

Auto Colisión. 29 de marzo de 1989. Se abstiene de resolver colisión de competencia entre los Jueces Unico Especializado y Quinto de Instrucción Criminal, radicados en Sogamoso. F.F. Decreto 474 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3675. Colisión de Competencia. Averiguación).

Aprobada Acta número 12.

Magistrado ponente: Doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Bogotá, D. E., marzo veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Los señores Jueces Unico Especializado y Quinto de Instrucción Criminal, ambos adscritos al Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo y radicados en Sogamoso, se han trabado en colisión negativa de competencia para conocer de este asunto que se halla en estado de indagación preliminar y que se refiere al presunto delito de amenazas cometido en esta ciudad contra el Director de Catastro de esa seccional, Guillermo Alfredo Acero. Se decidirá lo que resulte pertinente.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En la oficina de Catastro de Sogamoso, de la cual es director Guillermo Alfredo Acero, fue recibida el 16 de septiembre de 1988, una carta anónima en la que se le amenaza con el secuestro de cualquiera de sus dos hijos, hecho que el afectado atribuye a haber denunciado situaciones irregulares ocurridas en esa dependencia oficial y en las cuales al parecer están comprometidos algunos empleados de la misma y a quienes por la época del referido mensaje se investigaba administrativamente.

2. La Unidad de Indagación Preliminar de la Policía Judicial de Sogamoso adelantó muy completa y seria investigación previa, y la remitió junto con los objetos decomisados al Juzgado Unico Especializado del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo radicado en Sogamoso (fl. 100), pero este despacho, partiendo de la base de que se trata de delito tipificado en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988 para cuya investigación y fallo sería competente la jurisdicción de Orden Público, de la cual no hay Juez designado para ese Distrito, estimó que se debe aplicar "la cláusula general de competencia" de acuerdo con las normas ordinarias del Código de Procedimiento Penal y atribuir el conocimiento al Juez del Circuito para fallar y al de Instrucción Criminal para investigar, y decidió, por auto del 13 de octubre de 1988, provocar colisión negativa de competencia al Juzgado 5° de esta especialidad radicado también en Sogamoso.

3. La anterior determinación del Juzgado Unico Especializado se mantuvo y reiteró en nuevo auto del 28 de diciembre pasado (fl. 111) por considerar, con razón de sobra, que la respuesta enviada por el Tribunal Superior de Orden Público al Juez de Instrucción Criminal, a la consulta que éste le elevara en telegrama del 24 de octubre sobre el asunto (fls. 108-109), no solucionaba el problema porque los hechos acaecieron en Distrito distinto al que se refirió la Corporación.

4. Coincidente con el Juzgado Especializado, el 5° de Instrucción Criminal radicado en Sogamoso, en cuanto a la tipificación del delito a investigar en el Decreto 180 de 1988, pero agregando que el artículo que recoge y sanciona la conducta en el Estatuto lo que hizo fue ampliar transitoriamente el tipo del "terrorismo" del artículo 187 del Código Penal éste concluyó, con auxilio de los artículos 12 de la Ley 2ª de 1984 y 2° del Decreto 181 de 1988, que la competencia recaía en el Juzgado Especializado, y consecuentemente, rechazó la que se le defería y envió las diligencias a esta Sala en busca de solución.

5. Como se observa, *ambos Jueces concuerdan respecto de la naturaleza del delito de que pueden tratar las diligencias preliminares al encuadrarlo en el Decreto 180 de 1988, aunque el de instrucción criminal en el empeño de descartar su competencia ensaya restarle la autonomía a la figura delictiva del artículo 26 de ese Estatuto, desconociéndolo como tipo penal nuevo y transformándolo en aquel contemplado en el artículo 187 del Código Penal.*

Con relación a este punto la Sala se aparta de la interpretación del señor Juez de Instrucción, pero, por ser lo sustancial de la cuestión, recuerda que el delito de amenazas de que se habla, es de aquellos que requiere como elemento subjetivo integrante el propósito terrorista; así se concluyó en proveído del 15 de septiembre de 1988 al resolver incidente de la misma naturaleza del que se habla y en el que se estudió el sistema legislativo empleado en la clasificación tipológica-penal en el Decreto 180 de 1988, restando establecer si en el caso concreto se trata o no de ese tipo de amenazas.

Comunicar a un funcionario público, como lo es el Director de la Oficina de Catastro de Sogamoso, *la posibilidad de secuestrarle uno de sus hijos, debido a —como se infiere del escrito— actos que al parecer realizó en ejercicio de sus funciones y cumplimiento del deber, como fue denunciar administrativamente irregularidades que estaban siendo investigadas y respecto de las cuales debía declarar el día del recibo del mensaje, según afirma el afectado, y hacerle saber el riesgo del mal que se le anunciaba*

mediante una carta anónima entregada por el correo, constituye, sin lugar a dudas, el delito consagrado y sancionado en el Decreto prealudido, pues es una conducta "... revestida de los caracteres de seriedad, gravedad, transmitida por medio idóneo para difundir el pensamiento y con capacidad suficiente para infundir pánico y zozobra, alterar la paz y la tranquilidad de los ciudadanos...". Así lo entiende la Sala y lo expresó en auto del 6 de diciembre próximo pasado (rad. 3458). En efecto, se trata de un atentado, que si bien impacta a su persona y familia generando entre ellos zozobra, extiende nocivamente sus efectos a otros miembros de la comunidad, como otros servidores del Estado, que puedan estar en un momento dado ante la obligación de informar o denunciar ilicitudes de sus subalternos o compañeros, de donde resulta que el comportamiento se enmarca entre aquellos que por sus finalidades atentatorias contra el orden público decidió reprimir el legislador extraordinario en el citado Decreto.

6. *Pero no es a la Corte a la que compete decidir el diferendo, por cuanto su competencia para resolver incidentes como el planteado está limitada por los artículos 68-6 del Código de Procedimiento Penal y 16 del Decreto 474 de 1988, dado que ambos Jueces concuerdan esencialmente en la naturaleza del delito a investigar con la noción que del mismo tiene la Sala y que responde a la descripción legal que se le da en el Estatuto Antiterrorista. Por consiguiente, por el factor funcional de la competencia y a pesar de que en el Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo no se ha provisto Juzgado de Orden Público, compete al Tribunal Superior de Orden Público resolver el incidente, y a esa Corporación se remitirá el expediente, lo cual implica que la Sala habrá de inhibirse.*

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

RESUELVE:

Abstenerse de resolver la colisión negativa de competencia planteada en estas diligencias preliminares, y según lo dicho en la parte considerativa de esta providencia, ordenar la remisión del expediente al Tribunal Superior de Orden Público para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CONCIERTO PARA DELINQUIR. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

El tipo penal descrito en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, no parte del principio de concertación o voluntad de dos o más personas con la finalidad de cometer delitos, sino de pertenecer a una organización terrorista o a un grupo de sicarios.

Auto Colisión. 4 de abril de 1989. Dirime colisión de competencia entre los Juzgados 2° de Orden Público de Ibagué y 35 de Instrucción Criminal de Melgar. F.F. Decreto 180 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión de Competencia número 3716. Ricardo Fajardo, otros. Hurto. Jdo. 35. I.C. Melgar).

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 14.

Bogotá, abril cuatro (4) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

De plano procede la Corte a resolver el conflicto negativo de competencia surgido entre los Juzgados 35 de Instrucción Criminal radicado en Melgar y 2° de Orden Público de Ibagué (Tolima).

HECHOS:

Los que generaron el proceso tienen que ver con la captura del sujeto Ricardo Fajardo Serrato, cuando en la mañana del 17 de diciembre pasado, se dedicaba a hurtar el cable de la red eléctrica, en el sitio denominado "El Basurero", de la comprensión municipal de Melgar. De los términos de su indagatoria se precisó que otras personas debían ser vinculadas a la investigación, por lo que se libró orden de captura en contra de los sujetos Carlos Arturo Pérez Silva y Luis Eduardo Méndez, habiéndose decretado en contra de los tres, medida de aseguramiento consistente en

detención preventiva. A través de la investigación adelantada, se determinó que los sujetos mencionados actuaban en grupo o banda organizada, para realizar conductas similares en la misma región.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

1. *Antecedentes procesales:* El criterio de los funcionarios trabados en la colisión puede resumirse así:

a) Para el Juzgado 35 de Instrucción Criminal de Melgar, no existe dificultad alguna para adecuar el comportamiento de los incriminados, puesto que de la investigación se deduce que deben ser procesados, por lo menos provisionalmente, por los delitos de hurto en grado de tentativa en concurso con el tipo penal del Concierto para Delinquir. A este respecto sostiene el Juzgado que el sujeto Fajardo fue capturado al caerse del poste del que sustraían el cable de alta tensión, habiéndose encontrado junto con el objeto material del ilícito, pues las heridas recibidas no le permitieron abandonar el lugar; de otra parte, la versión rendida por este mismo capturado, permitió la vinculación de dos sujetos más y la noticia de que entre ellos y otros más, conformaban un grupo dedicado a las mismas conductas reprochables, como quiera que ya habían realizado otros despojos de cable en la misma zona, siendo comandados por uno de ellos que era quien les pagaba los "viáticos" para desplazarse a distintos sitios y ubicar la zona donde se llevaría a cabo el golpe.

Ubicada la conducta de los procesados, manifiesta el funcionario que de conformidad con el artículo 7º del Decreto 180 de 1988 (Concierto para Delinquir) y en concordancia con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 474 de 1988, es a los Jueces de Orden Público a quienes corresponde el conocimiento del proceso, en consideración a la calificación provisional que de los hechos hiciera, puesto que el Decreto 180 de 1988, en cuanto se refiere al tipo penal de Concierto para Delinquir, solamente adicionó la descripción del Concierto para Delinquir contenida en el Código Penal;

b) No comparte el criterio expuesto, el Juzgado Segundo de Orden Público a quien correspondió el proceso por reparto, luego de que fuera enviado por el Juzgado 35 de Instrucción Criminal de Melgar, proponiendo colisión negativa de competencia, por las razones que a continuación puntualizan:

Que de conformidad con el artículo 7º del Decreto 180 de 1988, que dice: "El que forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista, incurrirá en prisión de 10 a 15 años".

"La pena se aumentará en una tercera parte para quienes promuevan, encabecen o dirijan a los integrantes de estos grupos ú organizaciones", ha de entenderse que para que se estructure este tipo penal, es necesario que el sujeto agente forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista, entendiendo por sicario el asesino pagado y como terrorismo la creación de un estado de alarma o de terror en la colectividad o en ciertos grupos sociales, "con la característica de que aunque existan organizaciones que en teoría pretendan imponer o favorecer la difusión de determinadas doctrinas sociales o políticas, los medios utilizados tienden a provocar el miedo en la comunidad, sin esperar ningún beneficio para ellas. De ahí por qué el terrorismo

no es considerado como un delito político, pues su fuente puede provenir de grupos de extrema derecha, extrema izquierda o simplemente agrupaciones sociales cuyos actos se ejecutan para infundir pánico a sectores más o menos considerables de opinión pública" (fl. 245 cdno. principal).

Que la finalidad del estatuto de Defensa para la Democracia (D. 180 de 1988) radica en sancionar drásticamente, no sólo los actos violentos que en sí mismo considerados constituyen delitos graves, que atentan contra diversos bienes jurídicos tutelados por el Estado, como la tranquilidad pública, la vida, la integridad personal y la libertad individual, sino también a los sujetos que realicen actos tendientes a mantener en zozobra o terror a la sociedad o parte de ella, y que hagan parte de organizaciones creadas para tal fin.

Que para predicar la existencia del tipo penal descrito en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, basta solamente con demostrar que el sujeto agente forma parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista, sin necesidad de que se le atribuyan hechos punibles concretos.

Que de la investigación se desprenda que los procesados forman parte de un grupo de delincuentes comunes, dedicados al hurto de redes eléctricas, sin que haya el menor asomo de que dichos sujetos hagan parte de un grupo de sicarios o que pertenezcan a una organización terrorista.

Por lo anterior, sostiene el funcionario de Orden Público, que es ajeno al conocimiento del proceso que involucra delincuentes comunes, cuando quiera que sus funciones se limitan al conocimiento de conductas ubicables en el Decreto 180 de 1988, según la finalidad de dicho estatuto.

2. *Apreciaciones de la Sala:*

Pretendió el legislador extraordinario, ante la preocupante situación de orden público en el país, distinguir y penar de manera drástica aquellas conductas que de manera incontrolable generaban conmoción social. Por ello crea tipos penales, que si bien ya habían sido descritos en el estatuto punitivo ordinario, es lo cierto que los enriquecen con ingredientes subjetivos específicos, que los hacen distintos y autónomos, como el caso del homicidio con fines terroristas o en sujetos pasivos calificados, o el secuestro en las mismas circunstancias o el Concierto para Delinquir, en dos especiales eventos, distinguibles unos de otros, por la finalidad perseguida.

Puede considerarse que la descripción hecha en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, esto es, Concierto para Delinquir, tipo de mera conducta, es uno de aquellos delitos creados por las necesidades expuestas y referido sin duda alguna a aquellos comportamientos ligados directamente con la situación de orden público, sometido ya a estudio de la Corporación, según la providencia del 15 de septiembre pasado, así:

"En el tercer grupo, aparecen grupos de conducta alternativa, donde se describen dos o tres conductas, unas en las que es indispensable la demostración de la finalidad terrorista para que pueda entenderse que la conducta se consumó conforme a la descripción legal y la otra, en la que no se requiere haber actuado con tan precisa finalidad. Es el caso de la conducta tipificada en el artículo 7° Concierto para Delinquir, en la que se describen dos conductas:

a) El que forme parte de un grupo de sicarios y,

b) El que forme parte de una organización terrorista...".

No es en consecuencia la descripción del tipo penal contenida en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, una adición al tipo penal del Concierto para Delinquir de que trata el artículo 186 del Código Penal, en cuanto no le agregó al comportamiento de quienes se conciertan para cometer delitos, otros elementos que ampliarán la conducta. La descripción del artículo 186 del Código Penal, se estructura sobre la existencia de una organización, así sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente han convenido en cometer delitos, sin otra finalidad; mientras que el tipo penal descrito en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, no parte del principio de concertación o voluntad de dos o más personas con la finalidad de cometer delitos, sino de pertenecer a una organización terrorista o a un grupo de sicarios, conducta alternativa que se cumple en los dos eventos, por el solo hecho de pertenecer a dichas agrupaciones.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no existe duda que la participación de los procesados en la comisión de los punibles investigados, obedece a una organización de delincuentes comunes que se han dedicado al pillaje y al despojo de las redes eléctricas en la zona norte del Tolima, con el evidente propósito de obtener provecho; organización que responde a la aceptación de un líder, que les paga los "viáticos", para cuando se tiene que ubicar el sitio donde se cometería el delito y luego reparte el botín, conforme lo habían previsto y que responde al concepto popular de banda criminal.

Pero en manera alguna, conforme las pruebas allegadas al informativo, puede decirse que el grupo integrado por los sujetos vinculados a la investigación, sea un grupo de sicarios, lo que se ha conocido como sicariato y que no son más que agrupaciones de asesinos que matan por una paga o sueldo; y menos aún, que dichos individuos pertenezcan a una organización terrorista, entendida, como aquella integrada por personas que se oponen al sistema social o al indebido manejo de políticas estatales, o en el peor de los casos, con el simple propósito de crear el pánico, la alarma o zozobra en la comunidad o en un grupo determinado de ella.

Considerados como delincuentes comunes, pertenezcan a una banda criminal o no, y ubicada provisionalmente la conducta debidamente, es la justicia ordinaria la encargada de adelantar el proceso, pues es ajeno el comportamiento de los sujetos al especial tratamiento que el Estado quiere darle a las conductas que generan conmoción social, reservado para aquellos en quienes se evidencian finalidades terroristas de manera específica o que sin manifestarla, de todas maneras, la misma circunstancia comportamental, por sí misma constituye acto terrorista.

En el evento en estudio, corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento del proceso, puesto que la creación del tipo penal descrito en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, si bien fue denominado de la misma manera que el contenido en el artículo 186 del C.P., no por ello lo involucró a la disposición de orden público y a su especial tratamiento, sino que permanecen uno y otro, como tipos penales autónomos, sometidos a los procedimientos que a cada uno corresponde, esto es, en el caso

del artículo 186 del C.P., a la justicia ordinaria, y el artículo 7º del Decreto 180 de 1988, a la jurisdicción especial de Orden Público.

De admitirse que sea el Juez de Orden Público el funcionario encargado de adelantar la investigación, como lo pretende el Juez de Instrucción Criminal que propuso la colisión que se decide, sería tanto como admitir que el delito de homicidio con fines pasionales y sin sujeto pasivo calificado o el secuestro simple, cometidos sin las especiales circunstancias que generaron la normatividad excepcional, fuera del conocimiento de la jurisdicción de orden público, tema que no responde al momento histórico, ni a la finalidad del legislador en la creación de dicha jurisdicción.

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

RESUELVE:

ASIGNAR la competencia para que prosiga la investigación, al Juzgado 35 de Instrucción Criminal radicado en Melgar (Tolima).

DISPONER el envío del proceso al citado Juzgado y comunicación al Juzgado 2º de Orden Público de Ibagué (Tolima), para que obre de conformidad con la parte motiva de este auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PENA. CIRCUNSTANCIAS

Desde el punto de vista punitivo las circunstancias específicas tienden a preestablecer de modo absoluto los límites máximos y mínimos que tiene el delito de que se trata, mientras que las circunstancias genéricas sólo se limitan a permitir la determinación concreta de la pena entre ese máximo y ese mínino.

Sentencia casación. 4 de abril de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio del cual condenó a Wilson Jacob Mendoza Ibarra por el delito de homicidio. F.F. Artículo 66 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Casación número 2995. Contra: Wilson Jacob Méndez I. Delito: Homicidio).

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 07-11-21/89.

Bogotá, abril cuatro (4) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decídese el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Wilson Jacob Mendoza Ibarra contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla que impuso a su procurado la pena principal de once años de prisión como responsable del homicidio de su compañera Sila Inmaculada Palacios Suárez.

HECHOS:

El día 31 de agosto de 1986, el Juzgado Primero de Instrucción Criminal, practicó el levantamiento del cadáver de Sila Inmaculada Palacios Suárez, en la residencia ubicada en la casa número 68-06 de la carrera 26-B de la ciudad de Barranquilla, quien presentaba una herida en tórax producida con arma de fuego.

En esta diligencia se encontraba presente la joven Gina Mendoza Palacios, hija de la occisa, quien manifestó que su padre, Wilson Jacob Mendoza Ibarra, fue la

persona que le causó la muerte a Sila Inmaculada Palacios Suárez, con quien convivía desde hacía veinticinco años.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Abierta la investigación el mismo día de los hechos, con fundamento en la sindicación de la hija de la occisa, el Juzgado Instructor ordenó la captura de Wilson Jacob Mendoza Ibarra.

Recepcionadas las declaraciones de Gina y otra de las hijas del procesado, en las cuales hicieron un pormenorizado relato de los hechos, no dudaron en imputar en su padre la autoría del homicidio de su progenitora.

En los días siguientes se presentó al despacho el sindicado Mendoza Ibarra, quien en su indagatoria aceptó ser el autor del homicidio, pero motivado por la ira e intenso dolor al haber sorprendido a su esposa momentos después de reunirse con un amante que abandonó precipitadamente el lugar.

Evacuada la investigación, el Juzgado Tercero Superior, llamó a juicio al procesado por el delito de homicidio; verificada la diligencia de audiencia pública y emitido veredicto de responsabilidad, se dictó sentencia de primera instancia en la cual se condenó a Mendoza Ibarra a la pena principal de diez años de prisión, que el Tribunal aumentó en un año por concurrir las circunstancias genéricas de agravación punitiva de que trata el artículo 66 del C.P. en los numerales 1° y 2°.

LA DEMANDA:

Con amparo en el cuerpo primero de la causal primera y en la cuarta del artículo 580 del anterior C. de P.P., dos son los cargos que formula el censor al fallo impugnado.

Causal primera:

El Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 301 del actual C. de P. P., desconociendo el principio de favorabilidad, al no conceder la rebaja de pena que la norma mal interpretada permite.

Esta disposición no exige que la confesión sea la única prueba en que se fundamente la sentencia ni hace distinción entre confesión simple o calificada; al formar parte del material probatorio en que se basó el fallo la rendida por Mendoza Ibarra, impera su aplicación.

Causal cuarta:

La sentencia proferida por el Tribunal es nula por falta de motivación, desconociéndose el artículo 163 de la Constitución Nacional, al haber aumentado la pena privativa de la libertad en un año con base en los numerales 1° y 2° del artículo 66 del

C.P., sin analizar por qué concurrían circunstancias genéricas de agravación punitiva.

Estas circunstancias genéricas son las mismas que como específicas del homicidio dispone el artículo 324 en los numerales 1° y 4° del C.P.; por tanto al no haberse incluido en el auto de proceder no podían imponerse en la sentencia.

Por violar la garantía procesal de motivación del fallo, solicita declarar la nulidad del recurrido.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

Por no concurrir las causales invocadas por el censor, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita se mantenga el fallo impugnado.

Causal cuarta:

El juzgador no realizó como era su deber, un examen a fondo de la situación, ni demostró la relación que debe existir entre las agravaciones y los hechos o el material probatorio.

El artículo 163 de la Constitución Nacional impone a los funcionarios judiciales el deber de motivar las sentencias, sin embargo, no en pocas ocasiones la sentencia reúne satisfactoriamente el requisito de motivación.

"A pesar de lo anterior éstas conservan toda su vigencia si contienen un análisis serio de los hechos y del material probatorio, de la participación y responsabilidad del imputado, así como de las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran".

La sentencia no es nula aunque el *ad quem* habría podido abundar en razones sobre la concurrencia de las agravantes y no lo hizo.

Pero estos motivos de agravación genérica se presentan con tanta claridad que casi resultaría innecesario el estudio cuya ausencia pregona el censor; de la propia relación de los hechos, producto del ordenamiento del material probatorio recaudado, puede deducirse la comisión del delito por motivos innobles y que el homicidio se efectuó faltando a los deberes que la vida en sociedad impone al delincuente respecto del ofendido o de una familia.

Causal primera:

Aunque para la Procuraduría la flagrancia sólo se presenta cuando la captura al incriminado en el momento de la comisión de los hechos, o en alguna de las circunstancias descritas por el artículo 393 del C. de P.P., en este caso, la versión del condenado no constituyó base y fundamento de la sentencia.

"Los juzgadores acogieron como elemento determinante de la impugnación la sindicación directa de sus menores hijas, en tal forma que cuando el autor se presentó a indagatoria, la justicia ya conocía su participación dedicándose entonces a esclarecer lo relatado por él acerca de la circunstancia de atenuación, teniendo entonces con tal objeto que llegar a confrontar al reo con los testigos".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. *Aclaración previa.*

Ejecutoriado el auto que declaró cerrada la investigación en noviembre de 1986, de conformidad con el artículo 677 del actual C. de P.P., impera aplicar el estatuto procesal anterior.

2. *Causal cuarta.*

De la demostración del cargo se deduce que en el fondo es la falta de motivación en el auto de proceder respecto a las circunstancias genéricas de agravación punitiva, el motivo por el cual el casacionista impetra la declaración de nulidad del fallo recurrido.

Reiterativa ha sido la Corte al decidir que las circunstancias genéricas del artículo 66 del C.P. no es menester demostrarlas en el auto de proceder por ser tema propio de la sentencia, mas no de la calificación. Por este aspecto puede existir pues, deficiencia en la motivación y no ausencia de ella.

Como se afirmó en anterior oportunidad "...cuando el artículo 483-3 exige la calificación genérica del hecho "...con las circunstancias conocidas que lo especifiquen..." se refiere a que en el auto de proceder es de obligación ineludible consignar las circunstancias específicas de agravación o de atenuación que acompañan al delito y que lo constituyen o lo modifican, porque ignorarlas en el pliego de cargos para sorprender con ellas al procesado en la sentencia es violar una de las formas propias del juicio, garantía del derecho de defensa. En cambio, no sucede lo mismo con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, o de agravación o atenuación punitivas que no tiene por qué ser relacionadas en el auto calificatorio, pues son de la discrecional apreciación del juez de derecho al momento de fallar.

Este criterio se explica porque desde el punto de vista punitivo las circunstancias específicas tienden a preestablecer de modo absoluto los límites máximos y mínimos que tiene el delito de que se trata, mientras que las circunstancias genéricas sólo se limitan a permitir la determinación concreta de la pena entre ese máximo y ese mínimo - establecidos. Entonces, desde el auto de proceder, con las circunstancias específicas, se está señalando de antemano y en abstracto el límite máximo y el mínimo de la pena imponibles en caso de condena, de suerte que el procesado tenga la seguridad de que en el peor de los eventos, esos extremos no serán, en principio, rebasados por el juzgador.

"El otro aspecto que reafirma el anterior criterio es que el procesado adquiere la seguridad jurídica de que esas circunstancias específicas indicadas en el auto procesatorio tendrá que defenderse, y la certeza razonable de que no va a responder de otras de igual naturaleza en la sentencia, a menos que sobrevengan en el término probatorio de la causa.

"En consecuencia, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (1936) y las circunstancias de agravación o atenuación punitivas (1980) no son material del auto de proceder sino tema propio de la sentencia conforme al artículo 171-5c del Código de Procedimiento Penal" (Casación de noviembre 2 de 1983, M. P. Dr. Fabio Calderón Botero).

Estas premisas, reiteradas por la Corporación en fallos de julio 24 de 1986 y mayo 25 de 1987, entre otros, tienen plena vigencia en este caso y son demostrativas de la inocuidad del cargo, razón por la cual no prospera.

Como la nueva normatividad penal permite la declaración oficiosa de las nulidades cuando ella resulte ostensible, en el presente caso ello no procede por las razones expuestas. Por ende, no es el caso decretar la nulidad de lo actuado.

3. *Causal primera. Rebaja de pena por la confesión.*

Exige el artículo 301 del C. de P. P. para la reducción de pena en caso de confesión, que ésta se produzca en la primera versión, que sea fundamento de la sentencia y que no se trate de un caso de flagrancia.

Ha estimado la Corte, que "la flagrancia desde el punto de vista constitucional, tiene un efecto expreso: el permitir a cualquier persona el apresamiento del delincuente y a la autoridad el perseguirlo y penetrar sin que sea necesario requerimiento alguno, a su propio domicilio, o a uno ajeno, caso este último en el cual sólo es necesario requerimiento al dueño o morador, quien no puede oponerse ni obstaculizar la acción de la autoridad.

"Por eso el criterio de más expedita y común aplicación para distinguir un delito de flagrancia, suele ser el de la persecución o aprehensión coetánea con la comisión del hecho delictuoso. Y esto porque permitir la captura del delincuente, aun por particulares y sin orden de autoridad competente o no respetar el domicilio propio o ajeno en donde se refugie, tienen que tener una base de excepcional mérito no sólo en cuanto a la identidad de la persona que debe tomarse como procesado, sino en cuanto a la conciencia de la ilicitud de la conducta realizada, observándose, entonces, que en estos casos el hecho cometido, por sí mismo, pregona su punibilidad, además de poderse contar con el fácil diligenciamiento de las pruebas que deben aportarse.

"Pero así como es dable decir que la captura que sigue a la comisión del hecho, cuando ésta y aquélla guardan una íntima relación cronológica de inmediatez, denota por sí la flagrancia del delito y el sorprendimiento, por tanto del incriminado en su comisión, no es menos cierto afirmar que así no se persiga de manera física al delincuente una vez ejecutada la conducta criminosa, o no se logre la captura tan prestamente, es procedente deducir esta característica mediante la visión de los hechos por terceras personas y de la víctima, con identificación precisa o aceptable del procesado, y la claridad conceptual de que se está en presencia de un hecho delictuoso. El artículo 204 de la C. N., con el empleo de la expresión *"cogido in flagranti"*, está significando no un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuera a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente, en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Lo que significa es el sorprendimiento (ser visto, percibido, descubierto) al momento de cometer el delito o tiempo inmediatamente después del mismo, o como dijo la Corte "que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de consumarse momentos antes" (fallo de agosto 13 de 1987. M. P. Jesús Vallejo Mejía, exequibilidad del artículo 393 del C. de P. P.).

"Ejemplificando tenemos: Hay flagrancia cuando se captura al incriminado cuando está cometiendo el hecho, o en momentos posteriores al mismo, sea que la acción se realice por el ofendido o perjudicado, por terceros o por la autoridad, así que haya uno o varios testigos o únicamente se cuente con la presencia de la víctima; en las mismas circunstancias anotadas, hay lugar a deducir la flagrancia, cuando se persigue al delincuente, quien ha cometido el delito momentos antes, y se logra su captura; hay igualmente flagrancia, cuando su captura o persecución se hace con base en el sorprendimiento 'con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él'. Artículo 393 del C. de P. P.

"Ahora bien, cuando sorprendida una persona en la comisión de un hecho delictuoso, y se la identifica en forma plena y segura, pero no se logra su captura, es factible hablar de flagrancia, por lo que en el caso de surgimiento posterior de una confesión es dable desestimarla como aminorante de la pena –artículo 301 C. de P. P.–, porque la flagrancia sí se dio, aunque sin su correlato de la captura, aspecto este último que no exige el citado artículo 301 para establecer la desfavorable consecuencia que prevé.

"No hay, se reitera, la flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter delictivo. Es necesario, pues, que el ofendido o terceras personas sientan, con la comisión del hecho, que se perpetra o intenta perpetrar un delito, que sacude su sentimiento y desencadena la reacción denunciatoria (voces de auxilio) y persecutoria de quien así se comporta, cuando ello es física y psíquicamente posible. De ahí que no se pueda hablar de flagrancia en el caso del estafador que gira un cheque de chequera robada para pagar una compra sin que el vendedor se percate del engaño de que es objeto, o el terrorista que entrega en la portería de un edificio una carta bomba que estalla varias horas o días después, así se le capture posteriormente como resultado de la investigación realizada" (Casación del 17 de noviembre de 1988, M. P. Dr. Jaime Giraldo Angel).

En consecuencia, carece de relievancia determinar si se trata de una confesión simple o calificada o si ésta fue o no el fundamento de la sentencia, pues aparte de que la primera exigencia no la hace la norma y que la versión del procesado no constituyó base y fundamento del fallo, ya que los juzgadores acogieron como elemento determinante de la imputación la sindicación directa que le hicieron sus menores hijas al condenado; lo cierto es que en este evento concurre la situación de flagrancia que excluye la aplicación del artículo 301 del C. de P. P., por la acotada presencia de las hijas del procesado en el lugar de los hechos.

Antes de presentarse Wilson Jacobo Mendoza Ibarra a rendir indagatoria, luego de que huyó del lugar de los hechos, no existía duda alguna en el proceso sobre su identificación e individualización como autor del homicidio de su compañera Sila Inmaculada Palacios Suárez; desde el momento en que se practicó el levantamiento del cadáver, la menor Gina Mendoza Palacios lo sindicó y esta imputación motivó la orden de captura; una vez abierta la investigación esta testigo y su hermana quienes presenciaron los hechos, expusieron con detalles los acontecimientos e insistieron en la sindicación.

Reunidos los referidos requisitos de actualidad e identificación del autor del hecho punible antes de la confesión del procesado, es claro que se estructura la flagrancia dentro del marco conceptual preanotado y que la rebaja de pena impetrada no procede. 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,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Han entendido la doctrina y la jurisprudencia reiterada de esta Corporación que la determinación de cesar todo procedimiento, cuando quiera que aparezca claramente demostrada una cualquiera de las causales, es de naturaleza excepcional.

Auto Segunda Instancia. 6 de abril de 1989. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual no accedió a ordenar la cesación de procedimiento adelantado contra el doctor Excelino Cañón Pachón - Juez 2° Civil del Circuito de esa ciudad. F.F. Artículo 34 C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(2a. Instancia número 3648. Contra: Excelino Cañón. Prevaricato. T. S. Villavicencio).

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 14 de abril 4/89.

Bogotá, abril seis (6) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Por vía de apelación revisa la Corte la providencia calendada el quince (15) de diciembre pasado, mediante la cual el Tribunal Superior de Villavicencio –Sala Penal– no accedió a ordenar la cesación de procedimiento dentro del proceso adelantado contra el ex juez 2° Civil del Circuito de la misma ciudad, doctor Excelino Cañón Pachón.

Rituado el trámite propio del recurso de apelación y escuchado el parecer del señor agente del Ministerio Público, la Sala procede a desatar la alzada, previas las consideraciones que siguen:

I. Los hechos materia de juzgamiento:

La conducta por la cual se procesa al ex juez citado, consistió en impedir, por medio de providencias supuestamente contrarias a derecho, la tramitación de un incidente de levantamiento de secuestro de una maquinaria agrícola, en el proceso ejecutivo prendario que se adelantaba en su despacho, del Banco Industrial Colombiano contra Luis Felipe Velásquez.

Relata el denunciante que recibió poder del señor José Andrés Castañeda, para que solicitara el levantamiento del secuestro de un tractor y otros implementos agrícolas, secuestrados en el proceso citado.

Al memorial poder mencionado se contesta por auto del 19 de mayo de 1987, diciéndose que el Abogado deberá presentar el escrito de incidente respectivo, para darle el trámite de rigor, sin que se hubiese reconocido al doctor Aníbal Castro Serrano como apoderado de José Andrés Castañeda.

Posteriormente, el ocho (8) de mayo del mismo año, el apoderado de la parte demandante en el proceso ejecutivo, solicita al Juzgado el avalúo de los implementos embargados, cuyo reconocimiento pretendía el incidentalista Castañeda, solicitud que reposa en el cuaderno principal del proceso. En providencia del nueve (9) de junio, el Juzgado decreta el remate de los bienes embargados y señala fecha para que se proceda a la diligencia respectiva.

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión anterior, por el doctor Castro Serrano, se produce el auto del 25 de junio de 1987, por medio del cual se toman las siguientes resoluciones:

No se considera el recurso de reposición interpuesto, en consideración a que el auto objeto del recurso se profirió dentro del cuaderno principal y en este cuaderno, el recurrente no es parte; declara sin valor el auto del 9 de junio del mismo año, en razón a que los bienes objeto del remate decretado no habían sido avaluados, conforme lo dispone el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil; y decreta la nulidad de la diligencia de secuestro del tractor marca Internacional, color rojo, referencia 844S, practicada por comisionado el 10 de marzo de 1987, en consideración a que el automotor secuestrado no corresponde al mismo denunciado como de propiedad del demandado, por lo que el comisionado se excedió en los términos de la delegación, en consecuencia declara que el citado tractor queda libre de la medida cautelar.

En la misma fecha del auto anterior, se profiere auto en el cuaderno que contenía la solicitud del levantamiento de la medida cautelar (incidente de desembargo), absteniéndose el Juzgado de tramitar el incidente por Sustracción de Materia.

Contra la anterior determinación interpuso el abogado incidentalista recurso de reposición, el que no fue considerado: "...por las razones anotadas en el auto del 25 de junio del año en curso...".

Ante las razones del Juzgado por abstenerse de tramitar el incidente y oírse al apoderado de Castañeda, éste presente dos memoriales insistiendo en sus puntos de vista y en la legalidad de la petición, además de recordarle la necesidad de dar

cumplimiento a las mínimas garantías a que tenía derecho, tozudamente el Juzgado responde: "...El Juzgado rechaza los anteriores escritos de reposición que presenta el abogado Aníbal Castro Serrano, por las reiteradas razones expuestas en autos que anteceden", y ordena que se compulsen copias de la actuación surtida en el cuaderno principal y en el del incidente, para que el Tribunal investigue la conducta asumida por el abogado, por considerarla falta de respeto, injuriosa y contentiva de acusaciones temerarias.

Son en resumen los anteriores hechos, las razones por las cuales el Abogado Castro Serrano denunció al Juez Cañón Pachón y por los cuales el Tribunal Superior de Villavicencio (Meta), ordenó la apertura de la investigación en contra del funcionario denunciado.

II. Fundamentos del auto recurrido:

El Tribunal *a quo* consideró en la providencia recurrida por el procesado, que no procedía en este evento la orden de cesar todo procedimiento en favor del sujeto pasivo de la acción penal, toda vez que la prueba analizada y ponderada con detenimiento, no permite afirmar que el hecho imputado no ha existido o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad o que el proceso no podía iniciarse o proseguir.

En efecto, el *a quo* considera que con el Decreto de remate del tractor, indebidamente secuestrado se quiso impedir la tramitación del incidente que a través del proceso le fue negado al apoderado de Castañeda, quien demostró ser el legítimo propietario del automotor. Este hecho, no obstante las exculpaciones del ex juez denunciado, encuentra pleno respaldo probatorio en el proceso, por las siguientes razones:

a) Antes de que se presentara escrito de incidente de desembargo, aconsejado por el mismo juez en auto ya citado, y mediando solicitud del apoderado del Banco Industrial Colombiano de avalúo y nombramiento de peritos para el efecto, el Juez decreta el remate del bien objeto de la solicitud de entrega y de tasación, sin que se diera cumplimiento a los exigentes requisitos contemplados en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil, especialmente lo relativo al avalúo previo del objeto sujeto a remate;

b) No admite el *a quo* lo sostenido por el procesado, en cuanto que desconocía las irregularidades cometidas por el inspector comisionado para cuando se embargó un tractor diferente al que había sido denunciado como de propiedad del demandado, así como tampoco acepta que el procesado desconozca, hasta cuando decretó la nulidad, que quien había solicitado el embargo del tractor distinto del denunciado, había sido precisamente el abogado que representaba los intereses del Banco Industrial Colombiano, como quiera que en la misma diligencia practicada por el inspector comisionado, el profesional informa sobre la existencia de dicho automotor y el sitio donde se encontraba. Por manera que la nulidad de la diligencia, antes que la resolución del incidente, con el fin de no condenar en costas y perjuicios a la parte actora en el proceso ejecutivo, para no cometer una injusticia, no es más que un

argumento que carece de fundamento, ya que desde cuando aconsejó a Castañeda que debía iniciar incidente de desembargo, conocía la real situación;

c) Admite el Juez en su indagatoria que al decretar la diligencia de remate del tractor indebidamente secuestrado cometió una equivocación, puesto que desconocía que el tractor que se pretendía con insistencia por su propietario recuperar, no era el que había denunciado el demandante. El *a quo* con sentido crítico no acepta, como no lo podía hacer, que, no obstante las informaciones recibidas en el Juzgado, como por ejemplo el inicial memorial mediante el cual el señor Andrés Castañeda solicita la entrega de su maquinaria, la presentación del escrito de incidente a cargo del abogado denunciante y la continua interposición de recursos contra los inauditos autos del Juzgado Civil del Circuito, pretenda el funcionario acusado, desconocer que el objeto de la medida cautelar no correspondía al denunciado, y mientras tanto, en un obrar que "se ubica en los linderos de la intencionalidad de producir un resultado nocivo o contrario al tercero perjudicado con el secuestro...", le cierra el paso, no tramitando como era debido el incidente solicitado;

d) Sostiene el procesado en su indagatoria que no tramitó el incidente de desembargo, en razón a que el actor no había solicitado el embargo y secuestro del tractor y que tampoco el Juzgado había decretado la medida cautelar en relación con el tractor que no pertenecía al demandado, por lo que optó por declarar la nulidad de la actuación del Inspector comisionado, sin explicar por qué y con fundamento en qué hecho, lo anota el Tribunal en el auto recurrido, con anterioridad, mediante el auto del 19 de junio, había ordenado que para tramitar el incidente era menester que el tercero, supuestamente perjudicado, presentara por intermedio de su abogado, el correspondiente escrito de solicitud del levantamiento de la medida cautelar, para resolverse a través del correspondiente incidente.

Para el *a quo* queda la impresión de que no desconocía el juez Cañón Pachón, que la omisión en el trámite del incidente del levantamiento del secuestro del bien irregularmente cobijado por la medida cautelar, impedía demostrar plenamente quién era el verdadero poseedor del bien para dejarlo en su poder y que al privar al tercero (José Andrés Castañeda) de la oportunidad de demostrar la posesión del tractor en el incidente, también lo privaba de exigir la entrega del mismo. Y en efecto, decretada la nulidad de la diligencia del Inspector comisionado, el juez acusado, ordenó la entrega del tractor a la persona que la tenía en el momento de la diligencia nula, sin que se hubiese preocupado por notar a través de la condena en costas y perjuicios al causante de la denuncia del bien irregularmente secuestrado;

e) Critica y no sin razón el *a quo*, como lo hará en su oportunidad el Ministerio Público, el juego impropio que el Juez denunciado, le dio a los cuadernos de que está conformado el proceso, pues también se extraña que el tercero que reclama un derecho, pueda ser parte en el incidente propuesto, solamente en el cuaderno en donde se adelante éste, impidiéndole conocer y oponerse si fuera el caso, a las decisiones que siéndole lesivas, se profieran en otro cuaderno, incluso como se puede constatar en el expediente, con decisiones de la misma fecha, en uno y otro cuaderno, a las cuales podía tener acceso el incidentalista parcialmente, puesto que

siempre uno de los cuadernos le estaba vedado. No era parte en él, aun cuando sí lo fuera en otro.

III. Concepto de la delegada:

Al descorrer su traslado el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, impetra de la Corte la confirmación del auto atacado por el procesado, fundamentando su criterio con argumentos que por su seriedad y análisis comparte la Sala.

Luego de un detenido examen del proceso civil adelantado por el funcionario encartado, considera el Ministerio Público que de manera inequívoca se evidencia la intención del fallador de: "...privar al tercero, José Andrés Castañeda Garzón de la oportunidad de obtener el desembargo de un tractor de su propiedad, pedimento llamado a prosperar como quiera que el interesado había presentado las facturas de compra de tal implemento agrícola y estaba en capacidad de demostrar su derecho de propiedad sobre el mismo".

De otra parte, señala el colaborador fiscal que, las explicaciones dadas por el procesado en su indagatoria antes que contener circunstancias exculpativas, comprometen gravemente la responsabilidad penal del encartado, hasta el punto de sostener que el doctor Cañón Pachón o desconoce por completo el tema que decidía o "pretende torpemente engañar a la justicia".

IV. Se concluye por la Sala:

Evidentemente el desarrollo del proceso ejecutivo que originó la denuncia es pródigo en irregularidades de orden procedimental, como lo entendiera la Sala Civil al ordenar se adelantara el incidente propuesto por un tercero que se decía perjudicado con una medida cautelar e igualmente rico en actuaciones judiciales que ameritaban investigación penal, como así lo consideró la Sala de Decisión Penal del Tribunal, al ordenar la apertura del proceso en contra del funcionario acusado, con la finalidad de determinar si dichas actuaciones merecen reproche jurídico-penal.

Ha entendido la doctrina y la jurisprudencia reiterada de esta Corporación que la determinación de cesar todo procedimiento, cuando quiera que aparezca claramente demostrada una cualquiera de las causales, es decisión de naturaleza excepcional, en cuanto que ejecutoriada, impide el cumplimiento de las metas propuestas en el proceso penal, la calificación del mérito del proceso o el proferimiento de la sentencia a que haya lugar, como ordinariamente debe desarrollarse; de tal manera que para que tenga ocurrencia ese agotamiento prematuro del proceso, es indispensable y la norma legal así lo exige (artículo 34 C. de P.P.), "que las pruebas en que se funde la determinación muestren por sí mismas, en forma plena o completa, esto es evidentemente, la inutilidad del adelantamiento de la investigación o del juicio..." (Auto, C.S.J. nov. 12/81).

Así las cosas, la expresión contenida en el artículo 34 citado, en relación con la exigencia de demostración plena de que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente en antijuridicidad o de culpabilidad, o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse, impide que, ante cualquier duda u

oscuridad que desdibuje y haga borrosa su prueba y aun la simple posibilidad de que el motivo pueda ser posteriormente desvirtuado, debilitado o eliminado, se dé aplicación a la medida excepcional de agotar el proceso, debiéndose en consecuencia, continuar con el adelantamiento de la acción, bien para que se califique el sumario o si es el caso para que se dicte la sentencia correspondiente.

Ante la evidencia procesal, no puede afirmar la Sala que en el presente caso el hecho no ocurrió en la realidad, pues existe un mínimo de prueba que señala la ocurrencia de un evento supuestamente delictivo; y no puede afirmarse, sin equivocación alguna, que el único comprometido en este proceso no haya participado al menos, en la realización de la actuación que se investiga por aparecer como reprochable.

La actuación del funcionario, calificada provisionalmente como prevaricadora, permite a la Sala descartar la posibilidad de atipicidad, sea ella absoluta o relativa, pues el comportamiento atribuido al denunciado está recogido en una descripción abstracta, quedando por establecer aún si en dicho comportamiento se reúnen los elementos integradores del tipo penal de prevaricato, o si por el contrario se demuestra la ausencia de uno cualquiera de ellos (sujetos, objetos, conductas, etc.).

De otra parte no se insinúa al menos por ahora la presencia de circunstancias excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad en el comportamiento del juez, como no sea la asomada furtivamente por él, consistente en el error, que desvirtúa el mismo al sostener que su obrar, contra lo decidido para cuando se le ordenó tramitar conforme a derecho el incidente de desembargo por el superior, se ajustó a derecho e insista que el desarrollo que le dio al proceso está desprovisto de equivalencia con las normas del procedimiento civil a que estaba obligado, habiendo corregido las irregularidades que noto y que se tradujeron en la declaratoria de nulidad de la diligencia practicada por el comisionado y de la orden de remate, sin el lleno de las formalidades legales (artículo 523 del C.P.C.). De todas maneras, lo que no puede confundir el doctor Cañón Pachón es el error con la ignorancia, pues el primero constituye un concepto equivocado o falso sobre algo, al paso que el segundo consiste esencialmente en falta de conocimiento sobre el hecho de que se trata. Al respecto la Corte comparte las apreciaciones del procurador delegado, cuando sostiene:

"En efecto, cuando se le pidió explicara por qué no había reconocido personería al doctor Castro Serrano, habiendo presentado personalmente ante ese Juzgado don José Andrés Castañeda el memorial-poder respectivo y en vez de ello, había proferido un auto contentivo de una piadosa sugerencia, contestó el acusado, que precisamente los recursos habían sido instituidos para aquellos eventos en que los abogados no estuviesen conformes con las decisiones del juez".

"El doctor Cañón Pachón conocía perfectamente que en nuestro ordenamiento procesal civil, son muy escasas las providencias susceptibles de ser atacadas por la vía de la apelación. Entre ellas no se encuentra el famoso auto del 19 de mayo de 1987; pero si se hubiese pronunciado sobre la personería otorgada al doctor Castro Serrano, este proveído sí hubiese podido ser recurrido en apelación. Pero como las pretensiones del fallador eran cerrarle el paso al tercero, optó la irregular vía que conocemos".

"Para tratar de justificar sus reiteradas negativas a permitir las actuaciones del doctor Castro Serrano dentro del cuaderno principal, adujo el doctor Cañón Pachón

que '...un presunto tercero no puede intervenir en la causa principal porque no es ni demandante ni demandado, ni apoderado, de alguna de estas partes, solamente tiene derecho a intervenir en su incidente que propuso...' "

"Un funcionario de la brillante trayectoria del doctor Cañón Pachón, con más de quince años de experiencia en todos los niveles de la administración de justicia, no puede desconocer el artículo 125 del C.P.C., en donde se predica que el expediente es uno solo, cualquiera sea el número de cuadernos integrantes. Sería absurdo por tanto, que se pudiese intervenir en determinado cuaderno y en otro no, como si se tratase de expedientes separados".

"Todos los procesalistas lo saben y el doctor Cañón Pachón, como juez especializado no podía ignorarlo, que la limitación impuesta al tercero es temporal, mas no espacial. Puede actuar mientras dure el incidente donde es interesado, mas en este lapso de tiempo por su actividad bien puede desplegarse a todos los cuadernos del expediente, porque éste Es uno Solo".

La acción penal podía iniciarse y en este momento procesal, no solamente puede, sino también debe proseguirse, puesto que no existe en el proceso causal alguna de extinción, legalmente autorizada por la ley, que permita ponerle fin, sin perjuicio de que si antes de concluir como ordinariamente debiera el proceso, se da la ocurrencia de motivo que demuestre la inutilidad de su terminación, se ponga fin al proceso por esta vía.

Se concluye entonces, que ningún elemento de juicio hasta ahora aportado al expediente, permite dar pábulo a la tesis esgrimida por el acusado con el propósito de obtener una cesación de procedimiento por la vía de la inexistencia del hecho punible.

Las anteriores argumentaciones imponen la confirmación del auto recurrido por el procesado.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR en todas sus partes la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Jaime Giraldo Angel, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA

La competencia para solucionar conflictos que se susciten entre "la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de orden público", ha de entenderse referida a aquellos eventos en los que los jueces discutan su jurisdicción en relación con la materia, no simplemente con el territorio.

Auto Colisión. 6 de abril de 1989. Se abstiene de dirimir colisión de competencia entre el Juzgado 2° Especializado de Buga y 5° de Orden Público de Cali.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3631. Colisión de competencias. Procesado: Antonio Salazar Sánchez. Delito: Amenazas personales).

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 014 del 4 de abril de 1989.

Bogotá, seis (6) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte la colisión de competencias trabada entre los juzgados 2° Especializado de Buga y 5° de Orden Público de Cali.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El señor José Octavio Guerrero Morales denunció penalmente al señor Antonio Salazar Sánchez, a quien acusó de proferir amenazas de muerte en su contra y otros actos de intimidación hacia él y su familia.

De estos hechos conoció inicialmente el Juzgado 5° de Orden Público de Cali quien ordenó la práctica de una indagación preliminar en auto del veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Culminada esta investigación previa, el Juzgado mencionado profirió decisión del veintisiete (27) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en la cual

se niega a continuar conociendo del asunto en atención a que su competencia está restringida al territorio de su distrito judicial (Cali), sin que pueda extender su acción a distritos diversos como en este caso correspondería en razón al sitio de ocurrencia de los hechos (Buga). Afirmó además el Juez de Orden Público que la competencia radica en los Jueces Especializados, en razón del mandato contenido en el artículo 1° del Decreto 333 de 1988.

Repartidas las diligencias al Juzgado 2° Especializado de la ciudad de Buga, éste no aceptó las razones de quien remitió el proceso, resaltando que la norma del Decreto 333 de 1988 invocada sólo puede ser de recibo frente a los jueces "que hasta la fecha de expedición de los mencionados Decretos (el 180, 181 y 261 de 1988, aclara la Sala) tenían la respectiva competencia"; como quiera que el delito que dio pie a la actuación fue de creación por parte del Decreto 180 de 1988, mal puede pensarse que antes de esta disposición algunos funcionarios judiciales tuvieran competencia para investigar o adelantar procesos por tal clase de hechos.

Consideraciones de la Corte:

Debe reconocerse que el delito de "Amenazas Personales y Familiares" es una figura típica cuya descripción se introdujo en la legislación colombiana a través del Decreto 180 de 27 de enero de 1988 (Capítulo II, artículo 26). Y si es así, de conformidad con las prescripciones del art. 2° inciso 2° del Decreto 181 de 1988, su juzgamiento corresponde en primera instancia a los Jueces de Orden Público creados en virtud del Decreto 1631 de 1987.

Por otra parte, debe advertirse que el conflicto de competencias si bien se ha trabado entre un Juzgado Especializado y uno de Orden Público, la discusión no se ha referido en momento alguno a la tipificación del hecho denunciado, sino que ambos, en diversas manifestaciones, aceptan que la conducta denunciada se subsume dentro del tipo penal del artículo 26 del Decreto 180 de 1988, esto es, que tanto el uno como el otro actúan como jueces de una misma especialidad: la de orden público.

Así las cosas, la Sala se declarará inhibida para resolver la colisión planteada en atención a que no corresponde a ella su solución, sino al Tribunal Superior de Orden Público, de conformidad con las previsiones del artículo 97 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal, que establece que los conflictos de este orden deben resolverse por el Juez o Tribunal inmediatamente superior, esto es, quien en el rango subsiguiente de la jerarquía tiene atribución funcional respecto de quienes han planteado el problema.

Es que, la competencia para solucionar los conflictos que se susciten entre "la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de Orden Público" que atribuye a la Corte Suprema de Justicia el artículo 16 del Decreto 474 de 1988, ha de entenderse referida a aquellos eventos en los que los jueces discutan su jurisdicción en relación con la materia, no simplemente con el territorio, si ellos –como en el caso presente– están de acuerdo en que la conducta delictiva es recogida por las normas especiales del Decreto 180 de 1988.

En consecuencia, se remitirán las diligencias al Tribunal Superior de Orden Público para lo de su competencia.

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:

ABSTENERSE de dirimir la colisión de competencias planteada entre el Juzgado 2° Especializado de Buga, y el 5° de Orden Público de Cali.

VAYAN las diligencias al Tribunal Superior de Orden Público, a quien compete desatar el conflicto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA. RECURSO

La ley procesal penal sólo otorga a las partes la facultad de iniciar el conflicto cuando oficiosamente no lo hace el funcionario, sin que una vez trabado el incidente puedan entorpecerlo o dilatarlo con la interposición de recursos.

Auto Colisión. 11 de abril de 1989. Se abstiene de resolver la reposición contra una providencia anterior, que decidió colisión de competencia entre la Justicia Penal Militar y la Justicia de Orden Público. Artículo 95 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3614. Averiguación homicidio múltiple en Segovia).

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 15 del once (11) de abril de 1989.

Bogotá, once (11) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El señor coronel Alejandro Londoño Tamayo y su apoderado interpusieron el recurso de reposición contra la providencia de fecha febrero 15 del presente año, mediante la cual esta Corporación resolvió la colisión de competencias suscitada entre la Justicia Penal Militar y la Justicia de Orden Público, y por hechos ocurridos en el municipio de Segovia el once de noviembre del año pasado.

CUESTIÓN PREVIA. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO:

En forma reiterada ha venido sosteniendo esta Corporación que la decisión que dirime una colisión de competencias se adopta de plano y no es susceptible de recurso alguno.

La ley procesal penal reglamenta en sus artículos 95 a 102 en forma plena la materia y sólo otorga a las partes la facultad de iniciar el conflicto cuando oficiosamen-

te no lo hace el funcionario, sin que una vez trabado el incidente, puedan entorpecerlo o dilatarlo con la interposición de recursos.

Al señalarle la ley un trámite propio al incidente, ha puesto de manifiesto el propósito de excluir de él, la intervención de cualquiera de las partes, pues ha querido que los organismos judiciales resuelvan lo pertinente, sin que exista la posibilidad de interponer recursos o coadyuvar la posición de uno cualquiera de los funcionarios comprometidos en el conflicto.

Es entonces una facultad omnímoda del Juez "que se muestra ajena a intereses particulares y trasciende más a una órbita de celeridad y absoluta neutralidad".

Se ha venido admitiendo sin embargo, la interposición de recursos, pero sólo contra aquella decisión del juez por la cual se abstiene de promover a otro funcionario la colisión, porque hasta ese momento no se ha iniciado el conflicto. Pero, trabado éste, debe someterse el incidente a la ritualidad que la ley le señala, dentro de la cual no está contemplada la intervención de las partes.

Este criterio está concebido en los siguientes términos:

"Conviene señalar también que, según manda el art. 98 del C. de P.P., cualquiera de los sujetos procesales pueden suscitar la colisión de competencias, por medio de memorial dirigido al Juez que esté conociendo del proceso, o al que considere competente para dicho conocimiento".

"Y si el funcionario deniega la provocación, el respectivo auto es susceptible de los recursos ordinarios. Pero si acepta la incitación y promueve el conflicto, hasta ahí va la actuación del solicitante porque el Código señala de manera integral la tramitación, excluyendo las impugnaciones" (Auto de febrero 16 de 1988 - M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Este modo de pensar, se ratifica en providencia del 19 de octubre de 1988, cuando la Corte con ponencia del H. Magistrado Mantilla Jácome, se abstuvo de resolver el recurso de reposición que se interpuso contra el auto que dirimió una colisión de competencias, en caso similar al que hoy ocupa la atención de la Sala. Se dijo entonces:

"Encuentra la Sala, que la Colisión de Competencias regulada en el Código de Procedimiento Penal en el Capítulo VII del Título II del Libro Primero, artículos 95 a 102, tiene en estas normas integral tramitación sin que admita impugnaciones la providencia que la resuelve.

"El señalamiento de manera integral de la tramitación de la Colisión de Competencias por el Código de Procedimiento Penal, excluye las impugnaciones, lo mismo se deduce del trámite sumario y rápido, recuérdese su resolución de plano y el corto término que se tiene para decidir, además, debe anotarse que el Código de Procedimiento Civil en su artículo 140 dispone que "el auto que decida el conflicto no es susceptible de recursos".

No encuentra en consecuencia la Corte razón valedera para modificar su jurisprudencia sobre la materia y por el contrario la mantiene y respalda, pues

interponer recursos contra la providencia que decide la colisión es procedimiento que no prevé ni autoriza nuestra ley.

Por estas razones la Corte, debe abstenerse de resolver el recurso de reposición interpuesto.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto del quince de febrero del presente año, por ser improcedente.

Cópiese y notifíquese.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CONCIERTO PARA DELINQUIR

El Concierto para Delinquir exige asociación concreta y permanencia de varias personas para cometer infracciones en forma indeterminada (Artículo 186 del C.P. y artículo 7° del Decreto 180 de 1988).

Auto Colisión. 11 de abril de 1989. Dirime colisión de competencia entre el Juzgado 5° de Orden Público de Neiva y el 3° Penal Municipal de Pitalito.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión de Competencias 3753. Jesús Olmedo Gutiérrez Caferino).

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 015.

Bogotá, abril once (11) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Se ha planteado colisión negativa de competencias entre el Juzgado 5° de Orden Público de Neiva y el 3° Penal Municipal de Pitalito sobre el conocimiento del proceso por delito de hurto contra Jesús Olmedo Gutiérrez Caferino y otros, en perjuicio de Ismery Rojas de Triviño y su cónyuge en hechos ocurridos en jurisdicción del último distrito.

Por tratarse de controversia trabada con funcionario de la jurisdicción de orden público y conforme a las normas generales (artículo 16 Decreto 474/88, art. 68, nl. 6°), corresponde a la Corte la decisión que debe adoptarse.

HECHOS Y ANTECEDENTES:

Al finalizar la tarde del 3 de enero de 1989, se presentaron a la casa de Ismery Rojas de Triviño, ubicada en la vereda "Resiñas" del municipio de Pitalito (Huila), Jesús Olmedo Gutiérrez Caferino –posteriormente identificado como soldado voluntario del Batallón Magdalena en el grupo de contraguerrillas– y otros dos hombres

desconocidos, quienes haciéndose pasar como integrantes de un movimiento subversivo y mediante intimidación con armas despojaron a la mujer de la suma de $235.000 en dinero efectivo, su reloj y la chaqueta de su marido en la cual se encontraban los documentos de identificación de éste.

Advertidos los moradores de la región, lograron después de vigilancia y diversos movimientos, habiendo sido dos de ellos por los maleantes, capturar al mencionado procesado, a quien pusieron a órdenes de las respectivas autoridades.

Iniciada la investigación por el Juzgado 3° Penal Municipal de Pitalito se oyó en indagatoria al sindicado con base en la cual y en las declaraciones de personas que intervinieron en su captura y de quienes los vieron merodeando por la región, dispuso su detención por extorsión y ordenó su remisión por competencia al Juez 24 Especializado con sede en la misma ciudad. Este devolvió el proceso por considerar que se trataba de hurto.

Cumplidas otras diligencias por el Juzgado Municipal, por estimar que existía concierto para delinquir dispuso el envío del asunto por competencia al Juzgado de Orden Público con advertencia de promover colisión de competencias si no se admitiere así. Y habiendo correspondido el proceso al Juzgado 5° de dicha jurisdicción, la aceptó y con exposición de las razones pertinentes dispuso el envío a esta Corporación para la definición respectiva.

RAZONES DE LOS FUNCIONARIOS PARA RECHAZAR LA COMPETENCIA:

Anota el Juez Penal Municipal que el detenido es persona de alta peligrosidad y se encuentra desvirtuada su explicación de que fue obligado por sus compañeros para cometer el delito y lo realizó además en pleno uso de sus facultades. Actuaron los asaltantes con armas de fuego y con peligro de la vida de los integrantes de la vivienda e infringieron el art. 7° del Decreto 180 de 1988 –con la agravación del literal d del artículo 2° por pertenecer a las Fuerzas Armadas "...y creando pánico y terrorismo en los vecinos de la precitada vereda..." Además, como Gutiérrez Caferino fue llamado o solicitado para realizar un secuestro, se presume que sus compañeros son "...parte de un grupo de sicarios de una organización terrorista..." ya que también portaban armas de fuego.

Existe por tanto concierto para delinquir, por lo cual se ordenó remitir las diligencias al Juez de Orden Público con proposición de colisión.

El Juzgado 5° de orden público de Neiva, al rechazar el conocimiento y aceptar la colisión advierte que el concierto para delinquir requiere el acuerdo para cometer delitos indeterminados, no sólo en su especie sino en sus circunstancias y debe ser permanente. Y en el concierto para delinquir que contempla el artículo 7° del citado Decreto se hace alusión al que forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista, incluyéndose el elemento subjetivo de la finalidad expresada y en el segundo caso no se requiere haber actuado con tal propósito.

Para que la conducta se pueda calificar de terrorista, agrega, debe establecerse esta finalidad que se halla dirigida contra las instituciones democráticas o busque producir alarma, zozobra por perturbar el orden público, atentar contra personas

calificadas, lo cual no aparece en el caso examinado, ya que no se demuestran los elementos de concierto, sin que deba deducirse por el solo porte de armas; y el hecho delictivo se comprende dentro de la figura del hurto agravado dadas sus modalidades, no tiene cabida en el estatuto sobre terrorismo, pues, quienes actúan con este fin proceden con el ánimo de perturbar la tranquilidad o la paz ciudadana o de satisfacer su personalidad inclinada al delito.

Así, al rechazar su competencia, dispuso el envío de las diligencias para la definición por esta Corporación.

SE CONSIDERA:

Como aparece de lo expuesto, la colisión se plantea en torno a la infracción que constituyen los hechos denunciados, pues el Juzgado Municipal afirma la configuración de Concierto para Delinquir que ubica el reato dentro del estatuto del Decreto 180 de 1988 y el Juez de Orden Público sostiene que sólo existe hurto, correspondiente a la competencia de aquel funcionario.

De acuerdo a las normas pertinentes y la doctrina y jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el Concierto para Delinquir exige asociación concreta y permanencia de varias personas para cometer infracciones en forma indeterminada. Así se desprende de la definición legal (art. 186 C.P.) con la cual resulta acorde el art. 7° del Decreto 180 de 1988 al contemplar esta infracción respecto a quien forme parte de un grupo de sicarios o de una organización terrorista, lo cual supone dichos caracteres de asociación, permanencia e indeterminación respecto a los ilícitos que pueden cometerse.

En relación con esta figura delictiva ha expresado esta Sala –aunque con referencia a legislación anterior– lo siguiente que resume los elementos de la misma:

"... Pero basta una ojeada al expediente para cerciorarse de que de autos se dan todos los elementos que tanto el estatuto de seguridad como el anterior Código Penal y el nuevo, han requerido como fundamentales en esta figura (Asociación para Delinquir), a saber, la presencia de un número plural de individuos (dos o más), su unión más o menos permanente, y el propósito común de cometer delitos, no determinados de antemano en sus específicas características, es decir, sin que se trate de un cierto y determinado ilícito porque entonces se estaría dentro de las formas de cooperación delictuosa" (Mayo 6/82. Mag. Romero Soto).

"No aparece claro que los denunciados hayan cometido el delito de Concierto para Delinquir pues la presencia de un número plural de personas en la realización de un hecho punible no estructura este delito; se requiere, además, una cierta permanencia de asociación, ya que el acuerdo que no tiene esta característica es simplemente una forma de coparticipación" (feb. 16/84. Mag. Aldana Rozo).

Examinados los hechos de acuerdo con los elementos de prueba existentes, se considera que no está demostrado el concierto afirmado por el Juzgado Municipal. La circunstancia de que se desvirtuara la explicación del procesado de haber actuado presionado por los otros autores del hecho, su actuación en uso de sus facultades, como también el empleo de armas con peligro para las personas afectadas con estos actos

ilícitos, no son motivos suficientes para presumir el acuerdo entre los autores del hecho para realizar infracciones en forma indiscriminada, ni que se pretendiera crear pánico entre los habitantes o vecinos de la región en que se perpetró el delito.

Como tampoco puede llegarse a tales deducciones por la sola afirmación del detenido, en cuanto que fue requerido para realizar un secuestro o que se tratara de un grupo de sicarios o de organización terrorista.

El hecho, por tanto, como se desprende de lo establecido hasta ahora en autos, debe considerarse como una infracción contra la propiedad, hurto, agravado por las circunstancias especiales en que se realizó de acuerdo con la definición legal respectiva. Sin que ante esta situación sea viable sostener la existencia del Concierto por haber usado armas los antisociales que cometieron el ilícito o por la alarma que su acto produjo en la vecindad y que condujo a la captura de uno de aquellos.

En consecuencia, debe asignarse el conocimiento a la jurisdicción ordinaria, en este caso al Juzgado Municipal.

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

RESUELVE:

DIRIMIR el conflicto de competencias planteado en el sentido de asignar el conocimiento de este proceso al Juzgado 3° Penal Municipal de Pitalito (Huila) al cual se remitirá el expediente.

Envíese copia de esta providencia al Juzgado 5° de Orden Público de Neiva para su conocimiento.

Notifíquese y cúmplase,

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

RECUSACION

La recusación debe proponerse con indicación de los motivos correspondientes, causal y pruebas que sustenten sus aseveraciones, actuación que puede realizar en cualquier momento del trámite procesal.

Auto Recusación. 18 de abril de 1989. Se abstiene de resolver sobre la recusación propuesta contra el doctor Néstor E. Perozzo, Magistrado del Tribunal Superior de Cúcuta. Aclaración de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas

---

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Recusación número 3784. Néstor Perozzo).

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.*

Aprobada Acta número 015 (ab. 11/89)

Bogotá, abril dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Se ha remitido a la Corte el proceso por el delito de prevaricato contra el ex Juez Promiscuo Municipal de Los Patios (N. de Santander) doctor Carlos Eduardo Ramírez Yáñez, para resolver la recusación propuesta por el acusado contra el Magistrado de la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Cúcuta doctor Néstor E. Perozzo, quien mediante auto de 1° de marzo pasado al rechazar la existencia de motivo para su separación, dispuso el envío de las diligencias para la definición por esta Sala de conformidad con las normas procesales (art. 112 C. de P.P.).

ANTECEDENTES:

Al rendir indagatoria el procesado Ramírez Yáñez expresó:

"...Teniendo en cuenta que el Magistrado Ponente en este proceso es el doctor Néstor Elí Perozzo y que a él lo vinculé en proceso que se me sigue por la denuncia formulada por la doctora Gladys Montes de Peñaranda en la cual en una u otra forma

a él lo vinculó como testigo de oídas, yo solicito que en aras de la imparcialidad que debe existir se declare impedido para seguir conociendo de esta investigación toda vez que en la investigación en referencia cuando fui citado a la indagatoria yo manifesté que la doctora Montes de Peñaranda me dijo que me hacía echar del poder judicial y que a ella le quedaba fácil porque era muy amiga del doctor Perozzo, quien le debía un favor. Esta afirmación consta en el proceso. Yo considero que el doctor Perozzo no me debe mirar con buenos ojos por razones elementales".

El Magistrado mencionado al examinar el proceso anota que se adelanta por denuncia de Simón Granados en relación con irregularidades en el trámite de juicio de lanzamiento promovido en su contra por Marcela Vargas de Rodríguez. Agrega que el artículo 104 del estatuto procesal penal contempla la posibilidad de recusación al funcionario por cualquiera de los sujetos procesales, la que se propone por escrito ante el Juez del conocimiento con las pruebas y fundamentación correspondientes.

Observa que cuando el Juez acusado pide al Magistrado declararse impedido, propone en realidad recusación, pero sin precisar ninguna de las causales legales (artículo 103 Código citado) y que se requieren las pruebas de rigor para analizar la situación, enterándose sólo al revisar el proceso de la referencia que a él hizo el Juez procesado en otra investigación en su contra, así como de "sus subjetivas apreciaciones", sin aportar documentación alguna; por lo que no acepta la recusación por carecer de requisitos mínimos procesales y ordena el envío a la Corte para que se resuelva.

SE CONSIDERA:

1. Se procede a adoptar la decisión de plano conforme a la norma procesal.

2. *Se advierte en primer término que al hacer su manifestación el Juez acusado solicita al Magistrado se declare impedido por las razones que expresa.*

Lo anterior implica una petición inadecuada, pues conforme a las normas los impedimentos se proponen o presentan directamente por los funcionarios que deban intervenir en un asunto en el que estimen que exista motivo para su separación por contemplarse como causal de recusación lo cual es de su obligación manifestar para los efectos pertinentes (art. 105).

Si no lo hicieren así o si algunas de las partes estiman que existe fundamento para que el funcionario respectivo se abstenga de intervenir por estar comprendido en algunas de las causales legales previstas para su separación, debe proponer la recusación con indicación de los motivos correspondientes, causal y pruebas que sustenten sus aseveraciones (art. 104), actuación que pueden realizar en cualquier momento del trámite procesal sin limitación alguna.

3. En el presente caso, debe entenderse que el procesado propone en esta forma indirecta recusación –si bien en forma inadecuada– pues se limita a hacer referencia a proceso distinto en el que se hicieron por determinada persona manifestaciones que en su sentir afectan la imparcialidad del Magistrado. Pero entendida su alusión como recusación ésta resulta indebidamente planteada ya que ni se enuncia la causal legal ni tampoco se acompañan pruebas como lo advierte el funcionario mencionado, sin que en tales condiciones, pueda admitirse que exista base para separarlo del conocimiento.

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

RESUELVE:

Inhibirse de resolver el recurso propuesto en este asunto en relación con el doctor Néstor E. Perozzo.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para la prosecución del trámite.

Cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas (aclaración de voto).

Marino Henao Rodríguez
Secretario

ACLARACION DE VOTO. RECUSACION

No se puede pensar en la existencia de una recusación: a) Si no es presentada por escrito; b) Si no se allegan las pruebas demostrativas del mismo, y c) Si no se motiva la petición.

Recusación número 3784. Néstor Perozzo. Dr. Edgar Saavedra Rojas

---

ACLARACIÓN DE VOTO:

(Rad. número 3784. Recusación. Procesado: Néstor Perozzo. M.P. Doctor Guillermo Dávila Muñoz. Aprobado Acta número 015 del 11 de abril de 1989).

Estando de acuerdo debo manifestar las razones que en la parte motiva me separan de la decisión mayoritaria de la Sala.

La institución de los impedimentos y recusaciones surge conforme al criterio de Carrara en los albores del proceso acusatorio cuando ya comienza a reconocérsele al delito y al proceso características públicas y sociales. Si es el pueblo mismo o una parte de él quien decide, las partes pueden escoger sus propios jueces y oponerse a aquellos que no les garanticen por cualquier motivo la más absoluta imparcialidad.

Pero, por la importancia que el legislador contemporáneo le ha dado a la institución, puesto que sus consecuencias son trascendentales, ya que se trata de separar del conocimiento de un proceso a un juez de la República, lo ha revestido de especiales formalidades en el artículo 104, donde se establece claramente que la recusación deberá proponerse "...por escrito, ante el juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde..."

Se pretende con estas exigencias que personas con fines no muy ceñidos a la ley y a la ética puedan torpedear el proceso penal recusando jueces, simplemente con el propósito de entorpecer las diligencias.

Por esa misma razón el Nuevo Código establece sanciones graves para quien no se declara impedido oportunamente o para el recusante temerario.

Es evidente que si se trata de una institución que procura garantizar la imparcialidad, no existen límites temporales para interponerla, pero sí es lógico que debe ser con el respeto a las formalidades legales.

En las condiciones anteriores no se puede pensar en la existencia de una recusación: a) Si no es presentada por escrito; b) Si no se allegan las pruebas demostrativas del mismo, y c) Si no se motiva la petición.

De los señores magistrados,

Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra.*

INVESTIGACION. OBJETO

Es uno de los fines de la investigación, por mandato del artículo 360 del C. de P.P., establecer "si se ha infringido la ley penal", lo cual significa que ésta no se adelanta para esclarecer determinado tipo penal, sino para investigar los hechos y de conformidad con ellos sí proceder a su calificación.

Auto Unica Instancia. 20 de abril de 1989. Cesa el procedimiento adelantado contra el doctor Guillermo Rojas Gómez. Magistrado del Tribunal Superior de Tunja. F.F. Artículo 360 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Unica Instancia número 2216. Contra: Guillermo Rojas G. Delito: Contra la administración pública).

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 15-IV-11/89.

Bogotá, abril veinte (20) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Califícase el mérito del sumario que se sigue contra el doctor Guillermo Rojas Gómez, en calidad de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, a quien se le imputa la comisión de un posible delito contra la administración pública.

HECHOS:

1. Posesionada como Juez Promiscua Municipal de Villa de Leiva la doctora Elizabeth Suárez, venía desempeñándose como secretaria del Despacho la señora María Dolores Galvis de Soltis en forma que la funcionaria consideró irregular, por cuanto pudo constatar la ausencia frecuente de su subalterna para tomar tinto con particulares, empleados de otros juzgados y con personas interesadas en procesos que se tramitaban en ese despacho; así mismo, el interés que demostraba la empleada en

atender a determinados profesionales que acudían como partes y la forma despótica como trataba a las demás personas.

2. Estos hechos unidos a una injustificada incapacidad médica, el no firmar algunas diligencias y el irrespeto a la dignidad del Juzgado cuando particulares concurrían a cobrarle cánones atrasados de arrendamiento, motivaron a la funcionaria a llamarle la atención verbalmente y por escrito a la señora Galvis de Soltis, sin obtener cambio favorable alguno en el comportamiento reprochado y por el contrario, un total desprecio por las funciones encomendadas.

3. En estas condiciones, por considerar la doctora Sáenz Suárez que la conducta de la secretaria ocasionaba "perjuicio grave para el servicio", por resolución 002 de 16 de diciembre de 1981 dio aplicación al artículo 199 del Decreto 1660 de 1978, suspendiendo provisionalmente a la subalterna, sin derecho a remuneración, por 90 días y mientras la Procuraduría adelantaba la investigación correspondiente, la cual fue solicitada en la misma resolución.

4. Adelantada la investigación disciplinaria por la Procuraduría, por Resolución 018 de 8 de marzo de 1982, solicitó a la Juez sancionara la secretaria Galvis de Soltis, petición a la cual accedió la funcionaria al proferir la Resolución 002 de 12 de marzo de 1982 que dispuso la suspensión por 90 días contados desde el 16 de diciembre de 1981 hasta el 16 de marzo de 1982, es decir, que el tiempo de la sanción se hizo coincidir con el impuesto en la suspensión provisional.

5. Una vez reintegrada al cargo la secretaria, la Juez dictó la Resolución 004 de 30 de marzo de 1982, mediante la cual con base en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978, nuevamente, dispuso la suspensión provisional de la señora Galvis de Soltis por 90 días, solicitando a la Procuraduría se investigara lo relativo a unos títulos valores que encontró en el escritorio de la secretaria mientras cumplía la primera suspensión.

6. Cumplida la investigación, la Procuraduría dispuso el archivo de las diligencias por no encontrar mérito para solicitar sanción contra la subalterna, por haberse establecido que dos de esos cheques de poco valor eran de la doctora Magdalena Mojica, anterior titular de ese juzgado, quien se los había regalado a su ex empleada, y los otros títulos se encontraban en poder de la señora Galvis de Soltis por descuido, pues correspondían a actuaciones terminadas y estaban para su archivo o devolución, según el caso.

7. En razón a que la Procuraduría consideró que la sanción impuesta por la juez a su secretaria en Resolución 002 de 12 de marzo de 1982 había sido "demasiado severa" y que la segunda suspensión provisional, Resolución 004 de 30 de marzo de 1982, era injusta, por Resolución 004 de 7 de enero de 1983 solicitó al Tribunal Superior de Tunja se sancionara disciplinariamente a la doctora Elizabeth Sáenz Suárez.

8. El Tribunal con ponencia del magistrado Guillermo Rojas Gómez, el 18 de febrero de 1983, sancionó con destitución a la juez Sáenz Suárez y ordenó compulsar copias para que se investigara penalmente su conducta.

La Sala disciplinaria afirmó la gravedad de la conducta de la funcionaria, en los siguientes motivos:

a) Haber sancionado a la secretaria Galvis de Soltis dos veces por los mismos hechos al proferir las Resoluciones 002 de 16 de diciembre de 1981 y 002 de 12 de marzo de 1982;

b) Haber suspendido provisionalmente, por primera vez a esta subalterna cuando no se reunían los requisitos del artículo 199 del Decreto 1660 de 1978, por cuanto los hechos que la motivaron resultaron ser ciertos, excepto la falta de firmas en algunas diligencias, lo cual no justificaba esta clase de suspensión ni provisional, ni definitiva por 90 días en cada caso; como tampoco la segunda suspensión provisional por igual término porque también resultaron carecer de verdad;

c) Haber desconocido el procedimiento disciplinario al investigar ella misma los hechos antes de imponer las precitadas suspensiones provisionales, siendo que esta función es privativa de la Procuraduría, pues el juez sólo tiene función sancionatoria en estos eventos.

9. Investigada penalmente la juez por las Resoluciones 002 de 16 de diciembre de 1980 y 002 de 17 de marzo de 1981, el Tribunal Superior de Tunja, profirió llamamiento a juicio contra la funcionaria por abuso de autoridad.

Apelada esta determinación, fue revocada por la Corte, sobreseyendo definitivamente a la doctora Sáenz Suárez por concluir que cumplió debidamente con el procedimiento disciplinario aplicable a esos casos; pero por no haberse investigado lo atinente a la Resolución 004 de 30 de marzo de 1982 se ordenó compulsar las copias pertinentes.

10. Adelantada la investigación ordenada por la Corte, el Tribunal cesó el procedimiento por cuanto el hecho no era constitutivo de delito, ya que la juez actuó de conformidad con las facultades disciplinarias que le confería el Decreto 1660 de 1978.

11. Confirmada esta decisión por la Corte, por petición del Procurador Tercero Delegado en lo penal, se ordenó compulsar copias contra el doctor Guillermo Rojas Gómez para establecer la posible violación de la penal cuando ordenó la destitución de la Juez Promiscuo Municipal de Villa de Leiva, doctora Elizabeth Sáenz Suárez, las cuales dieron origen a esta investigación.

12. Vinculado al sumario el magistrado Rojas Gómez, afirmó haber actuado dentro de los parámetros legales, pues la sanción de destitución impuesta a la doctora Sáenz Suárez fue el resultado de una ponderada valoración probatoria que a él y a sus compañeros de Sala de Decisión Disciplinaria los llevó al convencimiento de la gravedad de la conducta imputada a la juez, y por tratarse de un concurso de faltas se imponía esta extrema sanción.

13. El defensor del magistrado profundiza en la explicación de su defendido y con iguales premisas, impetra de la Corte la cesación de procedimiento por atipicidad de la conducta.

La valoración probatoria del acusado y demás integrantes de la Sala de Decisión Disciplinaria no fue arbitraria, se basó en la objetividad de las pruebas y allegadas a la investigación, procediendo la destitución de conformidad con el artículo 175 del

Decreto 1660 de 1978 ya que ésta es la sanción a imponer cuando se trata de concurso de faltas disciplinarias.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. *Aclaración necesaria:*

No deja de llamar la atención a la Corte el profundo interrogante que afirman tener procesado y defensor, respecto al fundamento legal que le asistió a esta Corporación para ordenar compulsar las copias que dieron lugar a este proceso por no haberse afirmado qué delito es el que pudo cometer el magistrado Guillermo Rojas Gómez.

Esta especificación no la exige la ley procesal, pues es suficiente que el empleado oficial que "por cualquier medio" tenga conocimiento de un hecho que considere puede ser punible, lo ponga inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente, conforme lo dispone el artículo 19 del C. de P.P.

Para cumplir con este imperativo legal basta la posibilidad de que se haya vulnerado la ley penal y para ello sólo se requiere la apreciación objetiva de los hechos, y no la compleja valoración determinativa de la exacta adecuación típica de la conducta o la convicción de responsabilidad de su autor o su exclusión por la vía de la antijuridicidad o la culpabilidad, pues ésta es privativa del juez de conocimiento o de instrucción, según el caso.

De ahí que sea uno de los fines de la investigación, por mandato del artículo 360 ibidem, *establecer "si se ha infringido la ley penal", lo cual significa que ésta no se adelanta para esclarecer determinado tipo penal, sino para investigar los hechos y de conformidad con ellos sí proceder a su calificación; es de éstos que se defiende el procesado y sobre ellos es interrogado.*

En este caso, la Corte accedió a la petición del Procurador Delegado y tanto del concepto fiscal como de la providencia de la Corporación, se deduce diáfanamente que es la legalidad de la sentencia disciplinaria por medio de la cual se ordenó la destitución de la doctora Elizabeth Sáenz Suárez como Juez Promiscuo Municipal de Villa de Leiva la que cuestionó, y porque objetivamente existía la posibilidad de que se hubiera violado la ley penal se compulsaron las copias, pues era necesario allegar todos los elementos de juicio posibles para concluir, ya en la investigación, si efectivamente esto sucedió o no.

Tan claro resulta este corolario, que el Magistrado procesado se defendió en la indagatoria y los escritos alegatorios presentados en el curso de la investigación, al igual que los de su defensor, se refieren a tal proveído afirmando su legalidad; es obvio entonces, que la compulsación de copias y la apertura de la investigación se hicieron para establecer la posible violación a la ley penal en relación con la precitada resolución sancionatoria.

2. *La decisión cuestionada.*

Tres son las premisas básicas que sirvieron de fundamento a la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Tunja para proferir el fallo que con ponencia del Magistrado

Guillermo Rojas Gómez, sancionó con destitución a la doctora Elizabeth Sáenz Suárez, que impera analizar para determinar si se infringió la ley penal; lo cual no sería posible, se insiste, de no haberse allegado todas las actuaciones que dieron origen a esa decisión para poderlas valorar íntegramente.

a) Haber violado el *nom bis in idem* la doctora Sáenz Suárez, al sancionar dos veces por los mismos hechos a la secretaria María Dolores Galvis de Soltis, al proferir las Resoluciones 002 de 16 de diciembre de 1981 y 002 de 12 de marzo de 1982, imponiéndole suspensión no remunerada por 90 días en cada una;

Este fundamento, en el que no se detiene el Magistrado procesado ni su defensor, resulta inexacto porque se trata de dos situaciones disciplinarias diversas: La primera suspensión se hizo con base en el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 y procede no como sanción resultado de un proceso, sino como una medida previa y excepcional que procede para aquellos eventos señalados en la misma disposición, entre los que se encuentra el "perjuicio grave para el servicio", que es la causal que procedía en ese caso y no únicamente cuando la falta dé lugar a destitución.

Esta clase de suspensión provisional no suple el proceso disciplinario, sino que por el contrario lo obliga, pues sólo es una medida previa que persigue facilitar la investigación y velar por el buen nombre de la administración de justicia separando al funcionario o empleado que es sorprendido en situación de flagrancia o cuasiflagrancia o que su comportamiento ocasiona "perjuicio grave para el servicio" o puede dar lugar a destitución.

Dispuesta esta suspensión y adelantado por la Procuraduría el proceso disciplinario correspondiente, de existir solicitud de sanción, procederá el superior jerárquico, en este caso el juez, a decidir lo que fuere procedente; de ser un fallo absolutorio o no existiendo petición de sanción, el empleado es reintegrado al cargo y se le cancelarán los sueldos dejados de percibir y de ser sancionatoria, no la destitución, sino la suspensión, como sucedió en el evento de la secretaria Galvis de Soltis, el tiempo impuesto se descontará del cumplido en la suspensión provisional.

No son, por tanto, dos sanciones las que impuso la juez; la sanción fue la ordenada por Resolución 002 de 12 de marzo de 1982 y no la suspensión provisional de la Resolución 002 de 16 de diciembre de 1981; admitir el criterio de doble juzgamiento sería como afirmar que la privación provisional de la libertad en el proceso penal ordinario y la sentencia condenatoria con igual consecuencia jurídica, viola el *nom bis in idem;*

b) La Procuraduría solicitó de la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Tunja, por Resolución 004 de 7 de enero de 1983, sanción para la doctora Elizabeth Sáenz Suárez en razón de haber tomado determinaciones "con base en hechos inexactos no comprobados y que fueron más el producto de su animosidad con su secretaria que a la objetiva realidad de la cual no debió apartarse para tomar la decisión, con lo cual resultó que ésta fue demasiado severa, toda vez que comprendía hechos y situaciones que no eran ciertos".

En efecto, de conformidad con las pruebas allegadas por la Procuraduría, con excepción de la falta de firmas de la secretaria en algunas actuaciones, los hechos que

motivaron la primera suspensión provisional y por ende, la suspensión final por 90 días, al igual que los de la segunda suspensión resultaron no ser ciertos, por lo menos en los graves términos expuestos por la funcionaria.

Debiendo el Tribunal fallar con fundamento en aquellas pruebas y con base en los cargos formulados por la Procuraduría en la precitada resolución acusatoria, la situación de los Magistrados era la de valorar esas pruebas, no darlas ya por evaluadas como lo insinúa el procesado, pues de ser así carecería de razón la función jurisdiccional en el fallo y la resolución de la Procuraduría equivaldría a una anticipada sentencia.

Bajo estos parámetros, concluyó la Sala Disciplinaria que en efecto, en la primera resolución, la 002 de 16 de diciembre de 1981, no procedía la suspensión provisional de la secretaria, por 90 días, pues la omisión en firmar algunas diligencias, además de ser una conducta omisiva muchas veces involuntarias en los despachos judiciales, no podía tener la gravedad que exige el artículo 199 del Decreto 1660 de 1978 para aplicar tan excepcional medida; y si esto es así, tampoco podía justificarse una final suspensión por el mismo término por tan leve falta, más aún, cuando se había demostrado por la Procuraduría la falta de verdad respecto a los demás hechos y que se atribuyó funciones investigativas que son privativas de la Procuraduría.

A igual conclusión se llegó respecto a la segunda suspensión provisional, Resolución 004 de 30 de marzo de 1982, pues al no haber encontrado mérito la Procuraduría para elevar petición de sanción contra la señora Galvis de Soltis, demostrando también que los hechos afirmados por la juez reñían con la verdad, imperaba concluir la ilegalidad de la decisión.

Así las cosas, se acogió la petición de la Procuraduría imponiendo como sanción disciplinaria a la juez la destitución del cargo, como infractora de los artículos 158, numerales 1° y 3° y 162, numeral 8° del Decreto 1660 de 1978, con fundamento en el artículo 175 de este Estatuto que autoriza esta clase de sanción cuando procede el concurso de faltas o el acusado tiene antecedentes disciplinarios y en este caso, concurrían las dos hipótesis, pues la doctora Sáenz Suárez había sido sancionada con suspensión en anterior oportunidad.

3. *Conclusión.*

Si bien esta Corporación se ha pronunciado sobre la inexistencia del delito al conocer en segunda instancia de las providencias calificatorias proferidas en los procesos seguidos contra la doctora Elizabeth Sáenz Suárez por los hechos de que aquí se trata, esto no significa que disciplinariamente éstos no puedan constituir faltas.

Es cierto que el argumento de violación al *nom bis in idem* es equivocado, pero éste no fue el único en que se fundamentó el fallo sancionatorio, además se analizó y valoró la prueba allegada por la Procuraduría, concluyéndose que estaba probado el pliego de cargos, no resultando arbitraria o contraria a derecho y al régimen legal disciplinario la determinación tomada, razón por la cual no puede afirmarse que se abusó de la autoridad ni que la decisión fue abiertamente contraria a la ley, únicos supuestos típicos que pueden analizarse frente a estos hechos e impera dar aplicación

al artículo 34 del C. de P.P. decretando el cese de procedimiento por atipicidad de la conducta.

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

RESUELVE:

DECLARAR que la conducta investigada e imputada al doctor Guillermo Rojas Gómez, en calidad de magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, no es constitutiva de delito, motivo por el cual DISPONE cesar el procedimiento seguido en su contra por los hechos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

Cuando un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional porte su arma de dotación oficial, en ningún caso se le puede atribuir la conducta del artículo 13 del Decreto 180 de 1988.

Auto Colisión. 25 de abril de 1989. Dirime colisión entre el Tribunal Superior de Orden Público y el Tribunal Superior de Medellín. F.F. Decreto 180 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3826. Colisión. José Ferney Velásquez).

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 17.

Bogotá, abril veinticinco (25) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Dirimirá la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre el Tribunal Superior de Orden Público y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que se adelanta respecto del agente de la Policía Nacional José Ferney Velásquez, por los delitos de hurto y porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares.

Se Considera:

Los hechos origen del proceso que ha dado lugar a la colisión de competencias que ahora se resuelve, los resume el Tribunal Superior de Orden Público de la siguiente manera:

"Por el contenido de autos se sabe que en las horas de la noche del pasado 29 de febrero del año inmediatamente anterior (1988), dos sujetos abordaron el taxi conducido por el señor Nicolás Alberto Aristizábal, a quien le solicitaron los transportara hasta el barrio La Milagrosa del perímetro urbano de la ciudad de Medellín. Al llegar al sitio indicado por los ocasionales usuarios del taxi, el conductor del mismo fue intimidado por aquéllos, quienes utilizando armas de fuego lo despojaron del dinero,

de la chaqueta que portaba, así como de las llaves del automotor. Justo en el momento en que Aristizábal abandonaba el taxi, seguido por uno de los asaltantes, pasó por el lugar una patrulla de la policía que, motivada por voces de auxilio de aquél, interceptó y capturó a quien se identificó como agente de la policía y quien responde al nombre de José Ferney Velásquez, quien, además portaba un revólver marca Smith y Wesson, calibre 38 largo, número 2D-59594 de dotación oficial".

1. El Juzgado 60 de Instrucción Criminal de Medellín avocó el conocimiento de esos hechos y abrió investigación el 6 de marzo de 1988. Con fecha 9 de febrero profirió auto de detención contra el sindicado José Ferney Velásquez, por el delito de "hurto calificado y agravado, al pretender apoderarse de un vehículo automotor de propiedad de Consuelo Aristizábal, cuando era piloteado por su hermano y denunciante Nicolás Alberto Aristizábal" (fl. 32).

Luego de practicar varias pruebas, el citado Juzgado 60, mediante auto de 8 de abril, consideró que el hurto concurría con la infracción al artículo 2° del Decreto 3644 de 1986, "pues el revólver incautado a Velásquez es de uso privativo de las Fuerzas Armadas y concretamente de la Policía Nacional –Comando de Policía Metropolitana de esta ciudad"– (fl. 72) hecho que por virtud del Decreto 1204 del 30 de junio de 1987, le compete conocer al Juzgado Especializado, al cual lo envió, correspondiéndole al Quinto, que mediante providencia de 13 de abril, estimó:

"No se debe olvidar que el procesado estaba cobijado por la investidura oficial, porque ésta es algo inmanente al empleado público, y que ella no desaparece por el hecho de que se encuentre en permiso, descanso o franquicia. Y siendo ello así, mal puede pensarse que si portaba el arma de dotación oficial, mientras disfrutaba de la franquicia, se hubiese ubicado en los campos del Código de las penas, por porte ilegal de armas" (fl. 75).

Recalca el Juzgado Quinto Especializado que existe en autos plena prueba de que el revólver que utilizó el acusado para el hurto le había sido entregado para su dotación oficial, "y de ahí emana precisamente *el permiso de autoridad competente* para portar el arma, lo que está desnaturalizando el supuesto delito que quiere ver el señor juez de instrucción" (id. subrayas del original).

En tales condiciones, aceptó la colisión propuesta por el Juzgado 6°, y remitió el expediente al Tribunal de Medellín para su solución.

El Tribunal de Medellín, mediante auto de 1° de junio (fls. 77 y ss.), y mayoritariamente, estimó que "el Decreto 1663/79 y los Decretos posteriores que lo modifican (710/80, 2760/81, 2003/83), controlan el comercio, porte de armas, explosivos, ... de su articulado no se infiere que los Agentes de la Policía Nacional, puedan llevar consigo de manera permanente el arma de dotación oficial asignada a la prestación de un servicio, por el contrario, reglamentos internos, naturalmente expedidos conforme a las disposiciones de ley, obligan a estos funcionarios a entregar tales elementos al concluir su turno (ver art. 58 del Reglamento de Servicio de Vigilancia Urbana y Rural), su desobediencia podría llegar a ser entendida, por lo menos como un delito contra la disciplina (Título III, Capítulo I, Decreto 250/58). Pero además el uso de uniformes, emblemas e insignias debe ceñirse en (sic) el delito

previsto por el artículo 254 del Decreto citado, ¿cómo podría ser menos exigente respecto de las armas?", y agrega que, de conformidad al artículo 48 de la Constitución Nacional "solamente les asiste una autorización para portar el arma oficial, cuando están en ejercicio de su actividad. La posesión en condiciones distintas debe regirse por las normas generales, es decir debe ser un objeto amparado por salvoconducto (art. 97, Decreto 1663/79), o se verá sometido a las implicaciones derivadas de la misma disposición, así tenga la calidad de agente de la policía, porque no actúa dentro de sus funciones, por razón o causa de ellas... y debe someterse al régimen que cobija a todos los ciudadanos".

El Tribunal de Medellín, pues, afirmó el concurso entre los delitos de hurto y porte de arma "de uso privativo de las fuerzas militares" declarando, en consecuencia, que el funcionario competente era el Juzgado 5° Especializado.

De esa decisión salvó el voto el magistrado doctor Fernando Gómez Gómez, acorde con estos esenciales argumentos:

"El porte y tenencia de armas de fuego aparece regulado por el Dto. 1663 de 1979 (julio 6), por el cual se expide el Estatuto Nacional para el Control y Comercio de Armas, Municiones, Explosivos y sus Accesorios; y de una atenta lectura de su Título III, que se refiere a los salvoconductos (arts. 74 a 99), se deduce que el personal militar y de la Policía Nacional, en Servicio Activo, no necesita de salvoconducto para el porte de Armas Oficiales o de Dotación. Solamente deben llenar este requisito cuando porten Armas de Su Propiedad Particular (art. 97), así estén en actividad o en situación de retiro. Porque el personal que está bajo banderas se identifica con su Cédula Militar (Oficiales y Suboficiales) o su respectivo carné (personal de tropa y agentes). Es personal en actividad (así en un momento dado no esté de servicio), el personal que no ha sido desincorporado o dado de baja de las filas. El agente José Ferney Velásquez, estaba en actividad el 1° de marzo de 1988" (fls. 39, 44, 47).

"Y si estaba en actividad, No Necesitaba Salvoconducto para portar el revólver de Dotación Oficial, porque el arma no era de su propiedad. Luego no puede darse el hecho punible de porte ilegal de armas" (fls. 84. Mayúsculas del original).

Luego le glosa a la Sala "la alegre cita que se hace del art. 48 de la Constitución Nacional", norma ésta que el Magistrado disidente estima "dirigida a los particulares", y no a las Fuerzas Armadas, a cuyos miembros les es propio que estén armados. "Por lo mismo –señala–, cuando el ciudadano requiere estar armado, necesita de una licencia o permiso legal que se conoce como 'salvoconducto', en tanto que el agente del orden lo requiere sólo para cargar un arma distinta a la de dotación oficial" (fl. 85).

"En tales condiciones –concluye el salvamento de voto–, no es ilegítimo el porte sino el uso criminal que se ha hecho del arma. Y si por el solo uso ilegítimo que el agente ha hecho de su arma, fuere sancionable por el concurso como en este caso, lo sería cuando cometa cualquier otro abuso de autoridad, aún de los específicamente sancionados, como la concusión, si las amenazas han consistido en amedrentar con revólver. No es, pues, el uso ilegítimo lo que determina la infracción del porte ilegal de armas, pues ésta puede darse frente a quien ha utilizado la suya para ejercer la legítima defensa" (fl. 87).

2. En obedecimiento a lo dispuesto, el Juzgado 5° Especializado de Medellín prosiguió la investigación, y de acuerdo al artículo 46 del Decreto 180 de 1988, corrió traslado para concepto de fondo, que el Fiscal emitió en el sentido de que se debía proferir sentencia condenatoria por los mencionados delitos de hurto y porte ilegal de armas que prevé el artículo 13 del Decreto 180 en cita.

Empero, el Juzgado estimó que había interpretado erróneamente el artículo 24 del Decreto 474 de 16 de marzo de 1988, ya que en verdad el funcionario competente es el Juez de Orden Público, "con fundamento en el artículo 25 del citado Decreto 474" (fl. 115). Dispuso entonces la remisión a dicha jurisdicción, proponiendo la colisión del caso.

El Juzgado 1° de Orden Público de Medellín, al que correspondió el expediente, declaró la nulidad del traslado dado por el Juzgado 5°, reiterándolo a su vez, y el Fiscal 4° conceptuó que procedía fallo condenatorio por "hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas", a lo cual accedió el juzgado mediante sentencia de 31 de octubre, condenando al procesado Ferney Velásquez a 14 años de prisión (fls. 126 y ss.).

Apelado el fallo por el defensor del acusado, el Fiscal 1° del Tribunal de Orden Público, prohijando el salvamento de voto del doctor Gómez Gómez, ya referido, sostuvo que sólo se estaba en presencia del delito de hurto, motivo por el cual, al no existir violación al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, "la jurisdicción de Orden Público carece de competencia para conocer de este proceso" (fl. 10 del cuaderno número 2).

El citado Tribunal, con apoyo en los Decretos 0333 de 24 de enero de 1988 y 1204 de 1987 (derogado luego por el 180 de 1988), sostuvo que, por tratarse de hechos sucedidos con anterioridad al Decreto 474 de marzo 16 de 1988, el competente para conocer de la apelación es el Tribunal Superior de Medellín. Precisó al respecto:

"Si aceptáramos en gracia de discusión que la conducta desarrollada por José Ferney Velásquez encuadra en varios tipos penales, presentándose así un concurso de tipos entre el hurto y el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, atendida la fecha de su realización (febrero 29 de 1988) y vistas las consideraciones que anteceden, la competencia para la investigación y fallo *en primera instancia* le correspondía a los Jueces Especializados, sin perjuicio de que una vez fueran designados y asumieran funciones los jueces de orden público, éstos avocaran el conocimiento de tales procesos (Decreto 474 de 1988, art. 25).

"En lo que hace relación a la segunda instancia, hemos de advertir que el Ejecutivo mediante el Decreto 181 de 1988 (expedido antes de la fecha en que ocurrieron los hechos que ahora nos ocupan), dispuso mediante esta norma de excepción que aquélla se surtiría ante la Sala Especial de Juzgamiento del respectivo Tribunal Superior del Distrito Judicial, *para hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia* (art. 20).

"Ante la no integración de las Salas de Juzgamiento, y, obviamente con el fin de garantizar el debido proceso de las dos instancias, nuevamente el Ejecutivo legisla y en esta oportunidad a través del ya citado Decreto 0333 de febrero 14 de 1988, dispone que en tanto se designan y asumen funciones los Jueces de Orden Público y

los Magistrados de la Sala Especial de Juzgamiento del respectivo Tribunal Superior, 'continuarán conociendo de la investigación y fallo de los delitos a que se refieren los Decretos 180, 181 y 262 de 1988, los jueces que hasta la fecha de expedición de los mencionados Decretos tenían la respectiva competencia'. Significa lo anterior que, es a los Jueces Especializados en primera instancia, *y en segunda instancia a las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial,* a quien en tal orden de ideas corresponde el conocimiento de los asuntos a los que se contrae el estatuto para la Defensa de la Democracia, siempre y cuando estos hechos hubiesen tenido ocurrencia antes de la expedición del Decreto 474 de 16 de marzo de 1988, que creó el Tribunal Superior de Orden Público como corporación encargada de desatar la segunda instancia de los procesos a que se refiere el artículo 2º del Decreto en cita" (Subrayas del original fls. 21 y 22).

Se inhibió, pues, de desatar la alzada y le remitió el proceso al Tribunal Superior de Medellín, proponiéndole la colisión del caso.

El Tribunal de Medellín, mediante auto del Magistrado Sustanciador y con apoyo en el inciso 2º del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, estimó que la Sala de Decisión se encontraba impedida para conocer de la sentencia condenatoria "toda vez que anteriormente resolvió sobre el fondo del mismo asunto y no sobre aspectos meramente circunstanciales, como que el debate versó sobre la existencia del hecho punible más gravemente penado: el porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, al desatar la colisión de competencias", y ordenó que el proceso pasara a la Presidencia de la Sala Penal "para nuevo reparto" (fl. 46).

El Presidente de la Sala Penal dijo que el impedimento argüido se refiere a la Sala que haya tomado decisiones "que decidan la apelación o la consulta en esa fase investigativa", y que aquí la intervención versó sobre una colisión de competencias, motivo por el cual en este caso "no es aplicable esa prohibición", citando al respecto un auto de esta Sala de Casación de diciembre 1º de 1987.

Devuelto el expediente, dijo el Tribunal de Medellín:

"Aunque dentro del proceso existe un salvamento de voto, nutrido por consideraciones que el suscrito Magistrado Ponente sigue considerando como válidas, la realidad procesal del momento exige definiciones que desaten en forma definitiva las situaciones propuestas", y agregó:

"Repetidamente lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia (oct. 28/88, enero 12/89, etc.) en el Tribunal Superior de Orden Público se ha olvidado poner atención al artículo 25 del mismo Decreto 474, norma que dispone con meridiana claridad que de los delitos de que se ocupa en su artículo 2º, seguirá conociendo la indicada jurisdicción especial" (fls. 48 y 49).

Sostuvo, pues, que era el Tribunal de Orden Público al que le correspondía "definir lo plasmado dentro del proceso sometido a conflicto", aceptó la colisión propuesta por aquél, y remitió el expediente a la Corte, para que en esta sede se resuelva de plano.

3. Pues bien: *en autos queda demostrado que cuando el agente de la Policía Nacional, José Ferney Velásquez, cometió los hechos que se le vienen imputando (hurto*

violento haciendo uso de su revólver de dotación), estaba en franquicia, y que el revólver que aparece utilizando para hurtar "le fue entregado al agente el día 24-02-88, y después de lo sucedido no ha sido entregado a ningún otro agente" (fl. 39).

El porte y el uso de dicha arma han originado que, aparte del mencionado delito contra el patrimonio económico, se le endilgue al sindicado Ferney González, en concurso, el delito previsto en los siguientes términos en el artículo 13 del Decreto 180 de 27 de enero de 1988:

"Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional. El que sin permiso de autoridad competente, importe, fabrique, porte, repare, almacene, conserve, transporte, adquiera, o suministre a cualquier título, armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional, incurrirá en prisión de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales".

Sobre la imputación de dicho delito se ha erigido la colisión de competencias en el presente asunto. Empero, esta Sala comparte en su integridad las consideraciones del Juzgado 5º Especializado de Medellín y del magistrado ponente que salvó el voto en el Tribunal de ese Distrito Judicial –doctor Gómez Gómez–, en el sentido de que cuando un miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional porte su arma de dotación oficial, en ningún caso se le puede atribuir la conducta del artículo 13 que se acaba de transcribir, por la sencilla y contundente razón de que el citado texto requiere que el cuestionado porte sea "sin permiso de autoridad competente", elemento de no posible predicación en tratándose de un militar o agente de la policía en servicio activo, que, así esté franco, como el acusado en el presente caso, dispone, por el contrario de un "permiso permanente" de portar el arma que le ha sido entregada, es decir la de "dotación oficial".

Distinto es el asunto, cuando se trate de arma particular, para cuyo porte los uniformados, al igual que los civiles, sí deben obtener el respectivo salvoconducto.

La Corte ya había tratado el punto. Así, en auto de 25 de noviembre último precisó la Sala:

"Asiste razón al Juez de Orden Público, cuando afirma que en este caso concreto no se tipifica la conducta prevista en el artículo 13 del estatuto antiterrorista (Decreto 180 de 1988), por cuanto 'la tenencia de estas armas en ningún momento puede tenerse como porte ilegal', pues ellas constituyen un elemento de dotación debidamente asignadas a los procesados, que si bien es cierto, cuando se hallen de permiso, licencia, vacaciones, o suspendidos del cargo, no pueden hacer uso de ellas sino entregarlas en su oportunidad a quien debe cuidarlas, es decir, que el no proceder de esta forma constituye eventualmente una violación al régimen interno disciplinario, mas nunca dar origen al punible de porte ilegal de armas".

Si en este proceso no se da el mencionado delito, la colisión de competencias queda sin piso, pues, como se dijo, la misma ha reposado exclusivamente en su existencia.

Queda únicamente el delito de hurto, cuyo conocimiento asumió inicialmente y en forma correcta el Juzgado 60 de Instrucción Criminal de Medellín, el cual es, por

tanto, el funcionario competente en este asunto, y quien tiene a su cargo el decreto de nulidad que deberá afectar a la actuación desde el momento procesal de rigor. Huelga decir que la nulidad radica en que la jurisdicción de Orden Público no era competente, motivo previsto en el numeral 1° del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde a la justicia ordinaria. En tal virtud, por conducto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, remítase el expediente al Juzgado 60 de Instrucción Criminal radicado en esa ciudad, que inicialmente conoció del mismo. Dése aviso de esta decisión al Tribunal Superior de Orden Público, adjuntándole copia de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

1. DOCUMENTO PUBLICO. SECRETARIO

La actuación del secretario que ha sido delegada por el Magistrado o el Juez para certificar, mirada a la luz de lo dispuesto en el artículo 280 del C. de P.P., permite tener la constancia expedida por él como documento público. F.F. artículo 280 C. de P.P.

2. FALSEDAD DE DOCUMENTOS

Si la adulteración material del documento es el supuesto necesario para sobre su fotocopia, edificar la falsedad ideológica, no es dable pensar jurídicamente sino en el atentado contra la fe pública que consagra el artículo 219 del C.P. F.F. artículo 219 de C.P.

3. COHECHO

Refulge en el artículo 142 del C.P. en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual sufriría por el hecho de la aceptación de invitaciones, presentes o cualquier otro tipo de utilidad, ofrecidos por quien está interesado en asunto sometido a decisión del funcionario y por éste aceptados. F.F. artículo 142 C.P.

Sentencia Segunda Instancia. 26 de abril de 1989. Reforma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín y condena al doctor Alirio Sanguino Madariaga, Juez 44 de Instrucción Criminal de ese Distrito Judicial, por los delitos de Falsedad Documental y Cohecho.

Salvamento de voto: doctores Jaime Giraldo Angel y Lisandro Martínez Zúñiga.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Segunda Instancia. Radic. número 3306. Alirio Sanguino Madariaga. Falsedad y cohecho).

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 12. Marzo 28/89.

Bogotá, abril veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Contra el hoy ex juez 44 de Instrucción Criminal de Medellín, Alirio Sanguino Madariaga, el Tribunal Superior de la misma ciudad, formuló resoluciones de acusación el 22 de octubre de 1987 y el 3 de noviembre del mismo año, por los delitos de "cohecho impropio" o "cohecho pasivo simple" (Capítulo III, Título III, Libro 2°, C.P.) y de "falsedad en documentos" (Capítulo III, Título IV, Libro 3° C.P.), respectivamente. Fruto del recurso de apelación contra esta última determinación, la Corte modificó la resolución de acusación en el sentido de que ella "comprende dos delitos de falsedad en documentos, en concurso de infracciones" una por falsedad de documento público, por persona privada, y otro de falsedad ideológica en documento público por empleado oficial". Dispuesta la acumulación de los respectivos procesos por auto de abril 29/88, el asunto culminó mediante fallo de agosto 23 del mismo año, condenando al procesado a la pena principal de cincuenta (50) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, por los delitos de falsedad en documentos, en concurso, y absolviéndolo por el atentado contra la administración pública, concretamente el delito de cohecho.

Contra la anterior determinación interpuso recurso de apelación su defensor, el doctor Jesús Valle Jaramillo, el que, sustentado debidamente, fue concedido el 8 de septiembre del año pasado. En sede de la Corte, obtenido el concepto del señor agente del Ministerio Público y fijado en lista el asunto por el término de ley, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo.

HECHOS:

a) Del Proceso por Cohecho. Alfredo Hernando Arango Calle, quien resultara condenado por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Medellín por el delito de abuso de confianza a la pena de 22 meses de prisión, determinación confirmada por el Tribunal, presentó denuncia contra el doctor Alirio Sanguino Madariaga, funcionario éste que conoció de la investigación en su contra y en la que lo cobijó con auto de detención, por lo siguiente: que Jairo Barrientos Calderón le manifestó que, estando el proceso a cargo del doctor Sanguino, Manuel Alvarez Torres, con quien sostiene una pugna por el liderazgo de las asociaciones de pensionados del ISS en Antioquia, visitaba con frecuencia el Juzgado 44 de Inscriminal y aproximadamente en el mes de junio de 1984 y en agosto del mismo año agasajó al doctor Sanguino, a su señora y a los empleados del juzgado, en la "Fonda Antioqueña", allá en Medellín, reunión en la cual también estuvieron Barrientos Calderón y otros miembros de la Junta de Pensionados. Señala el denunciante que Barrientos está dispuesto a ratificarse bajo la gravedad del juramento en el sentido de que Sanguino sí se dejó sobornar de

Manuel Alvarez, con el fin de que se le detuviera como efectivamente ocurrió. Agrega Arango Calle que mientras él estuvo detenido, el doctor Sanguino visitó las oficinas de la asociación de pensionados, donde estuvo ingiriendo licor en compañía de Alvarez Torres y de Carlos E. Martínez Ramírez.

b) De los Delitos de Falsedad en Documentos. Así los consigna la instancia: "Ante el Presidente de la Sala Penal de ese entonces, doctor Humberto Rendón Arango, se envió libelo denunciatorio por el secretario de la misma, señor Alberto García Quintero, aduciendo que para el 27 de mayo de los corrientes y atendiendo petición escrita del doctor Alirio Sanguino Madariaga, del 21 de ese mes (fl. 3), se expidió constancia, ordenada por la Presidencia de la Sala (fl. 3 V.), donde se relacionaban las investigaciones que cursaban en contra del peticionario (dos ya finalizadas con auto inhibitorio y con sobreseimiento definitivo y una tercera que se encuentra en curso, por el delito de cohecho y donde se profirió auto detentivo con beneficio de excarcelación). Como obtuviera informaciones en el sentido de que el doctor Sanguino Madariaga presentó ante el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín 'un certificado expedido por mí dentro del cual figuraba sin ningún sumario en trámite y que debido a ello había obtenido su grado respectivo (fl. 1), consiguió una copia mecánica del mismo, y al revisarlo cuidadosamente, 'se descubrió que fue recortada la parte final de la hoja que comprendía el numeral 3° relacionado con la información del sumario que actualmente se adelanta. También se observó que muy adecuadamente se le confeccionó la línea negra empatándola con las laterales para así no despertar sospechas acerca de su autenticidad', fuera de que la hoja anexada y donde aparecen únicamente las investigaciones finalizadas (fl. 4), porque se sometió a supresión parcial, no corresponde a las que se utilizan en la secretaría para estos menesteres. La denuncia fue ratificada bajo juramento ante el mismo funcionario, en julio 25/87 (fl. 6) y se distribuyeron las diligencias dos días luego (fl. 6 V.), abriéndose la investigación pertinente (fl. 7 a 9)".

FUNDAMENTOS DE LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL:

A. Sobre el Delito de Cohecho. La prueba resultó suficiente para la resolución de acusación, pero no para una condena por cohecho, "por cuanto si bien es cierto se estableció debidamente lo atinente a las invitaciones al funcionario, lo relacionado con el dinero presumiblemente entregado al mismo, ofrece dudas que no permiten establecer la certeza de acuerdo con lo expuesto antes. En este aspecto se atenderán las tesis del señor defensor, en el sentido de proferir sentencia absolutoria en favor del doctor Sanguino. Es que conforme a lo anterior sólo quedan debidamente comprobados los agasajos como presunta 'utilidad' vinculada con los actos oficiales que debía ejecutar y en efecto ejecutó el justiciable; y si el precio de la seducción queda reducido a dos invitaciones a almorzar en modesto restaurante y otras tantas reuniones etílicas, ciertamente resulta inidóneo para corromper a alguien, así se trate de un funcionario que, como dice su defensor, 'desconoció normas de estética' y 'no estuvo a la altura de su noble misión como juez'.

"La antijuricidad material en este caso se desdibuja, entonces, frente a la nimiedad de las dádivas aparentemente desprovistas de capacidad corruptora. De otro

lado, y como lo destaca la defensa, la relación causal entre las atenciones sociales y los actos oficiales que en ejercicio de sus funciones debía cumplir el juez acusado no está fehacientemente acreditada toda vez que si bien las reprochables invitaciones y la congelación de los fondos de la asociación de pensionados son contemporáneos, lo mismo que la detención de Alfredo Hernando Arango Calle, no está claro que tales medidas del despacho a cargo del doctor Sanguino fueran la respuesta a los agasajos recibidos. Con apoyo en las constancias procesales puede decirse que la proterva intención de los anfitriones no era otra que la de ganar la simpatía del juez para sus oscuros propósitos así éstos se relacionaran con actos propios de las funciones ordinarias del despacho judicial. Pero si bien se puede adivinar este propósito en los supuestos cohechadores, no es posible decir con la misma propiedad que Sanguino Madariaga aceptara tales agasajos para satisfacer las proclives intenciones de los oferentes. En este orden de ideas, la conducta originalmente calificada de cohecho impropio, tipificada en el inciso 1° del artículo 141 del Código Penal degeneraría en la modalidad contemplada en el inciso 2° del mismo artículo, conocida como 'cohecho aparente', mas como a esta altura del proceso no es viable cambiar la calificación jurídica por no haber sufrido modificación la prueba en el juicio, sólo procede la absolución por el cargo endilgado en la resolución de acusación".

B. Sobre los Delitos de Falsedad. Luego de hacer el Tribunal una relación de las pruebas (la denuncia del secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, la certificación del Presidente de la Sala, doctor Humberto Rendón Arango, los testimonios de los doctores Pedro Telmo Echeverri, Iván Gómez y Héctor López y la pericia grafológica), entra, con apoyo doctrinario, a demostrar la cabal presencia de los delitos de falsedad.

"...Y sobre el daño o perjuicio en relación con la certificación, el cual se considera inexistente, dice el doctor Pérez: 'El elemento psicológico no ofrece la seguridad de que fue investido en sus primeros tiempos. La culpabilidad no se funda siempre y de modo exclusivo en el deseo o el ánimo de perjudicar. De ordinario el agente no se sitúa en la posición del sujeto a quien es posible ocasionar perjuicios. A veces no piensa en ello y si lo piensa a poco andar se despreocupa del efecto dañoso. Actúa con inspiraciones egocentristas: todo para él, todo en su provecho, tratando de sacar de la realización punible algo que le satisfaga; dinero, posiciones, cambios, prestigio, se coloca dice Garraud en un punto de vista personal, subjetivo. Inclusive llega a la realización sin proponerse dañar a otro. Su objetivo es procurarse a sí mismo o procurar a terceros, ventajas ilícitas...".

"En conclusión y de acuerdo con lo expuesto se presenta el delito de la falsedad en documentos, material en documento público por parte de particular (art. 220 C.P.) y falsedad ideológica en documento público, agravado por el artículo 222, inciso 1° del C. Penal y en armonía con el art. 26 de la misma obra".

Consideraciones de la Sala y de la delegada:

I. Predicamentos como los siguientes, realizados por esta Corporación, en completo acuerdo con la delegada, cuando conoció de la apelación de la resolución

de acusación por el delito de falsedad, conservan cabal vigencia, a pesar de la reiterada posición opuesta del defensor, quien inclusive afirma que la Corte, así, ha ultrajado el estado de derecho:

a) Los secretarios sí tienen vocación certificadora, como se desprende del contenido del artículo 106 del C. de P. Civil que les permite autenticar reproducciones y documentos relacionados con un proceso. Sabido es igualmente que sus firmas, en las diligencias judiciales tienen por objeto autorizar o dar fe sobre la autenticidad de la rúbrica del juez o magistrado;

b) El C. de P. Civil no es el llamado a regular de manera integral la estructura y funcionamiento de los despachos y corporaciones judiciales; sus disposiciones, eso sí, sirven de integración a los demás estatutos de procedimiento;

c) El artículo 116 del C. de P. Civil, sobre el que descansa el alegato del defensor, permite que se otorgue un valor probatorio determinado en los juicios civiles a las certificaciones así expedidas, pero no radica de manera exclusiva en cabeza de los jueces el poder certificador general, ya que allí sólo se dice que "los jueces pueden expedir certificaciones...", mas no utiliza la norma término que comporte que únicamente ellos pueden hacerlo; y,

d) En el evento *sub examine* el procesado solicitó a quien debía hacerlo la certificación en que estaba interesado y ésta se produjo igualmente por quien, por determinación del superior, podía perfectamente evacuarla.

2. *La defensa, en esta oportunidad procesal, insiste en sus planteamientos: que la constancia fue expedida por un funcionario incompetente y por ello no puede hablarse de documento público; que los únicos que tienen poder de certificación son los jueces y magistrados y que esta facultad no es delegable; que como el asunto no lo regula el C. de P.P., ni el estatuto laboral, ni el Código Contencioso Administrativo, por el principio de integración (art. 12 C. de P.P.), son aplicables las disposiciones del C. de P. C. y en concreto el solo artículo 116. "Si el único estatuto que regula las certificaciones sobre existencia de procesos es el C. de P.C., hay que hacer en un estado de derecho el reenvío inexorable a esa norma. Lo demás es el capricho, la arbitrariedad y la incorrecta aplicación de la ley", enfatiza la defensa.*

Estas inquietudes las responde la Sala así: es indudable que el artículo 12 consagra el principio de la integración, en aquellas materias que no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal y, obvio, respetándose lo que éste mismo consagra. Pero ese principio de integración no hay que entenderlo, como lo hace la defensa, en el sentido de que sólo las disposiciones del C. de P.C., que favorezcan sus intereses o respalden sus tesis, son los que se integran, sino que de ellas también es menester hacer una interpretación sistemática, y atenerse a sus consecuencias. Así pues: según el artículo 251, inciso 3° del C. de P. Civil, "Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención". A su turno, el Decreto 1265/70, Estatuto Orgánico de la Administración de Justicia, en su artículo 14-4, le asigna al secretario la función de "dar los informes que la ley ordene o que el juez o magistrado solicite". ¿Y qué aconteció en el evento sub examine? *Que la solicitud*

de certificación fue dirigida por el doctor Sanguino Madariaga al presidente de la Sala Penal del Tribunal de Medellín, el que, a su vez, dispuso que, por la Secretaría de la Sala, se diera el informe solicitado. Refulge, pues, que la constancia en tales condiciones expedida indudablemente es un documento público.

Compagina esta interpretación con lo ya dicho por esta corporación en el sentido de que el C. de P. Civil en su artículo 116 no está limitando la certificación a los jueces y magistrados y menos está prohibiendo la delegación; de ahí que al definir el documento público en su art. 251 señale que igualmente lo es, cuando es otorgado "con su intervención". Y mirada la actuación del secretario a la luz de lo dispuesto en el artículo 280 del C. de P. Penal, nada se opone –al contrario fortalece el aserto– a tener la constancia por él expedida como documento público, pues estaba en el rol de sus funciones (art. 14-4 Dcto. 1265/70) y la norma ya no exige que sea expedido el documento por funcionario público, sino que basta que sea empleado oficial.

Y dice, con innegable acierto, la delegada:

"...Dentro del principio rector de integración que tanto reclama la defensa, converge –precisamente– el estatuto orgánico de la Administración de Justicia o Decreto 1265/70, particularmente para el caso sub judice *el artículo 14-4 que en armonía con el texto 280 del Código de P. Penal, legitima definitivamente la función informadora que tienen los secretarios de los diferentes órganos del poder público, puesto que esta última norma, al definir el documento público, ya no exige como en el C. de P. Civil, que quien lo expida tenga el carácter de funcionario público, sino el genérico de 'empleado oficial'. Lo fundamental para nosotros, insistimos, es la legitimidad de la tarea desplegada por el secretario de la Sala Penal, cuando dio informe sobre asunto sujeto a sus funciones, con base en orden legítima del magistrado que presidía la Sala Penal del Tribunal. Obsérvese cómo la ley material otorga a los presidentes de las corporaciones y las salas la función de 'dictar las medidas convenientes para el mejor servicio de la secretaría' (art. 8°) y cómo el artículo 14 prevé como funciones del secretario 'dar los informes que la ley ordene o que el juez o magistrado solicite' y 'las demás que le impongan las leyes y los reglamentos internos' (art. 14-4 y 7° Dcto. 1265/70). De otro lado, el Dcto. 250/70 también radica en cabeza de los presidentes de las corporaciones y salas en que ellas se dividen 'la organización de las secretarías y la vigilancia de su funcionamiento y de la atención al público' (art. 123). Y finalmente, que en lo que atañe a las tareas administrativas que desarrollan las corporaciones, cuyos libros radicadores se encuentran en la secretaría bajo custodia de dicha dependencia, ella también responde por el archivo; todas estas normas, finalmente, están complementadas entre otros por los artículos 315, 316 y 320 del Código de Régimen Político y Municipal, en donde se halla la función certificadora de los secretarios de las corporaciones y autoridades públicas, relativas a los negocios que les están confiados por razón de su empleo. Esta clase de funciones aparecen, además, reiteradas en los arts. 1°, 17 y 18 del Dcto. 01 de 1984.*

"Por consiguiente, indiscutible se presenta la capacidad probatoria que la mencionada constancia secretarial ostentaba; ella daba cuenta de la existencia de unos procesos que se habían ventilado contra el procesado; la supresión del tercer párrafo

que perjudicaba al reo para el fin propuesto tenía la virtualidad de acreditar uno de los requisitos exigidos por la Universidad de Medellín para autorizar el grado que él pretendía, pues como documento público que era gozaba de la presunción de veracidad. La autorización del grado se obtuvo, no así el acto graduacional por circunstancias muy diversas al acto prueba".

3. Y dijo la Corte en la oportunidad anterior en que conoció del proceso: "...El doctor Sanguino Madariaga, cuando solicitó la certificación ameritada, indudablemente actuaba como particular, sin involucrar para nada su condición de empleado oficial, no obstante que, en indicación que no desplaza la actividad de su ámbito propio, anotaba su condición de Juez 44 de Instrucción Criminal. Después, *al obtener en forma debida el informe solicitado, procedió a alterarlo, pues empezó por recortar el contenido del documento, con el fin de hacer un montaje que le permitiera llevar a conocimiento de la Universidad una carencia de antecedentes,* requisito *sine qua non,* de equivalente valor a otros factores exigidos para concederle un título de especialización. En este primer comportamiento que trasluce todas las esencias de un actuar delictuoso, da paso a una falsedad en documento público, por parte de un particular, pues la naturaleza del documento, que debía conservarse íntegro no toleraba esa clase de supresiones o mudanzas e implicaba esta alteración un daño a la fe pública propia de los documentos de esta índole, sin que tal trascendencia se vincule sustancialmente al uso posterior del documento, actividad que de cumplirse atrae una mayor sanción. Aquí se advierte, bajo esta óptica, un delito de falsedad material en documento público, cumplido por persona privada, que va a concurrir con la actividad criminosa que luego desarrolla el procesado.

"Este, *una vez realizada la alteración comentada, procedió a expedir ya como funcionario, una autenticación falsa, en su propio provecho, pues dijo que la fotocopia correspondía al contenido verdadero del original, es decir, que entre una y otro se daba plena identidad de contenido y de forma.* La realidad, está demostrado, era diferente. Se ejecutó, entonces, una diversa acción delictiva, o sea, la falsedad ideológica en documento público, por parte de empleado oficial, esto es, el Juez 44 de Instrucción Criminal, doctor Alirio Sanguino Madariaga, utilizado por el mismo falsario, sin que sea dable ya tratar de hacer distinciones, respecto de la calidad del procesado, cuando es la misma persona quien lo autentica y emplea".

Para la defensa no puede predicarse la existencia de estos dos ilícitos porque el sistema escogido para el tratamiento de los delitos contra la fe pública fue el alemán, finalista, "que se afirma por la intención del sujeto agente". La verdad es –dice– "que el hecho que motivó el auto cabeza de proceso, la resolución acusatoria y lo que debe ser objeto de la sentencia es la alteración de la verdad en un mismo cuerpo, con una misma acción, en un mismo instrumento, con el mismo objetivo, con la misma finalidad... Si afirmamos que en un solo dispositivo, en un solo documento se generan dos tipos de falsedad, la material y la ideológica, incurrimos en contradicción. Porque si el documento ya se había alterado, ya no era el documento auténtico y legítimo por la adulteración material, ya ese documento no tenía capacidad probatoria. Por ello no se podía falsificar de nuevo. No se puede corromper lo que está corrupto. ...La falsedad

ideológica se edifica siempre en documento inobjetable desde el punto de vista formal, desde el punto de vista externo...". "La sentencia al punir la falsedad material y la ideológica, vulneró el non bis in idem. Se sancionó, separadamente, dos momentos de un mismo hecho. De existir la falsedad, extremando el análisis, estaríamos en presencia de un solo tipo penal: de la falsedad material en documento. Y ello por un plexo de razones: porque todo el íter envuelve una compleja red de movimientos, que condensa una sola acción, perfeccionando una sola figura delictual. La unidad colorea todo el desarrollo de la acción: unidad de dolo, unidad de fin, unidad de medio (alteración de la verdad), unidad de ámbito situacional, unidad motivacional, unidad de documento. De las piezas procesales emerge en síntesis, una multiplicidad de momentos con una finalidad única".

Reconoce la Corte, como lo sostiene la defensa que, en rigor, no puede hablarse de un concurso de falsedad en documentos (así discrepe sobre el tipo efectivamente vulnerado), por las siguientes razones: es innegable que la intención del sindicado era la de demostrarle a la universidad la carencia de antecedentes y, así, el lleno de los requisitos en orden al grado. Esa demostración, entendió siempre el condenado, que sólo se cumplía una vez autenticada la fotocopia del documento adulterado. Por ello es dado pensar con fundamento que por su mente jamás pasó el hacer uso del simple original adulterado (presunta falsedad material), esto es, llevarlo al tráfico jurídico, hacerlo servir de prueba, lo que hace que el acto hasta allí cumplido haya de reputarse inocuo y que la acción, que es cuanto verdaderamente importa, sea aquella que constituye la falsedad ideológica, que era el fin que se había propuesto el agente y como entendía –se reitera– que lograba demostrar lo que la Universidad le exigía.

La falsedad debe estar referida a un medio cierto en el que el presunto falsificador espera operar. En el evento *sub examine* no se da este requisito, sencillamente por cuanto todo está indicando que, hasta donde la acción apunta a la presunta falsedad material, para el doctor Sanguino, el documento aún no podía servir de prueba y así mal podía introducirlo al tráfico jurídico.

De otra parte, con validez se ha dicho que el agente delictivo debe saber que el documento sobre el que opera es una prueba y su acción tiene que estar dirigida a menoscabar o destruir esa calidad. En este sentido el proceso es claro: la acción que entendía Sanguino debía cumplir para menoscabar o destruir el valor probatorio del documento, no se limitaba a la simple adulteración material, sino que se imponía la autenticación de su fotocopia. Fueron varios los actos, es verdad, pero una –innegablemente– la acción, la que se subsume en la falsedad ideológica, si es que no se quiere atentar contra el principio universal del *non bis in idem.* En el análisis de la conducta humana no le es dado al juzgador dividirla, para arribar a un concurso delictual, cuando los actos cumplidos están tan indisolublemente ligados que se arriba a la inequívoca conclusión de que ella es una sola.

No se puede desconocer, como lo afirma la defensa, que en el tratamiento de los tipos referentes a los delitos contra la fe pública se siguió el sistema alemán, finalista, que se afirma por la intención del sujeto agente, y no el francés, formalista, por esencia. De otra parte, como lo ha aseverado la Corte: "para la tipificación de una conducta delictiva no basta tener en cuenta la presencia de algunos de sus elementos integradores, dejando por fuera la voluntad del agente, porque se desconocería la

esencia y estructura propia de la misma, al tiempo que se arribaría a una responsabilidad objetiva, proscrita por el artículo 26 de la Constitución Nacional y por el artículo 5° del Código Penal. Por lo demás, sabido es que la conducta no puede existir sin voluntad y que ésta siempre tiende a un fin determinado" (Auto de marzo 31/87, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Igualmente ha dicho esta Corporación: "...De estos dos comportamientos, omisivo el uno y activo el otro, aparece la inicial duplicidad de delitos de prevaricato que señala el Procurador. La Sala estima que sin la omisión (la no declaratoria de impedimento), era imposible ejecutar la acción prevaricadora de iniciar sumario, pues si bien teóricamente se pudiera verificar la desmembración que hace el Ministerio Público, en el caso concreto esto no es posible porque el principio de necesidad de realización de conductas humanas implica que el juez haya tenido la posibilidad de dictar auto contrario a la ley y, para ello, requería omitir la declaración de impedimento; en consecuencia, la conducta omisiva no era jurídicamente evitable para ejecutar la activa y, por el contrario, se tenía como un supuesto necesario. Se trata, entonces, de una sola conducta prevaricadora, la activa, la que emerge en primer término, desde luego que, en el campo jurídico, y que se concreta en el proferimiento ilegal del auto de apertura de investigación".

Si en el caso, la adulteración material del documento, era el supuesto necesario para sobre su fotocopia, edificar la falsedad ideológica, conducta ésta que siempre creyó el condenado era con la que efectivamente podía menoscabar o destruir el valor probatorio del documento original, no es dable pensar jurídicamente sino en el atentado contra la fe pública que consagra el artículo 219 del C. Penal, esto es, supervive sólo la adecuación típica que materializa el fin que se propuso el agente.

4. Del Cohecho. Es cierto que entre los cargos formulados contra el doctor Sanguino se dijo que había recibido dinero –así fuera en poca cantidad–, por acto que debía ejecutar en desempeño de sus funciones. Pero, aunque se profundizó en la investigación, el asunto no fue en manera alguna esclarecido. Todo se redujo a conjeturas, vagas afirmaciones, a "me dijeron", "lo más seguro es que recibió", en fin, nada se pudo concretar y fue la duda, sólo la duda lo que imperó. Lo único ciertamente probado fue que había aceptado almorzar, en dos oportunidades, una de ellas en compañía de su señora y de los empleados del juzgado, en la "Fonda Antioqueña" (Medellín) y que, en otra ocasión, había estado ingiriendo licor en la sede de la Asociación de Pensionados, siempre por invitaciones hechas por quienes tenían interés en asunto sometido a su conocimiento.

Sobre este delito comenta la delegada: "...la absolución deparada al funcionario por el delito de cohecho impropio tiene su razón de ser en la deficiencia de la prueba respecto a si efectivamente el procesado como funcionario de instrucción recibió o no el dinero de que habla el denunciante. La duda sobre el particular no podía superarse en esta etapa procesal y por lo tanto perfecta aplicación tiene el principio universal de derecho del indubio pro reo.

"Como sólo fueron acreditados los agasajos de que fuera objeto el procesado como funcionario de instrucción, con clara relación a las funciones oficiales que entonces desempeñaba, atenciones que se redujeron a simples invitaciones a almor-

zar y a la ingestión de unos cuantos aguardientes, aceptamos que éstos por sí solos no tienen la fuerza suficiente para mover a un funcionario a actuar en contra de la ley, a fuer de que el procesado profirió las decisiones judiciales que le correspondió tomar en el proceso penal que se adelantaba, haciéndolo conforme a derecho, hasta el punto de que el denunciante que en aquél tenía el carácter de denunciado, mereció sentencia condenatoria.

"La nimiedad de tales agasajos no permite concluir en el daño del bien jurídico tutelado (la administración pública), por lo que si bien en principio cabría hablarse de antijuridicidad formal, lo propio no puede hacerse respecto de la antijuridicidad material, y razón tiene el señor fiscal de primera instancia en darle a los hechos el simple tratamiento disciplinario (Decreto 1660/78, art. 161) que realmente amerita".

Para la Corte resulta incuestionable que, con su conducta, Sanguino Mandariaga realizó el tipo plasmado en *el artículo 142, inciso 2° del C.P., que a la letra dice: "El empleado oficial que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en arresto de tres meses a un año, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término". Esta modalidad del cohecho aparenta un rigor excesivo, innecesario y hasta comprensivo de conductas inocentes, nada dañinas, que propicia tratamientos injustos. Pero bien miradas las cosas, todos estos temores y recelos no obedecen a una atendible realidad. Tanta importancia tiene la figura, entendida en su exacto marco, que se la tiene por una forma refinada del cohecho, no por sutil menos perjudicial y efectiva, que incluso en otras legislaciones suele demandar sanción tanto para el funcionario como para el particular que la consuma. Evidentemente, el comportamiento, dentro del esquema típico señalado por el legislador, busca prevenir el ablandamiento del funcionario en cuanto a la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de sus atribuciones, pues el halago, la atención, etc., pueden enervar su libertad, entorpecer la visión del conflicto que debe desatar y, en fin, dificultar el cumplimiento de la función oficial. Más allá de la eficacia de la administración pública, también debe precaverse su insospechabilidad, pues no es dable el mantenimiento de ésta cuando el interesado en una decisión es atendido en un ofrecimiento de dinero o utilidad por quien está encargado de asumirla, pues así no lo diga sí está sobreentendiéndose que se quiere buscar su favor en el asunto del cual conoce. De esta manera hasta la resolución acertada se impregna de dudas y la desviada adquiere matices todavía más graves que llevan al juzgamiento a delito de mayor entidad y de más significativa represión, dificultándose entonces y en grado sumo la prueba en contrario, pues en tales circunstancias es difícil aceptar la torpeza, el yerro o la ignorancia.*

La legislación actual quiso acentuar la eficacia del analizado dispositivo legal cuando desvinculó el ofrecimiento de la dádiva o el dinero de la consideración del cargo, como sí se previó en el art. 165 del anterior estatuto penal, y de allí que sólo atendiera a su recepción cuando proviniese de "persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento".

Pero en el fondo, y ésta es la justa regulación del instituto, aquel factor sigue disciplinando este concepto delictivo. Por eso es dable sustraer de su órbita punitiva

todas aquellas ofrendas, atenciones, miramientos, etc., de significación económica, que tienen por causa no el oficio a cargo de su destinatario, que le faculta para conocer del asunto en el cual el oferente tiene interés, sino la amistad particular, la cortesía natural, la actividad normal de carácter social, individual o colectiva, el reconocimiento honorífico a un mérito o a una jerarquía, la necesidad de prestar un servicio o aliviar una momentánea dificultad, o cumplir con una actividad oficial que demanda o supone la recepción de tales atenciones.

La figura tampoco cobija a fortiori *la situación imprevista que en un momento determinado afronta el funcionario, quedándole imposible rehuir, bien porque ignora la condición del oferente, bien porque el acto aparece para él desprovisto de toda significación de compromiso o riesgo para la buena presentación de la justicia, dadas las circunstancias y modalidades del ofrecimiento.*

La ley no tolera que el empleado oficial desencadene una fraternidad de ocasión con las personas que intervienen en asuntos sometidos a su conocimiento, la cual sólo pueda explicarse por la gestión que al mismo se le ha encomendado en tal cuestión. Esta explosión de obsequios y regalos, así nada concreto se pida por ellos, aceptados por el empleado que debía y podía rehuirlos, debe merecer reproche y sanción, porque la justicia resulta estropeada en su buen nombre y termina por deteriorarse por afanes de mero yantar y complementarios, práctica que desde Ulpiano se presenta como sórdida e indigna, y, en el Deuteronomio se señala al juez que "no torcerás el derecho ni te fijarás en la condición de las personas. No aceptarás regalos, porque los regalos ciegan los ojos de los sabios y se hacen en perjuicio de los justos" (16:19,20).

En el caso sub examine *no hay duda alguna en que ninguno de estos aspectos puede deducirse en beneficio del procesado Sanguino Madariaga. Nada de lo dicho y que tiene resonancia exculpatoria, contaba entre él y quienes le agasajaron en dos ocasiones, en forma que implicaba apreciable costo. Lo que se deduce es que las atenciones sólo nacieron por consideración específica y única de que se trataba del juez que debía responder a pretensiones de carácter penal que ventilaban ante su juzgado, las cuales, en estas conocidas circunstancias, estaba obligado a rechazar en forma terminante.*

Nada importa, para el caso, la naturaleza correcta o incorrecta de los actos cumplidos por el doctor Sanguino en el trámite del proceso a su cargo, porque el legislador no exige en este evento que "el dinero u otra utilidad" se acepten por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, circunstancia que sí obra en el inciso 1° del mismo artículo 142; tampoco en el inciso 2° aparece por parte alguna que la utilidad sea para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, de lo que se ocupa el artículo 141 (cohecho propio).

Dentro del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, indudablemente está el normal desenvolvimiento de las funciones estatales, o sea que el Estado pueda desarrollar sin trastornos sus actividades legisladoras, judiciales y administrativas. Pero dentro de este bien jurídico también se comprenden valores como el prestigio, el decoro de la administración, el deber de fidelidad, deber del

cargo, disciplina, etc. De ahí que quienes no actúan como deben, quebrantan aspectos esenciales del poder público.

Refulge en esta norma –art. 142, inciso 2°– el interés del Estado en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual sufriría por el hecho de la aceptación de invitaciones, presentes o cualquier otro tipo de utilidad, ofrecidos por quien está interesado en asunto sometido a decisión del funcionario y por éste aceptados, con los condicionamientos ya indicados. Para el caso, se recalca, atentó contra la buena imagen de la justicia el doctor Sanguino, cuando aceptó invitaciones e ingirió licor con quienes él sabía estaban bien comprometidos en el proceso a su cargo. Y tan fue así que el entonces sindicado y su familia, igual que otros particulares, atribuyeron su detención a esos agasajos. De ahí la denuncia que se instauró en su contra y la condena que ahora se le impone. Nada más alejado de la realidad entonces que sostener la ausencia de antijuridicidad material.

5. No entiende la Corte por qué la instancia asegura, cuando da por existente el ilícito de cohecho aparente que, a esta altura del proceso, no es viable cambiar la calificación jurídica, por no haber sufrido modificación la prueba en el juicio, siendo lo "procedente la absolución por el cargo endilgado en la resolución de acusación". En efecto, aquí la adecuación típica del hecho punible no varió, "dentro del correspondiente título del C. Penal", que es a lo que se refiere el artículo 501 del C. de P. Penal, norma que además señala que ese cambio es fruto "de las diligencias practicadas en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública". Para el caso, la variación no fue siquiera dentro del capítulo, sino en el mismo artículo, concretamente del inciso 1° del artículo 142 del C. Penal, por el que se profirió la resolución acusatoria, a su inciso 2°, que es donde verdaderamente se encuentra subsumida la conducta juzgada de Sanguino Madariaga.

Debe inclusive entenderse que si el artículo 471 del C. de P. Penal, que señala los requisitos formales de la resolución de acusación, en su numeral 3° dispone que la calificación jurídica provisional se hará con indicación del capítulo dentro del título correspondiente del C. Penal, y, a manera de ejemplo, se dijo en la parte motiva de la resolución de acusación que el delito era 'cohecho propio', y en la etapa de la causa se concluye que el delito que realmente se da es el de 'cohecho impropio', nada impide condenar por éste. Este fenómeno acontecía inclusive en vigencia del anterior código y en nada varió en el presente.

Hay sí una irregularidad en el hecho de que el Tribunal en la parte resolutiva hubiera concretado el ilícito, afirmando que se trataba de "cohecho impropio" o "cohecho pasivo simple", en obvia referencia al artículo 142 del C. Penal, cuando ha debido limitarse a decir "por el delito de cohecho, de que trata el Libro 2°, Título III". Pero, se reitera, se trata de una simple irregularidad.

Están dados todos los presupuestos para poder impartir una sentencia de condena por el delito de cohecho impropio –art. 142, inciso 2° del C. Penal–, sin que sea óbice para ello el que la resolución acusatoria, en irregularidad intrascendente, mencione equivocadamente el art. 142, inc. 1°, *ibidem*. No es dable afirmar que no exista concordancia del auto de proceder con la sentencia, pues la denominación

genérica del delito, que es lo importante, no ha sufrido error alguno y porque resulta evidente que con tal determinación no se está agravando la situación jurídica del procesado, como que se le condena por delito que trae aparejada una sanción menor, fuera de haberse permitido y dado el cuestionamiento probatorio y jurídico de la infracción que a él se carga.

Con base en estas consideraciones, la Sala confirmará la sentencia de condena impartida por el Tribunal, en cuanto al delito de falsedad ideológica, revocará la sentencia de condena proferida por el delito de falsedad material, cargo por el cual se le absuelve, y se revocará la absolución referente al delito de cohecho, ilícito éste por el cual también se le condena. Así las cosas se tiene la siguiente dosificación punitiva: se parte del mínimo consagrado por el artículo 219 del C. Penal, o sea 36 meses, más 2 dadas las circunstancias de agravación punitiva consagradas en el artículo 66-4-11, para que en principio sean 38 meses; se le suman 2 meses por el agravante de que trata el inciso 2° del artículo 222 del C. Penal, para un subtotal de 40 meses. Y dada la presencia del concurso con el delito de cohecho –art. 142, inc. 2° C. P.– se arriba a una pena principal de cuarenta y dos meses de prisión, que será en definitiva aquella por la cual se condenará a Sanguino Madariaga, igual que a la pena de multa en cuantía de cinco mil pesos ($5.000.00) por el mismo cohecho.

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

RESUELVE:

CONDENAR, por los ya dichos delitos de falsedad documental y cohecho al doctor Alirio Sanguino Madariaga, de las condiciones civiles conocidas en autos, a las penas de cuarenta y dos meses de prisión y multa en cuantía de cinco mil pesos ($5.000.00). Como accesoria se le condena a interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de seis (6) meses, adicionales al término que por este mismo concepto sufre por razón de la pena privativa de la libertad –art. 52 C.P.– y a la pérdida del empleo oficial que desempeñaba cuando cometió los delitos mencionados –Juez 44 de Instrucción Criminal, en el departamento de Antioquia–. La sentencia revisada que se confirma en parte, sufre las modificaciones propias a las enmiendas indicadas.

DECLARAR que el condenado Sanguino Madariaga no tiene derecho al beneficio de la condena de ejecución condicional.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

Lisandro Martínez Zúñiga (con salvamento parcial de voto), *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel* (con salvamento de voto), *Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.*

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COHECHO. ACCION DISCIPLINARIA

Si existe una descripción concreta, directa aplicable (agasajos) no se estima por qué se acude a una difusa interpretación que sólo mediante una sofisticada elaboración, permitiría incluir un agasajo dentro del concepto de "otra utilidad". F.F. Decreto 052 de 1987

Segunda instancia número 3306. Alirio Sanguino Madariaga.

Salvamento de voto

(Segunda instancia número 3306. Contra: Alirio Sanguino M. Delitos: Cohecho impropio y falsedad en documentos).

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Me permito consignar por escrito las razones que me mueven a separarme parcialmente del proveído de la referencia.

1. Estoy acorde con lo resuelto por la Sala en cuanto a la condena por el delito de falsedad.

2. Pero me aparto de la condena por cohecho impropio. Estimo que este delito no se configura, ya que la conducta atribuida al juez se subsume de manera especial y expresa en el artículo 60 literal "e" del Decreto 0052 de 1987.

En efecto, el artículo 142 del C.P. se refiere a dinero u otra utilidad; la norma contravencional es más concreta, específica y aplicable al caso. Se refiere a solicitar y recibir agasajos que es precisamente lo que aquí es objeto de la condena.

Existiendo una descripción concreta, directa aplicable (agasajos) no se estima por qué se acude a una difusa interpretación que sólo mediante una sofisticada elaboración, permitiría incluir un agasajo dentro del concepto de "otra utilidad".

El principio de la especialidad, impone aplicar el posterior Decreto de 1987 y no el Código Penal.

El argumento de la aceptación de la coexistencia de conductas tanto como delitos como faltas disciplinarias, sería valedero cuando las dos prescripciones se adecuen.

Pero cuando una conducta encaja en forma más específica que la otra, debe aplicarse la norma más apropiada.

Resulta pues alejado de la correcta aplicación del principio de especialidad pretender forzar una norma penal para comprender una conducta especialmente descrita en el estatuto disciplinario.

De los señores magistrados,

Lisandro Martínez Z.

Fecha *ut supra.*

COHECHO. ACCION DISCIPLINARIA

Si existe una descripción concreta, directa aplicable (agasajos) no se estima por qué se acude a una difusa interpretación que sólo mediante una sofisticada elaboración, permitiría incluir un agasajo dentro del concepto de "otra utilidad". F.F. Decreto 052 de 1987

Segunda instancia número 3306. Alirio Sanguino Madariaga.

Salvamento de voto

(Referencia: Radicación número 3306. Alirio Sanguino Madariaga. Segunda instancia.)

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Con mi acostumbrado respeto para con las decisiones mayoritarias de la Sala, manifiesto a continuación las razones para apartarme de ella. Disentimos de la sentencia en lo referente a la condena por cohecho impropio (artículo 142 inciso 2°), por las siguientes consideraciones:

El código penal actual consagra dos modalidades de cohecho impropio, así:

1. En el inciso primero del artículo 142 se tipifica esta conducta con base en la aceptación del funcionario para sí o para un tercero, en forma directa o indirecta, de cualquiera utilidad o promesa remuneratoria "por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones". Es decir, exige la norma que se pruebe una relación de causalidad entre la dádiva y el acto propio de las funciones del empleado que debe ser ejecutado por éste.

En este evento, cualquiera utilidad, por nimia o baladí que sea, y a pesar de que aparentemente esté legitimada por los usos sociales, implica la comisión del delito de cohecho.

2. En el inciso segundo establece una segunda modalidad en la que basta que se reciba cualquiera utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a conocimiento del funcionario que lo recibe, para que se tipifique la conducta delictuosa, pero es obvio que en esta segunda modalidad sólo se encuadran aquellas dádivas que por su naturaleza permiten suponer un interés proclive, como sumas de dinero o regalos costosos que carecen de toda connotación social y que hacen presumir que se dan al funcionario "por actos que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones".

Pero de ninguna manera en esta modalidad quedan encuadradas dádivas que están en el juego cotidiano de las relaciones sociales, como invitaciones a agasajos u obsequios casuales, los cuales podrían constituir la falta disciplinaria consagrada en el literal "e" del artículo 60 del Decreto 0052 de 1987, "solicitar o recibir dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier (sic) otra clase de lucro provenientes directa o indirectamente" de las partes o sus apoderados o de cualquier otro interesado en

asuntos que se hallen a su conocimiento o en los cuales debe intervenir, pero nunca el delito de cohecho impropio que aquí se le imputa al procesado.

Fecha, ut supra,

Jaime Giraldo Angel

1. JUSTICIA PENAL MILITAR. REO AUSENTE

El artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, establece la necesidad de librar órdenes de captura o de comparendo, pero no impone el que se pormenorice la índole de las diligencias cumplidas o de los factores que impidieron la aprehensión o el recibo del requerimiento. F.F. artículo 590 C. de J.P.M.

2. REBELION. TREGUA. CONEXIDAD

Así como no hay rebelión sin medios bélicos y sin intención de derrocar al sistema imperante, así mismo la tregua desaloja este propósito e inhibe el empleo de las armas. F.F. artículo 120 C.P.

Sentencia casación. 4 de mayo de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior Militar, por medio del cual condenó a Martín Guerrero García, Luis Alberto Morantes Jaimes o Jacobo Arenas y otros, por el delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. 2400. Casación José Manuel Pérez y otros).

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 16, abril 18/89.

Bogotá, D.E., mayo cuatro (4) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El Comando de la Quinta Brigada de las Fuerzas Militares de Bucaramanga, como juez de primera instancia, condenó a los procesados Martín Guerrero García, Luis Alberto Morantes Jaimes o Jacobo Arenas y Jorge Luis Julio Ballestas (o Ballesta) a la pena privativa de la libertad de cuarenta (40) meses de prisión; a Ursula Marina Rivera Jaramillo y José Manuel Pérez López a treinta (30) meses de prisión, como coautores responsables del delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, y absolvió por los mismos hechos a Ana Victoria Ospina Reina.

El Tribunal Superior de Bucaramanga en providencia de 15 de julio de 1987, confirmó el fallo de primera instancia con las adiciones a ordenar el decomiso de dinero nacional y extranjero y de un vehículo automotor; condenar en abstracto a los procesados hallados responsables, al pago de los perjuicios causados con el delito y negar a todos ellos el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 25 de enero del año de 1986, a la hora de las 12 de la noche, en el retén de aduana localizado en el sitio de "Los Curos" de la jurisdicción de Piedecuesta y sobre la carretera que une a las ciudades de Bucaramanga y Bogotá, la policía de vigilancia al requisar el automóvil Dodge Dart, placas PB-1274, conducido por *José Manuel Pérez López,* a quien acompañaban Ursula Marina Rivera Jaramillo y Ana Victoria Ospina Reina, encontró que el automóvil estaba acondicionado con un compartimiento secreto y muy bien mimetizado que al destaparse dejó al descubierto 6 fusiles tipo Fal, calibre 7.62. La policía les dio captura a todos y los condujo al Comando de la Brigada en donde de inmediato se dispuso un operativo para capturar, en el Espinal (Tolima, a *Martín Guerrero García,* el sujeto que había comprado en Maicao las armas que debían entregársele en aquella citada población. Al siguiente día se dio captura a *Martín Guerrero García,* a quien se le decomisaron las sumas de 1.600 dólares americanos en billetes y 32.900 pesos colombianos.

Designado el juez 109 de Instrucción Penal Militar para el perfeccionamiento de la investigación, se oyó en indagatoria a los capturados y se les dictó auto de detención el 5 de febrero de 1986 por el delito de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

También se ordenó la captura de Ballestas (enero 29/86 -fl. 26) y se le emplazó en la misma fecha (fl. 28) designándosele el correspondiente apoderado de oficio; otro tanto se cumplió con Morantes: orden de aprehensión (febrero 3/86 fls. 48/49), emplazamiento (febrero 3/86 fl.60) y asistencia togada (febrero 6/86 fls. 93-94). El auto de preventiva detención contra estos dos últimos incriminados se emitió el 14 de febrero, fls. 128 y ss.

La actuación tuvo un desarrollo normal, presentándose alegaciones de libertad, peticiones probatorias, alegatos de fondo y, así mismo, se intentó que la Justicia Penal Militar se declarara incompetente para conocer de este averiguatorio. El incidente llegó hasta el Tribunal Militar con el mismo resultado negativo. Quien lo promovió, nunca acudió a la justicia ordinaria (jueces superiores) para excitarla a promover este conflicto, seguramente por inexistencia de toda investigación relacionada con el presunto delito de "rebelión".

Con fecha 21 de enero de 1987 se profirió sentencia de primer grado en los términos ya consignados anteriormente y el 28 del mismo mes y año se concedió para ante el Tribunal Superior Militar el recurso de apelación interpuesto por el procesado Martín Guerrero García y sustentado por su defensor.

El Tribunal Superior Militar por auto de 17 de marzo siguiente ordenó remitir las diligencias al Tribunal Superior de Bucaramanga, en atención a que la Corte

declaró inconstitucionales las normas que le atribuían competencia a la Justicia Penal Militar para el juzgamiento de civiles.

Recibido el proceso en el Tribunal de Bucaramanga, con fecha 15 de julio de 1987 se confirmó la sentencia de primer grado, con los complementos ya referidos, y contra ella se interpuso el recurso extraordinario de casación por el procesado *José Manuel Pérez López,* admitido por esta Sala en auto de 16 de febrero de 1988.

Como quiera que el señor apoderado del recurrente presentara demanda dentro del término legal y la sala declarara ajustada a las prescripciones legales el libelo respectivo, se procede a decidir lo pertinente.

LA DEMANDA:

Al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, el censor presenta un solo cargo contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, bajo la consideración de haberse violado indirectamente la ley sustancial al dar aplicación al artículo 202 del Código Penal, sin los presupuestos procesales exigidos por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

Para demostrar la acusación el censor indica que los requisitos de plena prueba de la infracción por la cual se halló responsable a su defendido *Pérez López* no se cumplieron en este proceso ya que en su indagatoria negó los hechos imputados, manifestación que debe presumirse verídica, por no darse en el expediente prueba alguna que la desvirtúe.

Luego de transcribir varios apartes de la citada diligencia critica la sentencia por haber dado plena credibilidad al testimonio de otro de los procesados *(Martín Guerrero García),* destacando así un error de derecho consistente en habérsele dado un valor superior al que legalmente podía merecer.

Indica igualmente que el Tribunal, al desechar la indagatoria de su representado, incurrió en error de derecho ya que le negó el valor probatorio que realmente tiene su versión como medio de defensa, o sea, el de establecer que nunca conoció el armamento escondido en su vehículo. De ahí que deduzca que el Tribunal aplicó equivocadamente el artículo 202 del Código Penal, declarando la responsabilidad de *Pérez López,* sin estar debidamente acreditada.

SE RESPONDE:

Considera la Sala pertinentes las consideraciones del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal respecto del cargo presentado por el censor. Por eso con él se repite: "Plantea entonces el recurrente un falso juicio de convicción (error de derecho) cuando afirma que el sentenciador otorgó al testimonio de Martín Guerrero contenido en su injurada un valor probatorio que no tiene, olvidando así que si bien nuestra legislación procedimental penal otorga a determinados medios probatorios un específico valor de convicción como ocurre con la confesión, los documentos públicos, etc., deja otros a la racional apreciación del juzgador, como ocurre con el

testimonio, prueba que no está sujeta a determinada tarifa legal sino solamente circunscrita a la sana crítica.

"En el planteamiento del cargo el censor además insinúa un error de hecho cuando arguye que le dio valor de plena prueba al testimonio de Martín Guerrero (al parecer como prueba de cargo), negándole el valor exculpatorio que éste tiene, con lo cual en el fondo se refiere es a que el fallador tergiversó el contenido del hecho que evidencia tal prueba, situación que además no es dable alegar simultáneamente con el error de derecho".

Finalmente, en el capítulo denominado por el censor "normas procesales infringidas por el Tribunal", presenta como vulnerado el artículo 6º del Código Penal, norma sustancial extraída por los redactores del Código del artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto no dio aplicación favorable al artículo 216 del estatuto procedimental, olvidando el censor que tal disposición sólo tiene aplicación cuando ocurre un cambio de legislación, caso en el cual se impone la adopción de la norma más benigna para el procesado, situación que no se presenta en este caso y que, además, como lo apunta el Ministerio Público, el censor debe entonces formular la censura como violación directa de la ley sustancial y no por la vía indirecta, como lo señala la demanda.

Las anteriores consideraciones, que destacan graves antitecnicismos en el contenido de la demanda, vuelven improcedente la acusación.

El cargo no prospera.

A pesar del anterior criterio, la delegada considera que este proceso se halla viciado de nulidad, ya con relación a todos los procesados, ya, de no aceptarse esta anulación integral, respecto de los dos (Morantes y Ballestas) condenados en ausencia.

La tesis de la delegada es la siguiente:

1. En este proceso se incurrió en nulidad por errónea calificación de la conducta imputada a los procesados ya que según providencias de la Sala, en casos como el presente, se trata de un delito de Rebelión y no de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, en cuyo caso la competencia y el procedimiento debieron ser otros distintos a la reconocida y aplicado en este caso.

Estima el Ministerio Público que "las sentencias, como algunas providencias interlocutorias, desechan la rebelión no obstante admitir que las armas transportadas tenían como destinatario final un grupo de rebeldes, las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia Farc. Y no obstante aceptarse aquello, no obstante haber vinculado a uno de los componentes del denominado Estado Mayor de las Farc como procesado *(Luis Alberto Morantes)*, no obstante ser un hecho notorio que la finalidad de esta agrupación es la toma del poder por vía armada, no obstante haber recibido dicha finalidad un reconocimiento institucional en los acuerdos de paz iniciados por el gobierno precedente y continuados en parte por el actual, los imputados en este proceso son tratados como simples adquirentes y transportadores de armas y se procesan, juzgan y condenan (salvo a la dama absuelta) por una figura penal que no

tenía entidad típica autónoma y que, en cambio, debía tenerse como elemento del tipo penal de rebelión".

"Si se trataba de juzgamiento por rebelión, la competencia radicaba en los Juzgados Superiores de Bucaramanga y no en el Comando de la Quinta Brigada que, conforme al Decreto 1050 de 1984, vigente a la época de los hechos, únicamente conocía, por el trámite previsto en el artículo 590 del C.J.P. Militar, de las infracciones al artículo 202 del C.P., modificado por el 7° de la Ley 35 de 1982".

2. Considera la delegada que, así mismo, se incurrió en nulidad por violación de las formas propias del juicio respecto de los dos procesados declarados reos ausentes, en perjuicio de la defensa material y formal, es decir, de *Jorge Luis Ballestas y Luis Alberto Morantes o Jacobo Arenas* ya que "...la indagatoria no puede suplirse sino con el emplazamiento, y éste no puede llevarse a cabo si no han mediado orden de captura o cita previa; pero aún habiéndose ordenado una captura, el C. de P.P. derogado (llamado a llenar los vacíos del de Justicia Penal Militar en lo que no existiese reglamentación completa y suficiente) establecía que el emplazamiento procedería sólo en el evento de que 'no hubiese sido posible hallar al sindicado contra quien obre prueba suficiente para someterlo a indagatoria', es decir, que la legitimidad del acto procesal de emplazamiento estaba supeditada a un despliegue de actividad real y no meramente formal por parte de los organismos de seguridad del Estado, como quiera que en otra forma el ciudadano quedaba expuesto a la posibilidad de ser juzgado a espaldas, sin posibilidad de asumir su defensa o, incluso posteriormente, sin posibilidad de nombrar un abogado de confianza que asumiera a su representación puesto que la innovación que en ese sentido introdujo el Decreto 1853 de 1985, aún se mantiene (art. 130 Dto. 050 de 1987)".

".....".

"La Procuraduría no desconoce que el trámite previsto en el artículo 590 del C. de Justicia Penal Militar es brevísimo, sumarísimo, irrito, casi absurdo, pero declarado exequible. Empero, ello no implica que sus inconsecuencias y sus vacíos no deben ser llenados como lo ordena el mismo código en el artículo 299, por los códigos penal, de procedimiento penal y de procedimiento civil. Y hay vacíos cuando los textos literalmente entendidos conducen a desnaturalizar las instituciones que ellos mismos regulan, como en este evento, cuando aplicada la disposición del artículo 590, sin acudir a ningún complemento, orientación o principio procesal, permitiría vincular y condenar a una persona en contravía de la garantía constitucional, es decir, sin habérsele posibilitado en términos reales y no simplemente formales, conocer que en su contra pesaba una sindicación por un hecho concreto e individualizado, marginándole de la posibilidad de decidir si acudía a defenderse por cuenta propia o si constituía mandatario que asumiera su defensa en juicio, o incluso, si se exponía a ser juzgado en contumacia".

Luego de invocar la delegada decisiones anteriores de esta sala y el criterio expuesto por el Ministerio Público en asunto de única instancia contra un alto funcionario del Estado, solicita de la Sala la declaratoria de nulidad del proceso, se repite, por violación de los principios constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, así como la inadecuada calificación de la conducta imputada a todos los procesados en este asunto.

SE RESPONDE:

El artículo 580 del Código de Procedimiento Penal derogado (aplicable a este caso por mandato del artículo 677 del actualmente vigente) en su numeral 4° tiene prevista como causal de casación, el hecho de haberse dictado la sentencia recurrida en juicio viciado de nulidad. La Corte afirmó que correspondía declarar la nulidad del proceso, así no la alegaran las partes, cuando del estudio procesal se hallara en forma *ostensible* la violación de los derechos constitucionales del inculpado (el debido proceso, especialmente en su modalidad de defensa eficiente), así como las de orden legal previstas en el artículo 210 *ibidem,* siempre y cuando resultaren insubsanables.

Hoy, el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal vigente, en su numeral 3°, consagra idéntico motivo de casación, pero el artículo siguiente, limita el estudio de las causales de casación a las específicamente alegadas por las partes en la demanda, sin que le sea permitido a las partes no recurrentes, en su escrito de contestación de la demanda, referirse a aquellas que no han sido invocadas en el libelo correspondiente. La ley asigna a la Corte la facultad de declarar *oficiosamente* la prosperidad del recurso, cuando en forma *ostensible o manifiesta* observe la presencia de nulidad que haga imposible el proferimiento del fallo definitivo.

Quiere decir lo anterior que, cuando la demanda presentada por la parte recurrente no cuestiona la validez del proceso, la Corte podrá atender y definir este aspecto si advierte *prima facie y sin mayor esfuerzo dialéctico* vicios de procesamiento que contradigan los mandatos constitucionales o legales que aseguran los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso. Pero esta facultad, tan excepcional en su ejercicio como en sus motivos, no puede desvirtuarse ni desconocerse sin grave quebranto para la estructura de este recurso extraordinario de casación. Por eso está mal y se opone a estas ideas rectoras, el que las partes extemporáneamente traten de plantear estos conflictos de nulidad, o que la propia Procuraduría aproveche la ocasión de un traslado que tiene finalidades y condicionamientos precisos, para suscitarlos. Lo que se entiende como exclusiva atribución de la Corte pasaría a ser prerrogativa de todos y que lo aparece como singularísima modalidad del recurso se constituiría en regla general.

La Sala considera conveniente en esta ocasión, a pesar del rigor y claridad del planteamiento anterior, referirse a los desacuerdos que el Procurador 3° Delegado en lo Penal, exterioriza en cuanto a la validez de esta tramitación judicial. Las reflexiones que destaca la Corte a continuación, demostrarán que las alegaciones del Ministerio Público tienen, en el ámbito jurídico de la nulidad, más apariencia que realidad, más sentimiento que razón y más amplitud y derroche de criterio que exactitud doctrinaria. Se advertirá, entonces, que el emplazamiento de los encausados, correspondió a lo que la ley y la sana interpretación disponen al respecto, y que la reclamada unidad de comportamiento –rebelión y tráfico de armas– tampoco constituye una verdad inconcusa, una noción indiscutible, un pacífico e incontrovertido concepto, características únicas que dan lugar, por su carácter manifiesto y ostensible, a que la Corte acuda de manera oficiosa a desconocer la validez de lo actuado y a ordenar la reposición integral o parcial del proceso.

El tema del emplazamiento.

La delegada recuerda que, el procedimiento previsto en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, recibió decisión de constitucionalidad. Esto indica, a las claras, que esa reducida o abreviada forma de trámite no puede ser objeto de complemento por normas de procedimiento civil o penal, así resulte para el Ministerio Público, "brevísimo, sumarísimo, írrito, casi absurdo", porque a pretexto de tal adición vendría a desfigurarse la tramitación abreviada que se quiso imponer y se consiguió establecer de modo legítimo. Las conductas previstas en el artículo 202 del C. Penal (modificado por el art. 7° de la Ley 35/82), se someten, en cuanto al procedimiento, a ese trámite y no a otro, el cual resulta de intocable autonomía y validez. Si a los procesados se les imputó uno de tales comportamientos y la actuación se ciñó con rigor a lo preceptuado en el artículo 590, no es dable, a título de procurar mayores tutelas, ampliar sus términos ni atemperar su severidad.

Si se repara en esas cláusulas legales y se las contrasta con el desarrollo de este expediente, se tendrá que pregonar su total correspondencia y concluir que cada uno de los procesados estuvo debidamente representado dentro del juicio y en nada se afectó su derecho de defensa ni menos las formas propias y básicas de esta forma del juicio.

Que la brevedad de este especial trámite exaspere a la Delegada y que advierta posibilidades de mejoramiento, son aspectos que se insertan en un problema de lege ferenda *o en un criterio muy personal de favorabilidad, contrarias a lo que la Corte definió al declarar en fallo de 3 de junio de 1984, la constitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 4° del Decreto 1058/84. Una posición intelectual de tan subjetivo sabor y contenido no puede erigirse en esquema judicial de forzoso acatamiento, al punto que su inobservancia comporte un efecto de anulación y menos que la Corte, de oficio, tenga que aplicar sus poderes de enmienda. La Sala de Casación Penal, no puede ignorar el fenómeno de la cosa juzgada en asuntos constitucionales y constituirse en instancia superior de la Corte Plena.*

No se discute, como general orientación del sistema procedimental colombiano, que el emplazamiento debe estar precedido de un esfuerzo de búsqueda del posible emplazado. Pero esta exigencia ofrece distingos que la doctrina se ha encargado de clarificar y de reducir a sus exactos y convenientes límites. Así, a vía de ejemplo, no es lo mismo en cuanto a consecuencias anulatorias que se trate de un procedimiento ordinario que de uno especial, en donde el primero se caracteriza por su amplitud y lento desarrollo y el segundo por su brevedad y celeroso desenvolvimiento; ni es idéntica la situación de quien tiene una conocida e informada residencia, o sitio de trabajo o lugar de frecuentación, a la de quien se reconoce como trashumante consuetudinario, o que, por su irregular forma de vida, depende del secreto y de rehuir todo intento de comparecencia; como tampoco es análogo el caso de quien nunca pudo tener conocimiento de su situación de compromiso, a aquél que por más de una circunstancia supo del posible requerimiento de la autoridad pero prefirió mantener su extrañamiento directo del proceso, bastándole la asistencia de su apoderado de confianza o el designado de oficio.

Tratándose de procedimiento de excepción, caracterizado por su continuidad, concentración y extraordinario dinamismo, que encuentra su plena organización en la

norma que les da vida, no es factible por vía de interpretación desconocer esta su naturaleza y obstaculizar sus manifiestos fines, anotando que debe integrarse con normas generales que pretenden cumplir función muy distinta. Y menos puede admitirse que el abandono u oposición de este errado criterio, se reprima con la anulación de lo actuado.

De bulto surge la concordancia del procedimiento señalado en el artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar con estos comentarios. Este dispositivo ordena que "recibido el parte, denuncia, aviso o informe, el Juez de Primera Instancia perfeccionará *la investigación dentro de los ocho días siguientes.* Si no fuere posible recibir indagatoria al sindicado dentro de tal término se le emplazará por dos días y se le designará defensor de oficio..." *Esta pertinente sección a lo sumo establece la necesidad de librar órdenes de captura (cumplidas en este proceso) o de comparendo; pero no impone el que se pormenorice la índole de las diligencias cumplidas o de los factores que impidieron la aprehensión o el recibo del requerimiento. Lo que el precepto manda es que durante el tiempo que se dispone para el esclarecimiento de los hechos; al mismo tiempo que se practican estas diligencias se procure, mediante las comunicaciones pertinentes, realizar la indagatoria, diligencia que de no producirse, por ausencia del procesado, se sustituye por el consiguiente* emplazamiento *y la designación de apoderado oficioso.*

La comentada disposición no impone al juez la parálisis de la instrucción ni el pronunciamiento del fallo, en razón de ignorarse el paradero del procesado o de desconocerse el efecto de las pesquisas realizadas para darle captura. Y la previsión procesal castrense no parte del supuesto de la posibilidad de dar con el requerido o de tenerlo a mano sino de la situación contraria, pues la deserción –una de las hipótesis del artículo 590– puede evidenciar la huida del sindicado y la imposibilidad de dar con su actual destino.

Pero es más, si la hipótesis legal que se comenta diera lugar a los complementos que recomienda la delegada, el término de perfeccionamiento de la instrucción no tendría la disminuida duración que se le señala, sino una de más vasta proyección a efecto de no ser más amplio el término de las diligencias previas al emplazamiento, por obra de la integración procesal que se cuestiona, que el tiempo destinado a la instrucción.

Al buen sentido de la Procuraduría nada le dice las circunstancias en que operaban los comprometidos, largos años perseguidos infructuosamente por la fuerza pública, pero sí la inquietan los días que debieron esperarse para saber lo ya conocido, o sea, que no se sabía su paradero. En definitiva, le satisface más este formalismo y apariencia que la ofuscante realidad de ser imposible a las autoridades, desde época muy anterior, su reducción física. Tampoco le ha impresionado que Ballestas *y* Morantes *supieran del fracaso de la adquisición de las armas y de la investigación iniciada contra todos los partícipes, pues constituye evidencia la captura de tres de ellos, la retención del dinero, del vehículo y de las armas obtenidas en Maicao. Menos que entre la iniciación de este proceso (enero 25 de 1986) y la emisión de la sentencia de primera instancia (enero 21 de 1987) transcurriera un tiempo propicio para comparecer, voluntaria u obligadamente, los procesados.*

La unidad de la conducta y la prevalencia de la rebelión

Sobre el segundo cuestionamiento de la Procuraduría, la Sala se permite anotar lo siguiente:

a) *La propia Delegada recuerda en su concepto que, para la época de los hechos, imperaba la doctrina de considerar posible el concurso de entidades delictivas como la rebelión y la fabricación y el comercio ilícito de armas y municiones. Resulta, entonces, pertinente observar que la tesis que procura invalidar un trámite concluido con sentencia de segunda instancia por variaciones jurisprudenciales posteriores a este final acto e incidentes en la competencia, no aparece tan ortodoxa ni tan indiscutible como para pretender de la Corte, de manera oficiosa, una declaración de nulidad, invocándose su carácter ostensible o manifiesto, o sea, sus notas de evidente, claro, incontrovertible, que nadie confunde, que siempre se aprecia en el mismo idéntico sentido. Con este criterio imperaría la incertidumbre jurídica y pasaría a ser regla dominante. Los procesos entrarían en una especie de incesante lanzadera yendo de un despacho a otro, al vaivén de los cambios de doctrina. Habría procesos que nunca terminarían, a no ser por prescripción, pues tomadas algunas decisiones, consolidadas las mismas y permitiéndose continuar el trámite por corresponder ese derecho declarado al derecho conocido en ese momento, esto es, revestidas en ese entonces de una incuestionable validez, al final del trámite tendría que retrotraerse y empezar de nuevo, por razón de una modificación conceptual que, a lo mejor, repuesta toda tramitación conforme al mismo, también decaería al final por ocurrir un nuevo cambio de apreciación, bien volviendo a la primera tesis o bien orientándose por una nueva temática. No constituye esto, se reitera, un factor de estabilidad judicial, ni de pronta, de eficaz, de bien reputada y deseada justicia;*

b) *La conclusión, en esta categoría de conflictos, no puede ser la misma cuando anteceden, concomitan o subsiguen procesos de "rebelión" y, "fabricación o tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares", que cuando sólo se da la segunda de las averiguaciones. En el primer evento se desconoce una realidad que debía inquietar por lo menos al funcionario para determinarse a una unidad de conducta; pero en el segundo, la única realidad procesal atendible, es la del proceso por manipuleo ilícito de armas y municiones. En el caso examinado no se supo de proceso por rebelión en las circunstancias espacio-temporales señaladas. Al negarse el Tribunal Militar a revocar la negativa del juez* idem *de primera instancia a provocar un conflicto negativo de competencias, abrió los ojos a quien así lo pretendía para acudir al juez superior que creyera competente para conocer de la "rebelión". Nunca se acudió a esta vía y solución, precisamente por inexistir un proceso de esta naturaleza, actualizado y vigente;*

c) *Finalmente otro elemento de análisis es el siguiente: para la fecha de la conducta juzgada, las Fuerzas Revolucionarias de Colombia FARC, habían acordado una tregua públicamente conocida, con perfiles institucionales serios, que pretendía buscar una solución estable de paz. Así se puede advertir en el proveído de 13 de marzo de 1986 (fls. 170 y ss), respuesta negativa a la colisión de competencia que suscitó el apoderado doctor Reynaldo Hernández, y, en el auto de confirmación del mismo, proferido por el Tribunal Superior Militar (agosto 6/86), apelación que fue un exceso de garantías dada la inapelabilidad de esta clase de resoluciones. En el primero*

se dijo: "...De otra parte las FARC, han suscrito y ratificado acuerdos de tregua con el gobierno nacional, precisamente porque esta colectividad se identificó con los postulados filosófico político de la Unión Patriótica, sustituyendo así el alzamiento en armas como medio para derrocar al Gobierno, por la elección libre y voluntaria de sus representantes a los cuerpos colegiados, inclusive aspiran a la primera magistratura con candidato propio, debidamente identificado, quien realiza una activa y pública actividad política.

"Antiguos miembros de las "FARC", hoy integran no sólo la Unión Patriótica, sino diferentes comisiones nombradas por el Presidente de la República, fueron amnistiados e indultados por la comisión del delito de Rebelión y de otros delitos conexos, se aceptan como políticos en el ámbito nacional y se les respetan sus derechos y garantías individuales a todo lo largo y ancho del territorio nacional..."; y en el *segundo, se anotó: "...Afortunadamente el proceso se encuentra en instrucción, y sea cual fuere la jurisdicción competente, "las diligencias o investigacioness realizadas por las autoridades militares o civiles, conservan todo su valor legal cualquiera que sea la que asuma en definitiva el conocimiento" (art. 313 del Código Penal Militar), situación que da margen para indagar acerca de si las versiones suministradas por los inculpados obedecen a la realidad o se trata simplemente de justificaciones y recursos de defensa, en orden a evadir la acción de la justicia, aprovechando los Acuerdos de Paz y la eventual "atipicidad material" –dada la tregua– del delito de rebelión ejecutado por quienes los hayan suscrito. En este orden de ideas, resulta claro que no habiéndose demostrado plenamente la realización del tipo de injusto de este específico punible –ni siquiera la simple imputación objetiva de la acción descrita en el tipo–, no es posible remitir la actuación a la justicia ordinaria, como quiera que, en contraste, estando comprobada la realización del tipo de injusto del punible de "tráfico de armas", será la jurisdicción penal castrense la encargada de conocer de los autos...".*

Esta especial circunstancia tiene un decisivo influjo en la unidad de conducta que reclama la delegada como fundamento de la nulidad que recomienda como aspecto ostensiblemente vicioso de la tramitación cumplida. La tregua así pactada supone la cesación de las actividades que buscan como objetivo el derrocamiento del Gobierno Nacional o la supresión o modificación del régimen constitucional o legal vigentes, cesación que puede llegar a ser definitiva si se encuentran canales apropiados para instrumentalizar una desmovilización completa y disolver los grupos de lucha armada. La satisfacción mutua de las pretensiones que enfrentan a las partes en conflicto es lo que permite consolidar ese ánimo de dejar las armas y conformar un estatus de paz, de concordia, de pacífica recuperación del funcionamiento pleno de las instituciones y la perenne reconciliación de los combatientes. Son evidentes las implicaciones que tiene la tregua, en múltiples ambientes. Para no citar sino dos, basta pensar en la pausa que se impone el Gobierno de reducir por la fuerza la subversión y de pensar en efectivas e inmediatas medidas legales de amnistía o indulto.

A una tregua no se llega de improviso, ni a improvisar, ni menos a servirse de ella como método de engaño.

Tan seria y comprometedora aparece la tregua, tan rica en consecuencias jurídicas, que una de ellas es la de impedir que el delito de "rebelión" continúe cometiéndose. El artículo 120 del C. Penal, considera como delito autónomo el de la "violación de tregua

o armisticio", figura penal que hoy está reducida al campo del derecho internacional (la República y un Estado enemigo) pero que de reconocerse a los alzados en armas su condición de fuerzas beligerantes, como lo ha recomendado en nuestros días el expresidente Alfonso López Michelsen, daría lugar a la aplicación de este precepto en casos como el que se estudia. Mas esto no quiere decir que los delitos cometidos durante tal período de suspensión de la actividad bélica –rebelión– no tengan propia e individualizada existencia. De darse la figura del artículo 120, habría lugar a los pertinentes concursos heterogéneos de conductas delictuosas (homicidios, extorsiones, comercio ilícito de armas, narcotráfico, etc.). La tregua no se conviene para asegurar la impunidad del mantenimiento del ajetreo criminoso, pues lo que implica es la parálisis o interrupción de ese acontecer delictivo.

Esta es la justicia, eco del derecho penal, que corresponde aplicar en este caso. Otras son las soluciones políticas o sociales, que la legislación también tiene formas de volverlas derecho. Pero mientras no se den, no es factible desconocer la ley que impera, ni forzar sustituciones jurídicas que resquebrajan todavía más el asediado sistema institucional que nos cubre y rige.

Así como no hay rebelión sin medios bélicos y sin intención de derrocar al sistema imperante, así mismo la tregua desaloja este propósito e inhibe el empleo de las armas. Si esto es así, si no es dable afirmar que la rebelión continúa puesto que ésta desaparece, así sea en forma temporal, no es dable afirmar que pueda continuarse en la fabricación y tráfico de armas, y municiones, o en la comisión de otros ilícitos puesto que la subsunción que estas entidades delictivas puedan recibir en la figura de rebelión, exige que esta exista, perdure, se mantenga. Es dable hablar, con cierta univocidad, del destino de armas decomisadas cuando se está en proceso de rebelión, cuando ésta se muestra activa, pero no puede aceptarse igual correlación con extremo tan importante de referencia si ha desaparecido. Otros serán los fines a los cuales pueden dedicarse esas armas y de ahí la recuperación de la plena autonomía de las previsiones del artículo 202 del C. Penal. La tregua pactada y respetada en cuanto a la rebelión, no permite unificar la conducta de la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas. De ahí el que en circunstancias tales no sea factible hablar de un solo delito, el de rebelión, porque éste no está en vía de ejecución, sino que ha cesado en su realización.

Estos aspectos, para la Sala, resultan diáfanos, de ajustado rigor jurídico. Quien los controvierte se enfrenta, de entrada, a una concepción de difícil réplica. Se pueden dar razones en contrario, pero ellas estarán procurando no un análisis imparcial de la cuestión porque no es dable afirmar que se tiene el propósito de pausar la rebelión, de cejar en el empeño del derrocamiento, para abrir cauces pacíficos de entendimiento, de restauración institucional absoluta y al mismo tiempo sostener que la actividad subversora mantiene todo su empeño, toda su potencialidad, valiéndose de medios armados, de declarada confrontación bélica.

Todo esto, por lo menos, tendrá que persuadir a cualquiera de que sostener la validez de lo actuado, dentro de los marcos legales comentados, no traduce una apreciación contraria a los preceptos legales, que imponga a la Corte, por sus ostensibles características, un correctivo de anulación en la forma y alcance que indica el Procurador 3° delegado en lo penal.

La conducta desplegada por los procesados, apunta a la violación del artículo 202 del Código Penal cuyo conocimiento por la época de los hechos correspondía a la justicia penal militar y no al delito de rebelión previsto en el artículo 125 ibidem. *Esta la razón para que la Corte rechace el pedimento del Ministerio Público ya que, se repite, no aparece ostensible o manifiesta la pretendida errónea calificación de la conducta atribuida a los sentenciados, que amerite por parte de la Corte y de manera oficiosa la nulidad del proceso* y menos aun cuando la parte recurrente consideró que la sentencia de segundo grado, era atacable simplemente por la vía de la causal primera de casación por errores del juzgador, demanda que no está llamada a prosperar por los motivos consignados anteriormente por la Sala como respuesta a su pretensión.

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 el fallo recurrido, de fecha, origen y naturaleza ya precisados.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Tiberio Quintero Ospina, Conjuez; *Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz* (salvo el voto); *Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome* (con salvamento de voto); *Edgar Saavedra Rojas* (con salvamento de voto).

Marino Henao Rodríguez
Secretario

1. JUSTICIA PENAL MILITAR. REO AUSENTE

La inquietud formulada por el Ministerio Público sólo podía ser respondida por la Sala en forma positiva, en el sentido de afirmar que a pesar de la precariedad de los términos procesales, es un deber del juzgador procurar eficientemente la comunicación de la existencia del proceso al procesado y hacerle saber la obligación de la comparecencia en él. F.F. artículo 590 C. de J.P.M.

2. REBELION. CONEXIDAD

Es claro que si se trata de la adquisición y transporte de armas por parte del grupo rebelde y con fines rebeldes, tal actividad queda necesariamente involucrada dentro de la dinámica del delito de rebelión. F.F. artículo 120 C.P.

SALVAMENTO DE VOTO

(Casación número 2400. Por fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de mayo 4 de 1989).

Con el debido respeto que nos merece la opinión de la mayoría de la Sala, hemos de apartarnos de ella por las siguientes razones:

1. El motivo de la inconformidad radica en la forma como se resuelve por la mayoría de la Sala lo relativo a las garantías procesales, tendientes al cabal ejercicio del Derecho de Defensa; esto porque en la decisión se reseña la opinión del Procurador, respondiéndosele con un argumento de autoridad, cual es el de que, habiendo sido declarado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia ajustado a la Constitución tal procedimiento, mal puede objetarse la precariedad de los términos.

Esta respuesta nos parece inaceptable y peligrosa en sus consecuencias, ya que evidentemente el Ministerio Público no estaba argumentando la inexequibilidad de la norma, sino advirtiendo sobre los riesgos de una exégesis formal y cómoda que a la postre llevan en la práctica judicial a un proceso penal realizado a espaldas del procesado, lo cual es contrario al espíritu de la Carta Fundamental y no es precisamente lo que quiere el trámite procesal aludido, a pesar de la brevedad de los términos.

En nuestro sentir, la inquietud formulada por el Ministerio Público sólo podía ser respondida por la Sala en forma positiva, en el sentido de afirmar que a pesar de la precariedad de los términos procesales, es *un deber del juzgador procurar eficientemente la comunicación de la existencia del proceso al procesado y de hacerle saber la obligación de la comparecencia en él,* sin que pueda satisfacerse la administración de justicia con el formalismo de la mera existencia de una orden de captura o de comparendo, sin verificar si efectivamente se comunicaron o intentaron comunicar por los medios idóneos que la lógica y la ley indican.

Pero contrariamente a ello, la decisión de mayoría se declara satisfecha con la constatación formal, que en nuestro sentir es una peligrosa exégesis, que en la práctica lesiona el Derecho de Defensa.

2. No estamos de acuerdo tampoco, con el tratamiento que se le da al delito de rebelión por la mayoría. En efecto, ya en auto del 18 de octubre de 1988, la Sala Penal sostuvo lo siguiente:

"Claro está que la anterior precisión sobre la conexidad, no tiene la virtud de desdibujar hipótesis delictivas como la de la rebelión (art. 125 del C.P.), en cuanto algunos de los tipos penales contemplados en el denominado estatuto para la defensa de la democracia, constituyen figuras de menor rango que pueden hacer parte estructural del tipo penal de rebelión, como es el caso del artículo 13 que sanciona la "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional", esto porque quienes realicen tal actividad dentro del ámbito delictivo de la rebelión, esto es, "los que mediante empleo de las armas (subraya la Sala) pretenden derrocar al Gobierno Nacional, incurrirán en prisión de tres (3) a seis (6) años", (125), no se les podrá imputar la particular hipótesis delictiva del artículo 13 del estatuto para la defensa de la democracia, sino que deben ser procesados por el delito de rebelión, cuya competencia se mantiene en la justicia ordinaria en cabeza de los jueces superiores".

"A tal conclusión arriba la Sala guiada por los principios básicos del derecho penal; así, predicar lo contrario implicaría la aceptación de la existencia de un concurso efectivo de tipos penales entre las hipótesis delictivas de la rebelión (125) y el artículo 13 del estatuto para la defensa de la democracia, lo cual contendría clara violación al principio universal del *non bis in idem*. Se trata entonces de un aparente concurso de normas que obtiene plena resolución en el principio de la consunción –*lex consumens* deroga *legis consumptae*– esto es, entre la posibilidad de aplicar dos tipos penales que se contienen entre sí, se impone la aplicación de aquel que implica una mayor relevancia jurídica y riqueza descriptiva, sobre aquél de menor jerarquía".

"La resolución de este aparente concurso no tiene nada que ver con la hipótesis del artículo 127 que señala que "los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a penas por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo", esto, porque el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y realizado por rebeldes conforme al artículo 125, siempre será rebelión, ya que es de la estructura típica de este delito el uso de las armas, mientras que conforme al artículo 127, los hechos punibles no cometidos en combate o que impliquen actos de ferocidad, barbarie o terrorismo por parte de los rebeldes, darán lugar a un concurso efectivo de tipos entre rebelión (125) y los hechos punibles, tales como muertes, lesiones personales, secuestros cometidos fuera de combate o dentro de él en circunstancias de ferocidad, barbarie o terrorismo, y la competencia en tales casos le corresponderá a la jurisdicción especial conforme a las reglas ya definidas por la Corte".

"Debe pensarse, además, que la solución así planteada por la Sala permite la aplicación del artículo 13 del estatuto para la defensa de la democracia y de aquellos que le sean conexos, en todas las hipótesis en que se importen, fabriquen, porten, reparen, almacenen, conserven o adquieran o suministren armas, sin permiso de autoridad competente con finalidad distinta a la rebelde o sediciosa, siendo entonces el conocimiento de competencia de la jurisdicción especial de orden público".

Esta reciente decisión es entonces contrariada por la mayoría al resolver el caso presente, cuando es claro que si se trata de la adquisición y transporte de armas por parte de grupo rebelde y con fines rebeldes, tal actividad queda necesariamente involucrada dentro de la dinámica del delito de rebelión, sin que pueda sancionarse aisladamente.

Obviamente, nos apartamos también de la tesis de la mayoría que involucra el fenómeno de la tregua con la tipicidad de la rebelión, al sostener –que la existencia de la tregua, permite concluir que ya no hay intención de derrocar al gobierno o transformar las instituciones constitucionales y que el grupo rebelde renuncia al uso de las armas– es ésta una tesis de impredecibles y dañinas consecuencias, que confiamos pronto la Sala habrá de revisar.

Estas son las razones de nuestro respetuoso disenso.

Fecha, *ut supra*.

Rodolfo Mantilla Jácome, Magistrado; *Guillermo Duque Ruiz*, Magistrado; *Edgar Saavedra Rojas*, Magistrado.

NARCOTRAFICO

La ley, por obra de la combinada utilización de productos químicos para fines legítimos y también para actividades delictuosas, tiene que disponer de mecanismos de comprobación adecuados y ciertos para saber cuándo otorga un permiso, cuándo lo niega, y, cuándo impone sus severos controles. F.F. Ley 30 de 1986

Sentencia casación. 5 de mayo de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Cali, por medio del cual condenó a Johan Betancourt Paredes, por infracción a la Ley 30 de 1986. Salvamento de voto: doctores *Jaime Giraldo Angel y Edgar Saavedra Rojas.*

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. 3365 Casación. Johan Betancourt Paredes).

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 17, abril 25/89.

Bogotá, D. E., mayo cinco (5) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en fallo de primero de septiembre del año próximo pasado, confirmatorio del expedido por el Juzgado 11 Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó a Johan Betancourt Paredes, por violación del artículo 43 de la Ley 30 de 1986, a veinticinco (25) meses de prisión, así como las accesorias de rigor. Al sentenciado se le otorgó el beneficio de la condena condicional.

Admitido el recurso de casación (octubre 19/88) como también la correspondiente demanda (enero 16/89), corresponde ahora proferir la decisión de mérito.

HECHOS:

El señor Betancourt Paredes estableció en Cali, con el nombre de "Industrias Betancourt", una empresa dedicada a la producción de jabones y a la comercializa-

ción de productos químicos, entre ellos algunos sometidos a rígido control de las autoridades por tratarse de elementos utilizables en la elaboración de estupefacientes. Durante varios meses, sin tener en regla su total documentación, se dio a la tarea de distribuir sustancias químicas como ácido clorhídrico y ácido sulfúrico, contando para ello con la certificación expedida por el Consejo Nacional de Estupefacientes, sobre carencia de antecedentes en su tráfico ilícito, documento expedido el 21 de enero de 1988, con vigencia de un año, y que era paso obligado para obtener el correspondiente registro del Ministerio de Salud, licencia ésta que le permitía comportarse legalmente como comprador y comercializador de esta clase de químicos.

Sobre este mismo particular debe anotarse que el principal proveedor de "Industrias Betancourt", la Compañía "Distribuidora Química Holanda-Colombia S.A.", le hizo saber que mientras no llevase el "Certificado de Inscripción del Ministerio de Salud", no podría ser atendido en sus pedidos, disposición perentoria que se tomaría a partir del 1° de marzo/88. Esta nota lleva fecha de febrero 17 del mismo año. El procesado continuó en el trámite de sus gestiones oficiales (que culminaron con la expedición de la Resolución 7749 el 30 de mayo de 1988 -fl. 97) y también con sus ventas indebidas. En el curso de estas últimas, agentes del F2 recibieron informes que los suministros de Betancourt Paredes hacía a terceras personas que podían tener actividades delictuosas en este campo de las drogas sicotrópicas. Para el 27 de abril, un mes antes de la expedición de la mencionada resolución de inscripción, se supo de una de esas entregas y se preparó el operativo de rigor. Fue así como en tal fecha, a eso de las 17:15 horas, se le interceptó, encontrándose en su poder diez tibungos plásticos, cada uno con capacidad aproximada de cinco galones de ácido clorhídrico. El aprehendido exhibió toda la documentación que tenía en su poder y con la cual pretendía demostrar la legalidad de su actividad, aunque de inmediato no supo dar cuenta de la persona a la cual destinaba esa entrega, situación que en la indagatoria explica como causada en las modalidades del procedimiento policivo, pues no le dieron tiempo, anota él, para explicar este importante punto. Posteriormente exhibió la correspondiente factura a nombre de "Produquímicos PH Ltda", del señor Henry Mosquera, persona esta que luego atestiguó en su favor para revestir de licitud esa venta.

Actuación procesal:

La investigación la asumió el Juzgado 25 de Instrucción Criminal y después el juez de conocimiento, el Juzgado 11 Penal del Circuito, realizó la correspondiente audiencia pública, en la cual se recepcionaron los testimonios de Samuel Valencia Henao y José de Jesús Moreno Hernández, agentes del F2 que actuaran en la aprehensión de Betancourt Paredes y en el decomiso de los mencionados productos –fl. 92 y ss–. Finalmente se expidieron las dos sentencias que al principio se dejaron reseñadas, vale decir, la de primera y segunda instancia.

Demanda y concepto del Procurador 1° delegado en lo penal:

1. El apoderado del procesado depreca la casación del fallo con fundamento en la causal 1 del artículo 226 del C. de P.P., primero inciso, por haberse incurrido en

aplicación indebida del artículo 43 de la Ley 30 de 1986, por cuanto, según dice, "el incriminado con su actuar no violó la norma del artículo 43 de la Ley 30 de 1986, teniendo en cuenta que poseía la autorización provisional de la autoridad pertinente para efectos de comerciar con productos restringidos".

Sin embargo, en un errado intento de establecer la norma que a su juicio debe sustituir la indebidamente aplicada, dice que ella debe ser el artículo 47 del mismo estatuto, en donde se prevé el decomiso de los bienes gestionados a cometer esta clase de ilícitos.

2. El señor procurador delegado pone de relieve la falla técnica del recurso al pedir que en lugar de la norma impugnada se aplique el artículo 47 del mismo estatuto, "pues esta norma es eminentemente procedimental como quiera que regula el destino final de los bienes y objetos incautados con motivo de las investigaciones penales y contravencionales a que da lugar la aplicación de la Ley 30 de 1986", según dice.

Considera sinembargo que ante la justicia de la causa defendida por el censor, bien vale la pena soslayar estos errores de técnica, para encarar un estudio de fondo de los fundamentos del fallo condenatorio", y comenta cómo la "H. Corte ha venido suavizando su posición inicial, en el sentido de no exigir cita y debate en torno a la disposición llamada a regular el caso, cuando el recurrente alega atipicidad de la conducta y en consecuencia, pide del Tribunal de Casación, sentencia absolutoria para el procesado".

Considera el Procurador Delegado que las normas que se debieron aplicar son los artículos 2º y 4º del C. Penal. Según el primero "para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley".

Sobre esta base entra a analizar el comportamiento del procesado, para demostrar que con él no se atentó en manera alguna contra la salubridad pública. Dice así en su alegato: "A lo largo de todo el expediente quedó fuera de toda duda, la ninguna relación de Betancourt Paredes con las personas vinculadas con la producción y tráfico de estupefacientes, y si su condición de honesto comerciante, que si bien efectúa transacciones con ácido clorhídrico, las realiza con fines exclusivamente industriales y con persona de la más alta solvencia moral, facultados por los ordenamientos jurídicos, para manipular tales sustancias".

Termina su alegato pidiendo que se case la sentencia y en su lugar se absuelva al procesado, a la vez que se ordene el reintegro de todos los bienes que le fueron decomisados.

Consideraciones de la Sala:

Los errores de técnica de la demanda constituyen apreciación de fácil observación y entendimiento. Así lo señalan la Delegada y también los magistrados que salvan el voto. Basta recordar que la primera destaca dicho escrito como "notable por su falta de claridad, precisión y conocimiento de las exigencias propias de este recurso", pero, por "la justicia de la causa defendida por el censor" debe interpretarse

la alegación como el planteamiento de un fenómeno de "atipicidad", aspecto compartido por los integrantes de esta Sala que no secundan este fallo. A una y otros se les hace aceptable, para efectos de comerciar en tales productos, la certificación expedida por el Ministerio de Justicia y las gestiones que Betancourt Paredes realizara ante el Ministerio de Salud, todo lo cual resultó favorable a este sentenciado, aunque en forma tardía, pero más que todo, entienden los mismos, por la paquidérmica forma como la administración pública atiende y despacha sus asuntos.

La Sala, reparando en estas circunstancias, no puede menos de expresar la imposibilidad en que está de pasar por alto esta confundida situación en que se coloca el impugnador, pues éste presenta la cuestión como violación directa de la ley, pero llega a desarrollarla como infracción indirecta de la misma aunque, no se sabe si los desaciertos probatorios que objeta al Tribunal, merecen ser calificados como errores de hecho o de derecho.

Y el fenómeno de la atipicidad no gana ascendiente, por más vueltas jurídicas que se le dé al tema, pues la cuestión radica, en definitiva, en determinar si Betancourt Paredes estaba o no autorizado para comportarse como comerciante legítimo de esos elementos químicos o por el contrario procedía como ilícito distribuidor de los mismos. Y la verdad escueta es que tal como lo consideró el fallador de la segunda instancia, en plena armonía con el de primera, el procesado apenas se encontraba en vía de ser autorizado para ejercer este delicado comercio pero no se había completado todo el proceso administrativo. Es más, dígase de una vez, que si al Ministerio de Salud, se le hubiera enterado oportunamente de la razón de ser de este expediente, seguro se habría inhibido de conceder el registro de inscripción.

Lo que se dice en favor del sentenciado no corresponde a la realidad probatoria, ni al esquema jurídico que rige su comportamiento, y menos puede avenirse con la serie de contradictorias manifestaciones del procesado.

Con brevedad se anotan las reflexiones que los últimos enunciados suscitan, aunque conviene reiterar que las deficiencias técnicas de la demanda no dan lugar para adiciones, enmiendas o interpretaciones válidas.

a) *En esta clase de infracciones, en las cuales la salud pública resulta tan comprometida, es indudable que lo que aparenta ser un formalismo vanal o la aparición rampante del papeleo burocrático, no tiene tales características. Otra, pero muy distinta, es la realidad. La ley, por obra de la combinada utilización de estos productos químicos para fines legítimos y también para actividades delictuosas, tiene que disponer de mecanismos de comprobación adecuados y ciertos para saber cuándo otorga un permiso, cuándo lo niega, y, cuándo impone sus severos controles. Mientras esta autorización no se produzca no es dable considerar a quien carece de ella, como comercializador legítimo de esas substancias, sino como contraventor en materia grave de sus previsiones. En estos casos no puede asumirse primero el rol de empresario de la distribución y luego buscar el permiso. Quien así actúe, atrae y debe atraer todo el peso de las sanciones administrativas y penales. La laxitud en este campo, lejos de aparecer beneficiosa, surge como nociva y tan repudiable flexibilidad vuelve inefectiva y estéril los dictados legales. Es más, la intangibilidad de sus mandatos debe ser axiomática;*

b) ¿Y cuál es la imaginada desidia burocrática? En estas materias, si algo se palpa, es la superactividad y no la inercia. Obsérvese que el tardo, el omisivo, fue Betancourt Paredes, y no los organismos gubernamentales. Aquél sabía desde un principio (ver continuación de indagatoria fls. 49 y vto.) los requisitos que debía llenar y también se los recordaron el Ministerio de Justicia y su proveedor "Distribuidora Química Holanda - Colombia S.A.", pero con todo se mantuvo en acción de vendedor más de medio año. Sólo pudo pararlo en esta actividad, su captura cuando realizaba una venta, a todas luces ilícita. ¿Y cuánto demoró, realmente el Ministerio de Salud en satisfacer la pretensión de Betancourt Paredes? Este decidió solicitar su Registro de Inscripción, el 29 de marzo de 1988; y la Resolución número 7749, se expidió el 30 de mayo de 1988. ¿Será mucho tiempo, se repite, el transcurso de dos meses, cuando se trata de establecer la idoneidad del peticionario, en punto y condiciones de tanta monta, cuando las sorpresas abundan y se sabe de la pretextada constitución de compañías de la más aparente y exquisita responsabilidad y rectitud, que pasan luego a servir fines y cometidos delictuosos? Con estos enunciados basta para tomar realidad del asunto;

c) Y de la sediciente "justicia de la causa" sí que hay tela de donde cortar. El aprehendido no pudo suministrar el nombre de la persona a la cual destinaba la entrega, porque la forma del procedimiento no le dio oportunidad para ello, pero sí le fue factible mostrar documentos y supuestos permisos y, también, determinar el producto que transportaba y los que solía expender y las modalidades de su comercio. Las unidades del F-2, señalan una delación del tráfico ilícito que venía ejecutando Betancourt Paredes (fl. 1°) y en la audiencia se mantiene el compromiso (fls. 92, 93 y vto). Y, otras circunstancias avalan este informe. Por ejemplo, la entrega trataba de cumplirse a horas avanzadas de la tarde, propicias al cierre de la actividad laboral, lo que no llevaba a Betancourt Paredes a acelerar su aparición en el sitio de "Produquímicos P. y H. Ltda", sino a distraerse con la reclamación de un dinero que se le debía en otra empresa, artificio que le sirve para explicar algo extraño: que estaba muy distante del lugar en donde el supuesto legítimo adquirente debía recibir la mercancía. Pero hay un punto de mayor significación y que resulta del cotejo de lo afirmado por Betancourt Paredes en su indagatoria (fls. 7 a 8, y 48 a 49) y lo que manifiesta el muy tranquilo e impasible Henry Mosquera Gordillo (fls. 56 a 58), representante de "Produquímicos P. y H. Aquél conoció, en éste, su documentada condición de comerciante legítimo de estos productos pero sólo se comunicaron telefónicamente; aquél dice que sólo le conoció, por este medio, el día anterior a la entrega, pero Mosquera afirma que desde hacía cinco años comerciaban en numerosos trueques y compraventas de diversos productos. ¿Cómo, entonces, en circunstancias tales decir que los agentes del F-2 mienten, o que armaron un ardid, si los que aparecen en plan de tales son Betancourt y Mosquera?

Los anteriores comentarios no permiten deducir la existencia de un fenómeno de "atipicidad", logrado no por la presentación cabal de esta cuestión en la correspondiente demanda sino por la benévola estimación que se explica para la Delegada, por "la justicia de la causa", aunque todas las probanzas indican que la situación es otra muy distinta. Igual rechazo merece la tentativa de apoyar la "atipicidad" en un factor de justificación o en uno de inculpabilidad, presentación dialéctica que no logra

superar su manifiesta contradicción. En efecto, si Betancourt Paredes estaba autorizado para comerciar todos esos controlados productos, bastando a este fin el "permiso" otorgado por el Ministerio de Justicia, resulta fuera de raciocinio aludir a una posible buena fe. Esta juega papel para excusar ignorancias, errores, ligerezas, etc., más no para cubrir comportamientos plenamente acodados a la ley. La buena fe deslinda la falta de licencia, de autorización, en el comercio de ácido clorhídrico y ácido sulfúrico, etc., pero no viene al caso cuando el proveedor o distribuidor de estos productos, goza de tal estatus. *Cuando se actúa* secundum jus *no hay porqué colacionar tesis que se entroncan con conductas ajenas o contrapuestas a la ley.*

Pero es evidente que Betancur Paredes no contaba con esta autorización. Aceptar conclusión diversa es desconocer sus propias alegaciones y más todavía, el peso nítido de los documentos aportados a la averiguación. El sentenciado no podía entender lo que ahora se pretende que entendió a lo que en algunos forzados apartes de su indagatoria deja entrever en este sentido. Su más calificado proveedor (Distribuidora Química Holanda-Colombia S.A.) le señala perentoria y claramente en su comunicación de 17 de febrero de 1988, que a partir del primero de marzo "nos veremos en la necesidad de *no* poder despachar ningún producto controlado que no cumpla estos requisitos detallados en la Resolución mencionada (009 de 18 de febrero de 1987 y Ley 30 de 1986). Es decir el solo Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes (comúnmente llamado "permiso") *no* será suficiente". Las subrayas y mayúsculas no pertenecen a la Sala–. Y, en el párrafo anterior, se le indicaba el requisito fundamental y decisivo: "...Solicitamos nos hagan llegar una fotocopia autenticada de dicho *certificado de inscripción del Ministerio de Salud...*". Nuevamente es ajena la Sala a las subrayas y mayúsculas.

La comunicación del Consejo Nacional de Estupefacientes, fechada el 21 de enero de 1988 y distinguida con el número 0153, le advierte específicamente algo que Betancourt Paredes sabía a ciencia cierta: que el certificado de carencia de informes sobre tráfico de estupefacientes, se expide para dar cumplimiento a la Ley 30/86 y la Resolución 009 de 1987, o sea, para que el peticionario pueda "obtener su *inscripción*" en el Ministerio de Salud. No podía ser un permiso para comprar y comercializar esos productos, porque ni el documento tenía esa virtualidad, ni se le expresó cuestión diferente a lo que el mismo significaba, ni el propio solicitante estaba en condiciones personales de apreciar situación diferente, máxime cuando a su propio conocimiento y a lo que le indicaba el Ministerio de Justicia, se agregaba lo que la firma "Distribuidora Química Holanda Colombia S.A.", le recordaba.

¿De dónde, pues, tomar como licencia lo que apenas estaba en vía de consecución...? ¿de dónde deducir un permiso transitorio, si el documento tomado por tal, ni en su contenido ni finalidad exhibía esta naturaleza? Repugna, aun en el campo de las gratuitas suposiciones, este raciocinio. Betancourt Paredes, mientras no estuviera inscrito en el Ministerio de Salud, como comercializador de los mencionados productos, no podía ser considerado como tal. Su actividad en este terreno estaba de espaldas y en abierta violación de los mandatos legales sabidos y conocidos.

El error de prohibición o el error de tipo, sobre la base de un comportamiento de buena fe, constituye alegación contraria al volumen y entidad de las probanzas. En la

forma como se ha pretendido introducirla, lejos de conformar una violación directa de la ley, se inserta más en la violación indirecta, por desaciertos probatorios. Si el recurrente hubiera presentado una objeción de esta índole, que no lo hizo, se impondría su negativa. Con más veras se tiene que tomar igual conclusión cuando la tesis se quiere hacer servir a un forzado y ficticio evento de "atipicidad" y llevar la función de la Sala, de oficio, a un reconocimiento y declaratoria de tanta magnitud y compromiso dentro del recurso extraordinario de casación.

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 impugnada.

Copia de esta decisión debe remitirse al Ministerio de Salud, para que la tenga en cuenta con relación a la inscripción número 7749 de 30 de mayo de 1988, expedida a favor de "Industrias Betancourt".

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel (con salvamento de voto); *Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas* (con salvamento de voto).

Marino Henao Rodríguez
Secretario

NARCOTRAFICO

El artículo 43 de la Ley 30 de 1986 exige como uno de los elementos del tipo penal en ella establecidos uno de carácter normativo, que la tenencia de la sustancia sea "ilegal". F.F. Ley 30 de 1986

Casación número 3365. Johan Betancourt Paredes. Doctores Jaime Giraldo Angel y Edgar Saavedra Rojas.

SALVAMENTO DE VOTO

(Referencia: Radicación número 3365. Johan Betancourt Paredes. Casación Magistrado Ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Con nuestro acostumbrado respeto para con las decisiones mayoritarias de la Sala, exponemos a continuación las razones que nos llevan a apartarnos de ella.

1. Las sentencias de instancia.

Antes de dar las razones por las cuales disentimos de la decisión mayoritaria, consideramos oportuno hacer manifiesta nuestra extrañeza por haber omitido las sentencias de instancia dos causales de exención de responsabilidad que aparecen muy claras en el proceso, una referente a la exclusión de la antijuridicidad de la conducta del procesado, y otra a la exclusión de culpabilidad.

a) Carencia de antijuridicidad de la conducta.

Como atinadamente lo pone de relieve el señor procurador delegado en su concepto rendido ante la Corte, en manera alguna el comportamiento del procesado Betancourt lesionó el bien jurídico tutelado por la norma. Dice textualmente el Procurador:

"El artículo 4º del Código antes copiado, consagra el principio de la antijuridicidad de la conducta como elemento material del delito y escluye desde luego de tal consideración, aquellos comportamientos insignificantes, que implican daños de poca monta, carentes de la potencialidad suficiente para vulnerar el bien jurídico protegido por la ley.

"En este orden de ideas, cabe preguntar: ¿Cuál es el bien jurídico protegido por la Ley 30 de 1986?, la respuesta a este interrogante es unánime: La salubridad pública.

"Ahora bien:

"¿Cómo y en qué forma, la conducta de Johan Betancourt Paredes, puso en peligro o lesionó ese bien jurídico de la salubridad pública?

"La respuesta viene dada por los hechos plenamente acreditados en el proceso. El acusado como administrador de la empresa 'Industrias Betancourt' se dedicaba entre otras cosas a comercializar con el producto conocido como 'ácido clorhídrico' de innúmeras aplicaciones industriales a más de ser considerado también como sustancia precursora en los términos de la Ley 30 de 1986.

"A lo largo de todo el expediente quedó fuera de toda duda, la ninguna relación de Betancourt Paredes con las personas vinculadas con la producción y tráfico de estupefacientes, y sí su condición de honesto comerciante, que si bien efectúa transacciones con ácido clorhídrico, las realiza con fines exclusivamente industriales y con personas de la más alta solvencia moral, facultados por los ordenamientos jurídicos, para manipular tales sustancias.

"Por este aspecto bien puede afirmarse que el acusado Betancourt Paredes no es destinatario de la norma contenida en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986".

b) Exculpación de la conducta por haber actuado "con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación".

Es evidente que Betancourt actuó absolutamente convencido que estaba actuando en ejercicio de una actividad lícita, como se desprende de su comportamiento en el momento en que fue aprehendido entregando un pedido de ácido clorhídrico a uno de sus clientes, habiendo explicado a la Policía en ese momento, y luego al Juez durante la indagatoria, que era persona dedicada a la venta de estos productos

debidamente autorizados para el efecto, habiendo exibido las planillas que para la distribución de los mismos le había suministrado el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, y el certificado de no antecedentes relacionados con el narcotráfico expedido por el Consejo Nacional de Estupefacientes. Simultáneamente puso de presente a las autoridades que no era el destinatario de ese pedido su único cliente, entregando para que se agregara al expediente facturas de otras ventas hechas a la firma "Cromados Industriales" (folios 33, 34 y 35). Además, en la papelería de su empresa aparece claramente impreso que su objeto es el de mercadear varios productos para el aseo, entre otros, ácido clorhídrico (folio 10). Si no tuviera la convicción que por ahora aceptaremos como errada de que estaba en el ejercicio de una actividad lícita, en manera alguna hubiera tenido este comportamiento.

Y esta convicción era invencible, porque a él se le había venido dando autorizaciones periódicas de 30 días por el Consejo Nacional de Estupefacientes desde el 5 de octubre de 1987, hasta el 21 de enero de 1988 que se le expidió por este mismo organismo un certificado con el mismo contenido de los anteriores, pero con una vigencia de un año contado a partir de dicha fecha.

Es cierto que a más de este requisito la Resolución 9 de 1987 exige para el mercadeo de esos productos que la persona esté registrada en la División de Vigilancia de productos bioquímicos del Ministerio de Salud, pero no está dentro del giro normal de la vida cotidiana que los ciudadanos estén informados de todos los actos administrativos que expiden los organismos del Estado, a pesar de que estén relacionados con sus actividades cotidianas. Se puede afirmar que muy pocos conocen las resoluciones del Intra sobre vehículos automotores, aunque muchos seamos propietarios de alguno, o las que expide el Ministerio de Hacienda sobre el pago de tributos, por más que todos seamos contribuyentes. El carácter de invencible de un error no se debe medir en relación con un parámetro metafísico, sino a una realidad ubicada en un tiempo y en un espacio concreto.

El señor Betancourt no tuvo conocimiento de que además de los requisitos que él ya había cumplido para comercializar el ácido clorhídrico (permiso del Intra y certificado de no antecedentes del Consejo Nacional de Estupefacientes), necesitaba cumplir el de la mencionada inscripción, hasta el 17 de febrero, cuando uno de sus proveedores le informó de la existencia de tal requisito (fl. 13). Casi de inmediato la solicitó a dicha dependencia (fl. 19) e inmediatamente suspendió el envío del producto a los clientes que carecían de ella (fl. 18). Presentada la solicitud continuó vendiendo el producto, dentro de la convicción errada e invencible de que estaba en el legítimo ejercicio de una actividad lícita. Provisionalmente aceptamos que esta convicción era errada, pues adelante esperamos demostrar que ella estaba fundada legítimamente.

2. *El recurso de casación.*

a) La demanda.

Infortunadamente la inadecuada elaboración de la demanda impidió a la Sala considerar alguna de estas causales de exoneración de responsabilidad, pues ellas no fueron alegadas como normas sustitutivas aplicables por el recurrente, y no podían ser alegadas por el Ministerio Público, quien de acuerdo con las normas legales que

regulan el recurso, se debe limitar a conceptuar sobre las alegaciones del censor, sin que le sea dado enmendar los yerros en que él pueda haber incurrido (Código de Procedimiento Penal de 1971).

La Sala ha sido muy enfática en manifestar que cuando se alega la causal primera, violación directa de la ley en la modalidad de aplicación indebida de una norma sustancial, es necesario que el recurrente señale con precisión la norma que es objeto de impugnación, y la que se debe aplicar en su reemplazo, pues como es necesario entrar a dictar sentencia sustitutiva, ésta debe ser el fundamento del nuevo fallo. En el caso en estudio el recurrente planteó como norma sustitutiva el artículo 47 de la Ley 30 de 1986, lo que implica que él acepta la comisión del ilícito por el procesado, pues dicha norma prevé el decomiso de los bienes relacionados con el delito. Eso hace inane su demanda.

Sin embargo, cuando la impugnación se fundamenta en la atipicidad de la conducta imputada al procesado, no hay norma sustantiva aplicable en su reemplazo, porque la que en su lugar debe tenerse en cuenta es una de carácter procedimental, el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible", por lo que en este evento la omisión de ella, o la cita equivocada de otra norma, no debe impedir a la Sala para entrar a dictar fallo de fondo.

b) Viabilidad del recurso.

En nuestra opinión, la sentencia debió ser casada, por cuanto la conducta realizada por el procesado Betancourt es atípica. Veámoslo:

El artículo 43 de la Ley 30 de 1986 dispone que "el que ilegalmente tenga en su poder elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia tales como... ácido clorhídrico... u otras sustancias que se utilicen con el mismo fin, incurrirá en prisión de dos a cinco años".

Esta norma exige como uno de los elementos del tipo penal en ella establecido uno de carácter normativo, que la tenencia de la sustancia sea "ilegal". En el caso de autos es muy claro que el procesado Betancourt había cumplido todos los requisitos exigidos por la ley para ejercer el comercio de estos productos: El día 7 de septiembre de 1987 obtuvo del Intra la autorización para transportar el producto materia del ilícito, habiéndole sido remitido un talonario con planillas en las que debería llevar el control de las ventas que hiciera (fl. 13). El día 21 de enero de 1989 obtuvo un certificado de no antecedentes de informes por tráfico de estupefacientes, con una vigencia de un año contado a partir de la fecha de su expedición (fl. 96). El día 29 de marzo de 1988 pidió al Ministerio de Salud, División de Vigilancia de Productos bioQuímicos, que se le registrara en dicho despacho como entidad autorizada para la comercialización de ácido sulfúrico y ácido clorhídrico (fl. 19). Es decir, que para la fecha en que se deduce que cometió el ilícito (27 de abril de 1988), había cumplido todos los requisitos señalados por la ley para comercializar dichos productos.

Se arguye que sólo estaría autorizado para comerciar dichos productos cuando le hubiera sido expedida la Resolución de Registro, pero se confunde aquí la función

notarial que cumple esta entidad, con la del otorgamiento de permisos que asigna la ley a distintas autoridades administrativas y de policía. El registro cumple una función de información al público, mientras que el permiso habilita para el ejercicio de la correspondiente actividad. Mal se diría que una sociedad sólo puede comenzar a operar cuando la Cámara de Comercio la inscriba en su registro; ella nace y es capaz jurídicamente desde su constitución, independientemente de que para fines de publicidad tenga que inscribirse en la mencionada entidad.

No hay duda pues, que la sentencia del Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 43 de la Ley 30 de 1986, por no haberse tipificado el delito de tenencia ilegal de elementos que sirven para el procesamiento de drogas que produzcan dependencia. Esta es la razón por la cual disentimos del fallo de mayoría.

Fecha, ut supra.

Jaime Giraldo Angel, Edgar Saavedra Rojas

COLISION DE COMPETENCIA

La disparidad de criterios que surgen en relación con la competencia, debe presentarse respecto de unos mismos hechos y en relación con una misma situación procesal.

Auto colisión. 10 de mayo de 1989. Se abstiene de dirimir la supuesta colisión entre los jueces de Medellín. Tercero de Instrucción Penal de Aduanas y Octavo de Instrucción Criminal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión de Com.: número 3855. Contra: Juan G. Herrera otro. Jud. 8° I.C. Medellín por receptación).

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 20.

Bogotá, mayo diez (10) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Para que la Corte se pronuncie sobre una supuesta colisión de competencias, remitió este expediente el Juez Tercero de Instrucción Penal de Aduanas de Medellín.

1. Actuación procesal:

El proceso contra Juan Guillermo Herrera Patiño y Jorge Enrique Arango Giraldo, sindicados de los delitos de receptación y violación al Decreto 3664 de 1986, se inició en el Juzgado 8° de Instrucción Criminal de Medellín, según providencia del 18 de febrero pasado. El proceso se adelanta por los ritos señalados en los artículos 474 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, esto es, como procedimiento abreviado.

2. Resuelta la situación jurídica de los sindicados, profiriéndose en su contra la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva, se dispuso en el mismo auto (febrero 25/89), remitir el proceso a los Juzgados Penales del Circuito de la ciudad de Medellín para que se continuara con el trámite establecido.

Correspondió por reparto el conocimiento del proceso al Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín.

3. Por auto del pasado 16 de marzo, el Juez 15 de Instrucción Criminal que conocía del proceso seguido contra Juan Guillermo Herrera Patiño y Enrique Arango Giraldo, explicando las razones por medio de las cuales considera no ser competente para adelantar el proceso, lo remite a los Juzgados de Instrucción Penal de Aduanas, jurisdicción que a juicio del instructor debe aprehender el conocimiento de la investigación, proponiendo, si sus argumentos no fueren admitidos, colisión negativa de competencias.

4. El Juzgado Tercero de Instrucción Penal de Aduanas al que le correspondió por reparto el proceso citado, en auto del 17 de marzo del año en curso, avocó el conocimiento de la investigación y dispuso se practicaran las pruebas que especificó, entre ellas la diligencia de inspección judicial al vehículo incautado, ordenando se diera aviso al Juzgado Superior de Aduanas de la ciudad, para dar cumplimiento al ordenamiento legal.

En efecto, según consta a folio 119 y siguientes del cuaderno original del proceso, se practicó la diligencia de inspección judicial al vehículo incautado, según lo dispuesto no solamente en el auto por medio del cual avocó la investigación, sino también el que posteriormente profiriera para ordenarla, el 27 de marzo pasado.

5. En espera de pronunciamiento relativo a un pedimento de libertad provisional de uno de los sindicados, el Juzgado de Instrucción Penal de Aduanas, niega la solicitud de traslado del procesado Arango a otro establecimiento carcelario distinto a la Cárcel Yarunito en Itagüí (Antioquia), y

Por auto del 27 de marzo de 1989, además de resolver negativamente la solicitud de libertad de Jorge Enrique Arango, manifiesta el Juzgado Tercero de Instrucción Penal de Aduanas, que no admite las razones ofrecidas por el Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Medellín para cuando declinó la competencia, al mismo tiempo que da las suyas, trabando aparentemente el conflicto de competencias negativo.

II. Consideraciones de la Corte:

1. Evidentemente es la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, la encargada de dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre funcionarios de la jurisdicción penal ordinaria y los de una especial, conforme lo señala el numeral 6º del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

2. Lo anterior se haría, si no existieren motivos suficientes para declarar que en este caso concreto, la Sala debe abstenerse de dirimir el conflicto aparentemente planteado, por las siguientes razones:

a) Cuando se presente la llamada colisión negativa, es preciso que el funcionario que está adelantando el proceso al estimar que no es competente para continuar conociendo de él, lo remita a aquel que considere lo es, explicando mediante auto los motivos que fundamentan su posición;

b) El funcionario a quien se envía el proceso, lo recibe y analiza las razones aducidas por quien declinó inicialmente la competencia; si no las acepta, remite el proceso con auto explicativo al superior, para que éste decida. Si por el contrario admite las razones expuestas por quien manifestó no ser competente, avoca el conocimiento y ordena continuar con el conocimiento del proceso;

c) Deben uno y otro funcionario, observar el anterior procedimiento para que pueda tramitarse en debida forma el enfrentamiento;

d) La disparidad de criterios que surgen en relación con la competencia, debe presentarse respecto de unos mismos hechos y en relación con una misma situación procesal.

Los requisitos o presupuestos necesarios para predicar la existencia del conflicto, de cumplirse en el entrabamiento de la cuestión, obliga al superior a dirimirla, caso contrario como lo ha sostenido la Corte en providencias del 10 de marzo de 1987, octubre 14 de 1988 y abril 14 de 1989, impide su conocimiento, como lo señaló al decir:

"No hay en el procedimiento penal colombiano colisión de competencia cuando la controversia no se suscita directa y expresamente entre los funcionarios que participan en el asunto, *ni cuando uno de los funcionarios se refiere a una concreta situación probatoria y procesal y el otro a una diversa posterior,* ni cuando no se observa el procedimiento dispuesto por la ley para la tramitación de la cuestión, ni cuando alguno de los interesados elude la confrontación que se provoca" (Auto, dic. 7/88) (Subrayados fuera de texto).

Del desarrollo o actuación procesal consignado, se desprende que el conflicto planteado por el Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Medellín para continuar conociendo del proceso (marzo 16/89), desapareció cuando el Juzgado Tercero de Instrucción Penal de Aduanas de la misma ciudad avocó su conocimiento por considerarse competente, según se desprende de la orden de continuar la investigación (marzo 17) y de la práctica de las pruebas que con posterioridad se cumplieron, sin analizar, en ese mismo momento probatorio y procesal, los motivos expuestos por quien se declaraba incompetente.

Era en el momento en que declinaba competencia el Juzgado Quince de Instrucción Criminal, en el que debía, sobre una misma situación probatoria, manifestar su parecer el Juzgado Tercero de Instrucción Penal de Aduanas y no adelantar el proceso, lo que supone ante la práctica de la inspección judicial, una distinta situación probatoria, desconocida para el Juzgado Quince de Instrucción Criminal.

Si así no lo hizo y por el contrario adelantó la investigación trayendo al proceso una prueba determinante, ha debido provocar la colisión negativa y esperar el nuevo pronunciamiento del Juzgado Quince de Instrucción Criminal, a quien le correspondía de no admitir las razones expuestas y el análisis de la nueva prueba, trabar el conflicto y remitir el proceso al superior para su conocimiento.

Por manera que, el Juzgado Tercero de Instrucción Penal de Aduanas de Medellín, al enviar el expediente a esta Corporación, equivocó el camino procesal,

razón por la cual la Sala se abstendrá de dirimir el asunto y dispondrá la devolución del expediente a la oficina de origen, para que se le dé el trámite procesal conveniente.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de conocer del presente asunto; y DEVOLVER el proceso al Juzgado Tercero de Instrucción Penal de Aduanas de Medellín, para los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Juan Manuel Torres Fresneda, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COMPETENCIA. LIBERTAD

Es al juez que tiene el proceso al momento de surgir el conflicto de competencia, al que corresponde resolver lo referente a la libertad del procesado, no a la Corporación o al juez llamado a dirimir la colisión.

Auto colisión. 10 de mayo de 1989. Dirime colisión de competencia y se abstiene de resolver sobre la petición de libertad de Jesús Alberto Gómez Arias, a quien se adelanta proceso por los delitos de receptación y falsedad en documento público.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3892. Colisión de competencia. Jesús Gómez Arias).

Magistrado ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel.*

Aprobada Acta número 17 (25-IV-89).

Bogotá, mayo diez (10) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Hallándose este asunto al Despacho para la resolución del conflicto negativo de competencia surgido entre los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Bogotá y Armenia para conocer por apelación de la resolución acusatoria expedida por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Bogotá contra Jesús Alberto Gómez Arias por los delitos de receptación y falsedad en documento público (uso), se ha recibido, suscrita por éste, una solicitud de libertad provisional con fundamento en el numeral 2° del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo llevar en detención preventiva el tiempo suficiente para que se tenga por pena cumplida la que estima le sería imponible por uno solo de los delitos de que se lo acusa.

Con la previa aclaración de que no compete a la Sala el pronunciamiento respecto de la solicitud de libertad y que así lo declarará para inhibirse, se procede a dirimir la colisión trabada.

Antecedentes y consideraciones de la Corte:

1. Ante el Juzgado de Instrucción Criminal en reparto, Unidad Operativa "Restrepo" de Bogotá, el ciudadano César Arturo Lagos denunció el hurto de un

vehículo de su propiedad, marca Mazda, modelo 1980, de placas LY 6560, ocurrido el 14 de mayo de 1988, cuando varios individuos, dos de ellos vistiendo prendas con las que aparentaban ser policías, se lo arrebataron en una calle del sur de la ciudad capital de la República.

El automotor fue decomisado el 3 de junio subsiguiente en el municipio de Quimbaya (Quindío) en manos de Jesús Alberto Gómez Arias, quien portaba documentos que resultaron falsos, sobre propiedad del bien, y fue capturado. La actuación que daba cuenta del operativo fue allegada al expediente (folios 5 a 12 cuaderno principal).

El día 9 de junio de 1988, el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Bogotá, abrió la investigación penal en el curso de la cual oyó, entre las varias diligencias que llevó a cabo, en indagatoria al capturado, contra quien el 28 de septiembre profirió resolución acusatoria por los delitos de receptación y falsedad por uso de documento público falsificado. La decisión fue apelada, pero llegado el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, éste se declaró incompetente y le planteó colisión negativa para el conocimiento del asunto a su homólogo de Armenia.

2. a) El Tribunal colisionante advierte que los dos delitos por los cuales se produjo la resolución acusatoria contra Gómez Arias ocurrieron en el municipio de Quimbaya (Quindío), y que por consiguiente, según el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, son las autoridades de esa comprensión, específicamente el Tribunal de ese Distrito, por el estado en que está el proceso, las competentes para conocer de él. Considera que al haber sido desvinculado del delito de hurto ocurrido en Bogotá el capturado, y no habiendo hasta ahora persona conocida comprometida en tal ilícito, lo procedente es seguir investigaciones separadas, y consecuente con este criterio ordena, repitiendo así la orden contenida en la resolución acusatoria de primera instancia, que se expidan copias para que se proceda de conformidad por las autoridades de este Distrito;

b) Por su parte el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, al rechazar la competencia –no "el conflicto" como lo afirma–, arguye, con base en la indagatoria del procesado, que éste compró el vehículo en Pereira y que allí recibió "los papeles" del mismo que resultaron falsos y que entonces la receptación sería competencia territorial de autoridades distintas a las de su jurisdicción. Añade que en cuanto a la falsedad no hay prueba de que hubiese ocurrido en el Quindío, y seguidamente, de manera impropia e inoportuna si se tiene en cuenta que se trata de un mero incidente, se adentra en el estudio del delito contra la fe pública para pregonar que no puede hablarse de uso, que es la modalidad que se atribuye al acusado, porque, según expresa, "los documentos llegaron a los agentes de la Policía mediante un procedimiento ordinario de requisa" y el acusado no estaba realizando la conducta que se estima punible; seguidamente aclara que "no hubo uso dentro de nuestro territorio jurisdiccional (al menos no está probado) porque tales documentos estaban en los bolsillos del imputado...", para rematar afirmando: "Muy a pesar de que el proceso se encuentre con calificación de primera instancia, considera la Sala que la instrucción está incompleta, que faltan pruebas importantes por practicar como aquellas tendientes a la comprobación de la falsedad... y especialmente del lugar donde se realizó la adulteración..." (fls. 182-183), y finalmente, luego de calificar de improcedente la

orden del Tribunal de Bogotá de expedir copias para la investigación del hurto ocurrido en esta ciudad, no obstante haberse considerado incompetente como Juez de segunda instancia, estima que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal y a lo decidido por esta Sala al resolver incidentes de la misma naturaleza en casos similares, que la competencia radica en las autoridades del Distrito Judicial de Bogotá, que la asumieron a prevención, pues aunque en Quimbaya se capturó al sindicado, ni allí, ni en parte alguna distinta de Bogotá se inició investigación ni se formuló denuncia, "ni se ha tenido conocimiento de la comisión de delito alguno para iniciarla oficiosamente" (fl. 185).

3. Hallándose en este momento establecido procesalmente como lugar de comisión de dos de los delitos –los que son materia del enjuiciamiento en primer grado– el municipio de Quimbaya en el departamento del Quindío, dentro del cual ejerce su jurisdicción el Tribunal Superior de Armenia, e individualizado y detenido el autor, los factores que justificaron la asunción de competencia a prevención por las autoridades jurisdiccionales del Distrito Judicial de Bogotá pierden su razón de ser, máxime si como aparece claro, no se conservó la unidad del proceso porque la resolución acusatoria no incluyó el delito de hurto cometido en Bogotá ni los de receptación que hubieran podido ocurrir en Pereira, no obstante su conexidad con los delitos a que se refiere aquélla, rompiéndose así la unidad procesal prevista en el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación no procede ahora por la imposibilidad evidente de poner a todos los ilícitos en estado de investigación conjunta.

Así pues, sin embargo de algunos de sus impertinentes argumentos para declinar la competencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia deberá asumirla como juez de segunda instancia, con la secuela propia del traslado territorial para los jueces de la primera instancia, y en ese sentido habrá de resolverse.

4. *De la solicitud de libertad.*

El artículo 97 del Código de Procedimiento Penal al establecer el procedimiento para la definición de los conflictos de competencia manda que el juez o tribunal encargado lo haga de plano; por su parte el artículo 100 de la misma normatividad preceptúa que "si se suscitare colisión de competencias entre varios jueces para conocer o no 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 diligencias de investigación"; y que en "lo referente a la medida de aseguramiento o a la libertad del procesado, será resuelto por el juez que tuviere el proceso en el momento que deba tomarse la respectiva decisión".

La interpretación de estas disposiciones y su armonización pone de manifiesto que es al juez que tiene el proceso al momento de surgir el conflicto de competencia, al que corresponde resolver lo referente a la libertad del procesado, no a la Corporación o al juez llamado a dirimir la colisión, pues éstos resuelven de plano, es decir, con los elementos de juicio indispensables para la clase de decisión que deben adoptar, sin adentrarse en el conocimiento del proceso. Por consiguiente a la Corte le está vedado, en tratándose del incidente en cuestión, invadir el ámbito de competencia de los jueces del conocimiento para el estudio de las solicitudes de libertad de la índole de las que se

ha presentado, en que se requiere análisis y fundamentación que sólo el juez del conocimiento está llamado a proferir. Distinto sería el caso de estarse ante una pena impuesta en sentencia de condena que llegara a completarse estando el proceso en la Corte, pues ahí se estaría frente a un derecho adquirido no sujeto a las apreciacioness y evaluaciones distintas del factor cronológico. En este sentido se ha expresado la Sala al abstenerse de resolver peticiones de libertad cuando los procesos han llegado a su sede por razón de meros incidentes procesales (providencia 22 de abril de 1987; 9 de mayo de 1988).

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

RESUELVE:

1. DIRIMIR la colisión planteada en este proceso, atribuyendo la competencia a las autoridades jurisdiccionales del Distrito Judicial de Armenia, específicamente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de su comprensión, como juez de segunda instancia por razón del estado en que se encuentra el proceso. Infórmese, con copia de esta providencia, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. ABSTENERSE de resolver sobre la petición de libertad de que trata la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

REVISION

No basta solamente con señalar la causal o causales contempladas en el ordenamiento procesal como motivos para la revisión del fallo, sino que se hace imperioso que el recurrente invoque y demuestre fehacientemente la razón de su petición.

Auto revisión. 11 de mayo de 1989. Rechaza la demanda de revisión del proceso que, contra José Tiberio Casallas Molina, se adelantó en el Juzgado Noveno Penal Municipal de Bogotá, por el delito de lesiones personales. F.F. artículo 233 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Revisión número 3657. Contra José T. Casallas).

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 20 (10-V-89).

Bogotá, mayo once (11) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El ciudadano José Tiberio Casallas Molina fue condenado a la pena de sesenta (60) meses de prisión como autor responsable del delito de lesiones personales, según fallos de los Juzgados 9º Penal Municipal y 27 Superior de esta ciudad.

Contra esta sentencia condenatoria interpuso el procesado el recurso extraordinario de revisión, habiéndole conferido poder para que sustentara el recurso aludido, al profesional Antonio Ardila Ríos, quien presentó la correspondiente demanda. Se ocupará la Sala del examen de la demanda, a efecto de resolver sobre su admisión o rechazo.

CONSIDERACIONES Y CONCLUSIONES:

1. El Juzgado Noveno Penal Municipal de Bogotá, mediante providencia de 21 de octubre de 1988, profirió sentencia condenatoria contra José Tiberio Casallas

Molina, a quien se procesó por el delito de lesiones personales, imponiendo la pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión.

Por apelación interpuesta por el defensor del procesado, conoció en segunda instancia del fallo recurrido el Juzgado 27 Superior de esta ciudad, oficina que confirmó la sentencia, modificando la pena impuesta, para señalarla definitivamente en sesenta (60) meses de prisión.

Ejecutoriado el fallo, el mismo sentenciado interpuso recurso extraordinario de revisión, habiendo conferido poder al abogado Antonio Ríos Ardila, para que sustentara el recurso.

El profesional presentó ante la secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la correspondiente demanda de revisión.

2. Al examen de la demanda por la Sala, se tiene:

a) El libelista advirtiendo a la Corte que se contrae a las exigencias señaladas en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, invoca las causales de revisión contenidas en los numerales 3° y 5° del artículo 231 *ibidem,* sin que en el desarrollo de su escrito se preocupe de ellas, puesto que se desconocen los fundamentos de hecho y de derecho de cada una de las causales señaladas.

En efecto, con relación a los fundamentos fácticos, hace en primer lugar un recuento de los hechos, señalando que se vinculó a su asistido, con base en la falsa denuncia formulada por un pariente del lesionado, sin que se tuvieran en cuenta los términos del indagado, anotando que entre las versiones del denunciante, del lesionado y del sindicado, se presentan protuberantes contradicciones. Concluye este punto, sosteniendo que el procesado no pudo haber cometido el delito por el que se le condenó, en consideración a que él nunca ha usado armas de fuego.

En segundo lugar critica los fallos de primera y segunda instancia, porque ellos se basaron primeramente en la denuncia formulada por José Antonio Rodríguez, persona que no estuvo presente en el desarrollo de los acontecimientos en que resultara herido el señor Carlos Eduardo Riveros, así como en las versiones del denunciante, lesionado y amigos de éste, por lo que dichos testimonios debieron ser desechados, pues entre ellos mediaba el factor interés, por ser relacionados de alguna manera, ya que el denunciante es cuñado de la víctima y los demás declarantes amigos de la misma.

Posteriormente señala que el Juzgado que investigó el hecho omitió recepcionar testimonios a las personas citadas por el indagado, a efecto de demostrar su buena conducta anterior, así como tampoco se oyó en declaración a los parientes del procesado, su esposa e hija, pues con relación a la primera, fue a ella a quien se le informó que Riveros había sido herido en la calle y no en el establecimiento público de propiedad del procesado. Y por último señala que al poderdante se le privó del derecho de demostrar que no tenía antecedentes, en cuanto que no se libró ninguna comunicación para indagar sobre ellos.

Dentro del mismo capítulo a que nos hemos referido, concluye diciendo que existen informaciones extraproceso que señalan que Carlos Eduardo Riveros, fue

herido en la calle 34 Sur, por un sujeto desconocido que disparó para evitar ser atracado.

Con referencia al segundo capítulo, esto es, fundamentos de derechos en que se apoya la solicitud se tiene:

En su integridad el estudio de los fundamentos de derecho lo concreta el demandante en señalar las normas que a su juicio, fueron desconocidas, tanto por el juzgador de primera instancia, como el de segunda, diciendo que el *a quo* al investigar solamente lo desfavorable al procesado desconoció el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal; al haberse omitido poner en conocimiento de las partes, el experticio que obra a folio 40 de este diligenciamiento, conforme lo señala el artículo 276 *ibidem,* originó la nulidad procesal contenida en el numeral 2° del artículo 305 *ibidem,* irregularidad que afecta el debido proceso; violación al derecho de defensa se presenta en el proceso adelantado por el Juzgado 9° Penal Municipal, al no notificarse en debida forma el auto de cierre de investigación, conforme lo señalan los artículos 174 y 178 del Código adjetivo; es inexistente la diligencia de indagatoria, en razón a que no se le comunicó al defensor el día y la hora en que se llevaría a cabo, por lo que hubo de designársele otro, lo que constituye una abultada irregularidad que sanciona el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal; de la misma manera, el Juez 27 Superior de Bogotá, no obró conforme a derecho, al incrementar la pena del procesado, puesto que de conformidad con lo señalado en el artículo 61 del Código Penal, ha debido imponer el mínimo de la pena, conforme el artículo 366 de la misma obra, insinuando un obrar antijurídico de este funcionario, al confirmar las irregularidades por él anotadas, que cometiera la funcionaria de primera instancia.

Por último, en cuanto a la relación de las pruebas aportadas para demostrar los hechos básicos de la petición, anexa a la demanda que se examina, copias de piezas que hicieron parte del proceso, sin que exista siquiera una, que se dedique a sustentar los hechos nuevos o las pruebas no conocidas al tiempo del debate, que establezcan la inocencia del condenado o para demostrar que la sentencia que se pretende revisar se fundamentó en testimonio, peritación, documento o cualquier otra prueba falsa, según las causales que invocó.

3. *Desde el punto de vista formal, encuentra la Sala que la demanda no reúne los requisitos exigidos por el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal por lo que no puede ser admitida como fundamento del recurso propuesto, debiendo en consecuencia ser rechazada* in limine.

Del contexto de la demanda, que se repite, no contiene un sustento mínimo que se dirija a darle validez a la inconformidad, por cuanto no señala de manera clara y precisa los fundamentos jurídicos y fácticos en que se apoyan las causales invocadas para intentar la revisión de la sentencia, se concluye que la pretensión del demandante en este evento, es revivir la valoración de los elementos de juicio que ya fueron materia de examen por parte de los juzgadores de instancia, cuestión que como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación "resulta labor incompatible con la naturaleza y la ratio *del recurso extraordinario de revisión".*

No basta solamente con señalar la causal o causales contempladas en el ordenamiento procesal como motivos para la revisión del fallo, dentro de las especiales circunstancias que permiten el recurso extraordinario de revisión, en procura de remediar las consecuencias de un fallo condenatorio injusto que ha hecho tránsito a cosa juzgada, sino que se hace imperioso que el recurrente invoque y demuestre fehacientemente la razón de su petición, como por ejemplo demostrar la falsedad del elemento de persuasión que dio pie a los juzgadores para proferir el fallo condenatorio, o la demostración del acaecimiento fáctico que en estrecha vinculación con el delito que es objeto de la investigación, no fue conocido en ninguna de las etapas del proceso y por lo tanto no fue controvertido; y no como en el presente caso, en que el recurrente distorsiona el verdadero sentido y alcance de las causales mencionadas, al criticar las conclusiones y la valoración que sobre algunos medios de prueba se emitieron en las dos instancias. Parecería que el libelista, en alguna manera, confundió inexplicablemente el recurso extraordinario de revisión con el debate propio de las instancias.

Conforme a lo anterior, surge manifiesto el error sustancial del demandante, al presentar para su estudio en sede de revisión conceptos e hipótesis que son ajenos a los fines del recurso.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de revisión presentada y disponer la devolución del diligenciamiento a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Juan Manuel Torres Fresneda, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Hénao Rodríguez
Secretario

1. SENTENCIA. CASACION

El motivo del recurso extraordinario que se señala en el numeral 2° del artículo 226 del C. de Procedimiento Penal, ha de interpretarse en tanto que exista disonancia entre los cargos deducidos al procesado y la sentencia. F.F. artículo 226 C. de P.P.

2. NARCOTRAFICO

El precepto contenido en el artículo 1° de la Ley 30 de 1986 establece que las expresiones utilizadas se entenderán, salvo definición expresa, en su contenido natural y obvio, según el uso general de las mismas. F.F. Ley 30 de 1986.

Sentencia Casación. 15 de mayo de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Pereira, por medio del cual condenó a Holmes Marín Vallejo y a Hugo Patiño López, por infracción a la Ley 30 de 1986.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3082. Casación. Procesado: Hugo Patiño Gómez. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986).

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 020 del 10 de mayo de 1989.

Bogotá, mayo quince (15) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante fallo del siete (7) de junio de mil novecientos ochenta y ocho (1988) confirmó en todas sus partes la sentencia calendada el dieciséis (16) de abril del mismo año, por medio del cual el Juzgado 1° Especializado de aquella municipalidad condenó a Holmes Marín Vallejo y a Hugo Patiño López a las penas de cuatro (4) años de prisión y multa superior a

doscientos mil pesos ($200.000.00) cada uno, como responsables del delito consagrado en el inciso 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Contra la decisión del Tribunal, el sentenciado Patiño López interpuso el recurso extraordinario de casación el cual, una vez concedido, fue declarado admisible por esta corporación en auto del primero de agosto de mil novecientos ochenta y ocho. Presentada la demanda correspondiente, se declaró ajustada a las prescripciones legales y sobre ella se resolverá a continuación luego de escuchada la opinión del Procurador 1° Delegado en lo Penal.

HECHOS:

El día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), en la Avenida Sur del municipio de Pereira miembros del Ejército Nacional, Batería "F" del Batallón San Mateo, montaron un retén móvil con el fin de practicar requisas a personas y automotores que transitaran por aquel lugar. Aproximadamente a las nueve de la noche de aquel día se acercaron al puesto de control los sujetos Holmes Marín Vallejo y Hugo Patiño López quienes se movilizaban a bordo de un vehículo Renault 12 de placas NV-6702. Sometido el automotor a su examen, en el asiento trasero del mismo fue hallada una porción de sustancia que sometida al examen de campo dio resultados positivos para cocaína, razón por la cual los ocupantes del vehículo fueron detenidos y puestos a órdenes de las autoridades jurisdiccionales correspondientes junto con la sustancia decomisada.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Del Batallón San Mateo las diligencias fueron remitidas a la Policía Judicial del departamento del Risaralda, quien puso a los capturados a órdenes del Juzgado 1° Especializado. Este funcionario dictó auto cabeza de proceso el día veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), fecha en la cual se practicó el pesaje de la sustancia decomisada arrojando un total de doscientos cuarenta y nueve (249) gramos, como puede observarse en el acta correspondiente.

Llamados a rendir indagatoria los capturados, éstos explicaron que la bolsa contentiva de la sustancia la había recogido horas antes uno de los indagados en el perímetro urbano de Pereira, cuando a un transeúnte se le cayó. Brindaron además las explicaciones que creyeron concernientes a su defensa, entre ellas el afirmar que estimaron que la sustancia era "sal grover" que se utiliza como medicina en los equinos.

El acta de inspección judicial practicada el 1° de octubre de mil novecientos ochenta y siete (1987) con presencia del soldado Guido Ernesto Zuluaga, quien incautó la droga, se consignó que ésta se encontraba "escondida u oculta dentro de la resortería que está detrás del cojín anterior del vehículo...".

En auto del tres (3) de octubre del año citado, el Juzgado 1° Especializado decretó la detención preventiva de los implicados.

Remitida la sustancia incautada a los laboratorios de medicina legal para su examen, peritos de la institución rindieron el concepto número 28099 del 21 de

octubre de 1987, en el cual consignaron que el polvo decomisado dio resultado positivo ante los análisis específicos de identificación para clorhidrato de cocaína, siendo utilizados los métodos de reacciones químicas y cromatografía de capa fina. Este dictamen fue puesto en conocimiento de las partes, sin que recibiera objeción alguna.

El día veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) se declaró cerrada la investigación, y se dispuso el traslado de las diligencias a las partes para que presentaran sus alegaciones de fondo. Hicieron uso de tal derecho el fiscal del juzgado, el procesado Holmes Marín Vallejo y el defensor del encartado Hugo Patiño López.

Con proveído calendado el nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) el Juzgado Primero Especializado citó a audiencia pública a los inculpados Marín Vallejo y Patiño López por habérseles demostrado responsabilidad "al momento de conservar sustancia productora de dependencia". Apelada esta determinación, el Tribunal Superior de Pereira confirmó la misma en su totalidad a través del auto de fecha dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

En la diligencia de audiencia pública realizada el día once (11) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), hicieron uso de la palabra el fiscal, uno de los enjuiciados y sus respectivos apoderados, quienes plasmaron sus consideraciones probatorias respecto de la situación de cada uno de los procesados. Finalmente, el día dieciséis (16) de abril del mismo año, el Juzgado 1° Especializado dictó sentencia condenatoria en contra de los incriminados, en los términos que atrás quedaron reseñados, y la cual fue confirmada por el Tribunal del Distrito Judicial correspondiente.

La demanda de casación:

Tres cargos elevó el casacionista contra la sentencia recurrida. El primero, con base en la causal segunda del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, y los dos restantes con asidero en la causal 2ª de la misma norma.

El primer cargo, como se dijo, basado en la causal 2ª, apunta a demostrar que el fallo censurado está "en abierta desarmonía con el auto de citación a audiencia, pues en este se formularon cargos por 'conservar' cocaína, en tanto que la sentencia condena por 'mera tenencia' de la misma. En punto a su demostración, el libelista comienza por esgrimir las razones que en su concepto son valederas para asimilar el auto de citación a audiencia con la resolución de acusación a que hace referencia el artículo 226 del ordenamiento procesal penal, premisa previa al contenido del ataque.

Posteriormente entra a señalar cómo los conceptos de "conservar" y "mera tenencia" son disímiles puesto que el primero entraña una condición de permanencia, a la par que el segundo refiere una situación de mera actualidad. Sostiene que como los acusados fueron citados a audiencia por el hecho de conservar concaína, y la sentencia hizo alusión a la tenencia de la misma, se presenta a su juicio una falta de consonancia entre el pliego de cargos y el fallo definitivo, lo cual hace procedente el

recurso de casación para que la Corte, aceptándolo, produzca sentencia absolutoria a favor de su mandante.

El primero de los cargos fundado en la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal lo hace consistir el censor en el hecho de haberse cometido un error manifiesto de derecho al apreciarse como válido y determinante un dictamen pericial inexistente. Estima el demandante que el experticio que rindieran los funcionarios del Instituto de Medicina Legal sobre la calidad de la sustancia incautada no refleja en forma clara y precisa las razones en que se fundamentó, motivo por el cual ha de considerarse inexistente en los precisos términos del artículo 110 del Código de Procedimiento Penal.

Resaltó cómo, a su juicio, este dictamen criticado fue prueba determinante en la sentencia de condena que se produjo contra los inculpados, y concluye solicitando fallo absolutorio por desaparecer, frente a sus apreciaciones, la certeza sobre la existencia del hecho punible.

En cuanto al segundo de los cargos esgrimidos con base en la causal primera, en criterio del casacionista la sentencia es indirectamente lesiva de la ley sustancial por manifiesto error de hecho, en tanto que el juzgador supuso y tergiversó pruebas recaudadas en el plenario para hacerles producir efectos en relación con la culpabilidad del procesado Hugo Patiño López.

Afirmó el censor que contra Patiño López solamente existen como pruebas de responsabilidad un indicio de mentira y el hecho patente "del decomiso de la marihuana que reposaba en el vehículo conducido por él". Por lo demás, la responsabilidad penal de su patrocinado debió ser "construida" tomando en empréstito algunos medios de convicción que obraban exclusivamente en contra del cosindicado Holmes Marín. Solicitó, en consecuencia, fallo absolutorio para su defendido.

La respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador 1° Delegado en lo Penal, al analizar la demanda presentada, es de la opinión que no se case la sentencia.

Sobre el primero de los ataques del defensor, expresa el agente del Ministerio Público que no puede deducirse similitud entre la resolución de acusación y el auto de citación a audiencia, como que ambos responden a concepciones procesales diametralmente opuestas. Empero, concluye que aquél es evidentemente el pliego de cargos que marca la frontera entre la etapa sumarial y el juicio, en cuanto delimita el ámbito de acción de la sentencia y señala los precisos límites de la acusación, razón por la cual no se puede desconocer su trascendencia y lleva a la conclusión de que es procedente alegar el recurso, así este auto no esté contemplado expresamente en el contenido del artículo 226 del ordenamiento procesal penal.

Dentro de este orden de ideas, asevera el Agente Fiscal que los cargos deducidos en el auto de citación a audiencia se reflejan en forma exacta en el fallo cuestionado, y si bien en la redacción de una y otra providencia se incurrió en notorios yerros

gramaticales, la adecuación típica de la conducta resultó inconfundible, precisa y clara, de manera que no existió violación alguna a los derechos de los acusados quienes orientaron su defensa justamente a demostrar su falta de responsabilidad sobre la base de explicar el origen de la sustancia incautada, más no su posesión al momento de los hechos.

En relación con el cargo de inexistencia del dictamen pericial elevado por el casacionista, es la opinión del agente del Ministerio Público que se encuentra mal formulado. Al señalar el demandante las normas violadas, extralimitó su señalamiento llegando a la invocación del artículo 26 de la Constitución Nacional con lo cual situó el ataque en los terrenos de la nulidad constitucional, lo que hace que resulte antitécnica la censura. Por lo demás, el libelista no señaló el precepto regulador de la prueba pericial vulnerado, como que si bien hizo alusión al contenido del artículo 272 del ordenamiento procesal penal, al concretar sus planteamientos sustuvo que el dictamen pericial es inexistente en los precisos términos del artículo 110 del Código de Procedimiento Penal, norma ésta que regula el trámite del impedimento de los magistrados de la Corte Suprema y los Tribunales Superiores. Tampoco, según la opinión del Procurador Delegado, demostró el censor por qué modo plasmó en la sentencia el fallador los falsos juicios de legalidad en torno a la prueba pericial.

Estimó, sin embargo, que de entrarse a analizar el cargo en su fondo, tampoco tiene éste vocación de prosperidad como quiera que el experticio fue puesto en conocimiento de las partes quienes no lo objetaron ni solicitaron su ampliación, en la cual se podría haber conocido las técnicas empleadas en detalle, los resultados pertinentes y la razón de éstos. Como las partes guardaron silencio sobre este punto, no puede ahora predicarse vicio alguno respecto de una prueba sometida al principio de contradicción que, de conformidad con los procedimientos observados, se muestra suficiente.

Sobre el último de los cargos contenidos en la demanda el Ministerio Público estima que presenta algunas fallas en su formulación, pero aún haciendo caso omiso de ellas, no puede casarse la sentencia en tanto que la prueba de la responsabilidad penal que fue determinante en el fallo lo fue la captura en estado de flagrancia que nunca se rebatió, sino que –por el contrario– resultó corroborada a través de la actuación procesal, y el sentenciador si bien invocó la prueba indiciaria, ésta apenas sí fue tenida en cuenta para robustecer la prueba de cargo.

Consideraciones de la Sala:

Causal segunda, cargo único:

Es innegable, en cuanto se refiere al fundamento del motivo de casación invocado al amparo de la causal primera, que asiste razón al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal cuando afirma que los procedimientos establecidos en la Ley 2ª de 1984, el Decreto 409 de 1971 y el Decreto 050 de 1987 responden a concepciones diferentes del procedimiento, porque allí se impone una tendencia inquisitiva pura, en aquél un sistema mixto, y en éste uno de preferencia acusatorio, sin que ello signifique que no se encuentran en las actuaciones consagradas instituciones de uno u otro tipo de procesos.

Ello no obstante, en nada afecta la posibilidad de invocar la causal segunda de casación frente a los procesos en los cuales se ha observado la ritualidad prevista en la Ley 2ª de 1984. Ello, porque el motivo del recurso extraordinario que se señala en el numeral 2º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal no puede entenderse restringido a las actuaciones en las cuales se produzca "resolución de acusación", sino que ha de interpretarse en tanto que exista disonancia entre los cargos deducidos al procesado y la sentencia finalmente pronunciada contra él. Así, en el caso presente debe examinarse si el principio de congruencia se mantiene entre el auto de citación a audiencia –pliego de cargos que se formulan contra el imputado– y la sentencia finalmente pronunciada.

El cargo está dirigido, en este punto, a demostrar que debido a errores del juzgador se produjo una sentencia condenatoria sobre la base de un cargo que no había sido deducido en el auto de citación a audiencia. En torno a él, el censor esgrime argumentos semánticos que ponen de presente la diversa significación de los vocablos "conservar" que fuera el utilizado en el pliego de cargos, y "mera tenencia" que fue la expresión que el fallador concretó en la sentencia condenatoria.

Refiriéndose a esta acusación contra el fallo, el libelista invoca incluso razones de orden constitucional como son el principio del debido proceso que estima violado al no haberse guardado la consonancia entre la sentencia y el auto de citación a audiencia, desplazando en este punto el ataque de la causal segunda a la tercera, que consagra las nulidades como base del recurso extraordinario. Esta imprecisión, no obstante, no tiene un criterio de la Sala la capacidad suficiente para desechar el cargo por haber sido formulado con falta de técnica, puesto que analizada la demanda queda claro que tales alusiones no son sino refuerzo de las razones en que se fundamenta la censura, y no un motivo alegado en forma separada o con vulneración al principio de "no contradicción".

Debe anotarse, empero, que el cargo carece de fundamento. En efecto, en el auto de fecha nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) por medio del cual se citó a audiencia pública a los dos inculpados, el Juzgado 1º Especializado concretó de forma clara y precisa las razones de su determinación, expresando que el enjuiciamiento debería producirse por el hecho de que a los acusados Patiño López y Marín Vallejo "fue encontrada en su conservación, sustancia productora de dependencia", acusación que luego fue repetida con otras formulaciones, incluso en la parte resolutiva de la providencia en donde se afirmó citar a audiencia a los procesados "por habérseles demostrada (sic) la responsabilidad exigida para ello, *al momento de conservar sustancia productora de dependencia*" (subraya la Sala), por manera que en este punto no existe duda alguna de la conducta por la cual se produjo el enjuiciamiento, la cual está claramente determinada en el inciso 1º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 en donde se describe como conducta delictiva la de conservar, sin permiso de autoridad competente, droga que produzca dependencia.

Sobre esta base incriminatoria, los procesados y sus defensores dirigieron sus alegaciones para tratar de comprobar la ausencia de fundamentos para la sentencia de condena.

Pero, además, en la sentencia condenatoria se conservó el principio de consonancia puesto que allí se hizo alusión a la misma conducta delictiva que motivó la

citación a audiencia. Es verdad que en la primera instancia, y en esta irregularidad se insistió en la segunda, no se utilizó expresamente el vocablo "conservar" para sustentar el fallo condenatorio, pero no menos cierto es que del contexto de las respectivas providencias no surge duda alguna que apunte al reproche penal de la conducta por cualquiera acción diferente a aquella que motivó el enjuiciamiento de los procesados.

En efecto, *desde un primer momento se advierte que en la sentencia de primer grado la intención del juzgador no era la de proferir condena por un hecho diverso, sino la de sustituir expresiones gramaticales –con poca fortuna– que eliminaran la repetición del vocablo conservar que había sido empleado en el auto de citación a audiencia.* Así, desde el primer párrafo se advierte este hecho, como que el juzgado sostuvo que los inculpados "fueron citados a juicio oral para que en condición de copartícipes respondieran de *la tenencia de cocaína* en cantidad que implicaba..."; más adelante, habla el mismo juzgado de que a los procesados los sorprendieron '*guardando* una cantidad de cocaína; que uno de los indagados manifestó que "insistió en *conservarla* porque le interesaba conocer su verdadera naturaleza; que la *"tenencia de la sustancia que encontró* la mantuvo hasta que se la incautaron..."; que los encartados *confesaron su inocente llevamiento sobre el cojín..."* (subraya la Sala). Todas estas expresiones, si bien no revelan un pulido manejo del lenguaje, sí enfatizan sobre la naturaleza de la conducta reprochable a los acusados, a quienes se debe sancionar por conservar la sustancia que produce dependencia, que según los resultados del experticio técnico era clorhidrato de cocaína.

Insiste el Juzgado de primera instancia en precisar el comportamiento por el cual dicta el fallo condenatorio, y así sostiene: "El artículo 33 de la Ley 30 de 1986 contiene entre sus verbos rectores, uno que sanciona la mera tenencia de cocaína en cantidad que supere el límite de la dosis personal. A los señores Holmes Marín Vallejo y Hugo Patiño López se les sorprendió *in flagranti* llevando cocaína en cantidad de 249,12 gramos". *No queda así duda alguna en cuanto a la adecuación típica del comportamiento y a la consonancia entre el auto de citación a audiencia y el fallo condenatorio. En uno y otro evento la decisión se basa en el comportamiento consistente en* conservar *sustancia que produce dependencia, aun cuando no hayan sido afortunados los términos para expresar tal conducta.*

No es la mera tenencia lo que origina la condena; es algo más que eso, la conservación de la sustancia, el haberla mantenido en su poder; el haber entrado en posesión de ella y haberla guardado, incluso escondido dentro del vehículo en que se movilizaban los encartados. Así mismo lo entendió el Tribunal en la sentencia de segunda instancia cuando no hizo reparo alguno a las consideraciones que en este sentido estableció el *a quo;* por el contrario, con mejor sentido gramatical utilizó expresiones que no permiten censurar la sentencia en la forma como lo hace el casacionista. En efecto, en la citada providencia puede leerse cómo el Tribunal sostiene: "Por otra parte los argumentos hechos por el conociente, acerca de otros aspectos, como visibilidad de parte de los implicados, al ver caer el paquete, recogerlo, *guardarlo,* y sin ponerle mayor atención, se dediquen a andareguiar..."; más adelante, agrega: "Creerle al procesado Marín la historia que se inventa; historie-

tas propias de los narcotraficantes, *a quienes se les sorprende llevando consigo o conservando estupefacientes,...*" pero, determinante se muestra además un párrafo posterior en donde el *ad quem* textualmente expone: "Se le encuentra dentro del vehículo ocupado por él la sustancia, se prueba que él la sube al automotor, se descarta por descabellada la explicación mendaz de que ve cuando a alguien se le cae, *la toma, la guarda, la poseen durante más de cinco horas,...*" (subrayados de la Sala).

No cabe duda, tampoco en esta instancia, que la sentencia condenatoria se hace en consonancia con los cargos deducidos en el auto de citación a audiencia. Ningún asalto se produce a los derechos de los implicados quienes son adecuadamente condenados por la conducta que motivara el enjuiciamiento.

Presentar, como se hace en la demanda, un cargo bajo razones estrictamente semánticas y apoyado en precisos significados de los términos, es desconocer el vastísimo contenido del lenguaje que asigna a un mismo vocablo múltiples contenidos que pueden expresarse en varias formas. La ley es más amplia en esto que el propio demandante; éste invoca, tal vez sin notarlo, el precepto contenido en el artículo 1° de la Ley 30 de 1986 que establece que las expresiones utilizadas se entenderán, salvo definición expresa, en su contenido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Una de las acepciones de conservar, es mantener, como acertadamente lo recalcó el libelista; a su vez este último vocablo lleva implícito el significado de tener, de poseer, lo que nos remite también semánticamente a la idea de llevar, y por ahí a la tenencia a que se hace alusión en la sentencia condenatoria de primer grado. Por manera que, aún siendo exegéticos en la interpretación de la norma, no se ve en la aplicación de ella vulneración alguna.

El cargo no prospera.

Causal primera, cargo primero:

Es evidente el error de técnica en que incurre el censor en la presentación de este cargo. En efecto, si bien en el enunciado del mismo alega que la sentencia es indirectamente violatoria de la ley sustancial por error manifiesto de derecho, en la demostración de su ataque deriva sus argumentos hacia la nulidad supralegal como amparo en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Es verdad que en uno de sus apartes señala el propio casacionista que "este cargo no busca la declaración de una nulidad que sólo cabría alegarse por vía de la causal tercera, sino la sustitución de la sentencia del Tribunal que violó indirectamente la ley sustancial mediante visible error de derecho (al adoptar una prueba ilegítimamente producida, no al valorarla mal)"; sin embargo, esta argumentación no puede tener consistencia para remover los errores en que incurriera en el desarrollo del cargo, puesto que a partir de allí nunguna otra argumentación consistente dio en su respaldo, siendo que las anteriores sí apuntaban a la solicitud de nulidad procesal por haberse dictado la sentencia dentro de un juicio en el cual se desconocieron las garantías procesales, precisamente el principio de contradicción probatoria, porque su fundamento es que habiéndose desconocido las normas que gobiernan el proferimiento de los dictámenes, resultó a las partes imposible la objeción del mismo en

tanto que no llegaron a conocer las razones en que se fundó el concepto del perito en torno a la calidad de la sustancia decomisada.

Aún haciendo caso omiso de este vicio, es preciso resaltar además que el demandante ningún esfuerzo hizo siquiera por separar sus alegaciones referentes a la nulidad de aquellas que se dirigían a demostrar la presunta violación indirecta de la ley, confundiendo en un mismo cargo motivos de casación que han de plantearse, en los casos en que ello fuere posible, dentro de capítulos debidamente separados. A este respecto, valga además como argumento de precisión jurisprudencial, la cita de la decisión de esta misma Corporación el día veintitrés (23) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) con ponencia del doctor *Darío Velásquez Gaviria:*

"Si bien es cierto que todas las causales de casación traducen, en el fondo, una ilegalidad trascendente y algunas de ellas comportan verdaderas nulidades, no lo es menos que cada una presenta naturaleza, finalidades y consecuencias que las diferencian de las otras y hacen imposible jurídicamente su simultánea alegación.

No puede acudirse, por ejemplo, al mismo tiempo y sobre unos mismos hechos, en casos como el que se analiza, a la causal primera o segunda y la cuarta, pues al prosperar esta última se impondría la anulación de lo actuado a partir del momento en que se presentó el vicio. Pero si la que llegare a aceptarse fuere la primera o la segunda, se tendría que dictar el fallo sustitutivo, lo cual no podría válidamente hacerse en un proceso afectado de nulidad".

La Corte ha sido reiterativa en el sentido de que el recurso extraordinario de casación exige precisas condiciones técnicas en su presentación, debido a la propia naturaleza de la impugnación excepcional; estos requerimientos no han sido modificados en la nueva legislación procesal, ni pueden entenderse eliminados –como lo pretende el censor– con la posibilidad de la declaratoria oficiosa de las nulidades, lo que no implica que en virtud de este principio pierda el recurso de su rigorismo y carezcan de relevancia, frente al rechazo de la demanda, las inconsistencias técnicas contenidas en la demanda.

De propiciar tal posición, bastaría al demandante alegar en cualquier forma una causal de casación e introducir dentro de ella planteamientos atinentes a la nulidad para que la Corte entrara a estudiar los cargos con desconocimiento de las estrictas normas que gobiernan este medio extraordinario de impugnación.

Por si ello fuera poco, el demandante desconoció las precisiones contenidas en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, como que no señaló si la violación indirecta de la ley sustancial devino de la aplicación indebida, la falta de aplicación o la interpretación errónea de una disposición sustancial. Al respecto, la única alusión que se encuentra en la demanda es del siguiente tenor: "Las normas instrumentales sobre producción de la prueba pericial que fueron directamente transgredidas (violaciones medio) fueron los artículos 246, 266 y 272 del C. de P. Penal, gracias a cuya infracción se logró la inobservancia de los artículos 247 del C. de P. Penal, 1° y 4° del C. Penal, 33 de la Ley 30 de 1986 y, finalmente, el artículo 26 de la C. Nal.". Por manera pues, que no precisó la forma de la inobservancia de las disposiciones sutantivas que se limita a citar, y que en modo alguno desarrolló la entidad de la violación que se produjera respecto de tales normas. Estas incorreccio-

nes técnicas relevan a la Corte de entrar en el análisis de la censura. El cargo, en consecuencia, no prospera.

Causal primera, cargo segundo:

En la presentación de este cargo el censor sí acudió a formular como fundamento la indebida aplicación de una norma de carácter sustancial, como lo es el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Empero, a ello limitó su censura puesto que no hizo planteamientos de ninguna naturaleza que permitan establecer en qué consistió esa indebida aplicación, y cuál la norma que en su lugar se ha debido llamar para gobernar el juzgamiento.

Olvidó el libelista que en tratándose de esta causal de casación, no basta con invocar la indebida aplicación de una norma, sino que es necesario que se demuestre en qué forma el juzgador incurrió en el error de selección, y más que eso, debe extender el casacionista sus argumentos a determinar cuál de las normas de índole sustantivo ha debido utilizarse para la resolución del caso, y en qué forma se ha debido aplicar la disposición omitida.

En la demanda que revisa la Sala no se presenta ninguna de estas condiciones. El censor, como se dijo, alegó la indebida aplicación del contenido del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, pero no señaló por qué modo se produjo el error ni cuál la norma que resultó inaplicada. Es más, si reputó –como lo hizo– indebidamente aplicada la disposición contenida en el artículo 21 del Código Penal, ha debido así mismo señalar el alcance de tal vulneración, y la norma que se ha debido llamar en su reemplazo. Proceder de otra forma, como lo hizo en la demanda, es dejar los cargos formulados a medio camino.

Bastan estos errores de técnica en la presentación de la censura para que la Sala se abstenga de estudiar el fondo del ataque. En consecuencia, 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,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

COMPETENCIA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

En el Decreto 474 de 1988 el legislador dispuso que estas especiales normas de competencia no se rigieran por las anteriores consagraciones legislativas de la Ley 153 de 1887 y del Decreto 050 de 1987.

Auto Colisión. 16 de mayo de 1989. Dirime colisión de competencia entre el Tribunal Superior de Medellín y el Tribunal Superior de Orden Público.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3838. Colisión de competencia. Procesado: Ricardo Andrade Escobar y otro. Delito: Infracción Decreto 180 de 1988 y otros).

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 017 del 25 de abril de 1989.

Bogotá, mayo dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conflicto de competencias surgido entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y el Tribunal Superior de Orden Público con sede en esta ciudad.

ACTUACIÓN PROCESAL:

El día veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y ocho el soldado Jairo Antonio Díaz, adscrito a la Base Aérea Germán Olano, y el particular Ricardo Andrade Escobar, empleado de la misma base, se trasladaron al corregimiento Puerto Venus del municipio de Nariño en el departamento de Antioquia, y allí, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas militares que habían obtenido subrepticiamente en su sitio de trabajo, intimidaron al señor Uriel Gómez Noreña a quien despojaron de dinero y bienes y luego fue trasladado de su lugar de residencia junto con el también comerciante José Nikolaveth Bermúdez Bonilla –también víctima de un

delito contra el patrimonio económico por parte de los mismos procesados–, amordazado, maniatado y dejando abandonado en un sector rural.

Realizados los hechos mencionados, los sindicados fueron capturados en un retén móvil que montaran fuerzas de policía y del Ejército Nacional en el sitio denominado "La Quiebra", perteneciente a la jurisdicción del corregimiento de Norcasia.

La investigación de los delitos fue inicialmente asumida, por cuerda separada, tanto en el Juzgado 46 de Instrucción Penal Militar como en el Juzgado Promiscuo Municipal de Nariño (Antioquia), funcionario al cual se remitió finalmente la actuación surtida ante las instancias militares.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Nariño envió el proceso al Juzgado 39 de Instrucción Criminal radicado en Sonsón, a quien consideró el funcionario competente para producir la calificación del mérito del sumario. De allí, el expediente pasó al Juzgado Sexto Especializado de Medellín, por competencia, el cual avocó el conocimiento mediante auto de fecha veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho y ordenó imprimir a la actuación el trámite previsto en el Decreto 180 de 1988.

Con decisión fechada el día 5 de agosto del año próximo pasado, el mismo juzgado hizo un análisis de las conductas endilgadas a los procesados y concluyó que no se tipifica en sus acciones el delito de secuestro, a la par que al porte ilegal de armas, según su criterio, no podría enmarcarse dentro de la norma 13 del Decreto 180 de 1988, porque en el evento bajo estudio este comportamiento de carácter no terrorista, tendiente a procurar una "apropiación segura de bienes". Con base en estos argumentos, estimó el funcionario que la competencia para continuar conociendo del proceso radica en el Juzgado 39 de Instrucción Criminal, y allí remitió la actuación con proposición de un conflicto negativo de competencias.

Las razones plasmadas con anterioridad no fueron aceptadas por el juzgado provocado, quien en auto del 19 de agosto de mil novecientos ochenta y ocho ordenó la remisión del proceso al Tribunal Superior de Medellín para que desatara una colisión que de esta forma tenía nacimiento a la vida jurídica.

El Superior funcional de los trabados en el conflicto, desató el mismo mediante proveído del 6 de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, asignando la competencia al Juzgado Sexto Especializado de Medellín y éste, a su turno, en su oportunidad lo remite a los Juzgados de Orden Público de la misma ciudad proponiendo colisión negativa de competencias.

El Juzgado 4º de Orden Público asume entonces el conocimiento del asunto mediante auto fechado el 15 de septiembre del mismo año y continúa con el trámite procesal al cual puso fin en primera instancia mediante sentencia condenatoria calendada el trece de octubre de mil novecientos ochenta y ocho.

Como el fallo no fuera apelado en forma legal, se dispuso su consulta para ante el Tribunal Superior de Orden Público a donde se remitió el plenario para lo de su cargo. Allí, se le imprimió el trámite propio de la segunda instancia para, finalmente,

con auto del 16 de diciembre del año pasado, y acogiendo el planteamiento del colaborador fiscal, declaró la incompetencia en el juzgamiento por parte de esa corporación, en atención a que el artículo 28 del Decreto 474 de 1988 estableció que las disposiciones del mismo articulado se aplicarán solamente a los delitos que se cometan a partir de su vigencia, la cual ocurrió el día 16 de marzo del año anterior. Así las cosas, siendo que las conductas que motivaron estas consideraciones fueron desarrolladas antes de la expedición del Decreto 474 mencionado, considera el Tribunal Superior de Orden Público que corresponde desatar la consulta al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a donde remite el expediente con proposición de conflicto negativo de competencias.

La Corporación de Medellín en principio asume el trámite del proceso, pero en auto del 9 de marzo del año en curso varía su apreciación y expone que las normas de jurisdicción y competencia son de orden público y tienen aplicación desde el momento en el cual empiezan a regir, lo que implica que el artículo 28 del Decreto 474 de 1988 no puede ser interpretado exegéticamente, sino que se debe analizar a la luz de los demás postulados del conjunto de disposiciones (artículos 24 y 25) y en su respaldo cita jurisprudencia anterior de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor Lisandro Martínez Zúñiga. En consecuencia, plantea nuevamente el conflicto de competencias negativo, el cual es aceptado por el Tribunal Superior de Orden Público en proveído del 29 de marzo del corriente año, de donde son remitidas las diligencias a esta Sala.

Consideraciones de la Sala:

La base central del conflicto radica en la diferente interpretación que a las normas aplicables al caso concreto realizan cada una de las Corporaciones trabadas en la colisión. En tanto que el Tribunal Superior de Orden Público da prelación a lo normado en el artículo 28 del Decreto 474 de 1988 que dispone que tal compilación se aplicará solamente a los hechos cometidos después de su vigencia, el Tribunal Superior de Medellín estima que la citada disposición ha de interpretarse con criterio sistemático deduciendo de ella, y de los artículos 24 y 25 del mismo Decreto, que por tratarse de normas que regulan la competencia de autoridades jurisdiccionales deben aplicarse desde cuando entren a regir, según criterios previamente definidos en las leyes.

Es cierto que la Ley 153 de 1887 en su artículo 40 consagra el principio del efecto general inmediato de las normass procesales a través de la expresión "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir", principio éste que es ratificado por el artículo 5° del Código de Procedimiento Penal que señala ese mismo efecto general inmediato de las normas procesales, a más de que explícitamente se refiere a las que fijen jurisdicción y competencia, las cuales se aplicarán desde que entren a regir.

No obstante lo anterior, es principio general de derecho que las disposiciones que se dicten sobre materias específicas pueden variar las reglas generales sentadas antes de su expedición, bien por la vía de excepción o por los diversos mecanismos de la derogatoria, la subrogación o cualquiera otro que deje sin efecto ley anterior.

Principalmente es notorio este hecho, justamente, frente a leyes dictadas con base en las facultades que el artículo 121 de la Constitución Nacional confiere al Presidente de la República para conjurar las alteraciones del orden público, como sucede en el caso del Decreto 474 de 1988.

En efecto, allí explícitamente se estableció que las disposiciones del Decreto se aplicarán "a los delitos que se cometan a partir de su vigencia" *(subraya la Sala), lo cual quiere decir que contra los principios generales del derecho y por razones de excepción, el legislador dispuso que estas especiales normas de competencia no se rigieran por las anteriores consagraciones legislativas de la Ley 153 de 1887 y del Decreto 050 de 1987.*

En similar sentido, ya la Sala se pronunció con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz en providencia de fecha dieciocho de abril del corriente año, cuando dijo:

"Si el legislador de excepción hubiera querido que el Decreto 2490 se aplicara únicamente a hechos sucedidos con posterioridad a su vigencia, así lo habría expresado, como lo ha hecho en la mayoría de los Decretos de estado de sitio, casos en los cuales, por disposición expresa de la ley, la competencia no puede cobijar a hechos anteriores, excepcionándose, por este modo, la ya copiada regla general de los artículos 40 y 5° de la Ley 153 y Código de Procedimiento Penal".

Por manera, pues, que asiste razón al Tribunal Superior de Orden Público cuando se niega a conocer de la segunda instancia del presente proceso que se adelantó por los hechos cometidos con anterioridad a la vigencia del Decreto 474 de 1988, como atrás se señaló, y en consecuencia la competencia para desatar la segunda instancia recae en el Tribunal Superior de Medellín, a donde se remitirá la actuación para los efectos correspondientes.

Una última anotación debe hacerse, sin embargo, a la gestión que le imprimiera el Tribunal Superior de Orden Público al conflicto de competencias suscitado por su homólogo de Medellín. Efectivamente, planteada la colisión, y pese a que trataba de simple reiteración de argumentos expuestos con anterioridad, ha debido la Sala de Decisión del Tribunal –no solamente el magistrado sustanciador– insistir en sus consideraciones, toda vez que no se trataba de un trámite inadecuado el que le había dado el Tribunal de Medellín, sino que en verdad su negativa de conocer del proceso apenas proponía el conflicto, y el pronunciamiento sobre él corresponde a la Sala de decisión, no al magistrado sustanciador como equivocadamente se hizo.

Esta irregularidad, sin embargo, no constituye más que una infracción a las formas de escasa trascendencia en el proceso penal, y por ello, advirtiendo su anormalidad, no se decretará nulidad de la actuación al no afectarse la estructura misma del trámite procesal ni violarse garantías de las partes.

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:

DIRIMIR el conflicto de competencias trabado entre el Tribunal Superior de Orden Público y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, asignando la

capacidad de juzgamiento en este último, en razón de las consideraciones plasmadas en la parte motiva de este auto.

En consecuencia con lo anterior, REMÍTASE la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y COMUNÍQUESE esta determinación al Tribunal Superior de Orden Público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COLISION DE COMPETENCIA.

El Decreto 180 de 1988 fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público y únicamente encajan en el artículo 26 las amenazas que trascienden la esfera meramente personal o privada.

Auto Colisión. 18 de mayo de 1989. Dirime colisión de competencia entre los Juzgados 6º de Orden Público y 37 de Instrucción Criminal de Medellín. F.F. Decreto 180 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3893. Colisión. Luis Fernando Jaramillo Escobar).

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 20 de mayo 10/89.

Bogotá, D. E., mayo dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Dirimirá la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre los Juzgados 6º de Orden Público y 37 de Instrucción Criminal, ambos de Medellín, en este diligenciamiento preliminar seguido respecto de Luis Fernando Jaramillo Escobar.

ANTECEDENTES:

El 25 de noviembre de 1988 la señora Alba Stella del Socorro Escobar Gómez formuló en la Inspección 23 Municipal de Policía denuncia penal contra Luis Fernando Jaramillo Escobar, manifestando que éste le prestó un dinero por el cual le venía pagando el 20% mensual, pero que como ella después se "rebeló" empezándole a pagar únicamente el 10%, y además se atrasó unos días en el pago de estos intereses, el señor Jaramillo se dedicó a amenazarla, de la siguiente manera: "Que tenía una gente que me iba a bajar del carro y que me amarraban para así obligarme a pagar la obligación total, otra cosa es que yendo en el carro me van a poner una bomba. Otra cosa es que me van a maniatar al portero de la Unidad, subirán hasta el apartamento 704, que me van a sacar de allí..." (fl. 1).

Repartida la denuncia a los Juzgados de Orden Público de Medellín, le correspondió al 6° que en providencia de 30 de noviembre consideró que las amenazas denunciadas tienen origen en "conflictos personales", y carecen de toda finalidad terrorista, "sin la más mínima trascendencia colectiva o siquiera de grupo". Vislumbró, en cambio, un posible delito de usura, y dispuso el envío de las diligencias al reparto de los juzgados de Instrucción Criminal, correspondiéndole al 37, el cual ordenó "la práctica de diligencias preliminares por 15 días", citando algunos testigos que finalmente no comparecieron. Por auto de febrero 23 el Juzgado 37 estima que las amenazas denunciadas sí son las que contempla el Decreto 180 de 1988, que habla de "amenazas personales o familiares", y que, de todos modos, la denunciante sí logró ser atemorizada o alarmada con las amenazas de Jaramillo Escobar, y agrega:

"Por ningún motivo comparte este juzgado el criterio esbozado por el de Orden Público cuando anota que tales amenazas deben estar perseguidas (sic) con un fin terrorista, puesto que, precisamente y si ello fuera así, no tendría razón de ser el artículo 24 de la misma normatividad que se viene comentando, cuando aquí se expresa tal finalidad".

Con base en que la colisión propuesta por el Juzgado 6° "perdió vida" al disponer el Juzgado 37 la práctica de varias diligencias preliminares, y en que había "que crear nuevamente el conflicto por si ese despacho continúa estimando que no es de su incumbencia la indagación preliminar que se adelanta", le devolvió el expediente.

En providencia de 17 de marzo el Juzgado 6° critica la manera de proceder del Juzgado 37, reitera que no es competente y devuelve el expediente a dicho juzgado, que aceptó la colisión y remitió el proceso a la Corte donde se procede a resolver de plano.

SE CONSIDERA:

El artículo 26 del Decreto 180 de 27 de enero de 1988, dice:

"Amenazas personales o familiares. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en una persona o familia, incurrirá, por este solo hecho, en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a veinticinco salarios mínimos mensuales.

"Si la persona amenazada o intimidada fuere funcionario público o perteneciente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o sus familiares, la pena se aumentará en una tercera parte".

Una lectura literal de esa disposición le daría indudablemente razón al Juzgado 37 de Instrucción Criminal, pues en ella se lee claramente que la amenaza con esas connotaciones de temor, zozobra o alarma (que, en el fondo, tipifican el terrorismo, según el artículo 1° del Decreto 180 y, también en lo pertinente a los verbos rectores usados, el artículo 187 del C.P. –hoy suspendido provisionalmente–), puede perfectamente recaer sobre una sola persona: explícitamente al menos, ese precepto no exige, de suyo, que los efectos de conmoción inherentes a las amenazas desborden tal individualidad para proyectarse sobre personas o grupos, ni menos que mediante ellas se trastorne el orden público.

Ello, repítese, es lo que se saca de una lectura cerrada y literal del precepto, pero ésta no es la manera de leer los textos jurídicos, pues su hermenéutica implica necesariamente una aprehensión de toda la normatividad con la cual de una u otra manera se relacione el precepto objeto de lectura, para así lograr desentrañar su sentido y alcance, su razón de ser en el momento en que fue creado y en el momento en que se le esté aplicando. El estatuto 180 que contiene ese artículo 26 fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público: dentro de esa realidad y a través de esa dinámica socio-política hay que examinar toda esa normatividad de excepción, y entonces, ahí sí aparece explicable y acertado sostener, como lo ha hecho esta Sala (autos de 6 de diciembre de 1988 y 29 de marzo de 1989, entre otros) que únicamente encajan en el citado artículo 26 de las amenazas que trascienden de algún modo la esfera meramente personal o privada, *y, en ese desbordamiento, alcancen a afectar intereses sociales o de más amplitud, que pongan en peligro o perturben la vida en común o social, de los coasociados (pocos o muchos), y* no de individualidades aisladas. *En otras palabras, es con base en* sus efectos, *y no sólo en consideración a la persona o personas objeto de la amenaza, como se debe dilucidar la naturaleza de la misma, aunque obviamente la calidad o carácter que tenga el amenazado en ocasiones influye en los efectos de ésta.*

Bajo esos parámetros fluye rápidamente que las amenazas de que dice haber sido víctima la señora Escobar Gómez ostentan un carácter netamente particular o privado, sin proyección a la vida social en sí misma considerada, y como algo distinto de la vida "familiar" propiamente dicha. La amenaza objeto de examen, en síntesis, no trascendió el ámbito personal y/o familiar de la citada dama, y es ésta la razón para que no encuadre en el Decreto 180, y consecuentemente tampoco sea de competencia de la jurisdicción de orden público.

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

RESUELVE:

DECLARAR que la competencia para conocer de este asunto corresponde a la justicia ordinaria. En tal virtud, devuélvase el expediente al Juzgado 37 de Instrucción Criminal de Medellín, y dése aviso de esta decisión al Juzgado 6º de Orden Público adjuntando copia del presente auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

1. SECRETARIO. INFORME.

El artículo 418 del C. de P.P. en ningún momento determina que el informe secretarial sea la única prueba mediante la cual se pueda demostrar el incumplimiento de una obligación procesal. F.F. artículo 418 C. de P. P.

2. NOTIFICACION.

La Corte no comparte el criterio de que ante la aparición de una innecesaria y tardía notificación por estado, quede habilitado para interponer recursos el sujeto procesal que ha llegado extemporáneamente. F.F. Artículo 418 C. de P.P.

Auto Segunda Instancia. 18 de mayo de 1988. Revoca la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual se profirió medida de aseguramiento contra la doctora Paulina Salazar de Villamil. Juez 43 Penal Municipal y ordena la cesación de procedimiento.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3397. Segunda Instancia. Dra. Ana Paulina Salazar de Villamil).

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 17 de abril 25/89.

Bogotá, D. E., mayo dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto fechado el 2 de junio último, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió medida de aseguramiento de conminación a la doctora Ana Paulina Salazar de Villamil, en su carácter de Juez 43 Penal Municipal de Bogotá, por el delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 152 del Código Penal.

HECHO QUE ORIGINÓ LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO IMPUGNADA Y ANTECEDENTES:

El doctor Carlos Patiño Ospina estaba afectado por una medida de aseguramiento de conminación dentro de un proceso por el delito de "lesiones personales" (culposas) que adelantaba el Juzgado 43 Penal Municipal de Bogotá, a cargo de la doctora Ana Paulina Salazar de Villamil. El día 19 de septiembre de 1987 y cuando el aludido despacho se disponía a continuar una diligencia de "inspección judicial con reconstrucción de hechos", iniciada días atrás, el sindicado, quien se hallaba en inmediaciones del lugar y estaba enterado de la realización de la prueba, partió velozmente en su automóvil y de esta manera impidió la celebración de la diligencia, a la cual habían concurrido los lesionados, los peritos del DAS, el representante de la parte civil, y desde luego, la titular del Juzgado y un secretario *ad hoc*. Ante este sorpresivo hecho la doctora Salazar de Villamil dejó la correspondiente constancia dentro del acta, la cual fue firmada por todos los presentes (fl. 152 del cuaderno número 2).

El mismo día y ya en su oficina, la doctora Salazar decidió, en providencia motivada, sancionar "con arresto inconmutable por cinco (5) días corridos al procesado" doctor Carlos Patiño Ospina, por haber incumplido las obligaciones contraídas al suscribir el acta de conminación y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 417 y 418 del Código de Procedimiento Penal (fls. 153 a 155). El 28 de septiembre la funcionaria suscribió las órdenes de captura pertinentes para hacer efectiva su determinación (fls. 156, 157 y 158).

Afirma el doctor Patiño Ospina que se enteró de lo anterior ocasionalmente cuando entró al Juzgado 43 a firmar el "libro de presentaciones". Y como quiera que la juez para sancionarlo no obtuvo el informe secretarial correspondiente ni le escuchó sus descargos, como tenía obligación de hacerlo según lo ordena el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal, procedió a denunciarla penalmente (el 9 de octubre del mismo año) porque en su concepto "se configuran los delitos de abuso de autoridad, detención arbitraria, y quien sabe cuántos más" (fl. 1 del cuaderno número 1).

Repartida la denuncia (fl. 3), el Magistrado Sustanciador, doctor José Jaime Palacios Bonilla, luego de practicar una indagación preliminar (fl. 10) decidió abrir la investigación penal mediante proveído del 29 de febrero de 1988 (fl. 58). Múltiples fueron las diligencias que se practicaron, entre las cuales merece destacarse la indagatoria rendida por la doctora Salazar. Explica la funcionaria que su actuación al sancionar al abogado Patiño Ospina estuvo totalmente ceñida a la ley, y que si no obtuvo informe secretarial sobre los hechos ni llamó al sancionado a descargos, fue porque no lo creyó necesario dada la constancia por ella misma dejada y la forma como se desarrolló el incidente. Agrega que algunos de los hechos por los cuales se le ha interrogado y que incluyó Patiño Ospina en su denuncia, ya fueron materia de sobreseimiento definitivo que con ponencia del doctor Abelardo Rivera Llano profirió el Tribunal Superior (fl. 83 y ss.).

En armonía con sus ya referidas explicaciones, la doctora Salazar de Villamil solicitó la cesación de procedimiento respecto de los hechos objeto del sobreseimiento, por presentarse en relación con ellos el fenómeno de la cosa juzgada. Y en cuanto

a la providencia por medio de la cual sancionó al doctor Patiño Ospina, único hecho investigable por no haber sido aún juzgado, también pide la cesación de procedimiento, pues considera que como lo explicó en su indagatoria, su proceder estuvo totalmente ajustado a la ley (fl. 149).

El Tribunal, mediante providencia calendada el 2 de junio de 1988, se abstuvo de ordenar la cesación de procedimiento que con base en el fenómeno de la cosa juzgada se le solicitó, por considerar que los hechos que ya habían sido objeto de juzgamiento no estaban siendo investigados dentro de este proceso: "en relación con los cargos que el denunciante hace a la señora Juez 43 Penal Municipal de Bogotá en los literales 2, 3 y 4 del libelo de la denuncia –anotó el Tribunal–, esta Sala no se pronunciará, porque esos hechos fueron investigados y fallados por la Sala de Decisión de esta misma Corporación presidida por el magistrado doctor Abelardo Rivera Llano". Consecuente con esta apreciación, decidió en la parte resolutiva: "*abstenerse* e resolver respecto de lo impetrado por la acusada, pues se tratan (sic) de hechos ya juzgados".

Descartado, pues, que en este proceso se estuvieran investigando hechos ya definitivamente juzgados por las autoridades competentes, en la misma providencia el Tribunal concreta cuál es la conducta objeto de la presente averiguación: "Esta Sala investiga los cargos imputados por el mismo denunciante y contra la misma Juez, por los hechos nacidos en la inspección judicial con reconstrucción de los hechos que se efectuó el 19 de septiembre de 1987 en el sitio del accidente de tránsito del doctor Patiño Ospina".

En relación con este proceder de la acusada, el Tribunal acepta el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte del doctor Patiño Ospina: "*Está comprobado* –anota la citada Corporación– *que el doctor Patiño Ospina, abandonó el lugar de la diligencia y por este solo hecho incumplía las obligaciones contraídas en la diligencia de compromiso*"; admite también que este comportamiento del procesado Patiño constituyó una burla a la Justicia: "La resolución que castigó con 5 días de arresto inconmutables al doctor Patiño Ospina, se pronunció en un momento de soberbia *causada con la burla que dicho individuo, no solo hizo a la Juez, sino al personal asistente a la misma, con las consecuencias lógicas y naturales que este trauma produce*" (sin subrayas en el texto. Fl. 159), pero concluye, sin que la Corte haya podido hallar el fundamento de semejante conclusión que no se mencionó en la providencia comentada, que el incumplimiento del procesado Patiño Ospina "*merecía una sanción pecuniaria impuesta por resolución motivada, con el lleno de los requisitos legales. Si dentro del término que otorga la misma ley, no paga el valor de la multa; ésta podía sustituirse por la detención*" (Subraya la Corte).

De la anterior consideración deduce el Tribunal, que a la doctora Salazar de Villamil "*podrá procesársele por abuso de autoridad, pues ciertamente, al imponer un castigo correccional permitido por la ley, se excedió en ello*" (sin subrayas a fl. 159).

En consecuencia y estimando reunidos los requisitos señalados por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 416 *ibidem* en armonía con el 152 del Código Penal, impuso

a la doctora Salazar una medida de aseguramiento de conminación, que ella apeló al momento de hacérsele la notificación personal (fl. 161 vto.).

Conviene destacar que uno de los magistrados integrantes de la Sala; el doctor Lucas Quevedo Díaz, salvó el voto, porque en su sentir y por las razones que en él mismo consigna, la funcionaria denunciada actuó con estricta sujeción a la ley; también manifestó su desacuerdo "en relación con la abstención de la Sala mayoritaria para pronunciarse por los hechos ya juzgados" (fls. 162 a 166).

Antes de concederse el recurso de apelación interpuesto por la funcionaria sindicada, el Tribunal negó la reposición de la misma providencia que solicitó el defensor de la doctora Salazar. El argumento fundamental de este recurso consiste en que de los mismos hechos acá investigados, había conocido también el Tribunal Superior, en Sala presidida por el Magistrado Jorge Alberto Hernández Esquivel, la cual profirió auto inhibitorio por considerar que nada ilícito había en la conducta de la procesada. A esto replicó la ponencia del Magistrado doctor Palacios Bonilla: "La Sala no puede reconocerle efectos jurídicos al auto inhibitorio dictado por la Sala presidida por el doctor Hernández Esquivel, porque la mencionada investigación correspondía a esta Sala corresponderle el reparto con antelación a la del doctor Hernández, razón por la cual, para nada incide el hecho de que otra Sala se hubiera inhibido de abrir investigación, por los hechos que corresponde a este proceso; porque de estos hechos ya había conocido esta Sala al proferir auto cabeza de proceso con anterioridad a la providencia inhibitoria mencionada y en segundo término, porque este tipo de pronunciamientos no hace tránsito a cosa juzgada" (fl. 196). Con esta determinación tampoco estuvo de acuerdo el Magistrado, doctor Lucas Quevedo Díaz (fl. 200).

Consideraciones de la Corte:

De la cosa juzgada. Es pertinente en primer término, aclarar que el doctor Patiño Ospina ha denunciado penalmente a la doctora Ana Paulina Salazar de Villamil, en dos oportunidades y por hechos que según él atentaron injustamente contra su libertad individual, pero que no obstante ellos son natural y jurídicamente distintos.

La primera denuncia tuvo por base el hecho de que la doctora Salazar, en su calidad de Juez 43 Penal Municipal de Bogotá, hubiera ordenado la privación de libertad del doctor Patiño Ospina para efectos de escucharlo en declaración indagatoria, dentro de una investigación por el delito de "lesiones personales" que ella adelantaba. Esta denuncia dio origen a la iniciación de un proceso que culminó con sobreseimiento definitivo, proferido con ponencia del doctor Abelardo Rivera Llano (fls. 108 a 114).

La segunda denuncia, a la que se contrae esta investigación, la formuló el doctor Patiño Ospina porque dentro del mismo proceso penal ya aludido, la doctora Salazar de Villamil lo sancionó con cinco (5) días de arresto, por incumplimiento de las obligaciones contraídas al suscribir el acta de conminación.

Como se puede observar, no obstante la identidad de los protagonistas y la similitud de las conductas, el hecho materia de sobreseimiento es distinto del que

motivó la nueva denuncia y es objeto de este proceso, razón por la cual no cabe hablar aquí de cosa juzgada, pues para que ésta se presente es indispensable que el hecho ya juzgado sea el mismo que se pretende averiguar y juzgar en el nuevo proceso (art. 17 del Código de Procedimiento Penal). No existiendo, pues, esa identidad fáctica *(eadem res)* bien hizo el Tribunal al abstenerse de ordenar la cesación de procedimiento que sobre la base de la cosa juzgada se le solicitó. No era jurídico ni lógico ordenar la cesación de un procedimiento que no existía, pues el Tribunal claramente advirtió que no eran objeto de este proceso los hechos ya juzgados definitivamente por la Sala presidida por el Magistrado doctor Abelardo Rivera Llano. El pronunciamiento sí habría sido necesario, en el evento de que tales conductas hubieren estado en proceso de nuevo juzgamiento, pero no era así.

Del auto inhibitorio. Ya se sabe que la denuncia que es objeto de investigación en este proceso le fue repartida al Magistrado Palacios Bonilla el 14 de octubre de 1987 (fl. 3) y que con base en ella profirió auto cabeza de proceso el 29 de febrero del año subsiguiente (fl. 58); se encuentra establecido que la doctora Salazar Villamil rindió su indagatoria el 29 de marzo de 1988, siendo su situación jurídica resuelta el 2 de junio del mismo año (fl. 150). Para tomar todas estas determinaciones era competente el Tribunal Superior de Bogotá (art. 69-2° del C. de P.P.), y por intermedio de sus Salas de Decisión Penal, en este caso por la presidida por el magistrado Palacios Bonilla, a quien le fue repartida la denuncia.

Que con posterioridad a toda la actuación procesal desarrollada por la ya referida Sala de Decisión Penal del Tribunal, se hubiere proferido por otra Sala de esa corporación un auto inhibitorio, en relación con la misma conducta investigada, es en verdad un hecho que no habla muy bien de la organización del Tribunal ni de la administración de justicia, pues es difícil creer que ella existe cuando la existencia o no del delito no depende del comportamiento realizado, sino del funcionario a quien corresponda conocerlo, presentándose, entonces, la paradoja, que lesiona gravemente el sentido de la justicia, que un hecho puede ser delito para una Sala de Decisión y no serlo para otra.

Mas no obstante lo anterior, es lo cierto que el auto inhibitorio proferido por la Sala presidida por el Magistrado doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel, fechado el 3 de junio de 1988, esto es, muchos días después de que la otra Sala hubiera abierto la investigación penal y vinculado a ella como sindicada a la doctora Salazar, no tiene porqué afectar en manera alguna la validez de estas decisiones.

El auto inhibitorio no hace tránsito a cosa juzgada. De acuerdo con la reglamentación que le da el nuevo Código de Procedimiento Penal, únicamente restringe la competencia, toda vez que luego de proferido, solamente puede removerlo el funcionario que lo dictó, siempre y cuando la situación probatoria se demuestre ha cambiado, tal como lo dispone el artículo 535: *"El auto inhibitorio podrá ser revocado de oficio o a petición del denunciante o querellante aunque se encuentre ejecutoriado. El denunciante o querellante podrá insistir en la apertura de la investigación solamente ante el juzgado que profirió el auto inhibitorio siempre que desvirtúe probatoriamente los fundamentos que sirvieron de base para proferirlo"* (Subrayas de la Corte).

Para que la restricción de competencia que establece la norma transcrita tenga operancia, es preciso que el auto inhibitorio se hubiere producido antes de que por

otro funcionario, en principio competente, se hubiere ordenado abrir la investigación penal. En el caso *sub examine*, el auto inhibitorio está fechado el 3 de junio de 1988, es decir, con posterioridad a la apertura de la investigación, a la recepción de indagatoria de la sindicada y también después de que a ésta se le resolvió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de conminación objeto de la alzada.

Estima la Corte conveniente precisar que los hechos llegaron a conocimiento del Magistrado doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel, con ocasión de un recurso de *habeas corpus* impetrado en favor de Patiño Ospina el 28 de octubre de 1977, cuando principió a hacerse efectiva la sanción de arresto. La Juez Treinta Penal del Circuito de Bogotá, ante quien se presentó el recurso, consideró que prosperaba porque no se habían cumplido todos los requisitos previstos en el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal y por ello decretó la libertad de Patiño y ordenó la expedición de copias para que se investigara la conducta de la Juez 43, copias éstas que fueron repartidas al Magistrado Hernández Esquivel, ponente del inhibitorio.

De la cesación de procedimiento. La procesada insiste en que su obrar estuvo ceñido estrictamente a la ley, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Patiño Ospina tenía suscrita acta de conminación y en virtud de ella se obligaba a presentarse cada vez que fuera requerido por el Juzgado; sabía que tenía que asistir a la "inspección judicial con reconstrucción de hechos" señalada para el 19 de septiembre; se hizo presente, pero de un momento a otro decidió abandonar velozmente el lugar, impidiendo así la práctica de la prueba. Como esto sucedió en su presencia y lo advirtieron todos los que habían acudido a la diligencia, dejó la respectiva constancia y con fundamento en ella, no en ningún informe secretarial que no era necesario, sancionó a Patiño Ospina, a quien, por el desarrollo mismo de los hechos, no consideró pertinente pedirle descargos. En similares términos alega su defensor y concluye en lo mismo: Que se ordene la cesación de este procedimiento, previa revocatoria de la medida de aseguramiento impugnada.

Concepto del Ministerio Público. Luego de analizar las pruebas, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal llega a las siguientes conclusiones: "la falta de lealtad del abogado para con la administración de justicia, que motivó la sanción de arresto impuesta por la Juez, se hallaba debidamente acreditada con la prueba idónea, por lo cual no se requería el informe del Secretario del Juzgado, para demostrar lo que estaba demostrado, ni la citación previa a rendir descargos que echa de menos el quejoso porque de acuerdo con artículo 418 del Código de Procedimiento Penal esta determinación es eminentemente discrecional". Consecuente con estas opiniones, conceptúa que la providencia impugnada se debe revocar, y en su lugar, ordenar la cesación de procedimiento.

Decisión de la Corte. Sus consideraciones. A folios 148 del cuaderno número 2, obra copia de la diligencia de conminación suscrita el 5 de septiembre de 1987 por el doctor Patiño Ospina, en su carácter de procesado, y en la cual se obliga, entre otras cosas, a "continuar presentándose al Juzgado cumplidamente una vez cada quince días para firmar el libro correspondiente *y las veces que sea requerido en las fechas y horas señaladas con ocasión de este proceso*". Al final se le advierte que todo lo prometido tiene que cumplirlo *"so pena de hacerse acreedor a las sanciones que para el evento consagra el artículo 417 del C. de P.P."* (Subrayas de la Sala).

Ante la claridad de este compromiso y de las consecuencias de su incumplimiento que están específicamente plasmadas en *el artículo 417 citado, es del siguiente tenor. "Sanción por renuencia. El Juez podrá... 2. Sancionar con arresto inconmutable hasta por treinta (30) días al procesado que injustificadamente incumpla las obligaciones impuestas en el acta de conminación", no puede la Corte entender cuál fue el soporte jurídico del Tribunal, cuando admitiendo que Patiño Ospina había incumplido las obligaciones contraídas en la diligencia de conminación y se había burlado con ese incumplimiento no sólo de la Juez, sino también del personal asistente a la diligencia, termina por concluir que la funcionaria sólo podía imponerle una sanción de carácter pecuniario, desconociendo por completo los claros términos de la norma transcrita.*

Grave error el del Tribunal. La doctora Salazar de Villamil en su calidad de Juez 43 Penal Municipal de Bogotá, esstaba facultada por la ley (art. 417 del C. de P.P.) para imponerle no cinco (5) días de arresto sino hasta treinta (30), en caso de que Patiño Ospina o cualquier otro procesado que hubiera suscrito la diligencia de conminación, incumpliera alguna de las obligaciones contraídas en ella. De tal manera que no es cierto lo que sostuvo el Tribunal, cuando aseveró que la funcionaria acusada se excedió al imponer el castigo correcional. Todo lo contrario, limitó su sanción a una sexta parte de lo que le permitía la ley.

No hubo, pues, por este aspecto sustancial de la sanción, ningún exceso. La funcionaria denunciada, cuando estimó comprobado que el doctor Patiño Ospina había incumplido injustificadamente las obligaciones impuestas en el acta de conminación, decidió aplicarle la sanción que para tal eventualidad tiene prevista la ley, y al hacerlo, no desbordó los límites de la misma, como ya se estableció.

Del procedimiento para imponer la sanción. *Lo establece el artículo 418 del mismo código, que a la letra reza: "Rendido el informe secretarial, el Juez podrá disponer la conducción de la persona para que formule sus descargos. Seguidamente el Juez, en auto motivado contra el que no procede ningún recurso, decidirá lo pertinente".*

Informe secretarial. *Sostiene el denunciante que la doctora Salazar delinquió porque no obtuvo el "informe secretarial" de que habla la transcrita norma. Mas si ésta se lee con un poco de atención, inmediatamente se advierte que la norma en ningún momento determina que el informe secretarial sea la única prueba mediante la cual se pueda demostrar el incumplimiento de alguna obligación procesal.*

Lo que sucede es que generalmente y por razón de las funciones que desarrollan, son los secretarios quienes, por percepción directa o información de los otros empleados del Despacho, advierten qué personas (sindicados –art. 417–, jurados –art. 521– o simplemente citadas a comparecer –art. 166–) incumplen las obligaciones impuestas por la judicatura, y entonces, también en obedecimiento de sus deberes (art. 14, Decreto 1265 de 1970), proceden a informar al Juez, quien es el único que puede imponer la sanción, precisamente para que decida si ésta es o no pertinente. Pero esto no significa que el informe secretarial sea la única prueba legalmente admitida para demostrar el incumplimiento ante los despachos judiciales. Si el propio legislador autoriza "libertad

de prueba" para establecer "los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios" (art. 254 del C. de P.P.), no se entiende por qué habría de establecerse una excepción a tal principio, sólo para la demostración de un incumplimiento que es asunto de poca jerarquía frente a los que se debaten en el proceso y que constituyen su objeto primordial.

La constancia dejada por la Juez y su secretario *ad hoc* y avalada por las firmas del resto de personas que asistían a la diligencia (fl. 152 del cuaderno número 2), es una prueba idónea, seria y conducente a demostrar lo que con ella se pretendía probar: el incumplimiento del doctor Patiño Ospina a sus deberes procesales. No necesitaba, en consecuencia, la doctora Salazar, acudir a informe secretarial ni a ninguna otra diligencia que, en estas condiciones, serían redundantes, Tampoco, pues, por este aspecto, hubo violación alguna de la ley, sino su más estricto sometimiento.

Formulación de descargos. Sostiene el denunciante que de acuerdo con los términos del artículo 418 tantas veces citado, la funcionaria acusada tenía la obligación de escucharle sus descargos y que por no haberlo hecho, incurrió en conducta delictiva al sancionarlo.

La acusada, por su parte, ha insistido en que de conformidad con el mismo texto legal ya citado, el oír los descargos del denunciante era algo facultativo y no imperativo, pues la norma textualmente dice que "el Juez podrá disponer la conducción de la persona para que formule sus descargos", razón por la cual su proceder estuvo ajustado a derecho.

Para la Corte es absolutamente claro que nadie puede ser sometido a una sanción sin antes haber sido escuchado (art. 26 de la Constitución Nacional), salvo las excepciones que la Carta misma establece (art. 27). Este principio no lo puede desconocer el legislador y por ello, para interpretar el artículo 418 del Código de Procedimiento Penal, hay que entender que en dicha norma se parte del referido principio constitucional, esto es, que nadie puede ser condenado sin antes haber sido escuchado y vencido. En este orden de ideas, debe entenderse que cuando la norma preceptúa que "el Juez podrá disponer la conducción de la persona para que formule sus descargos", lo que hace es facultar al Juez para ordenar su conducción en caso de que voluntariamente no haya comparecido a manifestarlos. Es, pues, todo lo contrario de lo que entendió la acusada; el Juez siempre está en la obligación de oír los descargos del renuente antes de sancionarlo, y para facilitarle el cumplimiento de esta obligación, el legislador le ha otorgado la facultad de ordenar su conducción si es que voluntariamente se resiste a comparecer para explicar su incumplimiento. Sólo después de haberlo escuchado, podrá decidir si lo sanciona o no, según lo justificado o injustificado que frente a sus explicaciones se presente el incumplimiento.

Lo anterior, porque como de manera expresa lo exige la norma, la sanción no está prevista para el simple incumplimiento sino para quien "*injustificadamente* incumpla", motivo por el cual es apenas razonable que la ley le dé la oportunidad de demostrar que por alguna causa justa, como sería una fuerza mayor, no pudo honrar su compromiso; pero esta oportunidad, es obvio que debe tenerla antes de que se le imponga la sanción, porque de lo contrario carecería de todo sentido.

No obstante todo lo que acaba de expresarse, la Corte ordenará la cesación de este procedimiento ante lo evidente que aparece la absoluta inculpabilidad de la acusada. El texto de la norma por ella mal interpretada de por sí explica el que hubiera incurrido en error, tal como aconteció además con otros funcionarios que han opinado sobre este mismo aspecto.

OTRAS DECISIONES:

Revocatoria de vinculación procesal. La Sala revocará también, por las razones ya anotadas, el ordinal 4º de la parte resolutiva de la providencia impugnada, en el cual se ordenó la vinculación a este proceso, en condición de sindicado, del señor Jorge Anatolio Barrera Hurtado, quien, en su carácter de Juez 43 Penal Municipal (encargado) de Bogotá y reemplazante tenmporal de la doctora Salazar de Villamil, simplemente se limitó a expedir la orden de encarcelamiento que hacía efectiva la sanción de arresto impuesta por ella al doctor Patiño Ospina.

Extemporaneidad de la apelación interpuesta por la parte civil. *Si la providencia impugnada se notificó personalmente al Fiscal del Tribunal el 1º de julio de 1988 y ya le había sido notificada en igual forma a la sindicada el 30 de junio inmediatamente anterior, y si el defensor de esta última se había dado por notificado también (por conducta concluyente –art. 181 del C. de P.P.–) el 22 de junio cuando interpuso el recurso de reposición contra el referido auto, obvio es que el término para recurrir expiró para todos los sujetos procesales tres días después de la última notificación (art. 196* ibídem) *que fue la que se practicó el 1º de julio al señor representante del Ministerio Público.*

Aceptar que por la aparición de una innecesaria y tardía notificación por estado, fechada el 29 de septiembre (fl. 166. vto.), cuando ya se había rechazado la reposición y concedido la apelación ante esta Sala (16 de agosto. fl. 194) que daba habilitado el apoderado de la muy posteriormente reconocida parte civil (auto de 17 de agosto) para interponer recursos contra el proveído de 2 de junio, es algo que la Corte no puede compartir. El auto, como ya se dijo, sólo era susceptible de ser recurrido hasta 3 días después de 1º de julio, fecha de la última notificación. El estado era, pues, totalmente innecesario porque no quedaba ningún sujeto procesal por notificar. Si después de iniciado un proceso surge a la vida jurídica tardíamente en relación con los demás un nuevo sujeto procesal, como aconteció en este caso con la parte civil, ello de ninguna manera implica la retrotracción del proceso. A él se le notificarán las decisiones que se produzcan con posterioridad a su surgimiento y las que para ese momento estuvieren pendientes de notificación, que por ley deban serle comunicadas, pero no las que ya fueron objeto de notificación completa. Y si erróneamente se hacen notificaciones redundantes, como la que se hizo mediante estado el 29 de septiembre, ello de ninguna manera altera o modifica las situaciones procesales ya consolidadas. Se rechaza, pues, por extemporáneo, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil.

EXPEDICIÓN DE COPIAS:

Posible violación de la reserva del sumario. Como de acuerdo con lo afirmado por el defensor de la sindicada, es posible que por parte del Magistrado Ponente

doctor José Jaime Palacios Bonilla se hubiere violado la reserva de la investigación al autorizar la expedición de una copia de la providencia recurrida al denunciante antes de que le fuera reconocida la calidad de parte civil, se ordenará expedir copia de los folios 169, 169 vto., 199 y 200 del cuaderno número 1, 6 a 8 del cuaderno de la Corte, y del presente auto, para que sean sometidas a reparto de esta Sala y se proceda de conformidad con la ley (art. 357 C. de P.P.).

Actuación de la Juez 30 Penal del Circuito de Bogotá. Como quiera que la Juez 30 Penal del Circuito de Bogotá al resolver el *habeas corpus* interpuesto en favor del doctor Patiño Ospina excedió las facultades legales, pues injusta o no la privación de libertad del mencionado profesional había sido interpuesta por resolución judicial cuya legalidad no le era permitido juzgar, lo cual puede configurar una violación a la ley penal, se ordenará la expedición de las copias pertinentes con destino al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado,

RESUELVE:

1. REVOCAR los numerales 2°, 3° y 4° de la providencia impugnada y, en su lugar, decretar cesación de procedimiento en favor de la doctora Ana Paulina Salazar de Villamil, Juez 43 Penal Municipal de Bogotá, por razón de los hechos materia de investigación.

2. Por la Secretaría de la Sala, expídanse las copias relacionadas en la parte motiva, para los fines allí indicados.

Cópiese, notifíquese y cumplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. QUERELLA

La norma del artículo 183 del C.P. es descriptiva de una conducta pluriofensiva, pues si bien constituye lesión a la administración de justicia, el "derecho" que se ejerce presupone por lo general la existencia de una persona afectada directamente, quien es, en consecuencia, el legítimo querellante.

Auto Revisión. 19 de mayo de 1989. Niega la revisión del proceso que, en contra de Jaime Hernando Guerra Paz, se adelantó en el Juzgado 6º Penal del Circuito de Bogotá, en el que fue condenado por el delito de Ejercicio Arbitrario de las propias razones. F.F. artículo 183 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3041. Jaime Hernando Guerra Paz. Revisión).

Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobada Acta número 20 (10-V-89).

Bogotá, mayo diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Se resolverá el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Fiscal 10 del Circuito de Bogotá contra la sentencia debidamente ejecutoriada proferida el 11 de marzo de 1988 por el Juzgado 6º Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual condenó al doctor Jaime Hernando Guerra Paz como responsable del delito de ejercicio arbitrario de las propias razones tipificado en el artículo 183 del Código Penal, al pago de diez mil pesos ($10.000) a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, y al de los perjuicios ocasionados con la infracción, en abstracto.

El señor Procurador 3º Delegado en lo Penal se abstuvo de conceptuar dentro del traslado que en observancia del artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, se le dio.

HECHOS:

Aparecen resumidos en el fallo impugnado así:

"Da cuenta Faustino Jiménez Moyano, que el 17 de diciembre de 1982, celebró contrato de compraventa con Jaime H. Guerra Paz, sobre el automotor propiedad de éste, marca Ford Mustang, modelo 1980, placas IB-8552 por la suma de un millón doscientos mil pesos, precio pagadero a plazos con cheques. Que canceló $427.000.00, pero por habérsele presentado inconvenientes económicos, falló en una cuota del mes de enero de 1983, circunstancia que originó presión por parte del vendedor, pues a su vez había contraído obligaciones pecuniarias por otra negociación similar. Que accedió a devolverle el automóvil para poder garantizar un crédito con el acuerdo de que se lo reintegraría una vez cumpliera su compromiso o deuda Jiménez Moyano, pero que posteriormente Guerra Paz no aceptó un abono de trescientos mil pesos, sino que exigía el pago del saldo en su totalidad, pedimento al cual no podía acogerse dado que su situación económica seguía deficiente. Que a mediados de junio (1983) vio el automóvil ofrecido en venta en una compraventa de carros, acudió donde el aquí denunciado, quien le manifestó que solamente lo tenía pignorado por un dinero que le habían dado en mutuo, cuyos intereses le cobraría y le descontaría un 20% como sanción comercial respecto a los cheques que habían sido devueltos insolutos por el girado, fórmula que no le aceptó, le reclamó entonces el dinero que le había dado en parte de pago y la respuesta fue de que se lo devolvería cuando tuviera el dinero. El automotor fue vendido o permutado con otra persona y actualmente es propiedad de Fabio López Caballero".

LA DEMANDA:

Invoca el autor la causal 2ª de revisión, afirmando que al procesado se le condenó por un delito que requiere querella, como es el de ejercicio arbitrario de las propias razones, y que respecto de éste, según sus palabras, "como atentatorio contra la administración de justicia su único querellante es el Estado a través del agente del Ministerio Público, y en el proceso a que me he venido refiriendo yo no formulé querella, si bien me notifiqué de todas las decisiones obrantes en el expediente", y agrega que, "por tanto, el Juez del Circuito carecía de competencia, pues ese delito corresponde al conocimiento del Juez Penal Municipal". Pero lo cierto –insiste–, "es que por falta de querellante legítimo ha de revisarse el proceso y en últimas cesarse toda investigación, porque el único titular de la acción era yo en mi calidad de representante del Ministerio Público".

Cuando se corrió el traslado para la solicitud de pruebas, el actor se remitió a las aducidas con la demanda –piezas pertinentes del proceso–, y el apoderado del acusado Guerra Paz presentó a su turno un escrito en el cual dice coadyuvar la impugnación extraordinaria y que "para interponer el recurso en forma legal procedo en el orden indicado en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal", redactando seguidamente una demanda de revisión en la que hasta incluye argumentos adicionales a la del Fiscal, sin ser él, como se dijo el recurrente.

LOS ALEGATOS:

1. El demandante insiste en su tesis sobre la ausencia de querellante legítimo respecto del delito por el cual se emitió fallo de condena, y concluye así: "reitero a los señores magistrados mi pedimento en el sentido de que se revoque la sentencia calendada el 11 de marzo de 1988 y en su lugar se cese todo procedimiento".

2. Por su parte, el apoderado de la parte civil reconocida en el proceso, empieza por manifestar su "...extrañeza por la doble actitud del señor fiscal 10 del Circuito, al pedirle al Juzgado del conocimiento que se califique el mérito del sumario como ejercicio arbitrario de las propias razones por parte del procesado Jaime Hernando Guerra Paz a lo cual el Juzgado accedió; y ahora esté recurriendo en revisión porque el Juzgado sentenció al mismo sujeto activo de la infracción penal por ese delito que él mismo le insinuó al juzgador".

Sobre la causa de iniciación del proceso, advierte que hubo denuncia, y que ella fue precisamente la formulada por Jiménez Moyano por considerar que había sido estafado en aproximadamente medio millón de pesos, a raíz de la negociación hecha con el acusado. Agrega que "así se tramitó durante todo el proceso sumarial hasta la calificación en la que equivocadamente, se ubicó en el artículo 183 del C.P. y no en el artículo 356 *ibidem*, que es el que tipifica la conducta del incriminado", de lo cual concluye que "...estamos ante la nulidad consagrada en el numeral 5° del artículo 210 del anterior C.P.P., vigente para aquella época...". Finalmente llama la atención sobre lo que considera "la irregularidad procesal más significativa de que adolece el proceso", consistente en que "el Juzgado 6° Penal del Circuito sobreseyó de manera definitiva a Guerra Paz por los delitos por los cuales había sido inicialmente vinculado", y dispuso la consulta de esa decisión, pero que este ordenamiento no se ha cumplido.

Para finalizar, solicita a la Corte que, con fundamento en el literal "b" del artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, ordene devolver el expediente a un Juzgado Penal del Circuito diferente al que emitió la sentencia "a fin de que se tramite a partir de la calificación del mérito del sumario, inclusive".

Consideraciones de la Corte:

1. *La causal aducida para atacar en revisión la sentencia impugnada es la 2ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, cuyo tenor literal es como sigue:*

"Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción o por falta de querella válidamente formulada".

Al referir a la querella, el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal determina que cuando ella se demanda como condición de procedibilidad, "bastará que quien tenga derecho a presentarla formule la respectiva denuncia", complementando el artículo inmediatamente siguiente que será querellante legítimo "salvo los casos previstos en el Código Penal", "únicamente... el sujeto pasivo del hecho punible".

Se consagra así, un derecho subjetivo público, de naturaleza eminentemente personal –susceptible por ende de desistimiento–, cuya existencia se justifica porque el bien jurídico atacado esté sometido a la libre disposición del titular, sea porque el ofendido tenga justificados intereses en la ocultación de ciertos hechos, ora cuando existan determinadas relaciones entre autor y ofendido.

Ello implica la necesidad de consultar en cada caso quién es el sujeto pasivo de la respectiva infracción penal, entendiéndose por tal al titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el hecho punible.

Tratándose de los delitos contra la administración de justicia –dentro de los cuales se ubica el descrito por el artículo 183 del Código Penal bajo la denominación legal del "Ejercicio arbitario de las propias razones" tiénese en principio al Estado como titular de ese derecho, y por ende sujeto pasivo de la infracción. No obstante, consultando su naturaleza, fácil resulta comprender que es la norma del artículo 183 del Código Penal descriptiva de una conducta pluriofensiva, pues si bien constituye lesión a la administración de justicia el arbitrario ejercicio del derecho prescindiendo de la necesaria intervención de la autoridad competente para dirimir el conflicto, ese "derecho" que se ejerce presupone por lo general la existencia de una persona que frente a él se halle obligada, y que al carecer de la oportunidad de concurrir ante los funcionarios para contrademandar, oponerse, exceptuar, pedir pruebas, presentar alegaciones, interponer recursos y en fin hacer cuanto a su alcance esté dentro de las prerrogativas legales para defensa de su correlativo derecho, cobra a la par condición de afectación directa, siendo además en quien radicaría la discrecionalidad para determinar si dadas sus relaciones con el sujeto agente, da por equilibradas las cargas dentro de su capacidad de solucionar sus diferencias mediante fórmulas de arreglo directo como la que deriva de la renuncia de un derecho, de una transacción o de soluciones semejantes, por medio de las cuales halla también la justicia su equilibrio en el restablecimiento del derecho.

Si como persona ofendida, entonces, actuó Jiménez Moyano dentro de este proceso al formular su denuncia, emerge la conclusión de su legitimidad para querellar, restando ese hecho toda atendibilidad a la demanda de revisión con que ahora se pretende la infirmación del fallo ejecutoriado que con base a esa información del ofendido remató la actuación procesal en las instancias.

2. Hay además en la conducta procesal cumplida por el señor Fiscal 10 del Circuito de Bogotá, de cuya iniciativa es ahora la revisión del proceso, toda una actividad ostensiblemente convalidante de la formulación del denunciante, que impediría nuevamente el éxito de la impugnación propuesta a la Sala.

Como el actor lo ha reconocido, tomó dentro del proceso notificación de todas las actuaciones de impulsión y decisión, sin siquiera apelar del fallo así su excusa radique ahora en el recargo de trabajo. Es más: desde el momento en que el inconforme señor Jiménez Moyano presentó los hechos, lo hizo con la sugerencia de que podrían configurar los delitos de "estafa y abuso de confianza", siendo precisamente el señor Fiscal ahora impugnante, quien enderezó la debida adecuación, cuando en su concepto rendido previa la calificación de fondo expresó sobre el caso:

"Porque es claro como lo manifestó en su indagatoria, no recurrió a las vías civiles porque los procesos y el cobro de los intereses era muy demorado. Luego es cierto que si el carro figuraba de su propiedad no cometió el delito de abuso de confianza, pero sí incurrió en el delito tipificado en el artículo 183 del Código Penal o sea ejercicio ilegal de sus propias razones, ya que ha debido recurrir a los jueces civiles del circuito para que resolvieran el contrato celebrado con su denunciante el 17 de diciembre de 1982 y no arbitraria y voluntariamente haber el señor Guerra Paz vendido el vehículo.

"En síntesis ruego a usted no cesar todo procedimiento, sino continuar la investigación por el delito de ejercicio ilegal de las propias razones, ya que todas las pruebas recaudadas indican que Jaime Guerra Paz incurrió en esta falta contra la administración de justicia" (fls. 173-174 cdno. ppl).

Si, pues, la demanda radica precisamente en la proposición del señor fiscal de haber sido él exclusivamente quien tenía legitimidad para querellar, es su actitud la que deja una vez más sin piso su pretensión, dado que siguiendo su desempeño procesal, aparece implícito su consentimiento frente a las decisiones del juzgador, como en sus alegaciones de fondo, constituyendo por lo tanto una verdadera ratificación de la denuncia y un patrocinio de la misma, evidente convalidación de la formulación de Jiménez Moyano, sin que pueda ahora desestimar ese respaldo y ratificación oportunos al reclamo del perjudicado.

A este particular merece recordar que el contenido del inciso tercero del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal estaba previendo que "cuando el sujeto pasivo estuviere imposibilitado para formular la querella... los perjudicados directos estarán legitimados para formularla". Así pues, si el señor Fiscal no tuvo noticia directa ni oportuna sobre la ocurrencia de los hechos, sucedidos apenas dentro del dominio y reserva de las actividades de los particulares en desarrollo de su libertad contractual, mal podría posteriormente excusarse de la inoportunidad de su querella porque el caso hubiera trascendido por el perjudicado a la justicia, pues si aún a su juicio, Jiménez Moyano no tenía en esta oportunidad la condición de sujeto pasivo u ofendido, el Fiscal debió precaverse del contenido de la disposición que se cita, frente al cual, cobraba el perjudicado la misma titularidad del ofendido para querellar, condición de perjudicado que ameritó el reconocimiento de Jiménez Moyano como parte civil.

Lo que resulta inadmisible es el comportamiento asumido por el señor Fiscal demandante, quien luego de haber convalidado, cuando menos, la actitud del denunciante, siendo el orientador además de la calificación sumarial bajo la denominación ya vista, pretenda ahora la invalidación del fallo proferido, pretextando al parecer la que considera su propia culpa. Tal actitud que en verdad sorprende, no se limita al yerro de procurar lograr una decisión invalidatoria, sino que trasciende cuando menos el ámbito de lo disciplinario y demanda por consiguiente la expedición de copias con destino a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público, a fin de que impulse las acciones pertinentes.

3. Las alegaciones complementarias de la defensa y de la parte civil que en alguna medida pretendieron el apoyo de la petición de revisión con fines opuestos, carecen por completo de incidencia en este proveimiento. La querella fue presentada oportunamente como lo reconoce en la injurada el procesado Guerra Paz al admitir que la disposición del vehículo ocurrió en el mismo mes de octubre de 1983 en que se formula la queja, mientras que la omisión de consulta del sobreseimiento definitivo que resalta el representante del interés indemnizatorio pierde su trascendencia si referida a hechos precedentes del acto de arbitraria disposición del bien objeto del contrato que ligaba a procesado y denunciante podría todavía ser motivo de revisión en instancia, sin llegar al extremo sugerido de querer con ese grado de jurisdicción

una extemporánea re-calificación del mismo hecho que ha merecido ya el fallo de condena en firme, y con el cual remató el debate.

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

RESUELVE:

1. NEGAR la revisión impetrada por el Fiscal 10 del Circuito de Bogotá.

2. Con destino a la Procuraduría General de la Nación, Delegada para el Ministerio Público, expídanse copias de esta providencia y de las piezas procesales pertinentes (fls. 172-174; 175-183 vuelto del cuaderno principal y 42-43; 63-65 del cuaderno de la Corte), para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado tiene como uno de los elementos diferenciadores con el procedimiento ordinario, el auto por medio del cual se resuelve la situación jurídica que debe asimilarse a la resolución de acusación.

Sentencia Casación. 20 de mayo de 1989. Casa parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Juvenal Parra Zúñiga, por los delitos de falsedad y estafa.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3069. Casación Procesado: Juvenal Parra Zúñiga. Delito: Falsedad y Estafa).

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 015 del 11 de abril de 1989.

Bogotá, mayo veinte (20) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Por fallo del Tribunal Superior de Bogotá del veintisiete (27) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), se confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia por medio de la cual se le había impuesto pena de treinta (30) meses de prisión como responsable de los delitos de estafa y falsedad por los que había sido llamado a juicio el procesado Juvenal Parra Zúñiga.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y admitido por esta Corporación. Presentada la demanda fue declarada ajustada a las exigencias legales, habiéndose escuchado el concepto del colaborador de la Corporación quien solicitó se casara el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

HECHOS:

El proceso se inicia por denuncia instaurada por el Cura Párroco del barrio Egipto, padre Fernando Rueda Williamson, contra Juvenal Parra Zúñiga, alias

"Bonifacio Rodríguez Merchán", pues unos días antes había recibido llamada telefónica de su denunciado, quien le había comunicado que una tía suya de nombre Inés Rodríguez de Curt quien vive en los Estados Unidos deseaba hacer una donación a la Parroquia; supuesta persona que posteriormente lo llamaría por teléfono para decirle que le enviaba el dinero, del cual debía entregar una parte a su sobrino para hacer unas reparaciones en un inmueble de Usme que pensaba entregara a la parroquia. Dice haber recibido el veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) una carta por entrega inmediata en la que se le remitía un cheque por nueve mil quinientos dólares (US$9.500.00), de los cuales debía reconocer al denunciado tres o tres mil quinientos (US$3.500.00).

Como el denunciante tuviera sospechas, solicitó la colaboración del vicepresidente del Banco del Comercio, doctor Luis Fernando Restrepo, quien se comunicó con Miami por télex confirmándose que el mencionado cheque era totalmente espúreo. Cuando el supuesto Bonifacio Rodríguez Merchán se hizo presente en la parroquia fue capturado y puesto a órdenes de las autoridades competentes.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Por auto del diez (10) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) se abrió la correspondiente investigación penal por el Juzgado 26 de Instrucción Criminal.

Reconocido judicialmente que se trataba de delincuencia en flagrancia, se decretó la detención preventiva del capturado el catorce (14) de diciembre, por el delito de estafa tentada.

Por auto del ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho (1988) se fijó fecha para la celebración de la audiencia pública, que efectivamente fue realizada el once (11) del mismo mes y año.

Por sentencia de primera instancia del trece (13) de febrero de mil novecientos ochenta y ocho el Juzgado Penal del Circuito de esta ciudad se condenó al procesado como responsable de los delitos de falsedad y estafa, imponiéndole pena principal de treinta (30) meses de prisión.

Por sentencia de segunda instancia del veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988) se confirmó la anterior decisión.

LA DEMANDA:

La recurrente impugna la sentencia por dos motivos que ubica en las causales contempladas en los numerales 2 y 3 del artículo 305 del estatuto procesal vigente.

La impugnante sostiene que al momento de resolvérsele la situación jurídica a su patrocinado se le dictó medida de aseguramiento por el delito de estafa tentada y que por el mismo había sido interrogado durante la diligencia de indagatoria, de la misma manera que en la audiencia pública sólo se debatió lo relacionado con este delito y que por ello el fiscal sólo se había referido al mismo en su concepto.

Que a pesar de lo anterior en las sentencias de primera y segunda instancia se lo condena por el delito de estafa consumada en concurso con falsedad, privando a su

defendido del derecho de defensa en relación con este delito violándose de esta manera los artículos 26, 66 y 221 del Código Penal y los artículos 1, 11, 247, 448, 388, 389, 447 y 501 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita como conclusión de sus alegaciones que se case el fallo y se dicte el que ha de reemplazarlo, con base únicamente en el delito de estafa tentada.

Como segundo motivo de casación, por haberse incurrido en la nulidad contemplada en el artículo 305, inciso 2 del Código de Procedimiento Penal. Hace radicar la nulidad en el hecho de haberse celebrado la audiencia pública sin que el auto que la ordenó se encontrará en firme, quebrantándose lo previsto en el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene igualmente que en la audiencia se produjo una variación a la calificación provisional, puesto que se le dedujo el delito de falsedad en documento privado, sin haberse dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 501, inciso 2, que ordena la suspensión de la audiencia para que las partes soliciten las pruebas de conformidad con la nueva adecuación. Sostiene que con tales irregularidades se incurrió en violación de los artículos 11, 174, 197, 493 y 501 del Código de Procedimiento Penal.

El concepto del Ministerio Público:

El Fiscal de la Corporación solicita se case el fallo impugnado, quien para llegar a esta conclusión luego de hacer algunas consideraciones sobre el procedimiento abreviado concluya que:

"...teniendo en cuenta que el auto interlocutorio que resuelve la situación jurídica, en realidad tiene el carácter de calificación provisional de los hechos y es por ello que el juez está obligado a señalar las pruebas que deban practicarse, ya sea que puedan realizarse en audiencia pública o luego de la ejecutoria de este asunto, que en un plazo de cinco días, todo esto basado en la adecuación típica que, a partir de este momento se convierte en ley del proceso. Tanto es así que al instalarse la audiencia pública se 'leerá por secretaría la providencia que resolvió la situación jurídica'.

Ahora bien, si de las pruebas practicadas luego de la ejecutoria de este auto, bien en los cinco días siguientes o bien dentro de la audiencia, varía la adecuación típica, ha de estarse a lo dispuesto en el art. 501 del C.P., correspondiendo a suspender la audiencia 'por el término de dos (2) días para que las partes soliciten las pruebas que tengan relación con la nueva adecuación', luego de lo cual se producirá el nuevo debate y se dictará el fallo en cuestión.

En el caso que nos ocupa, en un acto arbitrario que vulnera el derecho de defensa, el fallador advierte en el fallo de primera instancia que aunque en el auto que resolvió la situación jurídica se '...hizo alusión únicamente a la estafa... ello no quiere decir que el criterio allí expresado se constituya en pieza inmodificable y sea pauta definitiva bajo la cual deba concluir en forma exclusiva, en relación con otros delitos, la acción penal'.

No obstante como lo dijimos atrás, su provisionalidad no indica que el juez tenga la facultad de cambiar la calificación sin antes haber sufrido su decisión la

natural controversia, mediante la práctica de pruebas pertinentes y la discusión pública. Por consiguiente, consideramos con el actor que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, discrepando en cuanto a la nulidad misma ya que consideramos que en el presente caso se violó el derecho de defensa, razón por la cual solicitamos comedidamente a la H. Sala de Casación Penal, CASAR la sentencia cuestionada, decretando la nulidad correspondiente".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El procedimiento abreviado es una de las innovaciones del nuevo Código de Procedimiento Penal y está previsto especialmente para cuando se da uno de los siguientes eventos: a) Confesión simple y b) Flagrancia, debiéndose destacar como elementos estructurales que lo diferencian del procedimiento ordinario que al término de la diligencia de indagatoria el funcionario del conocimiento debe hacer un pronunciamiento por medio de un auto interlocutorio en que se declare la existencia de uno de los eventos mencionados.

Otro elemento diferenciador con el trámite regular del proceso es el auto por medio del cual se resuelve la situación jurídica que debe asimilarse a la resolución de acusación, puesto que es éste el auto que se lee en la diligencia de audiencia pública y porque además, una vez en firme esta decisión debe señalarse fecha para la realización de la audiencia pública.

Hechas estas precisiones, pasa la Sala a ocuparse de los cargos formulados en la demanda de casación, avocando primero los referentes a la nulidad de la actuación en tanto que el orden lógico de las situaciones planteadas lo impone así, tal que si se llegare a declarar la invalidación del proceso carecería de sentido cualquier pronunciamiento sobre la sentencia misma.

En relación con el segundo de los motivos de impugnación presentados en el libelo, –la existencia de una presunta nulidad por haberse realizado la audiencia pública sin que se hubiera surtido la ejecutoria del auto que dispuso su realización–, no comparte la Sala los argumentos presentados por la casacionista porque, si bien es cierta su afirmación en el sentido de que se presentó el hecho en el cual fundamenta el cargo, no menos verdad es que la audiencia se realizó con la presencia de los personajes trascendentales que en ella deberían intervenir. Y es bien sabido que las mayores exigencias formales para la realización de actos en el juicio tienen como finalidad primordial asegurar una superior garantía de notificación y de comparecencia de las partes en los diversos actos que en ella pueden realizarse. Si bien es cierto que en el procedimiento abreviado no puede hablarse de la división clásica del proceso en sumario y causa, podría afirmarse de todas maneras que una vez señalada la fecha de realización de la audiencia se está en una especie de etapa plenaria y por ello se deben cumplir las mismas exigencias, ejecutoria, que se reclaman en el trámite ordinario. Pero, como ya se dijo, en el caso que se analiza a pesar de haberse producido la irregularidad ésta no fue transcendente en cuanto a que puede aseverarse sin temor a equívocos que ésta no alcanzó a afectar los derechos de las partes y por tanto, con estos fundamentos, es imposible aceptar el cargo propuesto como causal de nulidad.

El tercero de los cargos del libelo –segundo de nulidad– formulado al amparo de la causal tercera no resulta del caso analizarlo porque en verdad no se erige en una forma específica de anulación del proceso, sino que responde más a los parámetros señalados en la causal segunda de casación en tanto que revela una falta de consonancia entre el pliego de cargos y la sentencia finalmente proferida, hecho que si bien se produce por la inobservancia de algún trámite que permitiera una nueva adecuación típica de la conducta, es salvable en tanto que la sentencia puede adecuarse a los cargos deducidos en contra del procesado sin que sea necesario invalidar el juzgamiento. Por estas razones, la Sala no casará la sentencia con base en los motivos de nulidad alegados y se ocupará a continuación del análisis de la impugnación sustentada en la causal segunda del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

La falsedad en concurso con la estafa tentada sólo viene a aparecer por primera vez dentro del proceso en la sentencia de primera instancia, integralmente confirmada en segunda y ha de afirmarse que en tales circunstancias se produce –tal como lo sostiene la casacionista– una incongruencia entre los cargos imputados en la acción y los finalmente deducidos en la sentencia puesto que, como ya se advirtió, al incriminado se le imputó en el auto que definió su situación jurídica sólo el delito de estafa tentada y luego, para efectos de la sentencia, además de esta responsabilidad se le dedujo la relacionada con el hecho punible de falsedad que únicamente de manera incidental se había mencionado en la diligencia de indagatoria y en la audiencia pública.

En las condiciones anteriores debe reconocerse la prosperidad del cargo porque es evidente que se dan las circunstancias establecidas en la causal segunda del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal alegada por el recurrente y en tal caso debe casarse la sentencia, debiendo la Sala proceder a dictar el fallo que ha de reemplazarla.

Es importante precisar, sin embargo, que el fallo será casado sólo parcialmente en tanto que la imputación y trámite del juicio en relación con el delito de estafa tentado en nada tiene por qué afectarse, –por el cargo aceptado– puesto que con referencia a aquella forma delictiva se hizo la correspondiente imputación al incriminado y para conservar la congruencia entre ella y la sentencia basta con adecuar ésta a tal formulación, debiéndose en consecuencia hacer simplemente una nueva tasación de la pena para efectos de disminuir los incrementos punitivos que se hubieran podido deducir por el concurso de delitos. Por lo que respecta al hecho punible de falsedad, se ordenará que la investigación continúe y se adelante sobre el cuaderno duplicado del expediente.

En cuanto a la tasación de la pena que se hizo en la sentencia impugnada, ésta partió de la sanción prevista para el delito de falsedad y sufrió un aumento por el concurso de este hecho punible con el de estafa tentada; es obvio, sin embargo, que en la nueva situación procesal sólo puede ser tenido en cuenta el segundo de los ilícitos mencionados.

El artículo 356 del Código Penal tiene señalada para la estafa prisión de uno a diez años y multa de mil a quinientos mil pesos, que para efectos concretos de la punición se partirá del mínimo allí previsto (un año de prisión) aumentado en la mitad (seis meses) en razón de la cuantía del ilícito y disminuido en seis meses por

tratarse de un delito tentado según el artículo 22 del Código Penal, con lo cual se fija la penalidad definitiva en un año de prisión. Como penas accesorias se impondrá la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término al de la pena principal, así como la suspensión de la patria potestad.

Se impondrá pena de cinco mil pesos de multa y no se hará condenación por daños materiales en virtud de que los mismos no alcanzaron a producirse por tratarse de un delito tentado; pero, como evidentemente se produjeron daños morales, constituidos en la desazón y angustia que sufrió el sujeto pasivo al saberse victimizado por un delito contra el patrimonio, además de todas las diligencias que tuvo que realizar para poder descubrir el timo. La Sala, atendiendo las disposiciones del artículo 106 del Código Penal, prudencialmente valora estos daños morales en cien gramos oro, a los que efectivamente se condenará el procesado.

Como quiera que el sindicado lleva capturado desde el día tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) por cuenta de esta actuación, y ha acreditado tener derecho a rebaja de pena por un total de seis (6) días según el certificado adjunto a este proceso, y siendo que la pena finalmente señalada es la de un año de prisión la cual ha cumplido sobradamente en detención física, se ordenará su libertad inmediata e incondicional en razón a este plenario, por haberse satisfecho la pretensión punitiva desde el día veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), fecha a partir de la cual podrá computarse al procesado su detención para los efectos de los otros procesos penales que se están adelantando en su contra, si fuere del caso.

Dentro de la presente actuación al procesado Juvenal Parra Zúñiga le aparecen anotaciones por varios delitos en épocas diversas, entre ellas una del cuatro (4) de junio de mil novecientos ochenta y siete por el delito de estafa que cursa en el Juzgado Penal Municipal –Reparto– de Bucaramanga; otra de fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) por el mismo ilícito ante el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Santa Marta, una más del dieciocho (18) de enero de mil novecientos setenta y dos (1972) por el delito de estafa en la ciudad de Cali, y del trece (13) de diciembre de mil novecientos setenta y uno (1971) por piratería terrestre en Buenaventura (fl. 179 del cuaderno de originales), y varias otras anotaciones por delitos contra la propiedad (fl. 232), a más de una solicitud del Juzgado 39 de Instrucción Criminal de Bogotá dentro de la cual se le solicita para escucharlo en indagatoria dentro del proceso que allí se adelanta en contra del mismo procesado. En consecuencia con lo anterior, al disponer la libertad del incriminado será puesto a disposición del Juzgado 39 de Instrucción Criminal de Bogotá, para los efectos que resultaren pertinentes, a quien se harán las advertencias de rigor sobre las diversas anotaciones que aparecen contra el señor Parra Zúñiga.

Por otra parte, teniendo en cuenta que dentro de la actuación no aparecen registrados antecedentes penales en contra del sentenciado, la ausencia de daño material en la infracción y la modalidad delictiva por la cual se le condenó, se otorgará al señor Parra Zúñiga el subrogado de la condena de ejecución condicional en relación con las penas accesorias impuestas, para lo cual se comprometerá a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 69 del Código Penal, bajo caución por la suma de un mil pesos ($1.000.00).

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

RESUELVA:

Primero: CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado en cuanto hace relación al delito de falsedad en documentos, respecto del cual se debe continuar la investigación en el cuaderno duplicado del expediente.

Segundo: CONDENAR al procesado Juvenal Parra Zúñiga o Bonifacio Rodríguez Merchán, de condiciones civiles y personales anotadas en autos, a la pena principal de un año de prisión como responsable del delito de estafa en grado de tentativa, y multa de cinco mil pesos.

Como penas accesorias, y por el mismo término de las principales, condénase al sentenciado Parra Zúñiga o Rodríguez Merchán a la interdicción de derechos y funciones públicas y a la pérdida de la patria potestad.

Tercero: CONCÉDESE al sentenciado Juvenal Parra Zúñiga o Bonifacio Rodríguez Merchán el subrogado penal de la condena de ejecución condicional en relación con las penas accesorias que le fueron impuestas, en las condiciones establecidas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: CONDÉNASE a Juvenal Parra Zúñiga o Bonifacio Rodríguez Merchán a pagar la cantidad de cien gramos oro como indemnización de los perjuicios morales ocasionados a la víctima de la infracción. No se le condena al pago de perjuicios materiales, por no haberse producido los mismos.

Quinto: Como quiera que la pena privativa de la libertad ya fue cumplida por el sentenciado desde el día veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), ordénase la libertad inmediata e incondicional del procesado en relación con esta causa, quien deberá, sin embargo, permanecer privado de su libertad a órdenes del Juzgado 39 de Instrucción Criminal de Bogotá, a cuya disposición será puesto el detenido con las informaciones pertinentes a su situación jurídica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

SENTENCIA. COSA JUZGADA

El artículo 17 del Código de Procedimiento Penal incluye entre los principios que orientan la ritualidad del proceso, el de la cosa juzgada y el artículo 216 del mismo estatuto el de irreformabilidad de las sentencias por parte del mismo funcionario que las ha proferido. F.F. artículo 216 del C. de P.P.

Auto Unica Instancia. 23 de mayo de 1989. Cesa el procedimiento adelantado contra los doctores Daniel Becerra Piedrahíta, Rocío Ramírez Múnera y Noel Román Flórez, Magistrados del Tribunal Superior de Pereira.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Unica Instancia número 3084. C. Daniel Becerra y otros. Prevaricato).

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 15. Abril 11/89.

Bogotá, D. E., mayo veintitrés de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Cumplida la etapa sumarial, cerrada la investigación y corrido el traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones de fondo, habiendo hecho uso de tal facultad el apoderado de la acusada Rocío Ramírez Múnera, procederá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a calificar el mérito del sumario en el presente proceso.

HECHOS:

El señor Carlos Fernando Cardona Castrillón fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira el día tres de octubre de 1987, a la pena de un año de prisión y multa de cuarenta y un mil veinte pesos ($41.020.00), en razón a hechos ocurridos en dicha ciudad el día diecisiete de enero del mismo año, fallo en el cual se concedió el procesado el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Apelado que fuera el fallo, correspondió su conocimiento a la Sala presidida por el Magistrado Daniel Becerra Piedrahíta del Tribunal Superior de Pereira, la cual escuchó el concepto de su fiscal, quien se mostró partidario de la revocación del subrogado concedido al estimar que eran aplicables las normas de los Decretos 0468 y 1203 de 1987 que prohíben la concesión del beneficio para casos como el que era objeto de estudio por la Sala del Tribunal. Este criterio fue acogido por los magistrados, quienes en consecuencia revocaron la condena de ejecución condicional y dispusieron lo necesario para obtener la captura del sentenciado.

Una vez aprehendido el condenado, cuando ya se hallaba ejecutoriada la sentencia de segundo grado, el mismo solicitó ante el Juzgado de primera instancia el beneficio de su libertad por cuanto las normas en las cuales se basó el Tribunal no eran aplicables a su caso concreto, en razón a que en el momento de los hechos no habían sido expedidos aún los Decretos mencionados.

Ante esta situación, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira dictó un auto calendado el veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho, por medio del cual se abstuvo de conocer de la demanda de libertad incoada. Apelada que fuera esta providencia, el Tribunal Superior de Pereira desató el recurso en auto del ocho de junio del mismo año, en él reconoció la Corporación la inaplicabilidad de las normas que prohibían la concesión del beneficio de la condena de ejecución condicional, pero se negó a revocar su decisión alegando la imposibilidad de hacerlo por cuanto que la sentencia, según las normas procesales, es irreformable. Esta determinación motivó la investigación penal en contra de los magistrados integrantes de la Sala.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Conocido el hecho, se ordenó acreditar las calidades de los acusados y en efecto se logró demostrar a través de las actas de posesión y constancias de la Secretaría General de la Corte, que los doctores Rocío Ramírez Múnera, Daniel Becerra Piedrahíta y Noel Antonio Román Flórez se desempeñaban como magistrados del Tribunal Superior de Pereira para la época de los hechos.

La investigación fue abierta mediante auto de fecha ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Se deduce de la investigación que el Juzgado 2° Penal del Circuito de Pereira se ocupó de la solicitud de libertad en auto del veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho; allí comenzó por señalar los efectos de la cosa juzgada y los eventos, en los cuales una sentencia puede ser reformada según las previsiones procesales vigentes, siendo que dentro de ellos no se encuentra la situación que se planteó para resolver. Así mismo, estimó el fallador de primera instancia que no puede revocar la decisión ejecutoriada emanada del Tribunal, por cuanto ello sería "antijurídico e implicaría una evidente usurpación de funciones públicas, conducta sancionada penalmente en el Capítulo IX del Título III del Código de las penas". Como consecuencia de estos planteamientos, consideró el Juez que a quien correspondía pronunciarse sobre la petición presentada era el Tribunal, por ello se abstuvo de decretar la libertad del sentenciado.

Esta determinación fue apelada por el defensor, quien insistió en la libertad de su patrocinado, alegando razones de justicia y equidad e invocando a su favor el principio constitucional de la favorabilidad de la ley penal, el cual fue vulnerado por el Tribunal al momento de conocer de la sentencia de segunda instancia.

La Fiscalía del Tribunal, en su concepto, aceptó haber incurrido en un grave error, al igual que la Sala de Decisión Penal del Tribunal, cuando invocara la aplicación de los Decretos 468 y 1203 de 1987. Empero, solicitó la concesión del subrogado desconocido en atención al principio de favorabilidad, de rango constitucional, y prohijó los argumentos del agente del Ministerio Público ante el Juzgado 2° Penal del Circuito.

Los magistrados acusados, en Sala del 8 de junio de 1988, estudiaron el asunto planteado. Reconoció la Sala el error cometido al revocar la condena de ejecución condicional, y el perjuicio grave que se causó a los intereses del procesado con esta determinación. Sin embargo, estimó el Tribunal imposible enmendar el yerro, porque el art. 216 del C. de P.P. prohíbe expresamente la reforma de la sentencia ejecutoriada. Hizo el Tribunal un somero análisis de los fundamentos presentados por las fiscalías tanto en primera como en segunda instancia, y rechazó como inaplicables todos ellos, para concluir en la imposibilidad de revocar la determinación injusta tomada en contra del sentenciado.

Llamado el ponente Daniel Becerra Piedrahíta a rendir indagatoria, refirió tener experiencia en labores jurisdiccionales, como juez, fiscal y magistrado del Tribunal desde el año de 1965 hasta la fecha; sobre los hechos, alegó a su favor que al momento de redactar el proyecto de sentencia de segundo grado incurrió en un lamentable error, que no advirtió hasta después, cuando regresó el expediente al Tribunal, y consideró aplicables al caso normas que no habían entrado en vigencia al momento de los hechos juzgados, yerro que también cometieron tanto la colaboradora fiscal del Tribunal como sus compañeros de Sala, todos ellos actuando según su criterio de buena fe.

Insistió el indagado en la ausencia de mala fe en su proceder, y explicó que todo se debió a una lamentable equivocación que según sus criterios jurídicos no admitía corrección de ninguna naturaleza.

La Magistrada Rocío Ramírez Múnera, también con amplia experiencia en funciones jurisdiccionales según lo relató, manifestó que al momento de conocer de la sentencia de segunda instancia incurrieron en un error al considerar aplicables al caso normas que para la época de los hechos no se hallaban vigentes; sin embargo, tal equivocación no fue advertida sino cuando regresó el expediente al Tribunal con una petición de libertad, en cuyo momento los integrantes de la Sala discutieron acerca de las posibilidades jurídicas que tenían para corregir el yerro, pese a lo cual no encontraron camino alguno para restablecer la libertad del sentenciado, razón por la cual, se abstuvieron de modificar el fallo de segunda instancia ya ejecutoriado. Insistió así mismo, que su actuación estuvo exenta de dolo y que procedieron de buena fe.

El doctor Noel Román Flórez, también funcionario con marcada experiencia en las labores judiciales, rindió indagatoria sobre el punto materia de investigación y

al igual que sus compañeros de Sala relató el error que se cometió, inadvertido, al momento de la sentencia de segunda instancia, y la imposibilidad de hacer pronunciamiento diverso al finalmente producido cuando al Tribunal regresó el expediente en apelación del auto que negó la libertad al condenado Cardona Castrillón.

La investigación se cerró en auto del dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

ALEGACIONES DE LA DEFENSA:

Dentro del término para alegar, únicamente presentó escrito el apoderado de la doctora Rocío Ramírez Múnera. En él, solicita a la Sala que al calificar el mérito del sumario se disponga la cesación del procedimiento a favor de los procesados, porque si bien es innegable que el tipo objetivo de prevaricato se realizó, la infracción a la ley que se atribuye a su poderdante está ausente del elemento doloso necesario para el reproche penal de la conducta.

Arguye como fundamento el dicho de los tres indagados, todos ellos contestes en afirmar que no hubo intención torcida en su determinación, sino que actuaron de buena fe y ante la equivocación de creer aplicables unas normas que no habían entrado en vigencia al momento del fallo de segunda instancia; la providencia que revocó el subrogado penal, por otra parte, es una pieza seria y en la cual se hizo el pertinente análisis jurídico que correspondía frente al caso, y de allí puede también derivarse la ausencia de dolo en el comportamiento de los magistrados acusados.

Como fundamento de la equivocación, hablando de su patrocinada, estimó que fue fuente de ella el concepto fiscal que se emitiera en la segunda instancia antes de la sentencia condenatoria de segundo grado, –la hipertrofia legislativa que hace difícil la precisión acerca de las normas vigentes en un momento determinado, y el proyecto de fallo preparado por el también sindicado Daniel Becerra Piedrahíta. Todos estos aspectos, analizados en detalle, hacen concluir al apoderado en la inexistencia de dolo para el caso bajo estudio.

Por otra parte, estimó que tampoco puede predicarse la existencia del dolo frente a la conducta de los magistrados al mantener en vigencia la sentencia de segundo grado, ya que el principio de cosa juzgada impone la incolumidad de los fallos ejecutoriados. En consecuencia, reitera su petición de ordenar la cesación de procedimiento en sede de calificación sumarial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 469 del C. de P.P., en vigencia, establece tres formas de calificación del mérito del sumario, cada una de ellas con precisos requisitos probatorios, que están indicados en las normas concordantes del ordenamiento procesal. Compete, pues, a la Sala, examinar si en el evento presente se dan las exigencias necesarias para formular resolución de acusación, ordenar la reapertura de la investigación, o decretar la cesación del procedimiento.

Puede pensarse, como se ha aceptado por parte de los acusados y la Defensa, que el tipo objetivo de prevaricato por acción que se les imputa halla comprobación

dentro del plenario. En efecto, al momento de conocer del proceso que contra Carlos Fernando Cardona Castrillón llegara al Tribunal Superior de Pereira para desatar el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, los magistrados integrantes de la Sala de Decisión correspondiente dieron aplicación a unas normas que no podían ser llamadas a regular la situación particular del procesado, en tanto que ellas no habían entrado en vigor al momento de la comisión de los hechos juzgados. Se quebrantó el principio de la favorabilidad al dar aplicación ultraactiva a una ley restrictiva o desfavorable.

La infracción cuya comisión se imputó a Cardona Castrillón fue realizada el día diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y siete y los decretos invocados por el Tribunal comenzaron a regir los días 11 de marzo y 20 de junio del mismo año, respectivamente, por manera que la decisión que los invocó como fundamento para revocar la condena de ejecución condicional se torna manifiestamente contraria a los preceptos legales y constitucionales que disponen que la ley penal rige hacia el futuro, salvo los casos en que ésta sea más favorable a los intereses del procesado.

Sin embargo, este aspecto por sí solo, no es suficiente para afirmar con absoluta certeza, que el pronunciamiento judicial fue manifiestamente ilegal o contrario a derecho, porque el subrogado de la condena de ejecución condicional había podido ser negado por otras razones (personalidad del acusado, naturaleza y modalidades del hecho punible), que no se examinaron en la sentencia por considerar el Tribunal, que los Decretos que aplicaron indebidamente los eximían del estudio de estos factores. No puede por ello afirmarse, que la providencia forzosa y únicamente debía desembocar en una decisión favorable.

Diáfana es en cambio, la conducta de los magistrados en relación con el pronunciamiento de la providencia calendada el ocho de junio del año próximo pasado por medio de la cual la misma Sala del Tribunal se negó a revocar su anterior determinación de suprimir el subrogado penal al condenado Cardona Castrillón. En este punto, debe resaltarse que enterados los magistrados vinculados a esta actuación, de que habían incurrido en un error que causaba perjuicio al sentenciado, cualquier decisión que tomaran para tratar de enmendar el desacierto resultaba reñida con las disposiciones legales en vigencia. Así, si decidían a variar su determinación y conceder la excarcelación de Cardona Castrillón, habrían infringido y según lo consideraron los incriminados –el contenido del artículo 216 del C. de P.P. que establece el principio de irreformabilidad de la sentencia y habrían atacado las características de la cosa juzgada que impone la vigencia de una decisión ejecutoriada como mecanismo de seguridad en la administración de justicia–.

Y este modo de pensar de los magistrados que los llevó a no modificar una sentencia ejecutoriada y por ellos proferida, se ciñe a la voluntad del legislador colombiano en materia de procedimiento.

El artículo 17 del C. de P. P. incluye entre los principios que orientan la ritualidad del proceso, el de la cosa juzgada y el artículo 216 del mismo estatuto el de la irreformabilidad de las sentencias por parte del mismo funcionario que las ha proferido.

De acuerdo al primer principio, el carácter de cosa juzgada que adquiere una sentencia materialmente ejecutoriada, la convierte en una decisión inmutable e irrevocable por voluntad de la ley y por eso la cosa juzgada ha sido definida como "...calidad de inmutable y definitiva que la ley le otorga a la sentencia en cuanto declara la voluntad del Estado contenida en la norma legal que se aplicó en el caso concreto...".

De conformidad con el segundo principio de la irreformabilidad de las sentencias –artículo 216 del C. de P.P.– una vez ejecutoriada –una sentencia, ésta es intocable para el mismo juez que la profirió.–

No desconoce la Sala, que el juez en su misión juzgadora no deja de ser hombre y como tal puede equivocarse en sus decisiones. Pero, ejecutoriada materialmente la sentencia, no es el mismo juez que la dicta quien puede corregirla; la ley expresamente lo prohíbe y son otros los caminos que ésta señala para remediar el posible agravio y reparar una situación de injusticia en que se haya podido incurrir en el juzgamiento en las instancias. Estos mecanismos no son otros que los medios de gravamen e impugnación.

En el sistema procesal penal los recursos extraordinarios de casación y revisión son los medios legales establecidos para remover un pronunciamiento judicial que lesione intereses particulares. Son estos recursos los remedios jurídicos instituidos para lograr la eliminación del agravio inferido a las partes por un error in judicando o in procedendo *del juzgador.*

Pensar, que el juez de instancia que profirió la sentencia, puede en cualquier momento a su arbitrio o a petición de parte revocarla o modificarla, supliendo en esta labor al superior, es un verdadero contrasentido jurídico. Ello acabaría con la seguridad jurídica en las decisiones judiciales, con la firmeza de la res judicata *y su efecto preclusivo. Aquí no sólo entrarían en juego aspectos relacionados con la seguridad y credibilidad en la irreformabilidad de las decisiones judiciales, sino que se llegaría a desconocer las formas propias del debido proceso, al admitir procedimientos no autorizados por la ley con quebranto de las normas constitucionales.*

Como lo ha expresado la Corte, con ponencia del desaparecido maestro Alfonso Reyes Echandía, con la ejecutoria de la sentencia "cesa definitivamente la potestad investigadora del Estado y su eventual poder de coerción jurídica. Síguese que el apotegma de la cosa juzgada, fundado en el viejo principio latino del non bis in idem, *es de forzosa aplicación en estas situaciones. El constituye, por lo demás, preciosa y vital garantía ciudadana de protección infranqueable contra cualquier intento de revivir judicialmente imputaciones por hechos que ya fueron definitivamente resueltos por autoridad competente" (Corte Suprema, agosto 5 de 1981).*

INCULPABILIDAD:

Frente al elemento subjetivo de la supuesta infracción, encuentra la Sala, acertados los planteamientos expuestos por el defensor de la acusada Ramírez Múnera. En verdad, en el sumario no se ha acreditado si existe prueba alguna que lo haga sospechar, que los funcionarios obraron con el afán torcido de infringir las disposiciones legales. La base de las decisiones, que se dice fueron contrarias a los ordenamien-

tos del derecho, fue primordialmente una liviandad de los juzgadores quienes en forma descuidada y ligera, estimaron aplicables al caso concreto unas normas que aún no habían entrado en vigencia.

Así lo reconocieron, no solamente en sus indagatorias sino desde un principio en la providencia del ocho de junio de 1988, en donde fácilmente se puede constatar que inadvirtiendo la fecha en la cual sucedieron los hechos investigados, y quizás influido el ponente por la mención que de alguna de las normas hiciera su colaborador fiscal, a la ligera concluyeron que era ajustado a derecho revocar el beneficio de la condena condicional, sin examinar otros motivos como la gravedad de los hechos que en la opinión pública, en la política oficial y en la realidad importa el tráfico de sustancias estupefacientes que se ha convertido, hoy por hoy, en uno de los mayores azotes de la humanidad.

A no dudarlo, la prolífica actividad del legislador en este aspecto fue también uno de los factores que influyó en la decisión, que se afirma, es contraria a la ley. Múltiples han sido las normas que el Gobierno y el Legislativo han dictado con el propósito de poner freno a problema tan serio como es el del tráfico de narcóticos y sustancias similares; de uno a otro año, se pueden encontrar numerosas disposiciones que agravan las sanciones, modifican en algunos aspectos las descripciones legales, o suprimen beneficios judiciales a los procesados; la consigna final es la de ser especialmente estricto frente a este tipo de infracciones, y ello implica, que a todos los niveles se formen las ideas de una represión acendrada y se desconozca, en oportunidades, cuáles de todas estas normas se encuentran en pleno vigor. Esta comprensión del problema social, de una mayor firmeza en la lucha contra el narcotráfico, fue uno de los factores que indudablemente influyó en las mentes de los inculpados para tomar la determinación que ahora se califica como prevaricadora.

Sin embargo, no es ésta una intención torcida que genere la actividad dolosa de los procesados; no se advierte en el expediente que ellos hayan procedido, en su oportunidad, con la intención de violar las normas en vigencia y causar un perjuicio al señor Cardona Castrillón.

No puede ni siquiera pensarse, de lo actuado, que se trate de una situación de error como excluyente de la culpabilidad; los magistrados acusados no orientaron su conducta en ningún momento en forma consciente a la infracción de la ley, ni desconocían los aspectos estructurales del delito o de las causales de justificación que podrían alegar en su favor. Se trató, simplemente, de una ausencia total de valoración y conocimiento de que con su conducta estaban desarrollando una descripción legal. Desconocían que la aplicación de las normas que invocaron constituyera delito alguno, porque por ligereza, prevención y afán de dar desarrollo a esa política estatal de mano firme ante la represión del narcotráfico, no se detuvieron suficientemente en el análisis de la situación concreta, influidos indudablemente por el concepto que sobre el asunto hubiera rendido su colaboradora fiscal, quien también de buena fe incurrió primero en el error que luego hizo tránsito a la decisión judicial que originó este proceso.

Así las cosas, resulta forzoso concluir, que no se perfila por las razones anotadas, la existencia de un hecho punible, por lo que se impone dar aplicación al contenido

del artículo34 del C. de P.P., por lo cual se ordenará la cesación del proceso adelantado a favor de los inculpados.

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:

ORDENAR LA CESACIÓN de todo procedimiento adelantada contra Daniel Becerra Piedrahíta, Rocío Ramírez Múnera y Noel Román Flórez, magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, por los hechos que dieron origen a esta actuación y por los cuales fueron indagados.

En firme esta determinación, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dávila Muñoz, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas (con aclaración de voto).

Marino Henao Rodríguez
Secretario

SENTENCIA. COSA JUZGADA

Si bien todos los procesalistas que se han ocupado del estudio de la cosa juzgada se identifican para sostener que es la seguridad jurídica de los ciudadanos lo que justifica la inmodificabilidad de la sentencia, también lo es, que su existencia no puede convertirse en cerrojo de carácter absoluto que lleve a concretar la injusticia. F.F. artículos 16 y 17 C.P.

Aclaración de Voto

El proyecto originalmente registrado por el suscrito era de cesación de procedimiento y habiendo sido esta la decisión de la Sala es obvio que el presente escrito es una simple Aclaración de Voto, pues comparto la decisión fundamental de la providencia de la que me aparto, en cuanto a las consideraciones que hacía en la ponencia no acogida por la Sala cuando se afirmaba:

"Distinta es la situación, sin embargo, de la conducta relativa al pronunciamiento de la providencia calendada el ocho de junio del año próximo pasado por medio de la cual la misma Sala del Tribunal se negó a revocar su anterior determinación de suprimir el subrogado penal al condenado Cardona Castrillón. En este punto, debe resaltarse que, enterados los magistrados vinculados a esta actuación de que habían incurrido en un error protuberante que causaba grave perjuicio al

sentenciado, cualquiera de las decisiones que tomaron para tratar de enmendar el desacierto resultaba reñida bien con los principios de justicia y equidad, ora con las disposiciones legales en vigencia. Así, si se decidían a variar su determinación y conceder la excarcelación de Cardona Castrillón, habrían infringido –teóricamente, y según lo consideraron los incriminados–, el contenido del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal que establece el principio de irreformabilidad de la sentencia, y habrían atacado las características de la cosa juzgada que impone la vigencia de una decisión ejecutoriada como mecanismo de seguridad en la administración de justicia.

Si la determinación, como lo fue, se niega a revocar la decisión primigenia y de consiguiente mantiene la detención del condenado, resultan vulnerados los principios de justicia y equidad y la garantía fundamental de nuestra Constitución según la cual nadie puede ser juzgado sino conforme a normas preestablecidas al acto que se imputa (artículo 26 de la Carta Fundamental).

Ello implicaría, de acuerdo con una interpretación exegética de la ley como fue la que realizaron los inculpados, que en cualquiera de los dos eventos necesariamente se concluiría en el desarrollo del tipo objetivo de prevaricato por acción, porque ambas soluciones quebrantarían en forma manifiesta la ley. Sin embargo, debe la Sala, si bien aceptando las valoraciones jurídicas de los acusados como ponderadas, reaccionar contra esta corriente de opinión. No puede la Corte dejar pasar desapercibida la infracción a los principios rectores del derecho y a las normas de la Constitución Nacional, que han sido reconocidos desde siempre como factor fundamental en la interpretación de las leyes. Si bien es cierto que el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal consagra el principio de irreformalidad de la sentencia, no tiene éste el alcance que en su oportunidad le dieron los Magistrados sometidos a proceso, en el entendido de que por encima de principios constitucionales como el de favorabilidad se imponga la incolumidad de la decisión que pone fin al proceso; éste, es cierto, se erige como pilar fundamental de la seguridad en las determinaciones judiciales, pero solamente puede ser referido a aquellas cuestiones que impliquen un cambio en la determinación de fondo del fallo siempre que ellas se refieran a los aspectos fundamentales de la decisión, esto es, en cuanto tengan trascendencia para los fines del proceso, y no cuando –como en el caso debatido– se refieran a situaciones que, por error o descuido, imprimen a la misma decisión un carácter de injusticia, falta de equidad y la hacen violatoria de las garantías fundamentales consagradas tanto a nivel constitucional como en el orden supralegal (Tratados y convenios internacionales).

Las normas de derecho, como reflejo de una realidad política y social, no pueden ser interpretadas únicamente con apego irrestricto a los dictados de ellas, sino que se impone a su hermenéutica el consultar las realidades sociopolíticas, las situaciones específicas de cada caso que se pretenda juzgar, y las finalidades político-criminales que el legislador ha consagrado como principios orientadores de las leyes. Quiere decir lo anterior, que si la lógica, los derechos humanos fundamentales, los principios de equidad y justicia, y los cánones constitucionales indican la conveniencia de reformar la decisión judicial ejecutoriada, sin que ello afecte el juicio que sobre los aspectos de responsabilidad, valoración probatoria y efectividad del derecho

material se han hecho en el fallo, débese reformar la determinación inicial en aras a garantizar adecuadamente una recta administración de justicia.

En el caso concreto que ocupa la atención de la Corte, se imponía la reparación del daño infringido al sentenciado con base en los argumentos atrás citados, y por ello se ha debido conceder la excarcelación como única forma de aplicar correctamente las normas y administrar justicia. El haber obrado en contrario, empero, no acredita más que la realización de los elementos materiales de la infracción en cuanto que el delito de prevaricato exige el pronunciamiento de una resolución contraria a derecho; ésta, no obstante, no puede catalogarse como 'manifiestamente' opuesta a la ley, en razón a que uno de los modelos de comprensión de ella permitía llegar a la –para la Corte equivocada–, interpretación que hicieron los inculpados".

Lo anterior, porque si bien todos los procesalistas que se han ocupado del estudio de la cosa juzgada se identifican para sostener que es la seguridad jurídica de los ciudadanos lo que justifica la inmodificabilidad de la sentencia, también lo es, que su existencia no puede convertirse en cerrojo de carácter absoluto que lleve a concretar la injusticia; sobre todo en un caso como en el presente, donde la modificación del fallo ejecutoriado no afectaba los derechos de ninguna otra parte, excepto el de evitarle al Estado y a la sociedad la concresión de una evidente injusticia. Porque es innegable que la intangibilidad de la cosa juzgada tiene su razón de ser cuando la decisión ejecutoriada, al ser modificada, afecta los derechos que ya le fueron reconocidos a las otras partes; pero ello no sucede en el caso bajo análisis, porque se vulneró injustamente la libertad de un ciudadano y el reconocerle el subrogado penal que ilegalmente le fue negado, no afectaba los derechos de nadie y sí por el contrario corregía una manifiesta injusticia.

Se trata de una sentencia violatoria de los principios de favorabilidad del debido proceso de rango constitucional puesto que tiene fundamentación en una ley que siendo desfavorable fue aplicada retroactivamente y es el caso preciso para que se dé una interpretación analógica de la ley *in bonam partem*, porque si la existencia de una ley posterior que quitá la calidad delictiva a una conducta o que disminuye la gravedad o intensidad de la pena, significa amnistía y rehabilitación para el condenado, es apenas lógico que en tratándose de una sentencia que ha sido dictada con vulneración de los principios constitucionales que regulan el proceso penal, se dé una excepción al principio general de la cosa juzgada, porque evidenciado que se ha dado aplicación retroactiva a una ley desfavorable, con el reconocimiento del error de carácter legal se debe corregir el mismo, para evitar la consumación de una manifiesta injusticia. Se trataría de una interpretación analógica en lo favorable a los intereses del procesado, resaltándose aún con mayor énfasis que el error es de tal naturaleza que afecta la integridad constitucional y sobre tales bases, el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal debe necesariamente ser interpretado de tal manera que el proceso vuelva a los cauces de la constitucionalidad y de la justicia, porque la interpretación que se critica es nada más y nada menos que darle una mayor jerarquía a la propia ley sobre la Constitución, situación que desconoce la estructura jurídica que impera en el país.

Por las razones anteriores y porque considero que el proceso es un instrumento de justicia, donde no pueden existir principios de carácter absoluto, porque existien-

do de por medio desconocimiento a los principios constitucionales y pudiéndose recurrir a una interpretación analógica de la ley, era indispensable que los magistrados sometidos a proceso, reconociendo el evidente error en que incurrieron han debido modificar la sentencia ejecutoriada, porque en el caso como el que se analiza, bajo ninguna perspectiva se puede justificar la existencia de la cosa juzgada y de su intangibilidad.

Edgar Saavedra Rojas.

Fecha *ut supra.*

CONFESION. FLAGRANCIA

El beneficio previsto en el Decreto 1199 de 1987 debe entenderse en favor del procesado que, aun en caso de flagrancia colabora eficazmente con la justicia.

Auto Casación. 2 de junio de 1989. Niega el beneficio de libertad provisional a Augusto Riveros Ramos, condenado por el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de secuestro extorsivo. Decreto 1199 de 1987.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Expediente número 3.967).

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 026.

Bogotá, junio dos (2) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El procesado Augusto Riveros Ramos solicita su excarcelación provisional con fundamento en lo preceptuado por el artículo 72 del Código Penal, previo reconocimiento de las rebajas a que pueda tener derecho por aplicación de la Ley 32 de 1971 y la prevista en el Decreto 1199 de 1987 por haber facilitado la captura de otros sindicados. A su petición acompañó el Acta del Consejo de disciplina, Cartilla biográfica y certificados sobre trabajo y estudio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá mediante sentencia de fecha 31 de octubre de 1988 condenó a Riveros Ramos a la pena privativa de la libertad de *siete (7) años de prisión* como coautor responsable del delito de secuestro extorsivo, decisión que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de fecha 2 de febrero de 1989.

El peticionario se halla detenido desde el 14 de noviembre de 1985, es decir, ha descontado efectivamente en prisión *cuarenta y dos (42) meses y dieciséis (16) días.*

Por trabajo acredita 4.812 horas que le dan derecho a una rebaja de *seis (6) meses y veinte (20) días* y por estudio 526 horas para una rebaja adicional de *veintinueve (29) días*. Acumula en total *cincuenta (50) meses y cinco (5) días*, inferiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta en las instancias que equivalen a *cincuenta y seis (56) meses de prisión*.

En cuanto a la rebaja de pena que reclama el procesado con apoyo en el Decreto 1199 de 1987, se tiene:

1. El 19 de diciembre de 1986 el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales previstas en el artículo 121 de la Carta, expidió el Decreto número 3673 por medio del cual "se dictan medidas tendientes a combatir la impunidad", norma que consagra dos puntos bien definidos, a saber:

a) Reconoce recompensas monetarias a favor de quienes suministren a la autoridad información que permite hacer efectivo el cumplimiento de órdenes de captura y, además, pruebas eficaces que fundamenten la responsabilidad penal del sindicado o permitan hacerla extensiva a otras personas.

b) A quien fuera de los casos de flagrancia confesare el hecho durante su primera versión, si fuere condenado se le reducirá la pena hasta en la tercera parte, cuando tal confesión fuere el fundamento de la sentencia. También podrá ser rebajada la pena hasta en la mitad, cuando de la confesión se derive la condena de otro responsable.

Esta rebaja se aplicará también respecto de quienes con sus informaciones permitan la ejecución de órdenes de captura, pero las condiciona al hecho de que el procesado no reincida en su conducta o que no cometa nuevo hecho punible pues en tal caso, cesarán los efectos de la rebaja.

Quiere decir lo anterior que cuando el procesado no se encuentra en los casos de flagrancia como recompensa a su confesión, calificada o no, tiene derecho a que en la sentencia se le reconozca una rebaja hasta de una tercera parte en la pena que le corresponde por la infracción. Pero si además, de su versión se obtiene la captura de otras personas y su responsabilidad penal, tal beneficio puede ser reconocido en la sentencia con disminución de la sanción hasta en la mitad.

2. Al expedirse el Decreto 0050 de 1987 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), el legislador consagró en términos generales la misma prerrogativa, pero limitada únicamente a la confesión en los casos fuera de flagrancia y como beneficiario el procesado que admitiera su participación en el hecho delictivo, siempre y cuando su versión fuese el fundamento de la sentencia.

En dicha normatividad no se hizo extensivo el beneficio cuando de su versión apareciere indicación clara de otros partícipes en el delito y con ella se fundamentara fallo condenatorio en su contra o simplemente diera lugar a la ejecución de órdenes de captura libradas desde luego por autoridad competente.

Por esa razón, el Presidente de la República dictó el 30 de junio de 1987 el Decreto número 1199 cuyas consideraciones fueron:

"Que el primero de julio entrará a regir el Decreto-ley 0050 de 1987, por medio del cual se expidió el Código de Procedimiento Penal.

"Que el mencionado código constituye legislación permanente y regula integralmente la materia.

"Que en ejercicio del artículo 121 de la Constitución Nacional el Gobierno dictó el Decreto 3673 de 19 de diciembre de 1986.

"Que la Corte Suprema de Justicia al verificar el control automático de constitucionalidad lo encontró ajustado a los términos de la Carta Política, de conformidad con sentencia de 10 de marzo de 1987.

"Que las normas contenidas en el Decreto citado deben permanecer en vigor, dado que aún subsisten las circunstancias que motivaron su expedición.

Y *en su artículo 8º consagró:*

"A quien fuere condenado, se le reducirá la pena hasta en una tercera parte, cuando con sus informaciones permita la ejecución de órdenes de captura".

En el artículo 9º, ratificó la condición para mantener vigente la rebaja de pena, esto es, no reincidir en la conducta o no cometer cualquier otro hecho punible.

Despréndese de lo anterior tres puntos bien importantes de considerar:

a) Quiso el Legislador que las normas contempladas en el Decreto 3673 de 1986 tendientes a "combatir la impunidad", continuaran en vigencia, en aquellas materias no previstas en el Decreto 0050 de 1987 (nuevo Código de Procedimiento Penal) por tener este el carácter de permanente. De ahí que, el 30 de junio de 1987, expidió el Decreto 1199 con vigencia para el primero de julio siguiente, es decir, la misma del estatuto procedimental ya comentado;

b) Esta la razón para que en las nuevas disposiciones no se reprodujeran aspectos fundamentales de la "confesión" ya que en el artículo 301 del Decreto 0050 se introdujera la rebaja en forma permanente, con excepción de los casos de flagrancia, para aquellos procesados que durante su primera versión admitiera su participación en el hecho investigado y ella constituya el fundamento de la sentencia;

c) Eliminó la rebaja de pena hasta en la mitad, cuando de la versión del procesado se derive la "condena de otro responsable", es decir, dejó vigente exclusivamente la rebaja hasta en una tercera parte en los casos en que sus informaciones permitan la ejecución de órdenes de captura contra otros partícipes en el hecho investigado.

En tales condiciones, se procede a determinar por aplicación del principio de favorabilidad ya que las normas citadas fueron expedidas todas con posterioridad a los hechos aquí investigados, si el peticionario tiene o no derecho a la rebaja que reclama.

El Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá en la sentencia de primer grado consignó al respecto:

"Si bien es cierto, Augusto Riveros Ramos, desde un comienzo, aceptó su participación en el reato, aunque tratando de justificar su conducta, y gracias a éste las autoridades pudieron dar con el paradero de los otros dos procesados encargados de la custodia del secuestrado y que dicha conducta no se quedara impune, también lo es no es posible tener en cuenta su confesión calificada como lo solicita su defensor

doctor Manuel Linares Bejarano, pues si tenemos en cuenta el principio de la favorabilidad de que tratan los artículos el C.P. en su art. 5°; del 6° del C. de P. Penal y 25 de la C. Nal. en el sentido de dar aplicación al artículo 301 del C. de P. Penal –reducción de la pena por confesión– pero en razón de que dicha norma es clara y que en su contenido excluye la flagrancia, antes cuasiflagrancia, tal como ocurre en el presente caso, además que no hay que olvidar que dicha norma exige que la confesión, sea el fundamento de la sentencia".

En otras palabras, *el juzgador de primera instancia negó la rebaja de la tercera parte de la sanción que le demandara el defensor del procesado por expreso mandato del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal por la circunstancia de flagrancia deducida en la sentencia que lo excluye del beneficio allí consagrado. Dicho pronunciamiento fue ratificado por el Tribunal Superior de Bogotá en cuanto hace relación al peticionario, o sea, que la Corte en sede de casación y con motivo de un incidente de excarcelación no puede modificar las determinaciones tomadas expresamente en el fallo recurrido.*

Tampoco puede aplicarse el Decreto 3673 de 1986 ya que las rebajas allí previstas se consagraban en favor de los procesados cuya primera versión, fuera de los casos de flagrancia, confesare su participación en el hecho delictivo y ella constituyera el fundamento de la sentencia. La rebaja de hasta una tercera parte, se ampliaba hasta en la mitad cuando de la confesión se derivara la condena de otro procesado.

Y como los fundamentos de este Decreto fueron los que sirvieron para la expedición del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, indirectamente los juzgadores de instancia, como se dejó dicho, ya se pronunciaron sobre este concreto punto.

No obstante lo anterior, considera la Sala que el Decreto 1199 de 1987 que invoca el memorialista, puede ser aplicable en su caso, por cuanto en él no se excluyen los casos de flagrancia a que se refiere el Decreto 3673 de 1986 y artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, como ya se dejó consignado, el Legislador consideró pertinente mantener en vigencia algunas normas relacionadas con las medidas adoptadas con anterioridad para "combatir la impunidad". Por ello, en el Decreto 1199 de 1987 y por entrar en vigencia el Nuevo Código de Procedimiento, mantuvo las recompensas monetarias en favor de quienes suministraren a las autoridades información eficaz que permita hacer efectivo el cumplimiento de órdenes de captura y, además, pruebas sobre las cuales se fundamente la responsabilidad penal del sindicado o permitan hacerla extensiva a otras personas.

Así mismo, consagró una rebaja hasta en una tercera parte de la pena *en favor del condenado cuando sus informaciones se haya podido ejecutar órdenes de captura contra otros sindicados, sin mantener la exclusión por haberse hallado en caso de flagrancia.*

Lo anterior es indiscutible ya que la sanción que le corresponde al procesado hallado en flagrancia, no puede reducirse en su favor por este preciso motivo. Pero quien aporta datos ciertos que conducen al éxito de la investigación y captura de otros partícipes del delito, merece el reconocimiento proporcional al grado de información

verídica y oportuna de la rebaja consagrada en el artículo 8° del Decreto 1199 de 1987.

En otras palabras, el Código de Procedimiento Penal en su artículo 301 consagra una rebaja fija de una tercera parte en favor del procesado que, fuera de los casos de flagrancia, colabora con la justicia y en su primera versión acepta su participación y responsabilidad en los hechos a investigar, facilitando con ello la labor de las autoridades jurisdiccionales. En cambio, el beneficio previsto en el Decreto 1199 ya citado debe entenderse en favor del mismo procesado que aún en casos de flagrancia, colabora eficazmente con la justicia, no solamente informando todo aquello que permita la captura de los copartícipes del hecho.

En tales condiciones, considera la Sala que el procesado Riveros Ramos resulta acreedor a una rebaja de *ocho (8) meses* por haber facilitado la captura de dos (2) de los procesados y la recuperación parcial del dinero entregado por el rescate del secuestrado Jorge Castro Varela.

El tiempo efectivo en reclusión; las rebajas de pena por trabajo y estudio a que se hizo referencia anteriormente, sumados a la rebaja que se reconoce a Riveros Ramos por aplicación del Decreto 1199 de 1987, dan un total de *cincuenta y ocho (58) meses y cinco (5) días,* superiores a las dos terceras partes de la pena impuesta, es decir, acredita el cumplimiento del requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal.

Cabe anotar que el procesado no registra antecedentes penales y que su conducta dentro del establecimiento carcelario ha sido calificada como ejemplar. Ello hizo que el sentenciador tuviera en cuenta la primera circunstancia para la tasación de pena, esto es, partir del mínimo previsto en el artículo 268 del Código Penal. Pero como el artículo 72 del Código Penal exige al Juez una evaluación de la personalidad del reo para determinar fundadamente su readaptación social, cabe predicar que dada la participación de Riveros Ramos en el delito por el cual fue hallado responsable y la gravedad del mismo, debe permanecer más tiempo en reclusión hasta obtener su completa rehabilitación.

El secuestro, terrorismo, narcotráfico, entre otros, constituyen hoy el flagelo de la sociedad que vive en permanente zozobra y por ello reclama de la justicia una mayor severidad en la sanción a quienes utilizan la tortura con sus víctimas para asegurar el producto ilícito de sus actividades al margen de la ley.

En consecuencia, se negará al procesado la excarcelación provisional demandada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega al procesado Augusto Riveros Ramos el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Z., Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CASACION

El recurso de casación es procedente cuando el máximo de pena imponible, no sea inferior a la exigencia del artículo 218 del C. de P.P., para cada uno de los delitos por los cuales se procede contra una persona, lo que significa que tampoco el juzgamiento por concurso de hechos punibles habilita a los delitos que no llenan el requisito.

Auto Casación. 7 de junio de 1989. Declara ajustada a derecho la demanda de casación en el proceso adelantado en el Tribunal Superior de Tunja, contra Pablo Abigaíl Amaya Monroy, respecto del delito de falsedad en documento público y desierto en relación con los delitos de celebración de contratos sin los requisitos legales y peculado culposo. F.F. Artículo 218 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 3637. Pablo Abigaíl Amaya M. Casación).

Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobada Acta número 27.

Bogotá, junio siete (7) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

En observancia del artículo 578 del Código de Procedimiento Penal de 1971 –estatuto aplicable a este asunto–, se resolverá sobre el aspecto formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado Pablo Abigaíl Amaya Monroy, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja expedida el 3 de noviembre de 1988, mediante la cual se reformó la de primera instancia en el sentido de condenar al co-procesado Fabio Luis Salamanca Medina por los delitos de falsedad en documento público, falsedad en documento privado y estafa, y se revocó la absolución del recurrente Amaya Monroy, para condenarlo por los delitos de falsedad en documento público, celebración de contrato sin los requisitos legales, y peculado culposo, cometidos en su calidad de síndico gerente del Instituto de la Beneficencia y Lotería de Boyacá (fls. 16 a 64 cuaderno del Tribunal).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El recurso extraordinario fue oportunamente interpuesto por el procesado Amaya Monroy, y concedido que fue por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, admitido por esta Sala en proveído del 21 de febrero del año que transcurre, en el cual se mencionaron dos de los delitos por los cuales se había adelantado el proceso (falsedad y estafa), pero no se precisaron aquellos por los cuales fue condenado el impugnante, esto es, los de falsedad en documento público, celebración de contratos sin los requisitos legales, y peculado culposo, tipificados respectivamente, en los artículos 219, 146 y 137 del Código Penal (fl. 2 cuaderno de la Corte).

2. *De acuerdo al artículo 569 del Código de Procedimiento Penal de 1971, cuyo texto coincide con el del artículo 218 del actual Estatuto Procesal, el recurso de casación es procedente cuando los delitos a que se refiere la sentencia acusada tiene señalada una sanción privativa de la libertad "cuyo máximo sea o exceda de cinco años".*

3. *En el caso que se analiza, de los tres hechos punibles imputados al procesado recurrente, sólo el de falsedad en documento público colma el requisito de procedibilidad antecitado, pues la pena máxima privativa de la libertad que consagra es de diez años; los otros delitos contemplan prisión por un máximo de tres años (artículo 146 Código Penal) y arresto por un máximo de dos (artículo 137 Código Penal), de donde resulta que la norma procesal de que se habla, no permite el recurso de casación para los dos últimos delitos, pues el quantum penológico para que éste proceda, es el de la norma tipo en abstracto armonizada con las que consagran variaciones que no dependen del criterio valorativo del juzgador (tentativa, grado de participación) sino que configuran situaciones de forzosa observancia, siempre y cuando el máximo de pena privativa de la libertad imponible, aún así, no devenga inferior al de la exigencia en comentario, para cada uno de los delitos por los cuales se procede contra una determinada persona, lo que significa que tampoco el juzgamiento por concurso de hechos punibles habilita a los delitos que no llenan el requisito, para ser atacados en casación.*

4. *El señor defensor del procesado sustenta el recurso en enjundioso escrito de demanda, en el cual analiza todos y cada uno de los delitos atribuidos a su cliente en el fallo acusado, pero como no se ciñe al requisito de procedibilidad en alusión, la tramitación correspondiente continuará sólo respecto del delito de falsedad en documento público, debido a que la alegación en cuanto a éste, reúne las exigencias objetivas del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal de 1971, y así se declarará. Por cuanto hace a los delitos de contratación sin el lleno de los requisitos fiscales y peculado culposo, el recurso se declarará desierto.*

Sobre el punto, ya la Sala en auto del 25 de febrero de 1987 (radicación 1178), reiterativo de su posición al respecto, dijo:

"Si tanto la concesión como la declaratoria de admisibilidad del recurso se basan, en cuanto al aspecto de la penalidad, en el quantum contemplado para el delito juzgado, y se deciden obligatoriamente atendiendo este factor, no puede el demandante, so pretexto de tales pronunciamientos ya obtenidos, desconocer ese presupuesto de procedibilidad y referir los reclamos de su libelo a delitos que, aunque fallados en

concurso con los que permitieron la iniciación del trámite del recurso de casación, por razón de sus penas no habrían permitido aquellas decisiones".

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, declara formalmente ajustada a derecho la demanda de casación presentada en este proceso a nombre de Pablo Abigaíl Amaya Monroy respecto del delito de falsedad en documento público por el cual fue condenado en segunda instancia y así mismo, declara DESIERTO el recurso de casación en relación con los delitos de celebración de contratos sin los requisitos legales y peculado culposo.

Córrase traslado de la demanda a los no recurrentes por el término de 15 días a cada uno para que presenten sus alegatos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

RECUSACION. FORMULACION POR ESCRITO

El requisito formal de la presentación por escrito de la recusación es de imperioso cumplimiento en cualquier estado del proceso, salvo que el impedimento se proponga o ponga de manifiesto en audiencia o diligencia.

Auto Recusación. 7 de junio de 1989. Rechaza recusación contra el doctor Domingo Orlando Rojas, Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena. F.F. Artículo 104 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Recusación Rdo. número 3754. C./ Dr. Tomás Imbett B. Prevaricato).

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 27.

Bogotá, D. E., junio siete (7) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Dentro del proceso que se adelanta contra el doctor Tomás Imbett Bermúdez por un supuesto delito de prevaricato, éste en el momento de ser escuchado en indagatoria, recusó al doctor Domingo Orlando Rojas, integrante de una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal de Cartagena, afirmando que existían sentimientos de gran enemistad con un hermano del magistrado, sin acompañar prueba alguna para demostrar su aserto.

Afirmó además el juez acusado, que el magistrado Rojas había asumido una posición parcializada dentro de un proceso disciplinario adelantado en su contra.

En auto de 13 de diciembre de 1988 el magistrado Rojas rechazó la recusación, manifestando que no se considera incurso dentro de ninguna de las causales de impedimento y que además "...la diligencia de descargos no es momento adecuado para plantear incidentes de esta naturaleza, por cuanto el mismo debe presentarse por escrito ante el funcionario que conoce del asunto acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funda.

Es indudable, que *el art. 104 del C. de P.P. señala ciertos requisitos formales a los cuales debe someterse la recusación en cuanto al modo como debe ser formulada. Por eso la norma en comento establece que la recusación debe formularse por escrito acompañando las pruebas en que se funde.*

Sin embargo, entiende la Sala, que el formulismo del sistema escrito debe mirarse con cierta amplitud para no lesionar el derecho de defensa ni la imparcialidad con que debe proceder el Juez en su misión juzgadora.

Ya la Corte ha expresado, "que el art. 26 de la C. N. no prescribe el culto a la forma, sino a los trámites y solemnidades, sin cuyo cumplimiento son irrisorias las garantías de las partes en el proceso. El culto a lo meramente formal, vale decir, al derecho formulario no es garantía procesal alguna" (C.S., febrero 16/78).

Por eso se considera, que este requisito formal de la presentación por escrito de la recusación es de imperioso cumplimiento en cualquier estado del proceso, salvo que el impedimento se proponga o ponga de manifiesto en audiencia o diligencia, caso en el cual la atestación escrita que dé la recusación quede en el acta respectiva, viene a cumplir a cabalidad con el requerimiento de la ley. Sólo así se garantiza el derecho a un juicio imparcial y se satisfacen a cabalidad los fines de la justicia.

Proceder en forma contraria, llevaría en la práctica judicial a desconocer o hacer irrisorios, sagrados derechos de las partes en el supuesto, por ejemplo, de que el procesado no supiese escribir, o que el impedimento sólo fuese advertido en la audiencia o diligencia sin dar oportunidad a su presentación por escrito. Entiende la Corte, que los fines superiores e inmanentes de la justicia traducidos en el derecho que tiene todo ciudadano a exigir un juicio imparcial y recto, deben prevalecer y conducir al juzgador a interpretar la norma en forma tal que pueda cumplir su altísima finalidad realizando al mismo tiempo la voluntad del legislador.

En el caso que se examina, si bien la recusación se formuló en la diligencia de indagatoria, el cargo no se motivó en forma, ni se demostró con ningún elemento de convicción.

Por otra parte, el Magistrado desconocía la supuesta existencia de la enemistad del Juez acusado con su hermano y no existe como lo manifiesta, sentimiento alguno en su ánimo que pueda alterar su recto criterio y buen juicio en su labor de administrar justicia. De ahí que la recusación no pueda prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, RECHAZA por infundada la recusación formulada contra el magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Cartagena doctor Tomás Imbett Bermúdez, dentro del presente proceso.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, (con salvamento de voto); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Marino Henao Rodríguez
Secretario

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. CARRERA JUDICIAL. PERMISO

El "Estatuto de la carrera judicial y del Ministerio Público" expedido por el Decreto 250 de 18 de marzo de 1970, reconoció en el artículo 26 a los funcionarios y empleados el derecho a permisos remunerados en un mes por causa justificada.

Auto Segunda Instancia. 9 de junio de 1989. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual ordenó cesar el procedimiento adelantado al doctor Omar Peña Rivillas, Juez Promiscuo Municipal de Mesetas. F.F. Decreto 250 de 1970.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(2ª Instancia número 3450. Contra: Omar Peña Rivillas. Delito: Falsedad).

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 022. V. 23/89.

Bogotá, junio nueve (9) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decídese sobre la consulta que hace el Tribunal Superior de Villavicencio de la providencia de 24 de marzo de 1988, por medio de la cual ordenó cesar procedimiento contra el Juez Promiscuo Municipal de Mesetas, Omar Peña Rivillas, a quien se sindica del delito de falsedad.

LOS CARGOS:

Establecido que el alcalde municipal de Mesetas le concedió permiso al acusado para ausentarse del depacho durante los días 19, 20 y 21 de abril, y 19, 20 y 21 de mayo de 1983, el Tribunal Superior de Villavicencio dispuso investigar el posible delito contra la fe pública que pudo cometer el juez Omar Peña Rivillas por aparecer autos, telegramas, indagatorias, oficios y declaraciones firmadas por este funcionario en las fechas en que supuestamente debía encontrarse fuera de la sede del Juzgado.

Indagado por estos cargos el universitario Peña Rivillas, explica cómo varios de los permisos solicitados no los disfrutó por cumplir con su deber, pues generalmente se presentaban diligencias judiciales que exigían su presencia, viéndose obligado a permanecer en el despacho, pues nunca acostumbró a firmar actuaciones en las que no hubiese estado presente, de ahí que esté seguro que las diligencias cuestionadas hayan sido firmadas en sus respectivas fechas y practicadas con su intervención. Para corroborar esta afirmación cita los nombres de alcaldes y personeros de la localidad a quienes les consta que no utilizaba todos los permisos solicitados.

José Alcibíades Barragán Leonel, secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Mesetas, quien para los meses de enero a junio de 1983, se desempeñaba como escribiente en ese mismo despacho, afirma no recordar exactamente si el juez Peña Rivillas permaneció en el Juzgado los días 18, 19 y 20 de los meses de abril y mayo de 1983, pero sí le consta que en algunas ocasiones no hacía uso de los permisos concedidos por la Alcaldía o el Tribunal por quedarse atendiendo las diligencias que se presentaban en el Juzgado.

Avelania Ortiz Morales, secretaria del juzgado para la época en que se desempeñó como titular de ese despacho el acusado, o sea, desde el mes de septiembre de 1982 hasta septiembre de 1983, enfatiza sobre la dedicación del universitario Peña Rivillas a los deberes que le correspondían como juez, prefiriendo no hacer uso de los permisos legalmente concedidos para viajar a Bogotá a visitar a su familia o hacer gestiones para obtener papelería, antes de no estar presente en las diligencias, ya que para estas fechas "se presentaban muchos homicidios y denuncias".

Expresa esta testigo, que el juez Peña Rivillas nunca dejaba hojas firmadas y si las que se cuestionan de apócrifas "están firmadas por el doctor Omar Peña Rivillas, fue porque él mismo las practicó porque mientras él se encontraba ausente del juzgado nunca se llevaban a cabo actos o diligencias sin la presencia del juez", pues "en este sentido era muy esquivo" y "en ningún momento autorizaba para practicar diligencias sin su presencia".

Carlos Gil Gil, quien ejerció las funciones de alcalde de Mesetas en el año de 1982 y por parte de 1983, afirma haber sido quien posesionó a Peña Rivillas como Juez Promiscuo de ese municipio, habiéndole concedido varios permisos, los cuales no siempre utilizaba; con frecuencia, a pesar de tener el permiso, lo veía trabajando; agrega, que el juez era muy dedicado a sus funciones y pocas veces se ausentaba del despacho.

Alfonso Ariza Rivera, una de las personas que rindió declaración en las fechas reseñadas, pues a las otras no fue posible localizar, manifestó no recordar si en esa oportunidad estaba el juez en el despacho.

Concepto de la Procuraduría:

El señor procurador segundo delegado en lo penal, en concepto que precede, impetra de la Corte se revoque la providencia consultada, no sólo porque el artículo 384 del C. de P.P. prescribe que las pruebas que cite el procesado para comprobar su dicho, deberán ser evacuadas, sino además porque no aparece plenamente demostrado ninguno de los presupuestos del artículo 34 para hacer cesar el procedimiento; por

ende, debe ordenarse la reapertura de la investigación en los términos del artículo 473 *ibidem.*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El permiso es un derecho: *El "Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público" expedido por el Decreto 250 de 18 de marzo de 1970, reconoció en el artículo 26 a los funcionarios y empleados el derecho a permisos remunerados en un mes, por causa justificada, así: los magistrados en general y los fiscales del Consejo de Estado y de los distintos tribunales, hasta por cinco días; los jueces, los fiscales de juzgado y los empleados, hasta por tres días.*

El Decreto 1660 de 4 de agosto de 1978, por medio del cual se reglamentó parcialmente el precitado Decreto 250, en el artículo 102, dispuso: "Los funcionarios y empleados tienen derecho a permisos remunerados en un (1) mes, por causa justificada, así: los magistrados, consejeros de Estado, fiscales del Consejo de Estado y del Tribunal, procurador general de la Nación, viceprocurador, procurador auxiliar, secretario general, procuradores delegados, agrarios y regionales y directores de Instrucción Criminal, hasta por cinco (5) días calendario; los demás funcionarios y empleados, hasta por tres (3) días calendario". Para evitar interpretaciones acomodaticias que no dejaron de suscitarse en aquella oportunidad, en esta misma norma, se dispuso: "En ningún caso el derecho a estos permisos es acumulable".

El Decreto 0052 de 13 de enero de 1987, "por el cual se revisa y pone en funcionamiento el Estatuto de la Carrera Judicial", en el artículo 142 dispuso "modificar en lo pertinente el Decreto 250 de 1970", y al no regular lo relacionado con estos permisos ni oponerse con lo establecido por los artículos 26 ni 102 de los Decretos 250 y 1660 reseñados, impera concluir la vigencia de estos estatutos en cuanto se refiere a este tema y afirmar, que el permiso se encuentra regulado como un derecho de los funcionarios y empleados expresamente relacionados por la ley.

En consecuencia, siendo el permiso un derecho, no puede exigirse que una vez concedido se disfrute obligatoriamente, pues queda a voluntad del funcionario o empleado impetrarlo cuando exista causa que lo justifique y de ser autorizado, bien puede materializarse o no, ya que puede suceder que desaparezca el motivo por el cual se pidió o que aún subsistiendo, el beneficiado decida desistir de él y continuar en el desempeño de sus funciones.

2. *El caso concreto.* Es la duda que se suscitó en un proceso seguido por prevaricato contra el universitario Omar Peña Rivillas, sobre la legalidad de las actuaciones que aparecían firmadas por este juez en los días para los cuales se le había concedido permiso por el Alcalde Municipal de Mesetas, lo que motivó al Tribunal Superior de Villavicencio la compulsasión de las copias que originaron este proceso por el posible delito de falsedad documental.

Pero adelantado el sumario, el juez acusado ha expresado cómo si es cierto que pidió y se le concedió permiso para ausentarse del despacho durante los días 18, 19 y 20 de los meses de abril y mayo de 1983, también lo es, que no disfrutó de él porque el exceso de trabajo y las urgentes diligencias que tenía que practicar en el juzgado para esos días, se lo impidió.

Fue, por tanto, *la duda sobre la concomitancia de dos situaciones aparentemente excluyentes, lo que motivó esta investigación: Haberse concedido los permisos y aparecer el funcionario practicando múltiples actuaciones en los mismos días en que presuntamente debía estar ausente de la sede del Juzgado.*

Como se colige de las premisas teóricas antecedentes, estos dos hechos no se excluyen, pues, siendo el permiso un derecho, puede o no disfrutarse, y si por organización administrativa resulta razonable que cuando esto sucede se comunique la no utilización del permiso, también lo es, que la no comunicación a la autoridad respectiva no constituye delito ni imposibilita al funcionario o al empleado que esté en estas circunstancias, para que continúe ejerciendo sus funciones en esos días.

En este caso el Juez Peña Rivillas no comunicó al alcalde que no iba a disfrutar de los permisos concedidos, porque como lo afirma la secretaria del despacho para esa época, resultaba innecesario si se tiene en cuenta que por lo reducido del municipio era muy fácil verse todos los días y precisar si el Juez se encontraba o no en el Despacho o en la localidad; sea esto cierto o no, se insiste, lo que sí es claro es que este hecho no es punible, más aún, cuando el Alcalde que se desempeñaba en estas funciones para aquellas fechas, es enfático en afirmar que si bien no recuerda los días precisos, le consta que el Juez procesado no utilizaba los permisos en varias oportunidades, ya que por quedarse trabajando o porque no tenía dinero para viajar a Bogotá a visitar a su familia.

La Secretaria del Juzgado, quien para cuando testimonió en esta investigación ya no se desempeñaba en ese cargo, sino como empleado judicial en otro municipio, ha resaltado la dedicación del acusado a su trabajo, no disfrutando los permisos que pedía por cumplir con las diligencias que exigían su presencia, habiendo ordenado que nunca se practicaran actuaciones cuando no estaba presente ni dejaba hojas firmadas, pues en esto era "muy esquivo".

En términos sustancialmente iguales, se ha expresado el escribiente del Despacho, coincidiendo con el alcalde y la secretaria, en la dedicación del funcionario al trabajo y al no disfrute de los permisos por "quedarse laborando".

Alfonso Ariza Rivera uno de los testigos que aparece rindiendo declaración para las fechas cuestionadas, no recuerda si el funcionario estaba o no presente.

Así las cosas, no existe mérito para revocar el cese de procedimiento decretado por el Tribunal, como lo impetra el Procurador Delegado, pues fue la duda entre los permisos y su no disfrute, lo que motivó el inicio de este sumario, pero escuchada la explicación del funcionario, corroborada por sus ex-subalternos y por el alcalde, impera darle credibilidad; no puede exigírseles a estos testigos precisión absoluta en las fechas, como lo insinúa al colaborador fiscal, toda vez, que exagerado resultaría que estos testigos hayan anotado las fechas para después suministrarlas cuando se les exigiera judicialmente en una investigación que ni siquiera podían suponer que se iniciara, como tampoco puede presumirse, sin más consideraciones, que la anterior relación laboral implique parcialidad para favorecer al acusado.

Nadie ha afirmado que el juez Peña Rivillas no concurrió al despacho en los días que se le concedió permiso y que él afirma haberse quedado trabajando en el juzgado;

es lo frecuente que esto no ocurra; pero de suceder, como en este caso, tal conducta no puede censurarse ni menos convertirlo en delito.

3. *Conclusión:* Corolario de las anteriores premisas teóricas y fácticas, es confirmar la providencia consultada con fundamento en el artículo 469 del C. de P.P. por atipicidad de la conducta.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia consultada.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge E. Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

INASISTENCIA ALIMENTARIA. COMPETENCIA

"La sustracción", sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos, descrita por el artículo 263 del Código Penal, naturalística y jurídicamente implica permanencia en el tiempo.

Auto Colisión. 9 de junio de 1989. Dirime colisión de competencia entre los Juzgados 19 Penal Municipal de Bogotá y 1° Penal Municipal de Barbosa. Artículo 263 C. Penal.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión de Competencias número 3649. Contra: Humberto Mateus. Delito: Inasistencia familiar).

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 022-V-23/89.

Bogotá, junio nueve (9) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Dirímese la colisión negativa de competencias trabada entre el Juez 19 Penal Municipal de Bogotá y la juez 1ª Penal Municipal de Barbosa, en el proceso que se sigue contra Humberto Mateus por el delito de inasistencia alimentaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. *Criterio de los colisionantes:* Tramitado el proceso hasta encontrarse al despacho para proferir fallo de primera instancia, el juez 19 Penal Municipal de Bogotá afirma no ser el competente para dictar sentencia.

Afirma este funcionario que al haberse iniciado la inasistencia alimentaria de Humberto Mateus respecto de su esposa Lidia María Porras de Mateus y su hija Martha Elizabeth Mateus Porras en la localidad de Barbosa (Santander) es la juez 1ª Penal Municipal de ese municipio la competente para conocer de este proceso, ya que fue en ese lugar donde "se realizó y consumó el ilícito investigado", pues el

cambio de residencia de la esposa e hija a Bogotá fue forzado por el incumplimiento de los "deberes de esposo y padre".

Propuesta la colisión negativa de competencias por este funcionario a la Juez 1ª Penal Municipal de Barbosa, ésta discrepa del criterio de su homólogo colisionante porque al ser el delito investigado "de carácter permanente, el momento de la comisión es todo el período del incumplimiento de los deberes de padre, el cual continuó vigente en la ciudad de Bogotá, presentándose el problema de la permanencia de la denunciante con su menor hija en dos lugares diferentes, luego la solución sería aplicar el artículo 75 del C. de P.P., que trata de la competencia a prevención", siendo el competente el Juez 19 Penal Municipal de Bogotá "en razón de haberse formulado la denuncia en esa ciudad y haberse iniciado allí primero la investigación".

2. *El delito permanente:* La inconsistencia del criterio en que sustenta la decisión del Juez 19 Penal Municipal de Bogotá para declararse incompetente de conocer este proceso, es evidente, además de ser demostrativo de la falta de claridad conceptual sobre aspectos tan básicos y elementales de derecho penal general.

Si se trata de un delito permanente, como en efecto es la inasistencia alimentaria, no es posible reconocer esta característica del hecho punible para dividir arbitrariamente la omisión, como lo hace este juez, para interrumpir la permanencia y "crear" dos o más delitos de ejecución instantánea; la adecuación típica debe partir de un principio inmodificable en el método dogmático, como es el de respetar la conducta, activa u omisiva, conforme se haya exteriorizado.

Esta permanencia o plurisubsistencia, como también se denomina a estos delitos en la actual literatura jurídico-penal, se predica del comportamiento que se prolonga en el tiempo, "de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se ponga fin a la conducta" pues como afirma el penalista italiano Remo Pannain, en estos casos "se ocasiona la lesión de un bien jurídico que se produce en un momento dado y se prolonga en el tiempo a partir del momento inicial de la lesión" (Manuale di Diritto Penale, U.T.E.A., Torino, 1950, p. 238).

"La sustracción", sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos a ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, descrita por el artículo 263 del Código Penal, naturalística y jurídicamente implica permanencia en el tiempo, pues subsiste desde el momento en que se inicia el incumplimiento del deber alimentario hasta que se cumpla.

En este caso, no existe duda alguna de que la omisión delictiva se empezó en Barbosa y continuó en Bogotá y el hecho de que la querellante y su hija se hayan trasladado a esta ciudad no significa que se trate de dos hechos independientes por el cambio de residencia del sujeto pasivo; la conducta permanece en el tiempo y se trata de un solo delito.

Es cierto que de conformidad con el numeral 2º del artículo 13 del Código Penal el hecho punible se considera consumado "en el lugar en que debió realizarse la acción omitida", pero de esta disposición no puede colegirse, como lo hace el Juez 19 Penal Municipal de Bogotá, que la inasistencia alimentaria se consumó en Barbosa porque

fue allí donde el procesado incumplió con sus "obligaciones de esposo y padre", pues el traslado de los sujetos pasivos a Bogotá fue forzado por ese incumplimiento.

Esta forma de reaccionar es realmente inusitada: nada tiene que ver el motivo por el cual se haya cambiado de residencia por madre e hija para la estructuración del delito, ni mucho menos para dividir la omisión, la verdad es que ésta continuó, o sea, que "el lugar donde debió realizarse la acción omitida" es tanto Barbosa como Bogotá.

3. El Juez competente: *En estas condiciones, impera acudir, como lo afirmó acertadamente la Juez 1° Penal Municipal de Barbosa, a la competencia a prevención regulada por el artículo 75 del Código de Procedimiento, siendo el Juez 19 Penal Municipal de Bogotá el que sin más dilación debe proferir el fallo de primera instancia, pues se reúnen en él los requisitos exigidos para fijar en él la competencia* para conocer de este proceso.

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

RESUELVE:

DIRIMIR el conflicto de competencias negativo trabado entre los Jueces 19 Penal Municipal de Bogotá y 1° Penal Municipal de Barbosa, asignándole el conocimiento de este proceso al primero de los mencionados.

DISPONER que por la vía informativa, se envíe fotocopia de esta providencia a la Juez 1° Penal Municipal de Barbosa.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres F., Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. CONEXIDAD

La jurisdicción de Orden Público es una rama especializada, creada por el legislador extraordinario, a la que se ha atribuido la competencia exclusiva para conocer de los delitos de que trata el Decreto 180 de 1988 y de los conexos con éstos, aún de conocimiento de los jueces especializados.

Auto Colisión. 13 de junio de 1989. Dirime colisión de competencia entre los Juzgados 1° de Orden Público y 3° Especializado de Bogotá. F.F. Decreto 180 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Colisión de competencias. Radicación número 3856. Oliverio Hernando Melo Parada).

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 27, junio 7/89.

Bogotá, junio trece (13) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Aconteció que el señor comandante del retén número 36 de la Fuerza Aérea Colombiana, situado en Puerto Salgar, Cundinamarca, y personal bajo su mando, retuvieron un vehículo con distintivos y placas similares a las pertenecientes a las Fuerzas Armadas, en el que se movilizaba el capitán retirado Oliverio Hernando Melo Parada, quien portaba prendas e insignias de uso privativo de la Fuerza Pública y afirmó falsamente estar en servicio activo. Al ser requisado se le encontraron armas que se estableció eran de defensa personal, cerca de un millón de pesos en efectivo y en el automotor 62 paquetes de cocaína y una placa particular falsa.

De la respectiva investigación venía conociendo el Juzgado 1° de Orden Público de Bogotá, funcionario a quien el defensor de Melo P. diirigió un memorial para que remitiera el asunto por competencia a los Jueces Especializados, con base en lo siguiente: no se ha insinuado siquiera por el despacho que la utilización ilegal de uniformes e insignias tuviese finalidades terroristas. Se trata de un delito medio para

el transporte de la droga decomisada, cocaína, en cantidad superior a cinco kilos (delito fin), esto es que existe entre los ilícitos una conexidad ideológica o teleológica.

"Como la hermenéutica y la lógica jurídica enseñan, así el legislador no hubiese completado la descripción del tipo penal del art. 19 del Decreto 180 de 1988 sobre 'utilización ilegal de uniformes e insignias', con el denominado elemento subjetivo del tipo o dolo específico, esto es con el ánimo propósito o finalidad terrorista, tal elemento o dolo está incluido o conllevado por la norma o tipo penal o delito. Porque de no entenderse así, se trataría de una conducta o hecho punible completamente extraño a un cuerpo o estructura de naturaleza jurídico penal debidamente definido y precisado, como es el estatuto antiterrorista".

Entra luego el memorialista a hacer referencia a determinaciones de esta Corporación de septiembre 15/88 y octubre 31 del mismo año donde fueron magistrados ponentes los doctores Edgar Saavedra Rojas y Lisandro Martínez Zúñiga, para concluir afirmando que un estatuto es algo así como una constitución, una estructura, cuyos componentes se hallan correlacionados, "en una compenetración funcional mutua". Casi que constituye "una herejía contra el teleologismo pretender que puedan formar parte de un estatuto antiterrorista, necesariamente homogéneo y coherente, conductas que no tengan una finalidad terrorista". Concluye entonces afirmando la defensa que si la utilización ilegal de uniformes e insignias lo fue para el transporte de cocaína, ajeno el hecho por completo a finalidad terrorista, debe él ubicarse, para su conocimiento, en los jueces especializados porque "el delito fin absorbe al delito medio y no a la inversa".

Se critica la determinación de esta Corporación de octubre 31 de 1988, indicándose que el principio de especialidad a que allí se alude permite revertir el planteamiento así: de los delitos conexos atribuidos a los Jueces de Orden Público se excluyen los asignados a los Jueces Especializados y al estar atribuida la competencia para conocer del delito de transporte de droga que produce dependencia (Ley 30/86, art. 33), "exclusivamente a la jurisdicción especializada, es a ésta a quien le corresponde conocer del presunto delito de utilización ilícita de uniformes e insignias y otros, por conexos". Finalmente se afirma que los jueces especializados bien pueden tenerse como de mayor jerarquía frente a los jueces de orden público.

El Juzgado 1° de Orden Público acogió los planteamientos del memorialista y remitió el asunto por competencia a los Jueces Especializados, enfatizando que se debe adoptar el criterio de la finalidad para resolver los conflictos de competencia en los casos de delitos conexos; que el delito principal si bien propiamente no subsume al delito medio, es el que delimita la competencia y que si la finalidad criminosa es traficar con estupefacientes el competente es el Juez Especializado, en tanto que si ella es la de sembrar el terror o desestabilizar las instituciones el asunto compete a la jurisdicción de orden público.

El Juzgado Tercero Especializado, con fundamento en determinaciones de esta Corporación rechazó la competencia, provocando el conflicto. A su turno, el Juez 1° de Orden Público lo aceptó insistiendo en los puntos del memorialista y agregando que el Decreto 474 de 1988 en su artículo 2° presenta una redacción anfibológica que hace difícil entender el significado del término 'conexos'. Remitió, entonces, el proceso a la Corte para que dirimiera la colisión.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. *Ya la Corte hizo claridad sobre el artículo 2° del Decreto 474/88, en el siguiente sentido: "...Resulta evidente que esta última disposición en lugar de, una vez enunciados los delitos, a continuación y en el paréntesis, señalar a cuáles de los artículos del Decreto 180 correspondía la mención, lo hizo, faltando a las reglas de la redacción y a las imposiciones del derecho y de la lógica, después del 'y conexos', con lo que, indudablemente, ha llevado a interpretaciones absurdas como la que propugna el Juez de Instrucción. Que el asunto es así como lo indica la Sala se deduce claramente de lo siguiente: si se mira el inventario de los artículos que del Decreto 180 aparecen en el paréntesis, ellos corresponden exactamente a la enunciación que de delitos de conocimiento de la jurisdicción de orden público se realiza en el texto inmediatamente anterior del mismo artículo 2°, numeral 2°, segundo, porque mal podría el legislador precisar de una vez los delitos que, con otros, son conexos, pues esa es cuestión que emerge de la manera como en cada caso particular se presenten las cosas y labor que verifica el juzgador, sin que tal fenómeno se pueda concretar de antemano. No es dable entonces elaborar previamente una lista de delitos con los que sí se acepta la conexidad, dejando por fuera otros con los que se anticipa que el fenómeno no se presenta; y, tercero, porque si se aceptara que el paréntesis se refiere a los delitos conexos, se caería en el desatino de afirmar que, para el legislador, la conexidad sólo se da consigo propia, pues es innegable que los delitos son los mismos" (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, Auto de diciembre 14/88).*

Se debe entonces entender que los Jueces de Orden Público conocen de los delitos de que trata el Decreto 180/88, enumerados al final del artículo 2°, numeral 2° del Decreto 474, y los conexos con éstos. Y, como no se distingue, no hay razón para sustraer de ese conocimiento el delito conexo que esté atribuido a los Jueces Especializados.

2. *Esta Corporación, en determinación de octubre 31/88, donde fuera magistrado ponente el doctor Lisandro Martínez Zúñiga, haciendo referencia al artículo 13 del Decreto 180/88, en evento que guarda conexidad con conducta de que trata la Ley 30/86, expresó lo siguiente que tiene aplicación para el caso* sub examine, *así ahora se trate de utilización ilegal de uniformes e insignias de uso privativo de la fuerza pública (art. 19, Dcto. 180) y a pesar de lo que sobre el particular opina la defensa y el Juzgado 1° de Orden Público:*

"...Esta disposición (art. 33, Ley 30/86) no exige para la adecuación de cualquiera de las conductas alternativas descritas en el supuesto de hecho, el porte, almacenamiento o conservación de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas; basta que sin permiso legal, se 'introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia...', para que la conducta sea punible, desde luego, siempre y cuando se actúe culpablemente.

"La importación, fabricación, porte, reparación, almacenamiento, conservación, transporte, adquisición o suministro a cualquier título y sin permiso de autoridad competente, de armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas

Militares o Policía Nacional, también se encuentran descritos y sancionados penalmente como delitos autónomos en el artículo 13 del Decreto 180/88.

"Es entonces claro que la ley penal prohíbe y sanciona autónomamente el tráfico de estupefacientes y el de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional; esto significa que de estos delitos puede predicarse el concurso material.

"Unidad de acción. A pesar de carecer de fundamentación el criterio del Tribunal de Orden Público, pues se limita a concluir que la conservación de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas no es típica porque es 'lógico que quienes se dedican a esta actividad las posean', parece que se ha entendido que la tenencia de las armas es el medio para conservar la cocaína. De ser así, impera precisar, que la concepción prejurídica de la acción tampoco permite llegar a tal conclusión; los medios exigidos para que sea posible lograr el fin propuesto, son los idóneos y necesarios para poner en marcha la causalidad y exteriorizar el comportamiento.

"En este caso, para la conservación de la cocaína e inclusive para su fabricación, no puede tenerse como medio necesario, el porte o almacenamiento de armas, pues sin ellas puede lograrse el fin propuesto.

"El propósito del fin, la elección de medios, el conocimiento causal y de las circunstancias concomitantes, y la exteriorización de la acción, son diversos en la conservación de la cocaína y en la tenencia de las armas de uso privativo de las fuerzas militares; corresponden a comportamientos separables óntica, ontológica y jurídicamente; cada uno de estos comportamientos se realizó sin depender el uno del otro y pueden subsistir separadamente.

"Carece de fundamento la conclusión a que llegó el Tribunal de Orden Público respecto a la tipificación de las conductas objeto de imputación si se parte de un criterio jurídico de conducta, como se analizó la ley penal no exige conservación de armas como medio para consumar la fabricación o conservación de la cocaína y en el marco del enfoque óntico, tampoco es coherente el planteamiento que se reitera, pues el tráfico de armas corresponde a una acción finalísticamente diversa al delito de narcotráfico y no es admisible tomar una conducta independiente para convertirla en medio de otra. Se trata, en consecuencia, de delitos independientes susceptibles de concursar.

"...En principio podría pensarse que el conocimiento de la infracción al artículo 33 de la Ley 30/86, está asignada concomitantemente a los Jueces de Orden Público y a los especializados, presentándose una contradictoria duplicidad de juridicciones para conocer del mismo proceso; pero de la interpretación sistemática del precitado Decreto 474 se establece, que este conflicto es apenas aparente.

"En efecto los Jueces Especializados conocen de estos delitos de narcotráfico cuando se investigan independientemente o en conexidad con otros, pero siempre y cuando, los conexos no sean de los asignados a los Jueces de Orden Público. El principio de especialidad que rige a la jurisdicción de orden público la torna restrictiva para el conocimiento exclusivo de los delitos asignados; por tanto entre los

delitos conexos atribuidos a los Jueces Especializados, se excluyen los asignados a aquella especial jurisdicción.

"...El argumento del Tribunal de Orden Público de que esa jurisdicción fue establecida para conocer de los delitos 'relacionados con el terrorismo' conforme se colige del Decreto 180/88 y carecer de esta finalidad los delitos por los cuales se procede, la competencia radica en la jurisdicción ordinaria. Al estudiar este punto en otra oportunidad, la Corte concluyó que la carencia del elemento subjetivo para algunos delitos como el de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, estatuido en el artículo 13 del Decreto 180/88, no significa que su conocimiento no corresponda a la jurisdicción de orden público, sino que 'fue querer del legislador que algunas conductas por su gravedad o trascendencia social fueran incluidas en el Estatuto Antiterrorista sin ser necesario en relación con ellas que se realizaran con finalidad terrorista (Auto de septiembre 15/88, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas)".

Debe entenderse, entonces, que el tráfico de estupefacientes y la utilización ilegal de uniformes e insignias de uso privativo de la fuerza pública, son delitos autónomos, tipificados independientemente en la Ley 30/86 y en el artículo 19 del Decreto 180/88, de los cuales predicarse el concurso material y que para el transporte de la cocaína de que hablan los autos no puede tenerse la conducta plasmada en el susodicho artículo 19 como medio necesario.

Otra cosa: por parte alguna nuestra ley procedimental ha dicho que tratándose de delitos conexos, la competencia radique en quien esté facultado para conocer del delito fin. Es esta una tesis que ahora esbozan memorialista y Juez de Orden Público, pero que ciertamente no encuentra ningún respaldo legal, y, al contrario, va en su contra.

Es evidente, de otra parte, que razones de técnica legislativa aconsejan que dentro del estatuto conocido como antiterrorista, estén sólo aquellas conductas que tengan finalidad terrorista, mas la verdad es que el legislador quiso tipificar y tipificó allí conductas que por su gravedad o trascendencia social entendió que debían hacer parte del mismo, así no tuvieran ese ingrediente, tal el caso de las armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional o el de la utilización ilegal de uniformes e insignias de uso exclusivo de la fuerza pública. Ya la Corte hizo referencia a esa inconsistencia del Ejecutivo como legislador extraordinario; pero de ahí no se sigue que se pueda despreciar lo que claramente dispuso cuando redactó los correspondientes tipos, sin exigencia alguna de finalidad terrorista, para que so pretexto de que el Estatuto sea coherente, se requiera ese ingrediente subjetivo y sólo así hacer el asunto de competencia de la jurisdicción de orden público. Si de tal guisa procediera la Corte, indudablemente que se convertiría en legislador.

3. Finalmente, los Jueces Especializados en su momento, tuvieron tal excepcional calidad dentro de la administración de justicia, mas es indudable que, hoy por hoy, existe una rama especializada, *sui generis*, creada por el legislador extraordinario, la jurisdicción de orden público, en la que tal calificación reviste mayor caracterización y a la que se ha atribuido la competencia exclusiva para conocer de los delitos de que trata el Decreto 180/88. Ese conocimiento, como ya lo ha dicho la

Corte, es restrictivo y comporta que cuando quiera que esté de por medio uno de esos delitos, así sea en conexidad con alguno de conocimiento de los Jueces Especializados, la competencia radica en los Jueces de Orden Público. El argumento de que por haber sido creados primero los Especializados y habérseles dado a aquéllos la categoría y remuneración de éstos, son de mayor jerarquía y más especializados, no deja de ser argumento baladí que olvida lo que verdaderamente interesa, o sea que el legislador quiso crear y creó efectivamente unos Jueces Especializados más que cualquiera otros a los que denominó de Orden Público, atribuyéndoles el conocimiento de los ilícitos de que trata el Estatuto para la Defensa de la Democracia.

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

RESUELVE:

DIRIMIR el conflicto de competencias trabado entre el Juzgado 1° de Orden Público y 3° Especializado, ambos de la ciudad de Bogotá, asignando la competencia para conocer del presente asunto al primero de los mencionados, a quien se remitirán de inmediato las diligencias. Por la secretaría de la Sala, hágase llegar copia de esta providencia, para los efectos de ley, al Juzgado 3° Especializado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Jorge Enrique Valencia M., Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

RECUSACION

Eventos hay en los que aparece de bulto, refulge que la "recusación" está edificada en el absurdo, ante tales remedos, falta a sus deberes de director del debate y cohonesta aquellos torcidos intereses de dilación, el Juez que en lugar de despachar el asunto con auto de simple cúmplase, escoge la vía de tramitarlos como si se tratara de una verdadera recusación.

Auto Recusación. 13 de junio de 1989. Se inhibe para conocer de la recusación a los doctores Cecilia Rojas de Osorio, Juan Hugo Sánchez Maluche y Efrén Bustos Roa, Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué. F.F. artículo 104 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Recusación. Rad. No. 3830. Proceso contra Margoth Alonso de Coronado y otros).

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 27, junio 7/89.

Bogotá, D.E., junio trece (13) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Estando el presente proceso adelantado contra Margoth Alonso de Coronado y otros, por los delitos de falsedad en documentos y fraude procesal, en el trámite propio a la segunda instancia en el Tribunal Superior de Ibagué, para la decisión de fondo sobre unas nulidades que habían sido negadas por la instancia, se encontró la Sala compuesta por los magistrados Cecilia Rojas de Osorio, Juan Hugo Sánchez Maluche y Efrén Bustos Roa, que ellos, según memorial obrante a folios 338 y ss., con otros funcionarios, habían sido recusados.

Evidentemente, en los folios mencionados, aparece un memorial del defensor de la señora de Coronado, doctor Eduardo Pinzón Urrea, donde recusa a los jueces del conocimiento –el nombrado en propiedad y el interino–, al agente del Ministerio Público y a los susodichos magistrados. En lo pertinente a éstos, dice que los recusa

"de conformidad con el numeral 5° del artículo 103 del C. de P.P. ante las afirmaciones hechas por el señor alcalde municipal de Ambalema, Tolima, hasta antes de la elección popular de alcaldes, señor Henry Patiño, originadas en la revocatoria del auto de detención de fecha septiembre 17/87, que favoreció al mismo, afirmación que aparece a la hoja número 2 de la queja presentada al señor procurador general de la Nación de ese entonces, doctor Alfredo Gutiérrez Márquez, en concordancia con la hoja número 5 en su literal e) de la misma queja y literal f) de la misma queja.

"Pruebas. Se llame a declarar al señor Henry Patiño, ..., para que declare con respecto a lo que ante testigos afirmó: 'que Alberto Santofimio Botero, le hace revocar hasta los autos de detención y que menos lo va a dejar votar del cargo', como en efecto ocurrió, testigos como el doctor Marcelo Lozada de profesión abogado, ..., al que solicito sea llamado a declarar también sobre lo afirmado.

"Ver queja a la Procuraduría que aparece adjunta a memorial presentado con fecha 12 de octubre de 1988 y denuncias sobre el mismo funcionario Henry Patiño, que aparecen a sumarias sintetizadas en informe presentado por el señor Visitador Administrativo de la Gobernación, señor Jesús Alberto Barragán y que dieron origen a pliego de cargos hoy en reposición y en poder de la Procuraduría General de la Nación, seccional Honda".

Los magistrados despacharon desfavorablemente la recusación y fundamentaron su determinación así: "...el apelante recusa a esta Sala por la causal 5ª del artículo 103 del C. de P.P., que la hace consistir en el hecho de haber revocado esta instancia un auto de detención decretado por el *a quo* en contra de Henry Patiño, en un proceso diferente del que ahora es materia de estudio que porque la Sala recibió órdenes de un jefe político de la ciudad, concretamente del doctor Alberto Santofimio Botero, para que se revocara el auto.

"... Con el referido político ni la suscrita sustanciadora, ni los demás integrantes de la Sala tienen amistad o enemistad con aquél. Unicamente se le conoce de vista y esporádicamente se le ha saludado protocolariamente, cuando ha hecho acto de presencia en la posesión de los señores Gobernadores. Entonces mal puede asegurarse que alguien de quien ni siquiera se es amigo se atreva a insinuar cuestión tan seria y delicada como son las decisiones judiciales.

"...La causal de recusación que se formule debe ser concreta. No basta con citarla y alegarla, sino también probarla en debida forma. De modo que la parte que alega la recusación debe presentar las pruebas en que fundamente la causal.

"...En el caso que ocupa la atención de la Sala, el recusante no determina si se trata de amistad íntima o enemistad grave de la Sala (o de uno de ellos) con las partes en el proceso. Simplemente se limita a manifestar irresponsablemente que por haber revocado esta instancia un auto de detención que pesaba contra Henry Patiño por insinuación del doctor Alberto Santofimio Botero. Si la recusación la hace consistir en la pretendida amistad con ese señor Patiño, por resultar favorecido con la revocatoria que la Sala profirió en la medida de aseguramiento de la detención preventiva que pesaba en su contra, ha de considerarse que Henry Patiño no es sujeto

procesal en esta investigación". Finaliza el Tribunal manifestando que no conoce a Patiño sino de nombre y que igual cosa sucede con los sujetos procesales de la presente investigación.

BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. *Dispone el artículo 104 del C. de P. Penal, en su inciso segundo: "La recusación se propondrá por escrito, ante el juez que conoce del asunto, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funde". Con respecto a estos requisitos viabilizadores del trámite de la recusación, la Corte ha señalado, en criterio mayoritario, que el presupuesto de que se proponga por escrito, bien puede entenderse satisfecho cuando se pone de manifiesto en audiencia o diligencia porque la atestación escrita que de la recusación quede en el acta respectiva, cumple cabalmente con el requerimiento legal.*

Así las cosas, si la recusación no se propone por escrito, o en audiencia o diligencia judicial, acompañando las pruebas y exponiendo los motivos en que se funda, debe rechazarse con auto de simple cúmplase, porque ha de entenderse que no están dados los presupuestos sine qua non para el trámite regular de la misma.

Eventos hay en los que aparece de bulto, refulge que la "recusación" está edificada en el absurdo, por intereses inconfesables que sólo pretenden torpedear el proceso; ante tales remedos, parodias de recusación, falta a sus deberes de director del debate y cohonesta aquellos torcidos intereses de dilación y, por ende, atenta contra la lealtad debida a las otras partes, el juez que, en lugar de despachar el asunto con auto de simple cúmplase, escoge la vía de tramitarlos como si se tratara de una verdadera recusación.

Es claro que "recusaciones" que se rechazan in límine *por el no lleno de los requisitos propios a su regular trámite, bien pueden ser nuevamente interpuestas, cumpliéndolos. Y es patente también que, cuando ya la recusación ha sido despachada en su fondo, cumpliéndose el trámite regular que para el caso manda la ley, mal puede volver a intentarse con base en la misma causal y con igual fundamentación.*

2. En el evento *sub examine,* el abogado recusante no aportó las pruebas en que fundamentaba la recusación. Y, de otra parte, con propiedad no puede hablarse de motivación porque, a pesar de que alude a la causal 5ª del artículo 103 del C. de P. Penal ("existir enemistad grave o amistad íntima entre alguno de los sujetos procesales y el juez o magistrado"), lo que señala es un dicho no probado de un señor Henry Patiño en el sentido de que Alberto Santofimio Botero le hacía revocar los autos de detención, no siendo aquél ni éste aquí sujeto procesal. Y así estuviera probado que el susodicho señor aseveró aquéllo, así no se demuestra la real influencia del señor Santofimio en la justicia del Tolima, ni el interés de este político en el caso a conocimiento de los magistrados recusados o que éstos efectivamente fueran sujetos profesionales por aquél y hasta el punto de imponerles sus decisiones judiciales. Tampoco en forma alguna motivó su escrito en el sentido de si Santofimio o Patiño eran amigos íntimos de los magistrados acusados, ni presentó ninguna prueba para tales efectos.

En esto de la motivación, el funcionario debe ser supremamente tinoso, en orden a que, según quien sea la persona que recusa, se tenga o no por satisfecho este requisito, con miras al trámite regular o no del incidente. No es lo mismo que el recusante sea una persona de escasos conocimientos, a que se trate de un profesional o concretamente de un abogado. La norma será, entonces, a cada quien, según lo que pueda dar, teniendo eso sí siempre presente que cuanto sustantivamente importa es custodiar en la administración de justicia, la imprescindible imparcialidad.

Síguese de lo brevemente expuesto que, para el caso, no se dieron cabalmente los requisitos facilitantes del trámite regular de la recusación, esto es, que ella no fue debidamente incoada; de ahí que al Tribunal le hubiera bastado para despacharla un acto de simple trámite y que la Corte, ahora haya de inhibirse para conocer del rechazo que a la supuesta recusación manifestaron los magistrados del Tribunal Superior de Ibagué.

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

RESUELVE:

INHIBIRSE para conocer del presente asunto como quiera que no se cumplieron los requisitos legales de forma exigidos para el trámite regular de la recusación (art. 104 C. de P.P.).

DEVUÉLVASE el proceso al Tribunal de origen, para la prosecución del ritual de la segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Juan Manuel Torres Fresneda, Guillermo Duque Ruiz, Jorge Enrique Valencia M., Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

VIOLACION DIRECTA

La exclusión evidente no se fundamenta en el hecho de que no se cite la ley sustancial en la sentencia, sino que no se aplique.

Sentencia Casación. 13 de junio de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Medellín, por medio del cual condenó a Edwin Castrillón Montoya, por el delito de homicidio. F.F. Artículo 226 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Casación número 2.931. Contra: Edwin Castrillón M. Delito: Homicidio).

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Z.*

Aprobada Acta número 022. Mayo 23 de 1989.

Bogotá, D.E., junio trece (13) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decídese el recurso de casación interpuesto por el procesado Edwin Castrillón Montoya contra el fallo de 11 de marzo de 1988, por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín lo condenó a la pena principal de 63 meses de prisión como autor responsable del delito de homicidio preterintencional.

HECHOS:

El 30 de noviembre de 1987, en las horas de la mañana, cuando el joven Hernando Antonio Saldarriaga González se dedicaba a su cotidiana labor de vender limones, en el establecimiento La Gran Vía de la ciudad de Medellín, rozó involuntariamente con un costal al mecánico Edwin Castrillón Montoya, quien se encontraba ingiriendo licor.

Por este motivo, Castrillón Montoya además de agredir de palabra a Saldarriaga Montoya, le propinó un golpe en el rostro, situación que unida a haber observado un revólver que en el cinto portaba su atacante, determinó que el vendedor corriese hacia el cementerio buscando protección de los celadores, siendo perseguido por su

victimario, quien al alcanzarlo le disparó causándole graves heridas en el abdomen las cuales determinaron su deceso.

Como Saldarriaga González alcanzó a contarle a sus familiares no sólo los móviles de la lesión, sino quién era el autor, su hermana María Teresa y su tía María Otilia, dialogaron con Castrillón Montoya para que sufragara los gastos de la droga que en principio demandó la víctima y posteriormente los funerales.

SINOPSIS PROCESAL:

Iniciada la investigación por el Juzgado 9º de Instrucción Criminal, se recepcionaron los testimonios de las precitadas familiares de Saldarriaga González, quienes expusieron cómo Hernando Antonio, cuando se encontraba hospitalizado, les manifestó que fue Edwin Castrillón Montoya la persona que le pegó y luego le disparó porque al estar vendiendo los limones en La Gran Vía "lo sobó" con el costal al agacharse a recogerlo.

Con base en esta sindicación, se ordenó la captura de Castrillón Montoya, quien en indagatoria reconoció haber disparado por una vez, contra Hernando Antonio Saldarriaga González, pero sin intención de matar y en legítima defensa de su patrimonio económico, porque trató de meterle la mano a uno de sus bolsillos para sustraerle el dinero que poseía en esos momentos.

Allegadas las declaraciones de los celadores del cementerio, se estableció que ninguno presenció el momento en que Castrillón Montoya le disparó a Saldarriaga González, pero sí cuando llegó a ese lugar pidiendo auxilio porque "un señor" le iba a pegar "sin haber hecho nada", acto seguido, se escuchó una detonación y apareció herido "llorando en el suelo porque nada había hecho".

El Juzgado 10 Superior, por no encontrar probadas las circunstancias justificativas aducidas por el procesado, lo llamó por homicidio voluntario, sin agravantes ni atenuantes.

Celebrada la audiencia pública, el jurado reconoció la responsabilidad del enjuiciado por el delito de homicidio, pero "sin intención de matar"; acogida la veredicción por el Juez de derecho como homicidio preterintencional, condenó a Edwin Castrillón Montoya a 63 meses de prisión y negó la rebaja de pena establecida por el artículo 301 del nuevo C. de P.P., por considerar que esta disposición no es aplicable para los casos de confesión calificada.

Apelada la sentencia de primer grado, el Tribunal la confirmó ratificando el criterio del *a quo* en cuanto se refiere a la inaplicabilidad del precitado artículo 301 del actual C. de P.P. para los casos de confesión calificada, agregando que además de no reconocerla expresamente la disposición, el hecho de proferirse sentencia condenatoria está implicando que la calificación no fue fundamento del fallo, ya que de lo contrario, imperaría la absolución.

LA DEMANDA:

Con base en la causal primera del artículo 580 del anterior C. de P.P., el defensor del procesado ataca el fallo por ser violatorio de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 301 del C. P. P. actual.

A pesar de reunirse los requisitos exigidos por esta disposición para rebajar la pena a quien confiese el hecho, el fallador desestimó su aplicación.

Concluye la imperatividad de aplicar en este caso la norma excluida expresamente por el Tribunal con fundamento en las siguientes premisas:

a) La precitada norma no distingue expresamente la naturaleza jurídica de la confesión exigida para la reducción punitiva, siendo el Juez quien debe evaluar en cada caso concreto la posibilidad de reconocerla;

b) En este caso el jurado no reconoció la justificante de legítima defensa, pero sí la "falta de intención de matar", calificación ésta que también afirmó el procesado en su confesión; acogido el veredicto por el Juez de derecho al condenar por homicidio preterintencional, sentencia que fue confirmada por el Tribunal, se debe concluir que la calificación de falta de dolo homicida fundamentó el fallo;

c) La afirmación del Tribunal respecto a que la confesión calificada por una causal de justificación del hecho punible no puede servir de fundamento del fallo condenatorio, porque precisamente éste demuestra que no se reconoció la excluyente de antijuridicidad, en este caso carece de razón, pues si bien no se admitió la legítima defensa, se desconoce que la confesión contiene doble calificación y que la "falta de intención de matar" sí fue reconocida.

En estas condiciones, impetra se case parcialmente el fallo y se profiera el que en definitiva deba reemplazarlo fijando la pena que corresponde.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, solicita de la Corte no se case el fallo recurrido.

El censor ataca la sentencia por falta de aplicación del artículo 301 del nuevo C. de P. P., pero al demostrar el cargo profundiza sobre la confesión calificada para concluir que esta disposición no la excluye para la rebaja de pena y por tanto, el Tribunal la interpretó equivocadamente.

Entiende el Ministerio Público, entonces, que el casacionista incurre en deficiencias técnicas porque hace coexistir la falta de aplicación con la interpretación errónea frente a una misma disposición, suscitando una posición contradictoria, opuesta e irreconciliable, como quiera que son motivos diferentes en su alcance y sentido.

Además, siendo que la falta de aplicación implica que no se tuvo en cuenta la disposición que regulaba el caso en concreto por error de existencia o validez y que la interpretación errónea supone que el precepto ha sido aplicado, pero que se ha distorsionado en su contenido por parte del fallador, el cargo debió formularse por indebida aplicación de la ley sustancial, "por cuanto la procedencia de la diminuente es problema de subsunción o adecuación".

"Lo que ocurrió en el caso en estudio fue que se dio aplicación a otras disposiciones que regulaban lo atinente de la pena y consecuencialmente no se tuvo

en cuenta el artículo 301 del actual C. de P. P., siendo entonces la esencia del problema la aplicación indebida de tales normas".

En consecuencia, si el principio de limitación, propio de la técnica del recurso de casación, rige no sólo para las causales con excepción de la nulidad, sino también para los motivos, ha de concluirse que la demanda fue presentada con carencia de ella y por ende, debe desestimarse.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. *Ley aplicable:* Declarado el cierre de investigación antes del 1° de julio de 1987, por disposición del artículo 677 del nuevo C. de P. P., impera aplicar el estatuto procesal anterior.

2. *Exigencias técnicas: Expreso fue el Tribunal Superior, al igual que el Juez de conocimiento, en afirmar la no aplicación del artículo 301 del actual C. de P. P., por cuanto esta disposición sólo autoriza la rebaja de pena para los casos de confesión simple.*

Para ello se expusieron dos motivos: La normatividad no incluye expresamente la confesión calificada, y en segundo lugar, en tratándose de fallos condenatorios contradictorio resulta afirmar que la calificación haya sido fundamento del fallo, pues de haberse reconocido la sentencia hubiese sido absolutoria.

La exclusión evidente de la ley sustancial por el fallador es predicable de todos aquellos casos en que no la aplica, bien porque ni siquiera la menciona o porque expresamente así lo manifiesta, exponiendo los motivos para ello, tal como sucede en este evento.

La falta de aplicación no puede entenderse como el aspecto formal de referir literalmente una determinada norma positiva en el fallo, ya que puede hacerse y no reconocerse materialmente en la decisión caso en el cual procede esta causal de casación, pues la exclusión evidente no se fundamenta en el hecho de que no se cite la ley sustancial en la sentencia, sino que no se aplique porque el Juez ignora la existencia o se niega a reconocer una norma jurídica en vigor, o se considera como tal la que no está ya, o que no haya estado nunca en vigencia.

En este caso el fallador rechazó expresamente la norma que reclama el censor era la que debía aplicarse y para concluir esta exclusión expuso el Tribunal los fundamentos en que se apoyaba, que son precisamente los que refuta el casacionista.

No se trata, entonces, que se incurra en inobservancia de los básicos presupuestos técnicos que descartan la posibilidad de atacar una misma prueba por dos o más motivos diferentes en su alcance y sentido, tales como la falta de aplicación e interpretación errónea, al decir del Procurador Delegado.

Lo que sucede, es que cuando la falta de aplicación es expresa, como sucede en este caso, la vía para inaplicar finalmente la ley puede ser la previa indebida aplicación o la interpretación errónea que necesariamente se produce por esa específica motivación del error sobre el alcance de la norma para su aplicación.

No colige en consecuencia, la Sala la insuficiencia técnica que imposibilita el estudio de fondo de la demanda.

3. *Cargo único: La causal primera: Rebaja de pena por confesión:* Con base en la causal primera de casación, por falta de aplicación del artículo 301 del nuevo C. de P. P., el censor ataca el fallo impugnado por considerar que concurren los presupuestos para su aplicación.

Excluye esta disposición la rebaja de pena por confesión para los casos en que esté probada en el proceso la situación de flagrancia, lo cual significa que antes de determinar si se reúnen los requisitos exigidos para su aplicación, impera establecer si en el caso concreto es dable afirmar esta situación, pues de ser así, inoficioso es concluir las exigencias positivas de la disposición.

Al ocuparse del alcance interpretativo del artículo 301 precitado, la Corte en torno al concepto de flagrancia precisó:

"La flagrancia desde el punto de vista constitucional, tiene un efecto expreso: el permitir a cualquier persona el apresamiento del delincuente y a la autoridad el perseguirlo y penetrar, sin que sea necesario requerimiento alguno, a su propio domicilio, o a uno ajeno, caso este último en el cual sólo es necesario requerimiento al dueño o morador, quien no puede oponerse ni obstaculizar la acción de la autoridad.

"Por eso el criterio de más expedita y común aplicación, para distinguir un delito de flagrancia, suele ser el de la persecución o aprehensión coetáneas con la comisión del hecho delictuoso. Y esto porque permitir la captura del delincuente, aun por particulares y sin orden de autoridad competente o no respetar el domicilio propio o ajeno en donde se refugie, tienen que tener una base de excepcional mérito no sólo en cuanto a la identidad de la persona que debe tomarse como procesado, sino en cuanto a la conciencia de la ilicitud de la conducta realizada, observándose, entonces, que en estos casos el hecho cometido, por sí mismo, pregona su punibilidad, además de poderse contar con el fácil diligenciamiento de las pruebas que deben aportarse.

"Pero así como es dable decir que la captura que sigue a la comisión del hecho, cuando ésta y aquélla guardan una íntima relación cronológica de inmediatez, denota por sí la flagrancia del delito, y el sorprendimiento, por tanto, del incriminado en su comisión, no es menos cierto afirmar así no se persiga de manera física al delincuente una vez ejecutada la conducta criminosa, o no se logre su captura tan prestamente, es procedente deducir esta característica mediante la visión de los hechos por terceras personas y de la víctima, con identificación precisa o aceptable del procesado, y la claridad conceptual de que se está en presencia de un hecho delictuoso. El artículo 204 de la C. C., con el empleo de la expresión 'cogido *in flagranti*', está significando no un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuera a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente, en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Lo que significa es el sorprendimiento (ser visto, percibido, descubierto) al momento de cometer el delito o tiempo inmediatamente después del mismo, o como dijo la Corte 'que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de

consumarse momentos antes' (fallo de agosto 13 de 1987, M.P. Jesús Vallejo Mejía, exequibilidad del artículo 393 del C. de P. P.).

"Ejemplificando tenemos: Hay flagrancia cuando se captura al incriminado cuando está cometiendo el hecho, o en momentos posteriores al mismo, sea que la acción se realice por el ofendido o perjudicado, por terceros o por la autoridad, así que haya uno o varios testigos o únicamente se cuente con la presencia de la víctima; en las mismas circunstancias anotadas, hay lugar a deducir la flagrancia cuando se persigue al delincuente, quien ha cometido el delito momentos antes, y se logra su captura; hay igualmente flagrancia, cuando su captura o persecución se hace con base en el sorprendimiento 'con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él', artículo 393 del C. de P. P.

"Ahora bien, cuando sorprendida una persona en la comisión de un hecho delictuoso, y se la identifica en forma plena y segura, pero no se logra su captura, es factible hablar de flagrancia, por lo que en el caso de surgimiento posterior de una confesión es dable desestimarla como aminorante de la pena –artículo 301 del C. de P. P.–, porque la flagrancia sí se dio, aunque sin su correlato de la captura, aspecto este último que no exige el citado artículo 301 para establecer la desfavorable consecuencia que prevé.

"No hay, se reitera, la flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter delictivo. Es necesario, pues que el ofendido o terceras personas sientan, con la comisión del hecho, que se perpetra o intenta perpetrar un delito, que sacude su sentimiento y desencadena la reacción denunciatoria (voces de auxilio) y persecutoria de quien así se comparta, cuando ello es física y psíquicamente posible. De ahí que no se pueda hablar de flagrancia en el caso del estafador que gira un cheque de chequera robada para pagar una compra sin que el vendedor se percate del engaño de que es objeto, o el terrorista que entrega en la portería de un edificio una carta bomba que estalla varias horas o días después, así se le capture posteriormente como resultado de la investigación realizada" (Casación de 17 de noviembre de 1988. M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel).

Aplicadas estas premisas a este proceso, impera concluir, que no procede reconocer la rebaja de pena impetrada por el censor, por cuanto no cabe la menor duda que la situación de flagrancia existió e impide considerar los demás requisitos del artículo 301 del actual C. de P. P.

En efecto, los hechos son claros: Hernando Antonio Saldarriaga González al no morir en el momento mismo en que fue víctima del disparo que le hizo Edwin Castrillón Montoya, fue hospitalizado sobreviniéndole el deceso días después, lapso en el cual fue visitado por sus familiares a quienes les suministró precisa información sobre la persona que lo había lesionado mortalmente; hechas las averiguaciones pertinentes se logró localizarlo sin mayor esfuerzo, quien reconoció de inmediato la autoría, se dispuso su captura y fue aprehendido.

Los requisitos de actualidad, individualización e identificación concurren y por ende, la flagrancia. En consecuencia, 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,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Jorge Enrique Valencia M., Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PREVARICATO

Para que el dolo sea ostensible, basta, en la modalidad positiva o de acción, que el agente provea con conciencia libre de que desconoce la ley, naturalmente con el presupuesto (que ya mira a la antijuridicidad material de la conducta) de que su decisión entrañe una lesión al mencionado bien jurídico.

Auto Segunda Instancia. 14 de junio de 1989. Confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual acusó al doctor David Correa Burgos exjuez 2° Penal del Circuito de esta ciudad, por el delito de prevaricato.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3307. Segunda Instancia. Dr. David Correa Burgos).

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobada Acta número 29.

Bogotá, junio catorce (14) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Por virtud del recurso de apelación, revisa la Sala la resolución acusatoria de 11 de diciembre de 1987, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en contra del doctor David Correa Burgos, exjuez 2° Penal del Circuito de esta ciudad, por el delito de prevaricato.

La Sala, mediante auto de 30 de junio último, estimó que el recurso ha debido ser concedido en el efecto suspensivo, y no en el devolutivo como lo hizo el Tribunal; se abstuvo, por tanto, de revisar la providencia, y dispuso la devolución del expediente. Subsanada la irregularidad, procede a decidir lo pertinente.

ANTECEDENTES:

1. El Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto de 4 de noviembre de 1980, revocó los sobreseimientos dictados por el Juzgado 1° Penal del Circuito y llamó a juicio a Alfonso Vargas Cuéllar, y a otros sindicados, por infracción al Decreto 1188

de 1974, bajo el cargo de habérseles encontrado 7 kilos de cocaína e instrumentos para calibrar su pureza. Luego, por impedimento de la Juez 1ª, el expediente pasó al Juzgado 2º Penal del Circuito de Bogotá, a cargo del doctor David Correa Burgos. Capturado Vargas Cuéllar (uno de los principales protagonistas de los hechos investigados, según el Tribunal), su defensor solicitó que se le suspendiera la detención preventiva de conformidad con los artículos 452 y 673 del Código de Procedimiento Penal, alegando que la madre del justiciable se encontraba enferma y en peligro de muerte. El Juez Correa Burgos libró el 16 de diciembre de 1983 oficio al Instituto de Medicina Legal, que dictaminó el 19 siguiente en el sentido de que la examinada, señora Lilia Cuéllar viuda de Vargas padecía enfermedad grave, pero no se encontraba en inminente peligro de muerte. Ese mismo día Correa Burgos profirió auto suspendiendo la detención de Vargas Cuéllar mediante caución de diez mil pesos ($10.000.00), y a las cuatro de la tarde llegó a la Cárcel Nacional Modelo la boleta de libertad, habiéndosele dado inmediato cumplimiento.

De esa determinación apeló la señora fiscal del Juzgado, y el Tribunal, en proveído de 1º de marzo de 1984, acorde con el Ministerio Público, la revocó, considerando que la claridad y precisión del peritaje forense, en cuanto que la mencionada dama no estaba en inminente peligro de muerte (exigencia expresa prevista en el artículo 673 cit.), "imponía la negativa de la libertad", resultando en su entender la determinación del juez merecedora de ser investigada penalmente, motivo por el cual dispuso la compulsa respectiva con destino a esa misma corporación (fls. 6 y ss.).

Efectuado el reparto, se acreditó la calidad de juez del doctor Correa Burgos y se inició el sumario, siendo escuchado en indagatoria, diligencia durante la cual reiteró que a su juicio las expresiones "grave enfermedad" y "peligro inminente de muerte", son sinónimas, falta ésta de técnica legislativa del artículo 673 del Código de Procedimiento Penal que se comunica al dictamen forense, que califica de "anfibológico y contradictorio", e insiste en que con su decisión no pretendió causar perjuicio a nadie ni obtener provecho (fls. 49 y ss.). Fueron escuchados en declaración los empleados del Juzgado y el apoderado del procesado Vargas Cuéllar, y, finalmente, mediante auto de 14 de septiembre de 1987, se clausuró la investigación (fl. 222). El fiscal 9º solicitó que se acusara al exjuez, a lo cual accedió el Tribunal de conformidad con el artículo 470 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Sustancialmente, en la resolución de acusación (fls. 232 y ss.) se dice que la decisión del sindicado "aparece de bulto, claramente contraria a la ley", ya que no sólo carece de toda motivación, sino que el exjuez Correa Burgos "no podía *motu proprio*", en forma por demás caprichosa y subjetiva, hacer equiparables o asimilables los términos *gravedad* e *inminencia*, bajo el pretexto de una aparente anfibología o ambigüedad de términos (gravedad-inminencia) "como pretende plantear el sindicado", y que el dolo figura igualmente nítido, "pues existió por parte del sindicado, una clara conciencia y voluntad de contravenir *el espíritu legis*, pues, se insiste una vez más, desconoció, olímpicamente, el claro sentido de la misma... vale decir que se debe acreditar, sin equívoco, alguno, la *inminencia* del peligro próximo a producirse, para que aparezca de bulto, la viabilidad de la gracia de claro sentido humanitario contenido en la norma procesal que se menciona" (fls. 239 y 243. Subrayas del original).

El doctor Correa Burgos fue, pues, acusado de haber cometido el prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del Código Penal. Con apoyo en el principio de favorabilidad, se le otorgó la libertad provisional.

2. Procesado y defensor interpusieron recursos de apelación contra dicha resolución de cargos, y ambos procedieron a sustentar su inconformidad en el Tribunal y en la Corte. El doctor Correa Burgos manifiesta que él consideró que la madre del acusado Vargas Cuéllar estaba en peligro de morir, y que "mis ejecutorias tienen arraigo inequívoco en el artículo 278 del C. de P. P. de 1971", no pudiéndoselas, pues, catalogar de injustas ni de arbitrarias. A lo sumo, anota, cabría "la tacha de error o discrepancias, insuficientes para deducir prevaricato, porque habría una connotación prohibida de la responsabilidad objetiva". Llama la atención respecto de la ausencia de provecho (que, según él, requiere el prevaricato), y afirma que su conducta es atípica, por no ser la providencia que se cuestiona "manifiestamente contraria a la ley". Demanda, así, la revocatoria del auto, con el fin de que se lo reemplace por la cesación de procedimiento.

El defensor, por su parte, alega que se trata de un problema de "interpretación" del dictamen, quedando a discreción del juez su aceptación o rechazo, según el artículo 278 mencionado, máxime que la experticia es "manifiestamente incongruente, cuyos términos son ostensiblemente excluyentes". Tampoco, arguye, el dolo se vislumbra por parte alguna. Concluye con solicitud idéntica a la de su acudido.

El señor Procurador 2° Delegado en lo Penal estima que el auto debe ser confirmado, ya que el dictamen forense ("absolutamente claro e inequívoco"), frente al artículo 673, no permitía "la interpretación" que aduce el procesado, y que no aparece en su inmotivada providencia, desconociendo de paso la obligación consagrada en el artículo 278 del Código que se viene citando.

Además, expresó:

"El médico legista en este caso concreto dictaminó, después de una introducción explicativa científica, que la progenitora del cautivo no registraba inminencia de muerte. Luego, a voces de la disposición citada, tal era la consideración a tener en cuenta, pues así lo ordenaba la mencionada norma cuando remite al médico oficial la función de proferir dicho concepto, el que mal podría ser suplido, analizado o menos desconocido por un lego en materias médicas como lo es el juez.

"Es decir, aparece totalmente caprichosa, infundada y maliciosa, esta grave inaplicabilidad del artículo 673 en que incurrió el juez, actitud que va en contravía de toda la praxis judicial que en este aspecto ya conoce, y tiene bien definido y transitado, un derrotero procedimental. Es de aquí de donde brota con nitidez la ilegalidad del comportamiento de Correa Burgos, de donde se descarta de plano una posible conducta culposa, y donde se pone de presente el medio fraudulento del cual se sirvió el exjuez para procurar la libertad de Vargas".

SE CONSIDERA:

El numeral 2° del artículo 673 del Código de Procedimiento Penal de 1971 decía que, "el Juez podrá aplazar la ejecución de la pena",... "cuando el sentenciado se

hallare atacado de grave enfermedad o cuando alguno de sus ascendientes o descendientes en primer grado o su cónyuge se encontraren en inminente peligro de muerte, a juicio de los médicos oficiales". Esta disposición se aplicaba también para suspender la detención preventiva, según el artículo 452 ibídem.

El defensor del procesado sostiene que la expresión "podrá" allí usada, significa que "es del resorte exclusivo del Juez conceder o negar el aplazamiento de la ejecución de la pena o la suspensión de la medida preventiva". Esta afirmación no es cierta. En efecto:

El término "podrá" aparece allí empleado con toda logicidad y coherencia, si se tiene en cuenta que presupone el recaudo de una peritación, específicamente deferida aquí a un profesional de la medicina, de carácter oficial, que como "dictamen de perito", debe ser valorado racionalmente por el Juez, quien determinará si lo acoge o lo rechaza, según las claras voces del artículo 278 ibídem. *Es éste, pues, el sentido del término "podrá" dentro de la disposición legal comentada.*

Hecha esa glosa, cabe en primer término recordar cuál fue el dictamen forense que encaró el Juez acusado: "las actuales condiciones de la señora Lilia Cuéllar de Vargas, indica que se encuentra gravemente enferma, pero realmente no inminente (sic) peligro de muerte" (fl. 3).

La dama examinada era la madre del procesado y detenido Vargas Cuéllar, para quien el artículo 673 exige que se encuentre "en inminente peligro de muerte". Nótese cómo este precepto prevé la "grave enfermedad" *únicamente* respecto del procesado, demandado para las demás personas allí nombradas un quebranto en la salud de mayores y trascendentales dimensiones, como es la inminencia o inmediatez de la muerte. Esto para significar que en el presente caso, el Juez no tenía base legal para apoyar su decisión en la enfermedad grave de la progenitoria del justiciable.

Además, aquél desconoció frontal y enteramente el mandato expreso del artículo 278 en cita (al cual paradójicamente, él y su defensor acuden para demeritar los cargos), atañadero a que el Juez, para aceptar o repudiar el dictamen, debe "expresar clara y precisamente las razones en que funda su decisión". En contraste con esta obligación figura el auto dictado por el doctor Correa Burgos:

"El artículo 673, aplicable a la detención preventiva, dice que ésta se puede suspender entre otros casos cuando alguno de los ascendientes se encontrare afectado de grave enfermedad. En el caso presente la ascendiente señora Lilia Cuéllar viuda de Vargas, se halla atacada de grave enfermedad, y por ende es el caso de suspender la detención preventiva del hijo procesado Alfonso Vargas Cuéllar" (Fl. 4).

En primer lugar puso en boca de la norma lo que la misma no dice, pues repítese que para personas diferentes al procesado el artículo 673 exige la inminencia de la muerte, que es un estado más avanzado que la simple enfermedad grave; en segundo término, no dio la más mínima razón de por qué se apartaba de la explícita e inequívoca conclusión del perito, que, al menos en principio, prohibía la suspensión de la detención.

Fue ya, posteriormente, que el sindicado, en su indagatoria y luego en sus reclamaciones (solicitud de cesación de procedimiento y razones de la apelación), pretendió "motivar" su reprochable decisión de 19 de diciembre de 1983, arguyendo en estas oportunidades procesales, que "en el derecho penal existe la teoría de la adecuación social que hace prevalecer la cultura sobre el derecho, y lo normal y jurídico es que todo hombre nacido de mujer se sienta conmovido cuando de una madre se trata y eso fue lo que hizo el juez David Correa Burgos cuando suspendió la detención preventiva" (fl. 53), o que la enfermedad grave y la inminencia de la muerte "son sinónimos" (fl. 56), motivo por el cual "considera" que el texto del artículo 673 está mal redactado, como también, y en consecuencia, que el dictamen del perito es "contradictorio y ambiguo)".

Ninguna de estas explicaciones son de recibo. La norma es de tal claridad que no permite diferentes interpretaciones, ni mucho menos pueden invocarse "teorías" para evitar su cumplimiento. No se trata, pues, de un problema de interpretación que hubiera podido conducir a un error sino de un manifiesto y franco desacato al claro y preciso texto legal).

El defensor del exjuez, pretendiendo apoyar una "interpretación", que, como se ha visto, *no existió,* cita un auto de esta Sala de 10 de julio de 1980, cuya parte pertinente dice:

"Cuando se imputa a un juez un delito supuestamente cometido al dictar providencia (prevaricato o abuso de autoridad) no es necesario examinar si la interpretación por él dada 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" (fl. 78 del cuaderno de la Corte).

Suspende el defensor la transcripción de la jurisprudencia justamente en la parte que le conviene, por ser la restante la que se avendría con el comportamiento de su representado. En efecto, sin solución de continuidad el auto en mención sigue así:

"Sólo cuando el funcionario emite providencia cuya ilegalidad sea manifiesta o cuando conculca arbitrariamente el derecho ajeno, o cuando mañosamente hace decir a la ley lo que ella no expresa, puede señalarse como ilícito su proceder".

Ahora bien: resulta igualmente claro que esa abierta rebeldía en que se colocó el sindicado con la ley, es reprochable a título de dolo (art. 36 C. P.), pues se reitera que es el mismo Correa Burgos quien dice y repite que no comparte la previsión legal cuando hace diferencias entre la enfermedad grave y el inminente peligro de muerte: "considero que ese término, inminente, debe ser desterrado del Código, porque sólo se presta a confusiones, ya que todo el que esté gravemente enfermo, está amenazado de muerte, que viene a ser lo mismo que decir en inminente peligro de muerte" (fl. 59): semejante manera de razonar no se concibe en quien como juez está encargado de acatar la ley y de aplicarla.

El dolo de prevaricato (delito contra la administración pública) aparece entonces ostensible. Basta, en la modalidad positiva o de acción, que el agente provea con

conciencia libre de que desconoce la ley, naturalmente con el presupuesto (que ya mira a la antijuridicidad material de la conducta) de que su decisión entrañe una lesión al mencionado bien jurídico. El "provecho" que echan de menos el procesado y su defensor nada tiene que ver en la estructuración plena de este hecho punible, y en el caso en que se obtenga, podría dar origen a un concurso con otro delito. En este orden de ideas, si el doctor Correa Burgos obró de manera abiertamente ilegal "para hacer un bien" (libertad del procesado para que asistiera a su madre enferma), este "noble" propósito deja intacto el prevaricato: si así no fuera, todo juez que considerara inhumana, sobrante, etc., una norma legal, dejaría de aplicarla para imponer su propio y personal criterio, lo cual no es siquiera pensable dentro de un estado de derecho.

Sin perjuicio de lo anotado, es de todos modos diciente que, según los autos, el doctor Correa Burgos sólo se haya sentido "conmovido" (son sus mismas palabras cuando, ya se vio, alude a la relación madre-hijo) y decidido a desconocer el artículo 673 del Código de Procedimiento Penal, en procesos por narcotráfico). (fls. 11 y ss.). Encuentra aquí, pues, cabida la consideración que hizo el Tribunal al revocar el auto del funcionario:

"Con fecha 19 de diciembre, es decir, el último día laborable respecto de las vacaciones judiciales, el Juzgado 2º Penal del Circuito concedió la libertad a Alfonso Vargas Cuéllar, procesado, como ya se dijo, por la tenencia de más de siete kilogramos de cocaína, en lamentable decisión contenida en una página, que no puede calificarse de providencia, en la cual señaló al beneficiado caución de diez mil pesos" (fl. 8).

Se cumplen, pues, los requisitos del artículo 470 del Código de Procedimiento Penal para que la resolución de acusación sea confirmada en su integridad, pues, además, nada tiene que objetarse a las razones de favorabilidad dadas por el *a quo* para conceder la libertad provisional al procesado con fundamento en que se haría acreedor a la condena de ejecución condicional.

Cuando ya estaba registrado el proyecto del presente auto, el señor defensor del procesado doctor Correa Burgos, solicitó la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal: "por virtud de no existir circunstancia de agravación punitiva de aquellas que prevé el artículo 66 del Código Penal y, en cambio, sí algunas de las determinadas y consagradas como circunstancia de atenuación punitiva en el artículo 64 de la misma obra, se infiere plenamente que la punibilidad sería la mínima, esto es, la de un año de prisión, que aumentado por haberse realizado el evento reprochable por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, como lo mandata (sic) el artículo 82 *ibidem*, síguese, de consiguiente, que la sanción mínima imponible no iría más allá de un (1) año y cuatro (4) meses de prisión, en correlación con el cargo definido en la resolución de acusación existente".

Ese planteamiento es a todas luces desacertado: multitud de veces ha sostenido la jurisprudencia (apenas avalando lo que la ley dispone con claridad) que para la prescripción de la acción penal los cálculos respectivos no pueden hacerse teniendo como norte la pena que en cada caso concreto gradúa *el juez*, sino, por el contrario,

con referencia a los topes máximos de pena señalados en *la ley misma*. También ha repetido la Sala que las circunstancias "concurrentes" de atenuación y/o de agravación previstas en el artículo 80 del Código Penal, son las circunstancias "específicas" y no las "genéricas", como sostiene aquí el señor defensor en apoyo de su tesis sobre la prescripción.

Desde hace mucho tiempo tal ha sido la premisa jurisprudencial: en casaciones de 7 de octubre de 1954 y 25 de marzo de 1955, y autos de 14 de febrero de 1957, 2 de abril de 1963 y 29 de julio de 1965, dijo al respecto esta Sala: "Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, se busca el máximo de la pena señalada en la ley para el delito *sub judice*, pero según el caso, relacionando ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece *para las modalidades específicas* que agraven o atenúen el hecho criminoso" (se subraya).

Y reiteró en auto de 30 de octubre de 1984:

"Ni bajo la vigencia del código anterior... ni de acuerdo con las disposiciones actualmente en vigor, es posible afirmar que la acción penal prescribe en un tiempo igual al de la pena imponible al procesado en caso de ser éste condenado por el delito que se le acusa, sino, como claramente lo disponen las normas anteriores y las actuales, en un tiempo igual 'al máximo de la pena *fijada en la ley*' (resalta la Corte), esto es, no en el tiempo en que, en caso de condena, pudiera llegar a determinarse por el Juez como pena imponible, sino aquél en que, sin acudir éste a las específicas situaciones referentes a cada procesado en particular, se indican por ministerio de la ley, objetiva y expresamente, como circunstancias que atenúan o que agravan las penas respecto de cada delito, en sí mismo considerado" (resaltado y paréntesis del original).

Y, finalmente, en auto de 14 de febrero último, dijo la Sala:

"Si la prescripción no es otra cosa que la extinción de la acción penal por el transcurso de determinado tiempo, ella no puede moverse sino dentro de límites ciertos y precisos, que son justamente los que consagra la ley; certeza y precisión en cambio, que, de suyo, resultan excluidas en el marco de una dosificación 'con fundamento subjetivo' o 'individual', que surge cuando se aplican las referidas circunstancias de tipo genérico".

El delito que se reprocha al doctor Correa Burgos aparece consumado el 19 de diciembre de 1983 (fecha del auto tildado de prevaricante), es decir que aún no han transcurrido los seis (6) años y ocho (8) meses necesarios para que opere el fenómeno prescriptivo, de conformidad con los artículos 80, 82 y 149 del Código Penal. De suerte que la solicitud hecha en tal sentido se despachará negativamente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador 2° Delegado,

RESUELVE:

1. NEGAR la cesación de procedimiento solicitada por el defensor del procesado.

2. CONFIRMAR la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Rafael Osorio Rodríguez (conjuez); *Alfredo Rey Córdoba* (conjuez); *Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.*

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PREVARICATO

Si la interpretación indebida de una norma legal se realiza sin tener conciencia del actuar ilícito, por más que la resolución emitida con base en dicha interpretación resulte opuesta al derecho, no existe prevaricato por acción.

Auto Unica Instancia. 20 de junio de 1989. Ordena cesar el procedimiento adelantado en contra de Ramón del Castillo Restrepo y Carlos Torres Bustillo, Gobernador y secretario de Gobierno del Departamento de Bolívar. F.F. Artículo 149 C. P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Unica Instancia número 2707. C. Ramón del Castillo Restrepo y Carlos Torres B.).

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 31.

Bogotá, junio veinte (20) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Debe pronunciarse la Sala sobre la cesación de procedimiento pedida por el defensor de los procesados Ramón del Castillo Restrepo y Carlos Torres Bustillo, acusados de prevaricato por actos cometidos en su carácter de Gobernador del departamento de Bolívar y secretario de Gobierno *ad hoc,* respectivamente.

ANTECEDENTES:

1. Las señoras Nurys y Ana María Cabarcas del Castillo mediante apoderado especial instauraron ante el alcalde municipal de Santa Rosa (Bolívar) querella policiva por perturbación de la posesión de su predio rural "Gardenia" ubicado en dicha jurisdicción municipal, hecho que atribuyen a los señores Jairo Meza Rhenals y otro, quienes meses atrás lo venían poseyendo en forma irregular.

El Alcalde Municipal asesorado por el Procurador Agrario radicado en Cartagena, en auto de 29 de octubre de 1987 se declaró incompetente para conocer de la acción policiva por haber discurrido más de treinta (30) días contados a partir del primer acto perturbatorio de la posesión y ordenó devolver la documentación al interesado.

Se fundamentó para ello en el artículo único del Decreto 1999 de 1940, cuyo texto transcribió en la mencionada providencia y es del siguiente tenor:

"Las autoridades de policía podrán evitar las vías de hecho en fundos rurales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 200 de 1936, siempre que la acción pertinente se instaure dentro de los treinta (30) días subsiguientes a la ejecución del primer acto perturbatorio o modificativo de un estado de hecho, existente con anterioridad a él, siendo entendido que las medidas que adopte la policía no constituirán obstáculo alguno para la intervención del respectivo Juez de Tierras".

2. Apelada dicha determinación por el apoderado de las demandantes, la Gobernación del Departamento de Bolívar mediante Resolución número 265 del 25 de enero de 1988, suscrita por el Gobernador Ramón del Castillo Restrepo y el secretario de Gobierno *ad hoc* Carlos Torres Bustillo, la revocó disponiendo la devolución de las diligencias a la oficina de origen para que continuaran su curso legal.

La Resolución en cuestión se apoyó en el hecho de que encontrándose el país en estado de sitio, la norma legal aplicable al caso era el artículo 3° de la Ley 201 de 1959, según el cual "...los particulares que hubieren poseído por más de un año inmuebles urbanos o rurales en las condiciones previstas en el artículo 1° de la Ley 200 de 1936 y hubieren sido despojados de la posesión por medios violentos o clandestinos, tendrán derecho a ejercer las acciones posesorias para recuperarlos durante el término de dos años, contados a partir de la fecha del restablecimiento del orden público...".

3. Por estos hechos el señor Jairo Meza Rhenals denunció penalmente al gobernador y secretario de gobierno *ad hoc* manifestando que "amañadamente" habían ampliado de treinta días a dos años el término para promover la acción policiva por actos perturbatorios de la posesión en predios rurales aplicando al caso una norma legal que era impertinente, pues el art. 8° de la Ley 201 de 1959, reservaba su aplicación únicamente a procesos judiciales concernientes a acciones rescisorias o posesorias.

4. Llamado a rendir indagatoria el exgobernador del departamento de Bolívar doctor Ramón del Castillo Restrepo, administrador de empresas de profesión, explicó que llegado el asunto en apelación fue encomendado su estudio al abogado del departamento doctor Gabriel García Díaz Granados persona de su entera confianza quien elaboró el proyecto de Resolución que firmó a conciencia de encontrarse ajustada la ley "aclaró que yo no soy abogado ni conozco el manejo de los códigos o sea que no tendría elementos de juicio diferentes a mi buena fe y a mi conciencia y al estudio de los documentos en este caso. Por último, deseo afirmar que en este caso específico no tuve ningún tipo de presión por parte de ninguno de los involucrados en el proceso ni la ejercía hacia quienes estaban estudiando el expediente".

Luego, expresó:

"... yo confié el estudio del expediente a los abogados de la Gobernación quienes realmente son las personas capacitadas para dilucidar las normas vigentes y aplicables a cada uno de los casos que se presentan a su estudio. Yo no estoy en capacidad de saber personalmente si tal o cual ley es la que se aplica o no y tengo que hacer un acto de fe en la persona que maneja estos asuntos. Es más, el señor juez me habla de un juicio posesorio o rescisorio y yo no puedo distinguir entre el uno y el otro, para mí se trata de una invasión y de saber si el alcalde podría conocer de ella o no..." (fls. 106 y 107 del expediente).

Por su parte, el doctor Carlos Torres Bustillo quien actuó como secretario *ad hoc,* por impedimento aceptado al titular, manifestó en síntesis que el proyecto de resolución fue estudiado conjuntamente por el abogado García Díaz Granados llegando a la convicción de que debía aplicarse al caso la Ley 201 de 1959.

"Leímos toda la Ley 201 de 1959 y por lo tanto el art. 8° de la misma, pero consideramos que este artículo que atribuye la competencia a un juez, se refiere a la parte judicial y no a la parte preventiva, que corresponde por competencia, en segunda instancia, al Gobernador del departamento, según normas de policía; y además, porque la ley de reforma agraria que si no me equivoco es la Ley 135 de 1961, trata de las acciones de policía posesorias por razón de perturbación de la posesión de predios privados...

"Las anteriores razones de orden legal, aunque incompletas y tal vez mal hilvanadas, nos movieron a dictar la Resolución por la que se nos denuncia, la que dicho sea de paso no resuelve el fondo de las pretensiones de la parte actora, pues su alcance se limita a indicar al señor alcalde que debe tramitar el proceso..." (fl. 100 *ibidem).*

El asesor jurídico del departamento, doctor Gabriel García Díaz Granados coincide con su colega, el abogado Torres Bustillo en la Ley 201 era la aplicable al asunto controvertido por encontrarse el país en estado de sitio y porque a los alcaldes y gobernadores les estaba asignada la competencia para conocer del amparo de posesión con el fin de conservar el *statu quo,* conforme a los arts. 125 y 131 del Código Nacional de Policía. Además, porque siendo una de las atribuciones de los gobernadores la conservación del orden público, la población de Santa Rosa se había caracterizado por la repetición de invasión de tierras.

5. Solicita el defensor de los sindicados Castillo Restrepo y Torres Bustillo cesar procedimiento en su contra, argumentando que el hecho atribuido a sus representados no encuadra en ningún tipo penal ni su comportamiento puede reprochárseles a título de dolo. Afirma que el caso conocido en apelación por la Gobernación del Departamento es bien diferente "a la acción sumaria del lanzamiento por ocupación de hecho, pues el actor ejercitó querella policiva –o interdicto posesorio recuperandi– en cuyo caso la prescripción de la acción no es de treinta (30) días sino de dos (2) años, conforme al artículo 3° de la Ley 201 de 1959", norma que en su opinión era la aplicable para solucionar el caso debatido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Los artículos 125 y 131 del Código Nacional de Policía, citados por el demandante para solicitar del alcalde municipal el restablecimiento y preservación de la posesión del predio rural "La Gardenia", ni ningún otro precepto del mencionado estatuto establecen un claro procedimiento a seguir en esta materia, ni señalan un término dentro del cual pueda ejercitarse la acción policiva encaminada a evitar la perturbación de la posesión o tenencia sobre un bien o a restablecer las cosas al estado anterior por lo que resulta indispensable acudir a las normas que venían rigiendo sobre el particular.

El artículo único del Decreto 1999 de 1940, reformatorio del 86 del Decreto 59 de 1938, reglamentario a su vez de la Ley 200 de 1936 (Ley de Tierras), facultó a las autoridades de policía para "evitar las vías de hecho" en fundos rurales, mientras intervenía el Juez de Tierras (hoy civil del Circuito), atribución que debía ejercerse por los interesados dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecución del primer acto perturbatorio o modificatorio de un estado de hecho preexistente.

Como vías de hecho, según definición legal del artículo reformado (86 del Decreto 59 de 1938) debían entenderse, a manera de ejemplo, aquellos actos "como cambio o destrucción de cercas, mojones o linderos, derivación de aguas y otros análogos, o de hechos que impliquen destrucción de riqueza como la tala de bosques...".

Resulta evidente, que las medidas adoptadas por la Policía en estas materias, dentro de su función específica de evitar las vías de hecho en predios rústicos, tienen carácter eminentemente provisional mientras interviene el Juez Civil competente que es el llamado a dirimir en definitiva los conflictos relacionados con la posesión o tenencia.

Desestimada por el alcalde municipal la querella policiva instaurada por haberlo sido más allá del término señalado, la Gobernación del departamento revocó dicha determinación mediante resolución cuestionada de ilícita fundamentándose en el artículo 3° de la Ley 201 de 1959, disposición claramente impertinente al caso debatido, pues no se trata de adoptar una decisión de carácter jurisdiccional relacionada con acciones rescisorias o posesorias y tendiente a impedir el aprovechamiento económico de la violencia generalizada durante el estado de sitio, razón de ser de la mencionada ley, sino de restablecer el statu quo –en un predio rural por actos perturbatorios de la posesión.-

Tampoco el caso tenía relación alguna con el ejercicio de las acciones posesorias de que trata el artículo 976 del Código Civil, por quien habiendo poseído por más de un año un predio rural en las condiciones previstas en el artículo 1 de la Ley 200 de 1936, es decir, mediante la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica, hubiere sido despojado de la posesión por medios violentos o clandestinos.

Conclúyese entonces, que la resolución tomada por los funcionarios incriminados, objetivamente considerada, resulta ser contraria al espíritu y contenido de la norma legal que le sirve de sustento.

Pero como quiera que el prevaricato por acción de que trata el artículo 149 del Código Penal, única hipótesis delictuosa atribuible a los sindicados, exige además para su configuración el elemento intencional o subjetivo consistente en el obrar con voluntad y conciencia de transgredir la ley, esto es, con dolo, es preciso indagar si dicho ingrediente irriga la conducta de los procesados.

Los elementos de prueba recogidos, especialmente las explicaciones rendidas por los tres sindicados, valorados en su conjunto, permiten aceptar que el exgobernador Ramón del Castillo Restrepo, persona totalmente ajena a las disciplinas jurídicas, obró con la más absoluta buena fe al darle vida legal al proyecto de resolución que le habían preparado los abogados de su confianza.

Lo mismo puede decirse del jefe de la Oficina Jurídica que actuó como secretario de Gobierno ad hoc, *doctor Carlos Torres Bustillo y del asesor jurídico que elaboró el proyecto de resolución para la firma del Gobernador, doctor Gabriel García Díaz Granados, quienes pese a ser abogados entendieron, sin dolo ni malicia, que interpretaban y aplicaban correctamente el art. 3° de la Ley 201 de 1959, porque consideraron que se trataba de una acción promovida para recuperar la posesión de un predio rústico, en circunstancias de turbación del orden público por conmoción interior y en una región azotada por continuos conflictos de tierras.*

Si la interpretación indebida de una norma legal se realiza sin tener conciencia del actuar ilícito, por más que la resolución emitida con base en dicha interpretación resulte opuesta al derecho, no existe prevaricato por acción ya que, desde el punto de vista subjetivo, no es posible considerar que en tal caso el sujeto agente entendió como manifiestamente contrario a la ley su comportamiento.

Como el delito de prevaricato exige que el empleado oficial profiera, a conciencia de su ilicitud, una decisión manifiestamente contraria a la ley y en el presente caso falta ese elemento subjetivo se desintegra el hecho punible predicado de la conducta observada por el gobernador del departamento, el secretario de Gobierno ad hoc y el asesor jurídico, personas que tuvieron que ver con la preparación y firma de la resolución gubernamental calificada de ilícita y quienes por razones de conexidad deben ser investigados y juzgados en un mismo proceso por la Corte como juez de mayor jerarquía (art. 84 del C. de P. P.).

Efectivamente, no existe elemento de convicción atendible que permita inferir que los procesados en forma arbitraria o caprichosa torcieron deliberadamente el espíritu y contenido de la norma aplicada al caso controvertido y en tales condiciones así deberá declararse para cesar procedimiento en su favor por no ser la conducta imputada constitutiva de delito como lo prevé el art. 34 del C. de P. P. vigente y lo solicita la defensa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, ordena cesar procedimiento contra los sindicados Ramón del Castillo Restrepo, Carlos Torres Bustillo y Gabriel García Díaz Granados en razón de los hechos por los cuales fueron vinculados en calidad de sindicados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CAUCION

La caución juratoria y la reducción de la prendaria son excluyentes.

Auto Segunda Instancia. 21 de junio de 1989. Niega la sustitución de la caución juratoria por la prendaria, al doctor Julio Alberto Sánchez Vega, exjuez 20 Civil del Circuito de Bogotá. Artículo 419 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(2ª Instancia número 2979 contra Julio A. Sánchez Vega. Delito: Prevaricato).

Magistrado ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobada Acta número 029. VI-14-89.

Bogotá, junio veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Negada la anterior petición del Exjuez 20 Civil del Circuito de Bogotá, doctor Julio Alberto Sánchez Vega, en el sentido de no acceder a la rebaja de la caución prendaria de 30 salarios mínimos impuesta por esta corporación para garantizar la libertad provisional concedida por auto de 9 de marzo de 1989, ni a la sustitución por la de carácter juratorio, vuelve a insistir en su pedimento, pero en esta oportunidad adjunta dos declaraciones extrajuicio de personas que afirman la carencia de recursos económicos del procesado, y una rendida por él en la que manifiesta no estar obligado a declarar renta y patrimonio, siendo en 1983 la última vez que lo hizo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La caución juratoria y la reducción de la prendaria son excluyentes: *Como lo afirmó la Corte en decisión de 20 de abril de 1989, en la cual se negó al doctor Sánchez Vega igual petición a la actual, el procesado hace concurrir dos impetraciones "totalmente diferentes entre sí": Por un lado, que se le cambie la caución prendaria por una juratoria y por otro, que se reduzca considerablemente el número de salarios mínimos a consignar.*

De conformidad con la Ley 2ª de 1984, aplicable a este caso para efectos de la libertad, al igual que en el actual Código de Procedimiento Penal, estas dos clases de cauciones son excluyentes; si bien es cierto que los fines en los dos casos son iguales: Garantizar la eventual comparescencia del procesado a la investigación, el fundamento fáctico y jurídico, es diferente en cada uno de estos eventos.

La caución prendaria consiste en el depósito de dinero que se fija teniendo en cuenta las condiciones económicas del procesado y la gravedad del hecho; en cambio la juratoria procede cuando a juicio del Juez el procesado carece de recursos económicos para constituir la prendaria.

La exclusión de los dos institutos es evidente: La caución juratoria exige la plena incapacidad económica del procesado para depositar suma alguna como garantía de la excarcelación, eliminando de hecho la posibilidad de alternarla con la prendaria, pues, si el liberado puede cumplir económicamente sólo con determinada suma de dinero, así debe manifestarlo en forma concreta suministrando la prueba conducente o los elementos de juicio necesarios para establecer tal hecho, siendo el Juez quien finalmente decidirá al respecto de conformidad con lo probado, pero imposible resulta hacer concurrir la absoluta falta de recursos económicos con la alternativa del depósito de parte de la caución prendaria fijada.

La caución juratoria está regulada por la ley procesal no como un medio para evadir la caución prendaria, sino como una equitativa manifestación del derecho penal demo-liberal que fundamenta la libertad como un derecho y no como un beneficio, limitándose el poder punitivo del Estado a imponer exigencias que los destinatarios de la ley puedan razonablemente cumplir y no a la imposición de deberes normativos imposibles de ejecutar, que a no dudarlo, cambian la legitimidad del jus puniendi en simple poder represivo, lejano a los fines garantizadores que guían al Estado en su función punitiva.

No se trata, en consecuencia, de fenómenos procesales alternativos apriorísticamente, en los que el juez tenga que recurrir al azar para escoger entre dos posibilidades que a pesar de ser excluyentes entre sí, se impetran al mismo tiempo: o se encuentra el procesado en las condiciones que motivan la caución juratoria o en las fundamentadoras de la prendaria, pero no puede encontrarse circunstanciado en las dos.

Si el procesado afirma carecer de recursos económicos para cumplir con la caución prendaria, es óntica y jurídicamente contradictorio, que también reconozca estar en condiciones de depositar parte o la totalidad de la suma de dinero impuesta, más aún, cuando se recurre a solicitar reducciones genéricas distantes de la seriedad de la decisión que se reclama, pues frente a una ambigua petición de rebaja de la caución prendaria, el juez no sabe cuál es la posibilidad económica real del procesado para cumplir con tal exigencia y bien puede suceder, que la reducción que se consideró razonable, tampoco pueda cumplirse o por el contrario, que sea tan disminuida que resulte prácticamente inocua ante las condiciones económicas del excarcelado.

2. *El caso concreto:* Aplicadas estas premisas al caso concreto, estima la sala que el exjuez Julio Alberto Sánchez Vega, recurre al precitado excluyente al solicitar,

nuevamente, la sustitución de la caución prendaria por la juratoria y "subsidiariamente" su reducción.

La subsidiaridad de estas dos clases de cauciones no pueden entenderse como sinónimo de alternatividad, lo cual significa, la posibilidad de aplicarse la una o la otra; las dos se excluyen y puede la juratoria ser subsidiaria de la prendaria, solamente en la medida en que pruebe la imposibilidad de cumplir con esta última.

El procesado, impetra la sustitución de la caución prendaria de treinta salarios mínimos por la juratoria "por su precaria situación económica", pero al mismo tiempo solicita la reducción por iguales motivos.

Si se encuentra en posibilidad de cumplir con el depósito de dinero, pero en menor cantidad, no resultaría cierto la carencia de recursos económicos que posibiliten la imposición de una caución juratoria; en estas condiciones, necesariamente, la petición está reñida con la verdad y se impone su negación.

De otra parte y además de lo expuesto, impera precisar que la prueba para pedir la reducción de la caución prendaria no puede entenderse como un requisito meramente formal y casi mecánico, sino que debe ser apta para llevar al Juez al convencimiento de la necesidad de rebajarla o sustituirla por la juratoria.

La renta y el patrimonio de quienes están obligados a declararlos o la excepción concreta para hacerlo, no puede ser certificada por la propia persona interesada, es una función exclusiva del Estado por medio del ente autorizado para ello, como es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; por ende, no puede suplirse esta oficial certificación con una declaración extrajuicio como lo hace el exjuez procesado en la que él mismo afirma no estar obligado a cumplir con tal exigencia legal.

Así mismo, los testimonios extraprocesales como los adjuntados por el exjuez, en los cuales cada uno de los declarantes en iguales términos afirman conocerlo y constarles que "es una persona que no es económicamente boyante", constituyen expresiones tan genéricas que, cuando menos, impiden conocer al juez, aspectos de importancia en esta clase de testimonios si se tiene en cuenta el fin probatorio perseguido, pues nada se dice sobre los motivos por los cuales les consta una situación generalmente privada de las personas, qué bienes le han conocido o si siempre ha carecido de patrimonio económico representativo, en fin, estas pruebas deben corresponder a personas en las que aparezca como razonable el cómo y el por qué pueden testimoniar sobre la carencia de un patrimonio "boyante", sino sobre la imposibilidad de prestar la caución prendaria impuesta.

Esta prueba así obtenida es la que puede servir de elemento de juicio serio y conducente para los efectos de rebajar o sustituir la precitada caución prendaria por la juratoria, teniendo en cuenta además, que no es el único fundamento, como parece lo entiende el peticionario, sino uno de ellos, ya que es también la "gravedad del hecho" otro de los parámetros que se impone para hacer dicha tasación.

3. *Conclusión:* En este orden de ideas, no se accederá a la reducción ni a la sustitución de la caución prendaria impuesta al exjuez Sánchez Vega, por una de carácter juratoria, y como hasta el momento no se ha acreditado su prestación, se

dispondrá hacer efectivo el auto de detención proferido en esta Corporación el 9 de marzo de 1989, para lo cual se ordenará su captura.

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

RESUELVE:

Primero: NEGAR la sustitución de la caución prendaria impuesta al exjuez 20 Civil del Circuito de Bogotá, doctor Julio Alberto Sánchez Vega, en este proceso, por la juratoria, al igual, que la reducción de aquélla.

Segundo: HACER EFECTIVO el auto de detención dictado por esta Corporación contra el precitado exfuncionario el 9 de marzo de 1989, para lo cual se dispondrá su captura por las autoridades respectivas.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge E. Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

FUERO

En relación con el Presidente de la República, cuando ya no ejerza el cargo y se trate de investigar hechos u omisiones comunes cometidos antes o después del desempeño del mismo, se imponen las reglas de competencia señaladas en el Código de Procedimiento Penal.

Para otros altos funcionarios del Estado tampoco opera el trámite constitucional, cuando se trate de hechos u omisiones ocurridos antes del desempeño del cargo y de delitos comunes que se investiguen después de su desempeño.

F.F. artículos 97 y 102 C.N.

Auto Unica Instancia. 21 de junio de 1989. Declara la competencia para conocer del proceso adelantado contra el general Manuel Jaime Guerrero Paz, actual Ministro de la Defensa Nacional, por actuaciones mientras era comandante de las Fuerzas Militares. Salvamento de voto: doctores Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Carreño L.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Unica Instancia número 3799 contra: Manuel Jaime Guerrero Paz).

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 29 de junio 14/89.

Bogotá, D. E., junio veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El H. Magistrado sustanciador ha proyectado un auto que declara la incompetencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer del presente caso; la Sala mayoritariamente se opone a tal criterio y procede a afirmar la competencia de la Corporación por las siguientes razones:

1. LA PRESUNTA HIPÓTESIS DELICTIVA:

Se ha remitido, por parte del señor Procurador General de la Nación para que se disponga lo pertinente en materia criminal por parte de la Corte Suprema de Justicia,

en relación con la actuación realizada por el general Manuel Jaime Guerrero Paz, en su condición de comandante de las Fuerzas Militares.

II. La regla constitucional de competencia:

1. *La Constitución Nacional con el propósito de preservar las actividades político-administrativas de los altos funcionarios del Estado, ha establecido en materia criminal un régimen especial para el juzgamiento del Presidente de la República, de los Ministros del Despacho, del Procurador General de la Nación, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Consejeros de Estado, consistente en que estos funcionarios deben ser previamente acusados por la Cámara de Representantes (art. 102-4) ante el Senado, Corporación que ejerce funciones judiciales consistentes en juzgar a los acusados por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o a indignidad por mala conducta, pudiéndoles imponer como sanción la destitución del empleo o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos, al tiempo que posibilita juicio criminal al reo ante la Corte Suprema de Justicia "si los hechos le constituyen responsables de infracciones que merezcan otra pena" (art. 97-2 C.N.); o "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" (Art. 97-3 C.N.).*

2. *Se tiene conforme a lo anterior que la Constitución Nacional establece para efectos del juzgamiento de estos altos funcionarios del Estado por parte de la Corte Suprema de Justicia, en materia criminal, una condición de procedibilidad, consistente en la decisión del Senado, corporación que debe resolver si hay o no lugar al seguimiento del juicio por la justicia ordinaria.*

3. *Este régimen especial en materia criminal se aplica a los aludidos funcionarios en la siguiente forma:*

a) *Presidente de la República: Conforme al artículo 131 de la Constitución Nacional "durante el período para que sea elegido, y el que se halle encargado del Poder Ejecutivo, mientras lo ejerza, no podrán ser perseguidos ni juzgados por delitos, sino en virtud de acusación de la Cámara de Representantes y cuando el Senado haya declarado que hay lugar a formación de causa".*

Con lo cual se establece que cualquiera sea la modalidad de la infracción cometida por el Presidente de la República, sin importar que esta haya tenido lugar antes de asumir tal investidura o durante el ejercicio del cargo, su juzgamiento (mientras sea Presidente) está necesariamente supeditado a la condición de procedibilidad establecida en los artículos 102-4 y 97-2-3 de la Constitución Nacional.

Igual procedimiento se impone en su juzgamiento cuando ha cesado en el ejercicio de su cargo, siempre que se trate de hechos u omisiones ocurridos en el desempeño del mismo (art. 102-4 C.N.), esto es, que se esté en presencia de delitos de responsabilidad.

A contrario sensu *se concluye, en relación con el Presidente de la República que si se tratare de hechos u omisiones ocurridos antes del desempeño del cargo, que se pretendan investigar cuando haya cesado en sus funciones, no se aplica el procedimiento aludido, sino que se impone el trámite ordinario, conforme a las reglas de competencia señaladas en el Código de Procedimiento Penal; lo mismo ocurre cuando*

se pretenden investigar los delitos comunes cometidos por el Presidente cuando ha cesado en sus funciones;

b) *Ministros del Despacho, Procurador General de la Nación, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado: Su juzgamiento por hechos u omisiones ocurridos durante el ejercicio de sus cargos, están sometidos a la condición de procedibilidad establecida en la Constitución Nacional, incluso cuando se intente su juzgazmiento cuando han cesado en su desempeño, siempre y cuando se trate de hechos u omisiones ocurridos en el ejercicio del mismo (Delitos de Responsabilidad); a* contrario sensu *se concluye, en relación con los citados funcionarios, que si se tratare de hechos u omisiones ocurridos antes del desempeño del cargo, sin importar que se pretendan investigar durante el cumplimiento del mismo o después de él, no están sometidos al trámite constitucional señalado, sino que su competencia corresponde a la justicia ordinaria; lo mismo ocurre con los delitos comunes cometidos durante el desempeño del cargo que se investiguen después de su desempeño.*

III. Decisión de la Sala:

Las diligencias remitidas a la Corte Suprema de Justicia indican que los hechos investigados por la Procuraduría General de la Nación tienen ocurrencia cuando el general Manuel Jaime Guerrero Paz se desempeñaba como Comandante General de las Fuerzas Militares, esto es, antes de ser Ministro de la Defensa Nacional, conforme a ello su juzgamiento no está sometido a los trámites previstos en los artículos 102-4 y 97-2-3 de la Constitución Nacional, siendo por ello competente la Corte Suprema de Justicia para su conocimiento (art. 68-7).

Conforme a lo dispuesto, vuelvan las diligencias al Despacho del Magistrado sustanciador para resolver lo pertinente.

Cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, (salvedad de voto); *Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* (salvo mi voto).

Marino Henao Rodríguez
Secretario

FUERO

En cuanto al fuero especialísimo que se consagra para los altos funcionarios del Estado, es indiferente que sea de los denominados comunes o de responsabilidad. Es regla básica o mínima intocable, que el fuero opera durante ese ejercicio.

Salvamento de Voto

(Unica Instancia contra: Manuel Jaime Guerrero Paz. M.P. Dr. Rodolfo Mantilla J.).

La conducta presuntamente delictuosa que se imputa al general Manuel Jaime Guerrero Paz, es verdad que se cumplió cuando este se desempeñaba como Comandante General de las Fuerzas Militares, correspondiendo, por tanto en ese entonces, la competencia a la Corte Suprema de Justicia (art. 68-7 del C. de P. P.).

Pero no es menos cierto que aquél se viene desempeñando en la actualidad como Ministro de la Defensa, razón por la cual la Corte no puede proceder contra él mientras no se satisfaga el procedimiento previsto por la Constitución Nacional en sus artículos 97 y 102 de la C.N.

El nivel de funcionarios que señala el art. 102-4 de la Carta, que constituyen la cabeza del Ejecutivo, de la Rama Jurisdiccional y de la Procuraduría General de la Nación, por las trascendentes funciones que les están asignadas en la marcha del Estado, en donde es factible los enfrentamientos de mutuo control o la afección de intereses de extraordinario poder, da lugar, no en beneficio particular de cada uno de ellos sino como garantía insustituible de independencia en el cabal cumplimiento de tan delicadas atribuciones, a que los organismos ordinarios de juzgamiento no puedan proceder contra ellos. No es que se asegure o propicie la impunidad de sus comportamientos, lo que sí traduciría un privilegio antidemocrático, sino que se establece, en razón de los altos fines que se dejan expresados, un sistema especial de fuero, que tiene que ser el más alto que la Carta prevé puesto que se trata, así mismo, de las más elevadas y comprometedoras funciones estatales.

La severidad del tratamiento procedimental es manifiesto y en este extremo rigor está precisamente otro argumento para advertir que el tratamiento de excepción que se les dispensa, no es para favorecer y dulcificar su comparecencia ante la justicia sino para garantizar que ésta se cumpla efectivamente. Nótese, a este respecto, cómo la sola aceptación de la acusación, da lugar a la separación de cargo; adviértase cómo la serie de instancias y recursos que normalmente acompañan a todo procesamiento desaparecen para desventaja del procesado que goza de este fuero la suprema ley se muestra sabia y necesariamente equilibrada. Advertida del poder múltiple, en todos los órdenes, del que está revestivo y puede accionar un funcionario de esta categoría, crea, como contrapeso, órganos y mecanismos de juzgamiento igualmente poderosos y efectivos; prevista la trascendencia que un acto delictivo, en esta clase de personas, puede comportar, establece un tratamiento riguroso y drástico. Todo está dispuesto para que se haga justicia, pero que se ejecute por quien puede realizarla con toda la ponderación e inflexibilidad que corresponde a estos estelares momentos de la vida nacional. Hay que vislumbrar no la infracción de mermada entidad, el delito de calderilla, sino la conducta que pueda sacudir los cimientos mismos de la estructura institucional. Sobre el particular mucho podría escribirse, consultando los conocidos derroteros de la ciencia constitucional, pero sobra abultar el asunto en este plano especulativo. La conclusión es que no se trata de un injusto privilegio, o una insensata prerrogativa, o un miramiento antirrepublicano. Conviene destacar, sí los siguientes perfiles, pertinentes por tratarse de la interpretación concreta de nuestra normatividad.

1. Para el fuero especialísimo que se consagra para estos seis órdenes de funcionarios –agregándose el Designado, art. 127 C.N.–, es indiferente que el delito

sea de los denominados comunes o de responsabilidad para que el cubrimiento se dé durante todo el tiempo de la investidura y su condigno efectivo ejercicio.

2. La única diferencia que entre una y otras conductas se establece, se cumple para ampliar el fuero pero no para restringirlo ni menos para cancelarlo. Pero la regla básica o mínima intocable, es la que el fuero opera durante ese ejercicio. La extensión de esta garantía constitucional más allá del término de la investidura, que muestra a las claras el celo del constituyente para establecerlo y fortalecerlo, se proyecta únicamente para los delitos de responsabilidad. Esta especial inmanencia del fuero indica que, así haya concluido el ejercicio del cargo, el juzgamiento de estos delitos de responsabilidad, será el mismo, o sea, la sucesiva intervención de la Cámara de Representantes, del Senado y de la Corte Suprema de Justicia. Lo cual quiere decir, por contrario, que los delitos comunes, los que no comprometen el servicio (con ocasión o en razón de él), cometidos durante ese desempeño oficial, retornan a la competencia ordinaria.

3. La Carta, para los delitos comunes, no diferencia si se cometieron antes o durante el ejercicio de la investidura. Y en aspecto de tanta monta, que envuelve en ocasiones la existencia misma de la normalidad institucional, no pueden existir distingos que contrarían su razón de ser y su finalidad. Curarse de sorpresas, de acciones de justicia pretextada, de ligerezas irresponsables, de actitudes vengativas, sin que existan los controles decisivos que la cuestión demanda, es propósito fundamental de esta forma de juzgamiento.

¿Podrá darse alguna diferencia, dentro de lo que constituye razón de ser de este aforamiento, entre la contingente intervención de una autoridad de policía, un juez municipal, etc., por delito cometido antes de recibirse la investidura, y lo que tales funcionarios pueden realizar, en el mismo sentido, cuando la acción delictiva surgió durante el ejercicio del cargo? ¿Qué no se podrá hacer mediante una justicia pretextada o dispuesta ocasionalmente, para distraer, obstaculizar o separar de sus funciones al procesado que goza y merece de este fuero especial? El Estado tiene derecho a que antes de discernirlo se hayan evacuado todas las denuncias, realizado las pertinentes averiguaciones y proferido las consiguientes sanciones que incluso impidieran el otorgamiento de esta investidura; pero lo que es insensato es tolerar que la indagación se suscite o continúe en el mismo nivel del procesamiento ordinario cuando se ha asumido el desempeño de tan delicadas y trascendentes atribuciones. Una gestión policiva o judicial de esta índole, así se tuviese por justa, real y correcta, contiene implicaciones no sólo de duda, desprestigio y envaramiento de la administración pública, sino que puede llevar a esta convulsiones y colapsos sociales políticos funestos e irreparables, que es necesario conjurar mediante el otorgamiento de una extraordinaria forma de juzgamiento. ¿Qué pensar y qué esperar de una organización utópicamente idealista que deja expuesto a un Procurador General de la Nación, a lo que pueda intentar contra él, una autoridad judicial o policiva, por infracción leve o grave que acontenció antes de discernirse esta alta investidura? El legislador, con la forma de juzgamiento que se interpreta y que se muestra democrática cuando sopesa desigualdades necesarias, se cuida, y hace bien, de estos procesos semi-olvidados o incoados por motivos circunstanciales, que se dirigen o pueden aprovecharse con fines y objetivos perniciosos. Mientras el texto constitucional obedezca a un modo de

pensar como el que se deja analizado y esté redactaddo en la forma en que lo está, es inevitable concluir de la manera dicha. De *lege ferenda* podrá pensarse en excluir la intervención política del Congreso, para dejar actuante a la Rama Jurisdiccional, pero lo que sí debe seguir como tesis inmutable es el que se intervenga, en estos casos, por el máximo Tribunal de Justicia que consagre la Carta y que el fuero se extienda, durante la investidura, a los delitos cometidos con precedencia a ésta. Esto es lo justo, acertado y conveniente.

¿Tendrá que volver a sufrir el país y la justicia el espectáculo triste del Ministro Lara Bonilla, a quien se le privó de este fuero constitucional y se le expuso al efecto de la lucha política, contienda que debió tener el mismo escenario en donde se suscitaron? De este conflicto la justicia no salió bien librada sino oscurecida y deslustrada y las funciones de un Ministro se entorpecieron y quebrantaron hasta reducirla a impotencia estéril y desdorosa. ¿Tendrá que propiciarse la tragicomedia en que los inferiores juzgan a los superiores, para cobijarlos con impunidad o postrarlos, porque los dos eventos puedan darse por igual y con iguales consecuencias dañinas y censurables, en carne de un Magistrado de la Corte, o de un Procurador General de la Nación, o de un Consejero de Estado? ¿Será esto lo que quiere la Constitución, o más bien lo que ha creado esta clase de interpretaciones, que a título de acatar pautas de igualdad, democracia, republicanismo, e imparcialidad, dignidad de la judicatura, propiciar situaciones bien distintas. No se engrandecen y sí se deterioran así las instituciones. La sabiduría del Constituyente se empequeñece y borra con un criterio de esta índole?

e) Cuando existe una conducta o un proceso anterior a la investidura que genera el fuero, durante su goce, todo debe concentrarse para efectos de su juzgamiento. ¿Qué se está llevando al fuero algo que no le compete? Pues lo mismo puede decirse, a no ser que se quiera caer en mayor exabrupto y en mayor negativa del claro propósito de la Carta, del delito común cometido durante el tiempo que se es Presidente, Consejero, Magistrado o Procurador; y también, a lo que la Sala ha dicho en torno al art. 85 del C. P. P., permitiendo la conjunta averiguación y sancionamiento de personas con fuero y procesados carentes de él. Si durante el término específico del fuero, no se pudiera conocer sino de delitos de responsabilidad, el art. 102-4 de la C.N., no habría previsto su salvedad final. Nótese que este precepto distingue: si se trata de delitos de responsabilidad, el fuero se mantiene, así haya cesado el desempeño del cargo. Si se trata de delitos comunes (los antecedentes al cargo o los cometidos durante el mismo), los jueces ordinariamente competentes retoman esta atribución de juzgamiento.

Desaparecida la investidura oficial que otorga tan singular protección, dispuesta en razón de las sobresalientes funciones que se cumplen, si el juzgamiento no ha concluido, debe procederse a remitir lo actuado, y que se relaciona con delitos comunes cometidos antes de empezar el desempeño del cargo o durante el mismo, al funcionario naturalmente competente en la jurisdicción ordinaria. La tesis resulta tan coherente y clara que el propio legislador ordena la retención de la competencia solo, exclusivamente, para los delitos de responsabilidad cometidos en el ya mencionado período;

f) La Sala, al menos, ha reconocido dos evidencias: que los delitos comunes cometidos durante el ejercicio del cargo de cualesquiera de los funcionarios aforados (art. 102-4 C. N.), reclama esta doble garantía, o sea, la intervención de la Cámara de Representantes, del Senado y de la Corte Suprema de Justicia; y, que en cuanto al Presidente de la República y el Designado, en su caso (art. 131 C. N.), así se trate de delito común cometido antes de recibir la investidura correspondiente, se impone también la extensión del comentado fuero.

Lo que no se ha querido ver, y el asunto tiene idéntica claridad, es que los artículos 97 y 102 en ninguno de sus pasajes distingue el delito cometido antes de empezar el ejercicio del cargo y el que se realiza durante el desempeño del mismo, y, por tanto, no le es dable al intérprete, en desmedro de algo tan fundamental como este fuero constitucional, establecer diferencias. Como tampoco el influjo que tiene el citado 131 de la C. N., que debe extenderse, en la interpretación integral correspondiente, a todos los que están en un mismo nivel de aforamiento.

¿De qué vale preservarle al Procurador, por ejemplo, la autonomía de sus delicadas funciones, pero sólo por delitos cometidos durante ese delicado ejercicio, si cualquiera, por recta intención o dañado propósito, puede atentar el seguimiento o la iniciación de una acción por conducta suya cuando no era Procurador y que puede implicarle la suspensión o la pérdida del cargo o la privación de libertad, procesamiento realizado ante autoridades administrativas, policivas, militares, judiciales, etc., las cuales no tendránla altísima categoría de la Corte? ¿Y no es que se quiera menoscabar sus atributos, pues tampoco lo hace el legislador cuando al competente por razón de territorio o naturaleza del hecho prefiere un Tribunal de Distrito o la Corte misma, y a los fines perseguidos en esta clase de fuero, se repite, no obrarán las mismas consideraciones para establecer que otros inferiores organismos no deben intervenir contra estos funcionarios, trátese de delito cometido antes o durante el desempeño de tales cargos?

La decisión tomada reconoce un fuero a medias, incompleto, deficiente, noción que no debe suponerse ni cargarse al legislador. La institución, así concebida, no pasaría de exhibir un atuendo bastante singular. Si se permite un símil sartorial, sería tanto como advertir, en la parte superior, el uso de sombrero, lentes doctorales, camisa de cuello duro, chaleco y saco, pero en la inferior, ausencia de toda prenda. Un modo de concebir así el instituto, con protecciones máximas en un momento y, en otro igualmente necesario y exigible, sin ninguna, obedece a una concepción un tanto extraña, así como se exhibe la persona que se ha descrito, con tan inusual forma de vestir. Hay quienes gustan de vestir así las instituciones o mejor, de desvestirlas.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez, Jorge Enrique Valencia M.

REVISION

Para que proceda la revisión se requiere la demostración suficiente de los motivos alegados de acuerdo con las correspondientes causales previstas por las normas procesales.

Auto Revisión. 23 de junio de 1989. Niega la revisión del proceso que, en contra de Agustín de Jesús García Mona, se adelantó en el Distrito Judicial de Medellín, por el delito de homicidio. F.F. Artículo 231 C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Revisión número 2668. Agustín de Jesús García M. Delito: Homicidio culposo).

Magistrado ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobada Acta número 0028 (junio 13 de 1989).

Bogotá, D. E., junio veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decide la Sala el recurso de revisión propuesto por el apoderado de Agustín de Jesús García Mona del proceso que por el delito de homicidio (en accidente de tránsito) del cual fuera víctima la enfermera Beatriz Elena Ceballos, se adelantara contra el mismo y en el cual resultara condenado –según fallos del Juzgado 5° Superior de Medellín y del Tribunal Superior de la misma ciudad calendados en marzo 7 y mayo 17 de 1986, respectivamente– a la pena principal de seis (6) meses de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y a sufragar la indemnización de los perjuicios ocasionados; ello por hechos ocurridos en noviembre 18 de 1980 en la zona urbana de la capital antes aludida.

HECHOS:

Los relató el Tribunal de Medellín en su fallo, así:

"...Como a la una y media de la tarde del dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos ochenta (1980), en la intersección de la carrera 78 con calle 32 (sector de

Miravalle del barrio Belén de esta ciudad), cerca a un punto de control de tiempo existente por aquella época, coincidieron en llegar simultáneamente el bus de servicio público marca "Dodge" de placas TA-8105 conducido por Agustín de Jesús García Mona y el automóvil marca "Renault" 4 de placas particulares IW-6010 conducido por la profesional de la enfermería Beatriz Elena Ceballos Restrepo. Al producirse la colisión, el automóvil fue embestido de costado por el bus que lo arrolló y arrastró hasta reventar el barandal de un puente y luego arrojarlo por el talud de una canalización. De resultas del "encontronazo" (sic)... la única ocupante del Renault llevó las de perder destruido totalmente el automóvil, la ofendida fue rescatada debajo del bus con heridas de tal magnitud que la llevaron a la tumba a pesar de los esfuerzos de los galenos durante dos días al cabo de los cuales falleció a causa de múltiples traumatismos especialmente craneoencefálicos, lesiones que el legista calificó de esencialmente mortales..." (fl. 212, cdno. 1°).

ACTUACIÓN PROCESAL:

Iniciada la investigación, se adelantó con la práctica de las pruebas necesarias, oyéndose en indagatoria al acusado García Mona quien dio como explicaciones el transitar a la velocidad permitida y ser escasa la visibilidad por encontrarse estacionado otro vehículo. Constituida parte civil y cumplidas las pruebas pertinentes, se clausuró la etapa sumaria y se profirió por el Juez del conocimiento auto de proceder contra el dicho García M., por homicidio-culposo, dada su actuación imprudente que dio lugar al accidente de tránsito. Ejecutoriada esa providencia, cumplidos los trámites de rigor, se efectuó la audiencia pública en la cual el jurado respondió afirmativamente la pregunta a él formulada sobre la responsabilidad del acusado y con esta base se dictó la sentencia –condenatoria– de primera instancia, confirmada luego por el Tribunal, como queda expresado.

En el *trámite del recurso* ante esta Corporación, una vez admitida la demanda a la cual se acompañaron copias de diversas piezas procesales, se abrió a pruebas sin que las partes formularan petición alguna (fls. 89 y ss., 92 vto. Cdno. Corte), como tampoco presentaron alegaciones dentro del término correspondiente (fls. 93 y ss., 100), conforme a las constancias que obran en autos.

LA DEMANDA:

El actor hace relación de los hechos y de la actuación procesal con la anotación de que en el acta de levantamiento del cadáver se identificó a la occisa como Beatriz Elena Caballero Restrepo, que el protocolo de autopsia no aparece firmado por quien la llevó a cabo y que con base en estos documentos y "...testimonios ostensiblemente falsos, llevados ex-profeso por el señor apoderado de la parte civil... "se llamó a juicio y adelantó el diligenciamiento. Invoca, para pedir la revisión, las causales tercera (por falsedad de alguna prueba) y cuarta (prueba secreta) conforme al art. 584 del anterior estatuto procesal penal y propone las alegaciones que se procede a resumir:

En relación con la *causal tercera:*

Afirma la falsedad del acta de diligencia de levantamiento porque auncuando expresa que la víctima fue plenamente identificada, anota el nombre ya indicado y un

número de cédula de ciudadanía sin precisar su lugar de expedición. Observa que la apocrifidad no requiere su declaración en fallo y basta que obre en el proceso afirmación contraria a la verdad y sobre el acta respectiva se haya desarrollado la actuación.

También sostiene la falta de verdad en el acta de necropsia, porque no está firmada y "...lo más censurable y que por sí solo considero que acarrea la necesidad de la revisión demandada, es que se ha fingido una firma con signos cabalísticos, abreviados, que no corresponden a ningun alfabeto conocido..." cuando se trata de acto fundamental. Alude al art. 231 del anterior C. Penal y deduce que quien escribió la mentada acta no quiso suscribirla (art. 153 Dec. 409/71) contra obligación impuesta por la ley.

Enuncia así mismo que los testimonios tenidos en cuenta adolecen de la misma irregularidad, pues de los grupos opuestos de declarantes los falladores atendieron a los que acusaban al procesado, sin tener en cuenta que habían sido convencidos de falsedad de acuerdo con lo que establecieron las autoridades de tránsito y la acusación de estos testificantes es la excesiva velocidad del vehículo del acriminado, prescindiendo de la imprudencia de la víctima al no efectuar el "pare" a que estaba obligada.

Insiste en la no veracidad de tales declarantes de cargo conforme a las constancias procesales y porque el rastro de la frenada o la huella dejada por los neumáticos del automotor al aplicarse los frenos, no corresponde a la gran velocidad aseverada por aquéllos.

En cuanto a la *causal cuarta:* –cuando la sentencia se ha obtenido por prueba inexistente en el proceso:

Advierte que se abstiene de hacer consideraciones y queda a criterio de la Corporación ello porque –a su juicio– la arbitrariedad del fallo deja la sensación de que este y el veredicto que lo sustentó: "...posiblemente se produjeron por motivos o pruebas que no aparecen en el expediente, pues francamente a errores de tal naturaleza no es fácil encontrarles explicación...".

SE CONSIDERA:

I. *Para que proceda la revisión se requiere la demostración suficiente de los motivos alegados de acuerdo con las correspondientes causales previstas por las normas procesales, en forma que permita deducir la inocencia o irresponsabilidad del acusado, o que la acción penal se adelantó y sufrió el fallo correspondiente no obstante existir circunstancias de improcedibilidad. Y así se requiere, ya que a través del recurso se trata de dejar sin efecto la cosa juzgada, principio esencial del orden social, lo cual sólo puede ocurrir al demostrarse la existencia de situaciones que impliquen la operancia de un grave error judicial cuya reparación o remedio interesa primordialmente a la sociedad que exige la aplicación razonada y lógica de las normas dictadas para su organización y relaciones de armónica convivencia.*

II. *En el presente caso el actor se limita, con respecto a la causal tercera del art. 584 del anterior C. de P. Penal, a plasmar determinadas afirmaciones que sustenta en diversas consideraciones y argumentos sobre las pruebas que se tuvieron en cuenta*

para la condena y que se agregaron al proceso, pero sin presentar ningún nuevo elemento probatorio en apoyo de tales aseveraciones.

Tampoco en la demanda se indicó cuáles eran los nuevos medios de convicción destinados a acreditar los supuestos contemplados en las causales alegadas, resolviéndose darle curso por cuanto en el desarrollo del trámite pudieron aportarse y predicarse las pruebas respectivas sin que ello ocurriera.

III. *De los planteamientos de la demanda se desprende que se pretendía inferir la falsedad alegada de la misma realidad procesal, lo cual no resulta admisible, pues, conforme a la naturaleza del recurso, no se trata de someter nuevamente a debate las pruebas ya existentes y su valoración, sino de aportar medios de convicción bastantes para demostrar la falta de fundamento y el error de la condena que implique su invalidación.*

IV. Examinados concretamente los motivos alegados, se ratifica lo anteriormente expresado, porque en relación con la falsedad afirmada del protocolo de autopsia y el efecto de la inexactitud en cuanto al apellido de la occisa en el acta de levantamiento, fueron situaciones conocidas y examinadas en los autos, al determinarse que existía la firma aludida y que no podía dudarse de la identidad de la víctima del accidente materia de investigación.

Lo mismo puede decirse respecto a la apreciación de los testimonios realizados por los falladores y que generó en la primera instancia el auto de proceder y la condena, sin que sobre esta base –como sobre los anteriores motivos– pueda reabrirse el debate por las solas enunciaciones o razonamientos del libelo de revisión.

V. Respecto a la causal cuarta, cabe hacer similares observaciones pues el actor pretende deducir su demostración o existencia del supuesto previsto de la arbitrariedad o falta de fundamento de las decisiones adoptadas, conforme a su interpretación de la prueba; lo cual es inadmisible desde todo punto de vista y no puede dar lugar –por lo mismo– a la revisión impetrada.

VI. Se observa también que se abstuvo de presentar alegación en el término correspondiente, como se requeriría para apoyar y desarrollar las lucubraciones pertinentes. Si bien, conforme a jurisprudencia de esta Corporación (Sents. Sep. 11/76, G. J. números 2330/32, p. 266, Mag. P., doctor Mesa Velásquez; feb. 10/81, Mag. P., doctor A. Reyes Echandía; abril 12/84, Mag. P. doctor Luna Gómez), tal alegación no es indispensable cuando en autos –o al través del recurso– se han aportado elementos probatorios suficientes y se han propuesto inicialmente en la demanda los razonamientos necesarios para demostrar las causales alegadas; en este caso tal omisión resulta congruente con la inexistencia de enunciación y presentación de pruebas para sostener el recurso extraordinario.

En caso que guarda similitud con el que ocupa ahora la atención de la Sala, esta expresó:

"...El recurso de revisión no es una tercera instancia y para que pueda tener existencia, como es apenas obvio, es menester demostrar alguna de las causales de revisión previstas en la ley procesal..."

"...Lo que invoca el libelo, como con acierto lo releva el concepto del Procurador Delegado, requiere el establecimiento objetivo de la falsedad de la prueba en que se funde la condenación, con elementos de juicio distintos. Sin embargo, en relación con las objeciones que la demanda formula al amparo de la causal tercera de revisión, se observa que el demandante consagra su empeño en criticar la prueba testimonial tenida en consideración en la sentencia, como si la reapertura de una controversia en torno al valor probatorio de aquellas, fuera el medio idóneo de relevar la supuesta falsedad de la misma. Es decir, la pretensión del actor está orientada a hacer prevalecer su personal criterio sobre el valor de la prueba, con olvido de que semejante procedimiento no es la vía adecuada para demostrar su censura de falsedad, pues por notorio que sea para el reclamante el error del juzgado en la estimación de los testimonios recogidos, ello es completamente inconducente e ineficaz para evidenciar el motivo de revisión alegado...".

"...Es que, como lo ha repetido esta Corporación incansablemente, la presunción de verdad que ampara la cosa juzgada no se puede desvirtuar acudiendo al expediente de hacer un nuevo análisis de las pruebas que sirven de sustento al fallo de condena dentro del proceso cuya revisión se busca, sino demostrando en el término probatorio del recurso, con elementos de información diferentes, que realmente se ha operado el evento de revisión que apunta la demanda. Si así no fuera, quedaría desnaturalizado el carácter extraordinario del recurso que, contra toda ordenación procesal, quedaría convertido en una tercera instancia..." (Cas. mar. 10/82, C.S.J. número 2408, fl. 42).

VII. Así, no puede decretarse la petición formulada por el demandante.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

NEGAR la revisión impetrada.

Devuélvase el proceso al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

VIOLACION INDIRECTA

Tratándose de error de derecho, recuérdese que a él se llega mediante falsos juicios de legalidad o convicción. Debe tratarse, además, de un yerro manifiesto en cuanto ostensible o protuberante.

Sentencia Casación. 23 de junio de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Carlos Perdomo Barajas, Ana Hercilia Jiménez de Díaz y Guillermo Herrera, por el delito de Falsedad en Documento Público. F.F. Artículo 226 C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Casación número 3068 contra: Ana H. Jiménez otro. Por falsedad T.S. Bogotá).

Magistrado ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobada Acta número 29 de junio 14/89.

Bogotá, junio veintitrés (23) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del catorce de abril de 1988 confirmó con algunas modificaciones y adiciones la proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Superior de la misma ciudad, condenando a los sujetos Carlos Perdomo Barajas a la pena principal de treinta (30) meses de prisión como autor responsable del delito de Falsedad Material de Particular en Documento Público y a Ana Hercilia Jiménez de Díaz y Guillermo Herrera a la pena principal de veinte (20) meses de prisión como cómplices del mismo comportamiento delictivo. Los condenó igualmente a las penas accesorias de rigor y les negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Contra la anterior decisión interpusieron recurso extraordinario de casación los defensores de Ana Hercilia Jiménez de Díaz y Guillermo Herrera, el cual fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

Presentadas las demandas sustentatorias del recurso, estas fueron declaradas ajustadas a los requisitos legales, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo penal, procede la Corte a resolver lo pertinente.

I. HECHOS:

Los hechos que dieron origen al proceso los relata el Tribunal Superior así:

"Según se deduce de los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, en diciembre de 1981, Campo Edilberto Sierra Reyes solicitó los servicios de un intermediario ante el Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de esta capital para que le tramitara la expedición de la licencia de conducción sin necesidad de presentar los exámenes correspondientes. Luego en el mismo mes, se estableció que las firmas de los revisores técnicos Iván Ospina Pinilla y Elsa Lilia Mikán, así como las impresiones de sellos colocadas sobre cada una de ellas en la tarjeta de datos personales del solicitante, son falsas".

II. ACTUACIÓN PROCESAL:

La acción penal que originó estos hechos se inició en el Juzgado 30 de Instrucción Criminal de la ciudad y una vez perfeccionada la investigación, el Juzgado 19 Superior convocó a juicio criminal de tramitación ordinaria a los sujetos Carlos Perdomo Barajas, Ana Hercilia Jiménez de Díaz y Guillermo Herrera, sobreseyendo definitivamente a Campo Edilberto Sierra; calificación que se dedujo así:

Carlos Perdomo Barajas, como autor responsable del delito de Falsedad material de Documento Público y los restantes como cómplices del mismo comportamiento delictivo. Transcurrido el término probatorio de la causa, se verificó la audiencia pública y posteriormente se profirieron los fallos de primera y segunda instancia ya reseñados.

III. LAS DEMANDAS DE CASACIÓN:

Contra la sentencia de segunda instancia se presentaron dos (2) demandas de casación, las cuales serán estudiadas en su orden por la Sala así:

Primera demanda:

Presentada por la defensora de Ana Hercilia Jiménez de Díaz, en ella se impugna el fallo del Tribunal Superior formulándole dos cargos, en el marco de la causal primera, cuerpo primero, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior, aplicable al presente caso.

Primer cargo:

Se acusan los fallos de instancia por errónea aplicación de la ley sustancial, al considerar que los hechos investigados se adecuan al tipo penal descrito en el artículo 220 del Código Penal y no en el 222 *ibidem*, por el cual se llamó a juicio y se condenó a su asistida.

En desarrollo del cargo el libelista aduce que se infringieron el principio rector del debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, repetido en el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal y los artículos 1° y 3° del Código Penal.

La casacionista apoya la censura con el siguiente racionamiento:

"En el caso *sub examine* tenemos comprobado por el experticio judicial emanado del Is (sic) división de laboratorios e identificación sección de análisis de documentos, del Departamento Administrativo de Seguridad, que los sellos y unidades grafonómicas cuestionadas difieren plenamente con las grafías y sellos auténticos; que al ser cotejadas las firmas con los manuscritos de los sindicados se pudo establecer que ninguno de ellos es el autor de dichas firmas".

"Por tal razón si los hechos investigados configuran delito no podrían encuadrarse dentro del artículo 220 sino dentro del artículo 222 del C. P., pues en cuanto a la apocrifidad de las firmas y sellos estampados en la tarjeta de datos del señor Edilberto Sierra, no existe duda pues el dictamen así lo ha confirmado, pero que dichas grafías hayan sido consignadas de puño y letra por cualquiera de los sindicados, es el más grave error por cuanto la peritación es clara al concluir que ninguno de los sindicados fue el autor de dichas firmas; es decir que ninguno de ellos concurrió a la falsificación".

Segundo cargo:

Se acusa la decisión del Tribunal Superior por errónea interpretación de la norma sustancial aplicada ya que no le reconoció la condena de ejecución condicional (artículo 68 del C. P.), cuando en criterio de la casacionista su otorgamiento "no debe ser exclusivamente decisión discrecional del Juez, pues su determinación debe depender de pruebas existentes en el proceso relacionadas con los antecedentes del procesado y dentro de este plenario no existen antecedentes en contra de mi defendido; además la modalidad y la naturaleza de este hecho en cabeza de mi defendido no es de tal magnitud para calificar como peligrosa y requerir tratamiento penitenciario en caso de ser condenado, pues sería manifiestamente contrario a la realidad probatoria".

Segunda demanda:

Presentada por el defensor del procesado Guillermo Herrera, en ella se impugna el fallo del Tribunal Superior, formulándole dos cargos en el marco de la causal primera de casación, artículo 580 del Código de Procedimiento Penal artículo aplicable al caso.

Primer cargo:

En este caso se acusa la sentencia de segunda instancia por violación indirecta de la ley sustancial, por manifiesto error de hecho y de derecho en que incurrió el fallador en la apreciación de la prueba y que en criterio del censor lo llevaron a dar por establecida, sin estarlo, la prueba de la responsabilidad penal del procesado Herrera en relación con el delito de falsedad documental.

En la demostración del cargo el casacionista procede al análisis de las pruebas que en su concepto desconoce el fallo del Tribunal; para concluir que no existe la plena prueba que para condenar exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal. Discurre así el censor:

"No existe en el proceso declaración de testigo que ofrezca motivos de credibilidad de que Guillermo Herrera haya prestado su colaboración para la colocación de las firmas de los peritos y los sellos fueran colocados en la tarjeta de conducción solicitada ante las autoridades de Circulación por Edilberto Sierra, y menos de que haya colaboración con los autores de los delitos de falsedad y uso de sellos falsos, puesto que si no se pudo establecer a lo largo del proceso cuál fue el autor de tales delitos, menos se pudo clarificar el grado de participación de los tres condenados por tales delitos".

Señala además que el Tribunal no indicó si la complicidad de su poderdante era "necesaria" o no "necesaria" y esta distinción es indispensable establecerla para la adecuación de la pena, puesto que la primera o sea la necesaria equivale a la coautoría y se sanciona con la pena establecida para el delito, mientras que en la no necesaria se regula la sentencia con sujeción a una apreciable disminución de la pena".

Concluye el censor señalando en relación con este cargo "que el Tribunal infringió en forma directa los artículos 204, 215, 216 y 217 del anterior Código Procesal Penal, y ese tipo de violación de normas procesales que en forma directa incurrió el Tribunal, se refleja en la violación indirecta de los artículos 20 y 24 del actual Código Penal. El primero por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación en la sentencia quebranto al que se llegó por manifiesto error de derecho".

Segundo cargo:

Lo hace consistir en la inaplicación del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal:

"Ya que a la constancia esgrimida por el Tribunal para negar el beneficio de la condena de ejecución condicional se contrapone la certificación expedida por el mismo funcionario en la que se asegura que Herrera no se encontraba vinculado a dicha investigación, hecho similar que se repite respecto de una segunda certificación expedida por el señor Juez 27 Penal Municipal de Bogotá. Ello le indica que se está en presencia de un error de derecho pues estas simples constancias no configuran plena prueba, por lo que se infringieron los arts. 204, 215, 216 y 217 del C.P.P., para lograr al final la vulneración del 68 del C.P.".

IV. Parte no recurrente:

El procesado Carlos Perdomo Barajas quien no recurrió en casación por medio de apoderado presentó memorial en el cual coadyuva la demanda de casación presentada por el apoderado del procesado Guillermo Herrera, en lo relativo al segundo cargo hecho en esa demanda.

V. Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

VI. Consideraciones de la Sala:

Se ocupará la Sala de cada una de las demandas respondiéndolas en su orden de presentación.

Demanda a nombre de Ana Hercilia Jiménez de Díaz.

Primer cargo:

La esencia del cargo consiste en que la censora opina que se infringió en forma directa la ley sustancial por errada escogencia del tipo penal, puesto que en su sentir no se trata de vulneración de la norma contenida en el artículo 220 del Código Penal, sino de la del artículo 222 *ibidem*.

Este cargo no puede prosperar por los errores en que incurre la censora, que ignora que la noción del sujeto activo del delito de Falsedad Documental no puede circunscribirse al acto mecánico de impresión de unas firmas sin que trascienda como en el caso que se resuelve, al dominio del hecho por parte de quien controla, en lo fundamental, la obra criminal, y no atenta contra su condición de autor del delito de falsedad, el que en desarrollo de la dinámica delictiva haya utilizado, seguramente buscando la impunidad de su comportamiento, factores puramente instrumentales en la labor de impresión de las firmas falsas, pero además, es manifiesto el error de técnica en que incurre la casacionista, al pretender demostrar el cargo, cuando olvidando las exigencias del recurso, concluye manipulando la prueba, para afirmar que en lo que respecta a su defendida: "...de todo el material probatorio se deduce que jamás existió ese dolo y que por el contrario actuó de buena fe", y al final solicita a la Corte la absolución de su asistida, desconociendo el mandato legal que gobierna el recurso. Estos yerros son suficientes para desechar el recurso, ya que habiendo sido planteado sobre la base de la violación directa, su sustentación se realizó equivocadamente, discutiendo las pruebas, lo cual impide su estudio por la Corte.

Segundo cargo:

Sostiene la recurrente interpretación errónea de la norma sustancial aplicada (artículo 68 del Código Penal), por parte del Tribunal Superior, ya que su aplicación no puede ser discrecional sino que depende de las pruebas existentes en el proceso, relativas a los antecedentes del procesado y que no existen antecedentes en contra de su defendido.

En este punto debe responderse que la decisión de los falladores al negar el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, no fue en el presente caso un acto arbitrario, inmotivado o motivado por razones extraprocesales; por el contrario en correcta adecuación con la norma sustancial, el Tribunal dio una serie de razones sustentadas en las probanzas; así por ejemplo, la referencia a los documentos que indican en los procesados la tendencia a la comisión de esta clase de delitos, lo cual le señaló al fallador en su momento, un índice de desconfianza incompatible con la condena de ejecución condicional.

Además, como recientemente lo señaló la Sala:

"Conviene enfatizar al respecto, que el artículo 68 del Código Penal preservar un juicio de probabilidad o cierta facultad discrecional del juzgador en la concesión de la ejecución condicional de la condena, arbitrio del que no puede usarse en forma ilimitada sino supeditado a la existencia de circunstancias y valoraciones atendibles, demostrativas de una recta y acertada adopción. Por eso, le ordena la ley consultar la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho, a fin de formarse un juicio razonable, si requiere o no tratamiento penitenciario".

"Cuando el Juzgador, atendidas estas recomendaciones concluye adversamente al otorgamiento de este beneficio, no es procedente atender que un razonamiento contrario sirva para demostrar eficazmente la 'interpretación errónea' de la norma sustancial aplicada" (Sentencia julio 22 de 1987 M.P. doctor Jorge Carreño Luengas).

No prospera el cargo.

Demanda presentada a nombre del procesado Guillermo Herrera:

Primer cargo:

Como acertadamente lo señala el señor Procurador Delegado en lo penal, la sustentación del cargo no obedece a la rigurosa técnica del recurso porque en ella se mezclan las violaciones directa e indirecta de la ley.

Recuérdese que en primer término el censor habla de que el material probatorio "no alcanza a integrar la plena prueba", y a continuación acusa la sentencia por no aclarar si la complicidad que se le imputa a su defendido, es necesaria o no necesaria porque en su sentir "esta distinción es indispensable establecerla para la adecuación de la pena", aunque también sostiene que al procesado Guillermo Herrera se le condenó como "coautor" y concluye el cargo afirmando que el Tribunal infringió en forma directa los artículos 204, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal, generándose violación indirecta del artículo 220 del Código Penal, por aplicación indebida y del artículo 24 ibidem *por falta de aplicación, quebranto al que se estima llegó por error manifiesto de derecho.*

En tratándose de error de derecho, recuérdese que a él se llega mediante falsos juicios de legalidad o convicción, generándose el primero en torno a las reglas jurídicas que regulan la aducción de la prueba y puede surgir cuando se –niega validez jurídica a una prueba legalmente producida– o cuando –le otorga mérito a una que no reúne los requisitos exigidos por la norma– al tiempo que, el falso juicio de convicción se gesta en el ámbito de la valoración legal de la prueba y se produce cuando se le niega a la prueba el valor asignado por la ley o se le da el que no le corresponde.

Debe tratarse además de un yerro manifiesto en cuanto ostensible o protuberante y trascendente, esto es, con significación clara y precisa en la definición del delito, de la responsabilidad o de la pena.

Conforme a ello, fácilmente se observan los defectos técnicos de la demanda que se estudia porque allí el censor se limita a señalar un error de derecho, al parecer un falso

juicio de convicción, sobre todo el caudal probatorio, echándose de menos en primer término, la necesaria individualización de la prueba, lo manifiesto del error y su trascendencia; y lo que es peor, una tacha de tal naturaleza no tendría sentido porque al haberle otorgado el fallador un valor probatorio de acuerdo con su criterio jurídico, es imposible técnicamente alegar un falso juicio de convicción, porque se trata de elementos de certeza no tarifados.

Son además, equivocadas las apreciaciones del censor cuando afirma que su defendido fue condenado como coautor del delito de falsedad, cuando muy claramente se le señaló por los falladores su grado de participación criminal como cómplice y se le condenó como tal, categoría esta signada por la colaboración con conciencia y voluntad en la obra del autor; siendo la clasificación a la que hace referencia el casacionista entre cómplices necesarios y no necesarios, desueta por haber sido eliminada del actual Código Penal, siendo trascendente sólo en esta materia la definición del grado de participación, como concretamente lo hicieron los falladores y para efecto de la aplicación de la pena, el tener en cuenta la mayor o menor colaboración del cómplice de la obra delictiva.

No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Se refiere este cargo al no otorgamiento de la condena de ejecución condicional, que el actor ubica en la violación indirecta de la ley sustancial, artículo 68 del Código Penal, por manifiesto error de derecho "al atribuirle el valor de plena prueba a los oficios obrantes a folios 184 y 344 del expediente y a la solicitud del Juzgado de Instrucción Criminal dirigida antes de la audiencia pública, asignándole a tal medio de prueba un valor muy superior al que realmente tienen tales comunicaciones", con lo cual en su sentir, la sentencia infringió directamente los artículos 204, 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal.

La primera dificultad que se encuentra en este cargo tiene relación con la técnica del recurso, en cuanto el casacionista pretende afirmar un error de derecho, por falso juicio de convicción, que en este caso sería haberle dado a la prueba un valor que no le corresponde legalmente, cuando se trata también de un medio probatorio no tarifado, lo cual impide la existencia de tal error de derecho; pero además, es claro que no basta el señalamiento de la norma sustancial indirectamente violada, sino que es preciso señalar las normas procesales vulneradas e indicar su trascendencia y en este punto el censor señala como tales, los artículos 204, 215, 216 y 217, que en su orden se refieren a la manera de interpretar el recurso de hecho, a los requisitos para dictar sentencia condenatoria, al indubio pro reo y a la prueba plena, que no tienen realmente relación con la norma sustancial violada y que el actor en ningún momento señala el sentido de su vulneración.

En realidad en el presente caso lo que se observa es la inconformidad con la decisión del Tribunal de negar la condena de ejecución condicional, por lo que se pretende oponer a los criterios lógicos y racionales del fallador, el personal punto de vista del casacionista lo cual no tiene cabida dentro de la técnica del recurso.

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge E. Valencia Martínez, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PREVARICATO. GOBERNADOR

No ha de pensarse que cuando se habla del provecho que se exige para la configuración del delito de Prevaricato, necesariamente se esté pensando en un beneficio personal y de carácter patrimonial, puede tratarse, como en algunos eventos de hecho sucede, que la conducta delictiva persiga más que un provecho un perjuicio ajeno o la violación de la ley para lograr la perturbación de una adecuada administración pública.

Auto Unica Instancia. 26 de junio de 1989. No repone su propia providencia, por medio de la cual dictó auto de proceder en contra del doctor Eduardo Lacouture Cuello, Gobernador de la Guajira, por el delito de Prevaricato. F.F. Artículo 149 C. P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 949. Unica Instancia. Procesado: Eduardo Lacouture Cuello. Delito: Abuso de función pública y prevaricato).

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 028 del 13 de junio de 1989.

Bogotá, junio veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Por auto del diecinueve (19) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) la Sala dictó auto de proceder en contra del doctor Eduardo Lacouture Cuello por el delito de Prevaricato por acción en su condición de Gobernador de La Guajira.

En término oportuno el defensor del procesado presentó recurso de reposición para que se declare la nulidad del proceso o se decrete el cese de procedimiento.

El apoderado de la parte civil solicita se rechace el memorial de reposición por irrespetuoso y se amplíe la imputación a otras formas de delincuencia.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de los siguientes

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS:

El defensor del procesado interpuso oportunamente el recurso de resposición, en cuyo desarrollo y como conclusión de sus alegaciones solicita la declaratoria de nulidad por no haberse practicado la indagatoria del sindicado y en subsidio solicita se decrete el cese de todo procedimiento por ausencia de antijuridicidad y/o culpabilidad por parte del imputado. Una síntesis de las argumentaciones planteadas y que lo llevan a las anteriores peticiones son las siguientes: La inexistencia del delito de prevaricato. Para hacer tal afirmación se fundamenta en disposiciones constitucionales que regulan las funciones de los gobernadores, entre las que se estipulan como una de sus atribuciones el dictar "las providencias necesarias en todos los ramos de la administración"; el presentar la ordenanza del presupuesto de rentas y gastos, objetando "por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanzas"; de la misma manera que "crear, suprimir y fusionar los empleos que demandan los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos...". Con base en las disposiciones legales anteriormente transcritas el recurrente sostiene que el procesado como suprema autoridad administrativa del departamento, y por las ilegales actuaciones del presidente de la Asamblea, lo obligaron a tomar las medidas que ahora se le imputan como presunta violación de la ley penal, pero que en realidad no lo son, porque su conducta quedó enmarcada dentro de precisas disposiciones constitucionales y legales.

Sostiene el recurrente que el artículo 59 de la Constitución hace relación a la Contraloría Nacional y que ello no es aplicable a las administraciones departamentales.

Afirma igualmente que la imputación se hace fundamentalmente por indebida aplicación del artículo 187 de la Constitución y del Decreto 1609 de 1965, pero que ello no es así porque el Gobernador sometido ahora a proceso "ni organizó la Contraloría de La Guajira, ni eligió al Contralor para un período de dos años en la Resolución 008 de 1983" y que además el Decreto 1609 en su artículo 1° facultaba a los gobernadores para tomar las medidas conducentes al mantenimiento y reanudación de los servicios departamentales "cuando deben ser aplicados por entidades o funcionarios que no dependan directamente de los gobernadores y rehusen actuar" y que en realidad en el considerando Tercero de la Resolución 008 es lo que se afirma cuando se sostiene "o por último que deban ser aplicados por entidades o funcionarios que no dependan directamente de los gobernadores y rehúsen actuar" y que por tanto la actuación del procesado queda enmarcada dentro de los requisitos exigidos en el Decreto 1609 y que el auto impugnado debe revocarse puesto que la decisión se fundamentó en el considerando primero del citado decreto pero se pasó por alto el tercero.

El recurrente sostiene que por la sola violación de la Constitución y la Ley no se comete el delito de prevaricato y que tal afirmación hecha en el auto combatido, es exagerada porque si ello fuese cierto la mayoría de los funcionarios públicos serían llamados a juicio por este delito, comenzando por el Presidente y sus Ministros, porque en muchas ocasiones el Consejo de Estado encuentra que sus decretos son violatorios de la Constitución y la Ley. Que conforme a la jurisprudencia de la Corte para que se dé delito de prevaricato es indispensable que se presente un comporta-

miento contrario a la ley y que exista un propósito personal que el agente busca con su actuar ilícito y que en tal sentido no existía ninguna prueba de que la mencionada resolución hubiese sido dictada para buscar un beneficio personal y que por el contrario, es claro que la resolución fue dictada para asegurar el funcionamiento y continuidad de los servicios administrativos del departamento, que se veía seriamente afectado por la falta de Contralor.

Sostiene igualmente el recurrente la causal de justificación del estado de necesidad, al afirmar que el denunciado tenía la obligación legal y moral de defender la administración departamental, porque el Contralor elegido por la Asamblea se negaba a ejecutar el presupuesto fundamentado en argumentos ilegales.

Afirma que la conducta buscaba "defender a toda la administración pública de su departamento de una agresión actual e inminente como era la de dejarla sin salario, sin útiles, sin gasolina, sin viáticos, etc.

"Agredir a otro no es solamente amenazarlo con un arma. Dejarlo sin salario, es decir, colocarlo en la indigencia también es una amenaza que justifica la actuación del ex gobernador ya que la defensa que hizo para los demás fue proporcionada a la agresión del Contralor: asignarle funciones a un empleado público para que el presupuesto se pudiera ejecutar y únicamente durante el tiempo necesario para que el servicio volviera a funcionar normalmente".

Para reafirmar la situación del estado de necesidad cita la decisión del Procurador General en la que refiriéndose al Contralor con el que existía el conflicto se afirma que "llevó a una situación caótica la administración al desconocer el presupuesto..." y que similar afirmación hizo el Tesorero del Departamento, pero que el auto no había tenido en cuenta estos documentos justificantes de la conducta del imputado.

Sostiene también la existencia de un error invencible al atender los conceptos de varios juristas que fueron consultados sobre el problema, entre los que cita a los doctores Arnoldo Smith López y Eduardo Nieves Daza y que es verdad reconocida jurisprudencialmente que la errónea interpretación de la ley no puede ser considerada como conducta delictiva.

Considera igualmente equivocado el criterio de la Corte al conceptuar que el imputado actuó con culpabilidad, porque no es cierto que el procesado hubiera incumplido lo pactado con el Presidente de la Asamblea, el Contralor, y que contó con la presencia del asistente jurídico de la Procuraduría y que se debe atender lo que en tal sentido afirma el doctor Ferrucho Padilla, Secretario de Hacienda del Departamento, según el cual el Contralor se negó a firmar el acta de acuerdo, en la que se comprometían a adecuar el presupuesto al fallo del Tribunal Administrativo y al Decreto 2407 de 1981.

Finalmente sostiene que el Gobernador de La Guajira fue obligado por parte de los integrantes de la Asamblea y de la Contraloría y "esa fuerza aniquiladora constituyó una terrible coacción que puso en serio peligro al departamento de La Guajira y por esta valedera razón resulta inculpable el ex gobernador Lacouture Cuello y queda su conducta amparada por el numeral 2° del artículo 40 del Código

Penal por la insuperable coacción ajena a que fue sometido el mandatario y todos los habitantes del pueblo de La Guajira".

Luego de plantear la inexistencia del delito de prevaricato sostiene que el procesado no ha tenido oportunidad de defenderse pues no se lo ha llamado a rendir indagatoria y que esto viola el debido proceso debiéndose decretar la nulidad.

Adjunto copia del fallo del Tribunal Contencioso de La Guajira por medio del cual se resolvió la acción de nulidad contra el Decreto 466 de 1982 y por el que el Gobernador procesado adoptó y liquidó el presupuesto de rentas e ingresos para la vigencia fiscal de 1983 afirmando que "con este fallo del Tribunal Contencioso se desploma la temeraria acusación formulada por el Presidente de la Asamblea y el Contralor Departamental...".

Alegaciones del apoderado de la parte civil

El representante de la parte civil sostiene que la conducta de imputado linda con la enormidad y que la violación de la Constitución lo fue en materia grave, puesto que es función de la Asamblea el nombramiento del Contralor y que en tales condiciones el procesado procedió a asumir por medio de un empleado funciones que eran indelegables.

Luego de hacer una severa crítica a los postulados defensivos del recurrente, aceptando que el delito de prevaricato es de ejecución instantánea y que por tanto no solo cometió el hecho punible de prevaricato cuando dictó la Resolución 008 sino que igualmente incurrió en el mismo delito cuando dictó las resoluciones 024, 039 y 053, todas ellas aclaratorias de la primeramente reseñada y que por tanto se debe proferir resolución de acusación por estos tres restantes delitos.

Subsidiariamente plantea que estaría incurso en el delito de "abuso de funciones públicas tipificado en el artículo 162 del Código Penal que hace consistir en haber despojado de su ejercicio a los funcionarios que legal y constitucionalmente lo ejercían y que en tales circunstancias se debe proferir Resolución de acusación por tres de estos delitos.

Finalmente solicita que se debe dictar auto de detención en contra del procesado y discrepa de la interpretación que en este sentido dio la Sala, afirmando que procede su solicitud en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1853 de 1985.

Pide igualmente que se solicite si el liberado provisionalmente ha cumplido con su obligación de presentarse periódicamente ante el funcionario que se le señaló, en el proceso adelantado contra el mismo y cuyo ponente es el doctor Jaime Giraldo Angel, en el que también se le dictó auto de llamamiento a juicio, y se decretó la detención, dejándolo en libertad provisional.

Pide que se oficie al Tribunal Contencioso de La Guajira solicitando copia del expediente electoral de nulidad del acto que lo decretó como Alcalde del municipio del Cesar y en el que se declara la nulidad de la elección, pues en ese momento estaba vigente el auto de llamamiento a juicio, habiendo cometido el delito de falso testimonio, considerando inaudito que la Corte premie con la libertad provisional a quien ha procedido de esta manera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Critica el recurrente que se trate de hacer extensivo el contenido del artículo 59 de la Constitución Nacional a su defendido cuando esta norma es específica para la administración nacional y por tanto no aplicable a las administraciones departamentales, pero lamentablemente, al impugnador se le escapa que a renglón seguido luego de haberse hecho la cita anterior se menciona el artículo 187, numeral 8° de la misma codificación en la que se establece que el nombramiento de los contralores departamentales corresponde a las Asambleas Departamentales.

Es cierto como lo afirma, que son funciones constitucionales del Gobernador "crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5° del artículo 187" (artículo 194, numeral 9° de la Constitución Nacional); pero es obvio que esta facultad se refiere a la creación de los cargos administrativos que dependen funcionalmente del Gobernador, porque es la misma Carta la que en el numeral 8° del artículo 187 señala como oficios propios de las Asambleas Departamentales "organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años" y en tales circunstancias le estaba absolutamente vedado que el propio Gobernador nombrara para el desempeño de tal cargo a uno de sus empleados subalternos y esto es apenas obvio, puesto que es bien sabido que las funciones fundamentales de la Contraloría son el ejercer control y vigilancia sobre el manejo que el ejecutivo hace de la Hacienda Pública y por ello la propia Constitución buscando la armonía de sus normas dispone que el nombramiento de los Contralores, tanto a nivel nacional como departamental, sea de origen corporativo, ya que son la Cámara de Representantes y las Asambleas Departamentales las que deben hacer tal designación; esto tratando de que mantengan independencia frente al Ejecutivo y de esta manera realizar adecuadamente su labor fiscalizadora.

Dentro de la concepción del actual estado de derecho que rige la Nación no podría concebirse la ilícita solución que le dio el procesado, de nombrar como su fiscalizador a uno de sus subalternos, que obviamente no ejercería ninguna vigilancia fiscal sobre el manejo presupuestal que el Gobernador hiciera, puesto que el designado para el desempeño de tal cargo carecía de la autonomía e independencia para poder hacer uso cabalmente de sus funciones.

Lamentablemente el recurrente hace citas parciales del Decreto Reglamentario 1609 de 1965, por medio del cual el Presidente de la República cumple con las facultades que le concede el numeral 3° del artículo 120 de la Carta y con el que se reglamentó la Ley 47 de 1945 que en su artículo 10 "proveyó a la continuidad de servicios departamentales que carezcan de disposiciones que regulen su administración, facultando a los gobernadores para tomar las medidas necesarias que aseguren el mantenimiento de esos servicios" (primer considerando del Decreto comentado); mientras que en el tercero se afirma "que respecto de la administración de un servicio público departamental pueden darse los siguientes casos: Que la Asamblea Departamental no se haya ocupado de la materia; que las normas dictadas hayan sido suspendidas o invalidadas por autoridad competente; o, por último, que deban ser aplicadas por entidades o funcionarios que no dependan directamente de los Gobernadores y rehusen actuar"; considerandos que llevan a la autoridad reglamentaria a

disponer en el artículo 1º "Facúltase a los gobernadores para tomar las medidas que sean conducentes al mantenimiento y reanudación de los servicios públicos departamentales en los casos en que las respectivas asambleas no hayan reglamentado la materia, o que las normas dictadas hayan sido suspendidas o invalidadas por autoridad competente, o cuando deban ser aplicadas por entidades o funcionarios que no dependen directamente de los Gobernadores o rehusen actuar".

Como puede verse de los textos de la ley reglamentada, y del decreto reglamentario prevén situaciones anómalas, totalmente diversas a las que se imputan al ex gobernador de La Guajira porque la ley tenía como finalidad la continuidad de los servicios departamentales que carecieren de disposiciones que regulen su administración y se faculta por tanto al Gobernador para que tome las medidas pertinentes en relación con esa falta o ausencia de normatividad; y si esa es la finalidad de la norma reglamentada, es bien sabido que el texto reglamentario no puede exceder los límites de la norma y si entonces el mencionado artículo 10 de la Ley 47 de 1945 dispone que "cuando un servicio público departamental en funcionamiento carezca de disposiciones que regulen su administración, corresponde a los Gobernadores asegurar la continuidad en la marcha del servicio hasta cuando el estatuto respectivo sea dictado".

El texto es suficientemente claro y es por ello que el Decreto 1609 al reglamentar la facultad a los gobernadores para tomar esas medidas, cuando en un determinado asunto o materia las Asambleas no hayan dictado las normas respectivas o cuando las dictadas hayan sido suspendidas o invalidadas por autoridad competente; y finalmente cuando deban ser aplicadas por entidades o funcionarios que no dependen del Gobernador y que rehusen actuar.

Como se puede ver las facultades de los Gobernadores que surgen de los textos legales comentados hacen relación al lleno de vacíos normativos por no existir disposiciones sobre el asunto o por haber sido éstas suspendidas o finalmente cuando existiendo, no son aplicadas por funcionarios que no dependan de los Gobernadores, pero de ninguna de las normas comentadas se puede deducir siquiera lejanamente que los Gobernadores en virtud de las mismas puedan asumir funciones que les están privativamente reservadas a las Asambleas y menos nombrar como sus vigilantes fiscales a subalternos del propio funcionario fiscalizado.

Sostiene el recurrente que la violación de la Constitución y de la ley no puede constituir delito de prevaricato, porque si ello fuera así el propio presidente y sus ministros incurrirían en el mismo cuando las corporaciones competentes les declararan la inconstitucionalidad de sus decretos; pero en este aspecto nuevamente se equivoca en materia grave el memorialista, porque la hipótesis que plantea como ejemplo no es posible aceptarla no solamente porque la mayoría de las veces el ejercicio de la facultad legislativa ejercida extraordinariamente por el Ejecutivo se hace por medio de decretos con vocación política, sino además porque la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no implica de suyo la comisión del ilícito mencionado en tanto que no basta la expedición del acto para la configuración del mismo, sino que además la descripción típica exige que la decisión sea "manifiestamente" contraria a las normas legales, es decir requiere la existencia de la culpabilidad.

Citando una jurisprudencia de la Corporación sostiene que es criterio de la misma, que este delito sólo se da cuando con el comportamiento típico el agente busca un determinado provecho personal y la afirmación que hace el recurrente en este punto es parcialmente cierta y al respecto no ha cambiado el criterio jurisprudencial. Pero no ha de pensarse que cuando se habla del provecho que se exige para la configuración del delito de prevaricato, necesariamente se esté pensando en un beneficio personal y de carácter patrimonial; puede estar orientada la conducta, según se ha precisado (auto de 24 de junio de 1986, sentencia del 16 de marzo de 1988, entre otras) a obtener provecho patrimonial para terceros, o beneficios de otra índole para sí mismo o para un extraño al delito mismo, o en fin, puede tratarse, como en algunos eventos de hecho sucede, que la conducta delictiva persiga más que un provecho un perjuicio ajeno o la violación de la ley para lograr la perturbación de una adecuada administración pública. Evidentemente, en el caso que ocupa la atención de la Sala, lo que estaba en juego en la Gobernación de La Guajira eran beneficios políticos surgidos del manejo presupuestal de acuerdo a como fuera aprobado éste; y esas ventajas políticas buscadas se concretaban de manera perfecta no sólo con el establecimiento de la dictadura fiscal, sino instituyendo como vigilante del erario del departamento a uno de los subordinados del procesado que le garantizaba de tal manera el manejo del fisco departamental.

En contradictorias argumentaciones el recurrente plantea la existencia de una causal de justificación, concretamente estado de necesidad, pero a pesar de que en la postulación de algunas de sus argumentaciones hace alusión a la existencia de una agresión, la reacción defensiva del Gobernador fue proporcionada a ella, elementos estos que evidentemente hacen parte de otra justificante, la legítima defensa; y no a otra conclusión se puede llegar en relación con la confusión existente por parte del recurrente cuando sostiene que el procesado buscaba "defender a toda la administración pública de su departamento de una agresión actual e inminente como era la de dejarla sin salario, sin útiles, sin gasolina, sin viáticos, etc.

"Agredir a otro no es solamente amenazarlo con un arma, dejarlo sin salario, es decir, colocarlo en la indigencia también es una amenaza que justifica la actuación del ex gobernador ya que la defensa que hizo para los demás fue proporcionada a la agresión del Contralor: asignarle funciones a un empleado público para que el presupuesto se pudiera ejecutar y únicamente durante el tiempo necesario para que el servicio volviera a funcionar normalmente".

Estas confusiones conceptuales ya habían sido destacadas por la Sala en el auto de resolución de acusación y se había sostenido la inexistencia de una agresión para poder pensar en una legítima defensa y nuevamente ratifica la Sala, que si bien es cierto se estaba presentando una situación irregular en la administración departamental, había canales legales para llegar a un acuerdo satisfactorio y además se comenzaban a realizar entrevistas entre los funcionarios en conflicto para encontrar una solución al problema suscitado.

Afirma el recurrente igualmente la existencia de un error invencible al haber tomado la decisión, debidamente asesorado de conocidos juristas y que es conocida la jurisprudencia según la cual la interpretación errada de la ley no puede constituir una figura delictiva.

Debe advertirse que el apoderado del procesado en su afán defensivo plantea una serie de alternativas que son inconciliables entre sí, puesto que sucesivamente alega en favor de su poderdante, legítima defensa, error invencible, insuperable coacción ajena. Son inconciliables porque las causales de justificación y la insuperable coacción suponen el conocimiento de la existencia de un derecho tutelado penalmente, mientras que el error como una forma de la inculpabilidad es precisamente la equivocada apreciación de circunstancias fácticas o jurídicas que impiden tener un cabal conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Se trata entonces de alternativas que se excluyen entre sí, pero pese a su antitécnica formulación la Sala considerará todas y cada una de las argumentaciones planteadas por la defensa, puesto que tratándose de alegaciones de instancia, no están sometidas a la exigente técnica de los recursos extraordinarios.

No alcanza a vislumbrar la Sala la existencia de un error invencible en la conducta sometida a juzgamiento, porque lo que sí resalta es la presencia de una grave confrontación de dos importantes funcionarios a nivel departamental, en la que cada uno quiere imponer su criterio, que lleva finalmente al Gobernador a la realización de actos arbitrarios para imponer finalmente su voluntad. Se trata entonces del manejo caprichoso en la interpretación de la ley para sacar avante una posición personal, que de hecho le daba un poder absoluto sobre los destinos departamentales.

El hecho de haber estado asesorado por otros abogados, puesto que no debe olvidarse que el propio procesado también lo es, no es argumento suficiente para aceptar la alegada existencia de un error, que se hace indispensable en su ocurrencia, precisamente por la participada conjunción de tan brillantes juristas y lo que resalta es el propósito de solucionar la confrontación existente, mediante la utilización de instrumentos precisamente irregulares para sacar adelante las pretensiones políticas.

Plantea igualmente el apoderado la existencia de una insuperable coacción ajena, pero se trata como las otras argumentaciones, de una tesis insostenible, porque la insuperable coacción ajena supone la existencia de una vía compulsiva es decir, que la persona no procede, porque es actuada, es perfectamente determinada por esa coacción, de la que no puede liberarse y que domina totalmente su voluntad que podría llevarlo a actuar de una manera diversa a la que fuera fruto de su propia autodeterminación que ha perdido de manera total como consecuencia de la coacción de que es objeto.

Y un conflicto entre dos funcionarios públicos, que incluso se trata de problemas que se presentan con alguna frecuencia a nivel departamental, no puede considerarse como una coacción que sea insuperable, porque existían recursos legales a los que se podía acudir, de la misma manera que era posible el diálogo que ya se había insinuado para poder llegar a un final feliz del conflicto creado. Si existían entonces canales de solución del problema no puede aceptarse que se tratara de una insuperable coacción ajena.

Y no solamente no se da la insuperabilidad, sino que la coacción como causal de inculpabilidad hay que entenderla cuando la voluntad de una persona es sojuzgada e impulsada a realizar una conducta determinada que no corresponde al querer libre y

evidentemente desde el punto de vista fáctico este tipo de coacción no se da en el evento analizado, porque nadie coaccionó al gobernador para que realizara la conducta que se le imputa; es cierto que existía un conflicto con el Contralor, y como consecuencia del mismo el procesado libre y voluntariamente tomó la determinación por la que ahora se lo juzga y es evidente desde este punto de vista que si actuó libremente no puede hablarse de la existencia de una coacción y menos insuperable.

Finalmente, el defensor planteó la existencia de una presunta nulidad alegando que su defendido no ha tenido la oportunidad de defenderse puesto que no ha sido indagado, pero esta afirmación no corresponde a la realidad pues basta observar el concepto fiscal, rendido por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, doctor Alvaro López Dorado el 5 de marzo de 1985, en el que se lee: "Sometido a indagatoria el ex gobernador Lacouture Cuello expresó haber encontrado una cerrada y hostil oposición de parte de sectores políticos mayoritarios en la Asamblea Departamental que a todas luces pretendían entorpecer su gestión administrativa y a las cuales pertenecía el contralor denunciante, oposición que se puso de manifiesto con la presentación del Proyecto de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1983 el que fue 'destrozado' con la supresión de las Secretarías de Agricultura y Pesca y de asuntos indígenas con el propósito de incrementar el rublo correspondiente a Auxilios Regionales del que podían disponer a su arbitrio los diputados".

"Relata las incidencias del pliego de objeciones interrogado sobre los móviles de la resolución cuestionada, explica: '...Me encontré, pues, frente a la siguiente situación: o la Administración ajustaba sus actos, acogiéndose al Presupuesto inicialmente presentado por el Ejecutivo y refrendado por el fallo del contencioso-administrativo, o, se acogía al querer del señor Contralor Departamental, quien había aceptado, en mi concepto, un procedimiento irregular: fue entonces cuando solicitó personalmente el concepto y la asesoría jurídica y moral del doctor Arnoldo Smith López, jurista de reconocida trayectoria en mi departamento, ex magistrado del Tribunal Superior, y a quien desde el comienzo de mi administración había designado con carácter *ad honorem,* junto con otras distinguidas personalidades, como asesor del señor gobernador. Reunidos para este efecto, o sea para analizar la situación que anteriormente he descrito y además con la presencia del señor Asesor Jurídico del departamento, doctor Eduardo Nieves Daza, acogimos la solución que ofrecía el Decreto 1609 de 1965, reglamentario de la Ley 47 de 1945, y según el cual, cuando un funcionario trata de entrabar algún servicio público, el Ejecutivo está en condiciones de asignar las funciones que este funcionario ejercía, para que el servicio público no se interrumpa. Me acogí pues a la asesoría y a la interpretación que de dicho Decreto y Ley, me hacía el doctor Arnoldo Smith López, lo que originó que procediera a dictar la Resolución número 008 de enero catorce (14) de 1983, por la cual se asignaron funciones de Contralor y Control Previo, a los funciones (sic) que allí aparecen, todo con el fin de impedir que pudiera paralizarse el más importante servicio público del departamento, como lo es la Administración...'

"Luego, refiriéndose a la interpretación dada a las normas legales que le sirvieron de sustento a la decisión tildada de ilegal, expresa:

'Pensé y sigo pensando, porque procedí con absoluta buena fe, con verdadero sentido de patriotismo, que si se cotejaba la circunstancia que he relatado (idoneidad de los funcionarios departamentales designados para reemplazar los desplazados), con el Decreto y la ley mencionadas, era perfectamente aplicable tal como en mi interpretación lo hice. Deseo subrayar además que en mi ánimo no hubo al hacer la interpretación de estas normas, sino, una intención de servicio a mi departamento, y, la absoluta convicción de que estaba actuando de conformidad con las altas conveniencias nacionales, que reclamaban y siguen reclamando, una absoluta independencia del Ejecutivo, en relación con exigencias políticas que son pasajeras e incompatibles con la buena prestación de los Servicios Públicos que reclaman nuestras gentes'.

"Narra a continuación las gestiones realizadas con posterioridad al 'acta de conciliación', especialmente, por el Secretario de Hacienda, Eduardo Ferrucho Padilla con miras a solucionar las diferencias surgidas ajustando al Proyecto de Presupuesto el fallo del Tribunal Administrativo dando cuenta del fracaso de las mismas, por culpa del Contralor General del Departamento".

No corresponde entonces a la realidad, la afirmación del defensor cuando dice que el procesado no ha sido indagado, porque si ello hubiera sido cierto, evidentemente enfrentaríamos un proceso perfectamente nulo, puesto que bien se sabe que las únicas formas de vinculación legal de un procesado es por medio de indagatoria o por escrito emplazatorio y declaración de reo ausente.

Si la afirmación que hace el defensor es por no haberse ordenado repetir la indagatoria en el proceso de reconstrucción débesele recordar el contenido del Decreto 3829 de 1985 que en su artículo 9° establece "la copia auténtica de cualquier acto procesal realizado en un proceso por reconstruir, expedida por empleado oficial, con las formalidades legales, hará plena prueba respecto de su contenido". En las condiciones anteriores el procesado sí había sido indagado y por tanto existiendo las copias a que se ha hecho alusión con anterioridad no era indispensable ordenar la repetición de la indagatoria y en tales condiciones se ha de concluir en la inexistencia de la pretendida nulidad.

Las argumentaciones precedentemente realizadas llevan a la Sala a concluir que no se accederá a la reposición solicitada, ni tampoco a la nulidad planteada.

El apoderado de la parte civil en extenso planteamiento afirma la existencia de un prevaricato múltiple, pues considera que cada una de las resoluciones aclaratorias de la 008 constituyen otros tantos prevaricatos y si bien ello es cierto desde el punto de vista ontológico, no lo es desde el punto de vista jurídico, pues la realidad es que se trata de una conducta compleja, compuesta de varios actos, pero que desde el punto de vista jurídico es un comportamiento, por medio del cual se consiguen las finalidades ilícitas buscadas.

Tampoco considera la Sala que se da el abuso de funciones públicas que pregona el apoderado de la parte civil, porque en realidad de verdad, esa usurpación es la consecuencia del delito de prevaricato y no podrían tenerse éstas como nuevas formas de delincuencia.

Solicita igualmente el apoderado de la parte civil se decrete la práctica de algunas pruebas, tendientes a demostrar que contra el sentenciado cursa otro proceso con llamamiento a juicio y que ha incumplido las presentaciones a que estaba obligado, y por tanto es dable desde el punto de vista jurídico concederle libertad provisional. Esta petición será igualmente negada, puesto que el período probatorio del sumario ya pasó y es indispensable esperar al período probatorio de la causa para entrar a decir qué pruebas se decretan si son solicitadas por las partes o bien sea que se decreten oficiosamente.

Con base en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO REPONER el auto impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

FRAUDE PROCESAL. PRESCRIPCION

En el delito de Fraude Procesal para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error.

Auto Casación. 27 de junio de 1989. No casa el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual condenó a Helena Castillo de Olano, por el delito de Fraude Procesal. F.F. Artículos 80 y 182 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Casación Rdo. número 3268. C./Helena Castillo de Olano. Fraude procesal).

Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 33. Junio 27 de 1989.

Bogotá, D. E., julio cuatro (4) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Mediante poder especial, el doctor José Agustín Suárez presentó la demanda de casación dentro del recurso interpuesto por la señora Helena Castillo de Olano, quien fuera condenada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a la pena principal de doce meses de prisión como responsable del delito de Fraude Procesal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

"Da cuenta el proceso –dice el Tribunal Superior en la sentencia impugnada– que en el año de 1965 el ciudadano Pedro José Amaya Pulido compró a los esposos Helena Castillo de Olano y Guillermo Olano Villate un lote de terreno que afirma pagó por cuotas en su totalidad por un precio total de $55.000.oo (sic) del que le entregaron la posesión mas no le hicieron escritura. Posteriormente Amaya dio en arrendamiento el lote a Hermelinda Ladino Jiménez. El 25 de mayo de 1982, la sindicada Helena Castillo de Olano, confirió poder a la abogada Martha E. Ardila Duarte para iniciar querella policiva de lanzamiento por ocupación de hecho, lo que se ventiló en la inspección 1ª A Distrital de Policía. Se aportaron dos declaraciones

falsas de Rafael Ramírez Argüelles y Elvira Silva de Ramírez, así como la escritura y a través de dichas pruebas se logró que con fecha 27 de diciembre de 1982 se dictara sentencia por parte del funcionario policivo decretando el lanzamiento de los ocupantes del lote de la calle 140 número 31A-78, resolución que fue apelada y que la Alcaldía Mayor de Bogotá confirmó mediante proveído de fecha 14 de octubre de 1983".

Por estos hechos, se dictó auto de proceder en contra de la señora Castillo como responsable del delito de Fraude Procesal providencia que recurrida quedó ejecutoriada el 9 de diciembre de 1987. El 18 de julio de 1988 se profirió la sentencia condenatoria que es objeto del recurso extraordinario de casación.

DEMANDA:

Un solo cargo se formula contra la sentencia por el casacionista al amparo de la causal 3ª del art. 226 del C. de P. P. por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Al fundamentar el cargo, expresa el recurrente que cuando se profirió el auto de proceder, la acción penal se había extinguido por prescripción.

Afirma el peticionario, que el delito de fraude procesal es de mera conducta que se consuma con la sola intención del agente de obtener un resultado fraudulento y que en el caso *sub examine*, el momento consumativo y para los efectos de la prescripción debe contarse desde el momento en que se presentó la demanda para iniciar la querella policiva, de lanzamiento por ocupación de hecho, actividad que se realizó el 25 de noviembre de 1982. Que el lapso de cinco años transcurrió sin que se interrumpiera la acción penal ya que el auto de proceder sólo obtuvo ejecutoria el 9 de diciembre de 1987.

Considera el censor equivocada la posición de los Jueces de Instancia que hablaron de un delito de resultado, que sólo se agota cuando el juez inducido en error, profiere la resolución o sentencia contraria a la ley.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Ministerio Público, representado por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, considera que el presunto desconocimiento de la prescripción de la acción penal, no constituye vicio *in procedendo*, que pueda subsanarse al amparo de la causal cuarta de nulidad, sino con fundamento en la violación directa de la ley por aplicación indebida de la ley sustancial. Pero, que por tratarse de una causal de cesación de procedimiento de presentarse la prescripción, la Corte debe declararla de oficio, aun en sede de casación. Sin embargo, expresa nuestro Fiscal, en el caso que se juzga, la acción penal no prescribió por oportuna interrupción del auto de proceder, pues debe tenerse en cuenta, como momento consumativo de la infracción, aquel en el cual el Juez profiere el acto fraudulento provocado.

SE CONSIDERA:

No comparte la Sala las apreciaciones de su ilustre Fiscal, quien considera antitécnica la demanda por haberse formulado el cargo al amparo de la causal cuarta

o tercera de nulidad y no de la primera por violación directa de la ley. Argumenta la Procuraduría Delegada, que en el supuesto de haberse dictado la sentencia en un proceso que no podía adelantarse por haberse operado el fenómeno jurídico de la prescripción, tal hecho no constituye un error de procedimiento, sino error *in judicando*, atacable por la vía de la violación directa.

No se comparte este respetable criterio, porque el actor que alegue acertadamente la violación directa de la ley sustancial, debe aceptar la validez del proceso, para reclamar un error de juicio del juez en la sentencia, por exclusión evidente, aplicación indebida o equivocada interpretación de la norma sustancial, o por desconocimiento o valoración indebida del caudal probatorio. Sólo sobre el presupuesto de un proceso válido podrá exigir que se case la sentencia y se la sustituya por otra más acorde con la equidad y la justicia. Y en el caso *sub judice*, el censor está reclamando la nulidad del juicio desde el auto de proceder inclusive, porque en su concepto cuando éste se profirió la acción penal se hallaba prescrita.

Es verdad, que la supuesta irregularidad que alega el casacionista no constituye un vicio procedimental de forma o ritualidad que afecte la estructura externa del proceso; pero, si alude dicha irregularidad de modo esencial y particular al quebrantamiento por el juez de normas y principios tutelares de la legitimidad del juicio y del derecho de defensa, intereses ambos puestos bajo el amparo de la Constitución Nacional.

Repugnaría a un sentimiento general de justicia, que se considerara válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar un juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado.

Sentada esta premisa, pasará la Corte a decidir el aspecto de fondo de la demanda.

Representa el delito de fraude procesal una innovación en el Código Penal vigente y consiste la conducta punible en inducir en error a un empleado oficial por cualquier medio fraudulento con el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley. Se reprime este hecho punible con pena de prisión de uno a cinco años. La acción penal se extingue por prescripción para esta infracción en el máximo de la pena, es decir, en un lapso de cinco años contados a partir del momento consumativo y se interrumpe por el auto de proceder debidamente ejecutoriado.

Por norma general, el momento consumativo de todo delito coincide con la realización de la conducta descrita en el verbo rector y éste en el tipo penal que se analiza es el de "inducir" en error a un empleado oficial por cualquier medio fraudulento con el propósito de obtener sentencia o resolución contraria a la ley. Se requiere entonces, para que la conducta ilícita se considere consumada, la inducción en error mediante la ejecución de ciertos hechos fraudulentos o engañosos, sin que sea indispensable que se obtenga el resultado esperado que como todo ingrediente subjetivo no es necesario que se produzca, sino que exista como propósito orientador de la conducta en la concienca del delincuente.

Corolario de lo anterior, es que el delito de Fraude Procesal, si bien no exige que se produzca el resultado perseguido por el agente, sólo debe considerarse consumado,

cuando el autor en desarrollo de su actividad fraudulenta y dolosa, induzca en error al funcionario y perdura mientras subsista el error, porque la vulneración al interés jurídico protegido por la norma se prolonga a través del proceso durante el tiempo en que la maniobra engañosa siga produciendo sus efectos sobre el empleado oficial. De ahí, que para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia.

Este aspecto del momento consumativo del delito de Fraude Procesal, ya había sido examinado por la Corporación y en sentencia de 30 de noviembre del año de 1988, se dijo:

"De otra parte, ninguna duda aparece en la jurisprudencia de esta Corporación respecto a la permanencia del delito de Fraude Procesal que como todo delito tiene un momento en que empieza a exteriorizarse la conducta, llamado por la doctrina "inicio de ejecución" pero no está indicando que coincida con la consumación; esta se va prolongando por el tiempo hasta lograr las ilegales pretensiones que en este caso se concretan en el doble pago de la acreencia. No prospera el cargo".

De ahí, que no se pueda admitir como lo pretende el casacionista, que el delito se agote con la sola intención de engañar o con la realización de la maniobra engañosa (presentar la demanda). Es indispensable, que esa conducta induzca en error al funcionario para que ésta pueda ocasionar daño a una de las partes o pueda lesionar los intereses supremos de la justicia. Si el comportamiento fraudulento del agente no lleva a error al funcionario, por causas ajenas a la voluntad del delincuente, la conducta puede permanecer en los estadios del delito imperfecto.

En el caso que se examina, la maniobra engañosa efectuada por el sujeto agente tuvo la virtualidad suficiente para inducir en error a los funcionarios de primera y segunda instancia, llevándolos a proferir decisiones contrarias a la ley, que sólo se explican por la influencia determinante que el error produjo en los falladores.

No prospera en consecuencia, la causal de nulidad alegada, porque el auto de llamamiento a juicio fue proferido cuando aún no se había extinguido la acción, y éste interrumpió el fenómeno de la prescripción, habiéndose efectuado el juzgamiento con total sometimiento a las normas que regulan la legalidad del juicio y la sentencia.

No se casa la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, de acuerdo en parte con la vista fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida y sustentada a nombre de la procesada Helena Castillo de Olano.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. AMENAZAS

No se puede llegar a concluir que todas las conductas que pretendan quebrantar la voluntad de una persona determinada se adecuan a la descripción típica del artículo 26 del Decreto 180 de 1988.

Auto Colisión. 27 de junio de 1989. Dirime colisión de competencia entre el Juzgado 3° de Orden Público y el 29 de Instrucción Criminal de Bogotá. F.F. Decreto 180 de 1988.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3898. Colisión de competencias. Procesado: Marta Cecilia Pérez J. Delito: Amenazas Personales).

Magistrado ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 027 del 7 de junio de 1989.

Bogotá, junio veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conflicto negativo de competencias trabado entre el Juzgado Tercero de Orden Público de Bogotá y el 29 de Instrucción Criminal de esta misma ciudad.

HECHOS:

Según consta en lo actuado hasta el momento, la señora Marta Cecilia Pérez Jiménez remitió al señor José Alexis López García algunas misivas escritas en las cuales amenazaba con quitar la vida a un hijo de éste, si no terminaba unas relaciones amorosas que poco tiempo antes había iniciado con la señorita Isabel Rueda Ayala, hechos estos que el afectado consideró como constitutivos de una tortura sicológica.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La denuncia inicialmente fue repartida al Juzgado 36 Penal Municipal de Bogotá, cuyo secretario consideró que la conducta denunciada se adecuaba a la

descripción contenida en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988 y así se lo informó a la Juez titular del despacho quien, sin consideración diversa de ninguna naturaleza fuera del sorprendente informe de su secretario, remitió las diligencias al reparto de los Juzgados de Orden Público, correspondiendo por reparto al 3° de esta especialidad, quien asumió el conocimiento del asunto y ordenó la práctica de algunas diligencias preliminares a fin de tratar de obtener la individualización del autor del hecho.

Evacuadas algunas diligencias e identificada como Marta Cecilia Pérez Jiménez la persona que presuntamente remitió las cartas amenazantes, el Juzgado 3° de Orden Público de la ciudad dictó auto cabeza de proceso el día 23 de enero del corriente año.

En auto del dieciséis (16) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) el mismo juzgado se declaró incompetente para continuar conociendo el proceso, y al efecto alegó que la conducta investigada se encuentra tipificada en el Libro 2°, Título X, Capítulo III del Código Penal y no en el Decreto 180 de 1988, toda vez que el delito de amenazas personales de que trata el artículo 26 de esta codificación requiere un elemento subjetivo de "terrorismo" y además sujeto pasivo calificado, condiciones estas que se encuentran ausentes en el caso que se analiza. Respaldó su posición, además, con providencia anterior de esta Sala en la cual se precisan algunas de las características legislativas del denominado Estatuto para la Defensa de la Democracia. Finalmente, ordenó la remisión de la actuación a la jurisdicción ordinaria, proponiendo colisión negativa de competencias.

El expediente fue entonces repartido al Juzgado 29 de Instrucción Criminal que en proveído del cinco (5) de abril del año en curso dispuso la remisión de la actuación a la Sala Penal de la Corte al no aceptar los argumentos propuestos por el Juez de Orden Público. Estimó la funcionaria en dicho pronunciamiento que la invocación equivocada que de la providencia de la Corte hiciera el Juzgado que provocó la colisión, y la parcelación de esa misma decisión, le impidieron comprender cabalmente el problema, y en su apoyo citó otra decisión de la Corte, para concluir que "la investigación y fallo de conductas como la propuesta en este expediente, corresponde exclusivamente a los señores jueces de Orden Público".

Consideraciones de la Sala:

Estima la Sala que no es del caso entrar a transcribir, una vez más dentro de esta actuación, las precisiones que se hicieran en auto del 15 de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho en torno a las diversas modalidades legislativas utilizadas en la redacción del Decreto 180 de 1988, pese a que ellas son importantes como criterio interpretativo para la decisión del presente conflicto de competencias. Ello, porque en una u otra forma, tales conceptos se encuentran vertidos en el expediente.

Es importante aclarar, no obstante, que referente al delito de amenazas personales reconoce la Corte la exigencia contenida en el tipo penal de una modalidad terrorista para que pueda entenderse estructurado el tipo penal del artículo 26 del Decreto 180 de 1988, único medio de distinguir este comportamiento específico del descrito en el Título X, Capítulo III del Libro 2° del Código Penal, forma terrorista que si bien no ha sido explícita en la redacción del artículo, sí se encuentra plasmada

en él a través de las expresiones "atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror", todas ellas descriptivas de un método especialmente violento o que produce una alteración trascendente en el espíritu de su víctima diversa a la simple angustia o miedo o prevención que pueden transmitir otras conductas desligadas de la connotación propia del terrorismo.

No se puede, so pretexto de una interpretación exegética, llegar a concluir como ya, –por otra parte, se señalaba en la providencia de esta Sala atrás anotada–, que todas las conductas que pretendan quebrantar la voluntad de una persona determinada se adecuan a la descripción típica del artículo 26 del Decreto 180 de 1988, ya que ello significaría desnaturalizar no sólo las prescripciones ordinarias del Código Penal, sino la misma estructura de un estatuto que, dictado ante circunstancias especialísimas de perturbación del orden público, vinculan claramente aquellas condiciones de la alteración al texto mismo de las normas de emergencia que se han expedido.

En efecto, ya muchas veces se ha señalado, el Estatuto para la Defensa de la Democracia es un compendio de normas surgidas de una especial "situación de violencia generalizada", como claramente se expresó en sus considerandos y de allí que ésta y las demás motivaciones inmersas en él deban ser tenidas en cuenta para la interpretación sistemática de la normas, y llega a una clara delimitación de sus alcances.

En el caso bajo estudio de la Sala, se presentan los hechos con una motivación no propiamente terrorista o de aumentar, mantener o crear una situación de violencia generalizada, sino que se trata simplemente de conflictos personales entre sujetos vinculados por hechos cotidianos no suficiente o adecuadamente resueltos que les permitan vivir pacíficamente en comunidad; se advierte en ellos la existencia de rencores y tensiones propias de la vida interpersonal, sin relación alguna con situaciones de terror, violencia generalizada o ánimo de hacer trascender sus conflictos más allá de su limitada relación personal.

Las cartas remitidas, al parecer por la sindicada, no contienen en sí mismas posibilidades de causar alarma o terror en su destinatario, o llegar al punto de atemorizarlo o amenazarlo, en el sentido que a estas expresiones les da el Decreto 180 de 1988 interpretado de manera sistemática, introduciendo en el análisis de la norma las motivaciones de la misma codificación y los antecedentes necesarios del Decreto 1038 de 1984 que declaró turbado el orden público. Se trata de simples medios de coacción que se encuentran recogidos en las normas ordinarias del Código Penal, y por tanto, su juzgamiento corresponde a los Jueces de Instrucción Criminal en la medida en que éstos deben instruir los procesos de competencia de los Jueces Penales del Circuito (artículos 73 y 71 del Código de Procedimiento Penal).

Debe recalcarse, en cuanto a la interpretación hecha por la señora Juez 29 de Instrucción Criminal en el auto en que acepta la colisión de competencias, que en la providencia del quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) esta Sala precisó que algunos de los comportamientos descritos en el Decreto 180 de 1988 efectivamente no contienen el ingrediente subjetivo de una finalidad terrorista porque el legislador, fundado en razones de una política criminal específica, conside-

ró que tales conductas constituían de por sí hechos especialmente peligrosos, atentatorios contra el orden público interno, en fin, preparadores o realizadores por sí mismos de una actividad terrorista, y por ello los erigió en especial objeto de represión independientemente de las finalidades o métodos utilizados en su realización. No es ésta, sin embargo, la situación del hecho punible descrito en el artículo 26 de la normatividad de emergencia, porque claramente se estableció que este evento en la descripción, *"en una u otra forma gramatical, en un primer grupo de artículos esta exigencia o elemento subjetivo del tipo aparece claramente en las conductas descritas en los artículos 1°, 3°, ...26 y 31"* (Subraya la Sala).

Es importante resaltar, por otra parte, que la decisión de esta Sala con ponencia del doctor Guillermo Dávila Muñoz, que cita la señora Juez de Instrucción Criminal en su auto, fue ya recogida en su interpretación, y así, respecto del fenómeno se han sentado otros fundamentos que respaldan el análisis que ya se ha hecho en esta providencia. Recuérdese, en este punto, el contenido del auto de fecha seis (6) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas, en donde se precisó:

"No obstante, del breve contenido de la queja, se puede deducir que no se trata de amenazas proferidas para atemorizar a uno o varios habitantes de una población o clases o sectores determinados de la misma, con fines de carácter social o político, sembrar la zozobra o atentar contra la paz, el orden o la tranquilidad pública.

Sólo la amenaza revestida de los caracteres de seriedad, gravedad, transmitida por medio idóneo para difundir el pensamiento y con capacidad suficiente para infundir pánico y zozobra, alterar la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, puede ser conducta subsumible en el tipo penal consagrado en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, teniendo en cuenta además las finalidades políticas y de orden público que sirvieron de fundamento para la expedición del citado Decreto.

.....

Pero si lo anterior no aparece demostrado en el curso de la investigación, podría estar el juzgador en presencia de un constreñimiento ilegal (art. 276 del C. Penal) delito que lesiona la autonomía personal, la libertad de determinación y obrar según los propios motivos".

Y más adelante, en auto del dos (2) de marzo del presente año, con ponencia del magistrado Rodolfo Mantilla Jácome, precisó la Sala de Casación:

"Basta recordar que la sola conducta, consistente en la amenaza, no es suficiente para incriminar al agente, puesto que de la estructura del tipo penal se deduce que debe producirse efectivamente la alarma, la zozobra o el terror; al fin de cuentas, el tipo penal es de resultado. Lo anterior para fundamentar el hecho, en el caso propuesto, de la falta de seriedad y gravedad que reclama el tipo penal de las amenazas personales o familiares, cuando ellas no responden en manera alguna a la finalidad política o de orden público, este contenido de manera expresa o tácitamente se deduzca de ella, del espíritu del legislador extraordinario, para la expedición del Decreto mencionado.

La amenaza a que se refiere el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, si bien tutela la libertad individual como bien personalísimo, debe tener, de todas maneras, una connotación política, lo que permite en principio excluir de la normatividad relativa al orden público, aquellos comportamientos que apuntan fundamentalmente a la vulneración de intereses individuales, sin penetrar en el ámbito de lo colectivo y sin generar zozobra, terror o pánico en la comunidad".

Así las cosas, debe ratificarse, como antes se dijo, que en el presente caso la competencia del juzgamiento corresponde al Juzgado 29 de Instrucción Criminal, y allí se remitirán las diligencias para los fines procesales consiguientes.

Debe, sin embargo la Corte, en forma enérgica, llamar la atención de la funcionaria que remitió el expediente para la decisión del incidente respectivo, a fin de que con un mayor detenimiento estudie las normas procesales relativas a él, en donde hallará la prescripción relativa a la continuidad de la investigación e imposibilidad de suspender ésta mientras se resuelve el conflicto (artículos 99 y 100 del Código de Procedimiento Penal), lo que impone la remisión de un solo cuaderno a la autoridad que ha de pronunciarse sobre él, a fin de que en el duplicado se pueda realmente dar aplicación a las normas señaladas.

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:

DIRIMIR el conflicto de competencias trabado entre el Juzgado 3° de Orden Público y el 29 de Instrucción Criminal de Bogotá, asignando la competencia para continuar con el trámite de este asunto al último de los nombrados, por las razones expuestas en la parte motiva de este auto.

En consecuencia, REMÍTANSE las diligencias al Juzgado 29 de Instrucción Criminal de Bogotá, y comuníquese esta determinación al Juzgado 3° de Orden Público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PREVARICATO. ALCALDE. Destitución

Las causales de destitución para los Alcaldes de elección popular originariamente estaban previstas en el artículo 17 de la Ley 78 de 1986, el cual fue parcialmente modificado por el artículo 6° de la Ley 49 de 1987.

Auto Unica Instancia. 27 de junio de 1989. Ordena cesar el procedimiento adelantado al Doctor Antonio Roldán Betancur, Gobernador del Departamento de Antioquia. F.F. Ley 49 de 1987.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3385. Unica Instancia. Doctor Antonio Roldán Betancur).

Aprobada Acta número 33 de junio 27/89.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Bogotá, D. E., seis (6) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

El defensor del doctor Antonio Roldán Betancur, Gobernador del Departamento de Antioquia, sindicado de prevaricato, solicita que la Sala se abstenga de proferir a su respecto medida de aseguramiento y en su lugar ordene la cesación de procedimiento de conformidad con el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal.

Se dispone, pues, la Sala, a hacer el pronunciamiento de rigor.

ANTECEDENTES

En denuncia formulada el 13 de octubre de 1988, el señor Miguel Angel Usme Marín afirma que mediante Decreto 3177 de 6 de septiembre de dicho año, el Gobernador del Departamento de Antioquia, doctor Antonio Roldán Betancur, destituyó al Alcalde del Municipio de El Peñol, Jesús Arcesio Botero Botero, y, "sin estar en firme" ese Decreto, procedió el mismo día a dictar el número 3178, encargando a otra persona de la Alcaldía, motivo por el cual le endilga haber desconocido el procedimiento previsto en los artículos 44 a 48 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 001 de 1984).

La Corte abrió investigación por medio de auto del 4 de abril del año en curso, y en desarrollo de ésta el sindicado rindió indagatoria y se escuchó en declaración a los principales miembros de su Gabinete, que, de una u otra manera, intervinieron en el proveimiento del mencionado Decreto que destituyó al Alcalde Botero Botero (fls. 106 y ss.).

El señor defensor del acusado, en escrito que obra a folios 140 y siguientes, le solicita a la Sala que cese procedimiento acorde con el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal. Al efecto, dos tesis esgrime: la primera, que la conducta es atípica, ya que bastaba probar que el funcionario Botero Botero había sido condenado penalmente mediante fallo ejecutoriado para proceder a destituirlo, sin que fuera entonces necesario, ni siquiera pertinente, seguir un proceso disciplinario previo a dicha sanción. Al respecto, anota:

"Tal destitución es consecuencia de la sentencia condenatoria de carácter penal y constituye para el condenado la pérdida de un bien jurídico. Por tanto, es una consecuencia jurídico penal del hecho punible por el cual se condena en el caso concreto. Dicha sentencia se profiere previo el agotamiento del trámite de la instancia, esto es, como culminación de un debido proceso adelantado con la finalidad de hacer efectivo el derecho material y hacer efectivas las garantías debidas a las personas que en él intervienen. Como la sentencia condenatoria se profiere cuando obra en el proceso prueba que conduce a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del acusado, claro resulta que la causal de destitución es consecuencia jurídica de la declaratoria de responsabilidad por un determinado hecho punible.

"De lo expuesto en el párrafo anterior se colige que la destitución que se viene mencionando no es constitutiva de falta disciplinaria ni consecuencia conectada a una determinada falta disciplinaria. El esquema lógico del aspecto que se viene tratando es el siguiente: el Alcalde Municipal que es condenado por un hecho punible será destituido de su cargo de Alcalde. De esta manera se preserva la dignidad de la investidura pública en ese cargo de elección popular, que es la finalidad primordial de la disposición legal".

Reitera que como no se trata de sancionar una falta disciplinaria (porque además el hecho objeto de la condena penal fue cometido por el señor Botero Botero cuando no era miembro de la administración), no se debe adelantar un proceso disciplinario, sino un proceso de carácter administrativo, que para este caso, consiste apenas en allegar prueba del fallo penal de condena, debidamente ejecutoriado, "y establecer la identidad entre el condenado y el Alcalde de que se trate, verificar que se tiene competencia por razón del territorio y proferir el acto (resolución o decreto) de destitución", procedimiento previo éste que fue observado enteramente por el Gobernador Roldán Betancur, motivo por el cual su comportamiento resulta ceñido a la ley, y por lo tanto atípico frente al reproche de prevaricato.

La segunda tesis aducida por el defensor es subsidiaria de la anterior, y estriba en que, si se acepta que el quehacer es típico, la culpabilidad se echa de menos de manera ostensible, ya que, en armonía con los testimonios de sus subalternos, el doctor Roldán Betancur dijo en su indagatoria que procedió convencido de que aplicaba íntegramente y de manera debida las normas correspondientes, y que en esta

labor estuvo asesorado por la Secretaría de Gobierno y la Oficina Jurídica del Departamento, máxime teniendo en cuenta que su profesión es la de médico. Sobre el particular, dice:

"Todas las personas antes mencionadas y muy especialmente los doctores Echeverri Ceballos y Ramírez Arroyave, analizaron e interpretaron las Leyes 78 de 1986, 49 de 1987, el Decreto 1001 de 1988, la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985, la sentencia de exequibilidad fechada el 18 de agosto de 1988, ya citada, y el contenido del oficio número 00294 suscrito por el señor Ministro de Gobierno, doctor César Gaviria Trujillo y, por supuesto, las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia proferidas contra el Alcalde Jesús Arcesio Botero Botero. De estos análisis e interpretaciones que de veraz (sic) agotaron la temática, concluyeron que era improcedente formar proceso disciplinario contra Botero Botero y que el procedimiento a seguir era el enunciado por el doctor Ramírez Arroyave en su declaración y así obraron en la convicción razonada de que era la forma legal de obrar" (fl. 148).

Plantea entonces la causal de inculpabilidad consagrada en el numeral 3° del artículo 40 del Código Penal e insiste en que, de una u otra forma, no existe mérito legal para proferir medida de aseguramiento.

Concepto del Procurador

Después de registrado este proyecto, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal hizo conocer su concepto de la Corte. En él, distingue los casos de inhabilidad "sustentada en la preexistencia o en la coetaneidad de un motivo desconocido antes de la elección", de los originados "en un motivo sobreviniente a la elección, que inhabilita para continuar en el ejercicio del cargo". Dentro de estos últimos distingue varias hipótesis, así:

"1. Cuando el Presidente, el Gobernador, el Intendente o el Comisario, Ejecutan administrativamente una decisión jurisdiccional como la pérdida del empleo o la interdicción de funciones públicas.

"2. Cuando los mismos funcionarios Ejecutan una sanción administrativa que emana como consecuencia de un juicio disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación en los eventos y bajo los procedimientos previstos en la ley de responsabilidad que rige cada tipo de funcionario.

"3. Cuando se Ejecuta la decisión declarativa y el efecto destitutivo propios de la declaración de vacancia; acción, competencia y trámite, están acá regulados por el artículo 16 de la Ley 78/78.

"En estos tres casos, consideramos nosotros, se está ante la coyuntura planteada por el defensor del Gobernador Roldán, puesto que la situación jurídica particular de la destitución es materia de consideración en la respectiva sentencia y por ello no hay lugar a proceso administrativo propiamente dicho. Igual se aplica lo previsto en los artículos 18 (Ley 78) y 7° (Ley 49) cuando la suspensión emana de providencia jurisdiccional o disciplinaria que directamente la dispone y dentro de la cual ella es precisamente uno de sus objetos procesales.

"4. Empero, cuando se dan circunstancias o fenómenos que no son objeto de definición (sanción propiamente dicha) en la jurisdicción penal o disciplinaria, el procedimiento administrativo sí debe ser diverso porque acá ya no se trata de Ejecutar una orden o cumplir un mandato legal, sino de Derivar o Constituir una consecuencia jurídica prevista únicamente en el ámbito legislativo, y por tanto es en el administrativo donde se crea la situación jurídica particular que exige las garantías de la audición previa y el debido proceso.

"Se trata de las destituciones y suspensiones originadas en decisiones que no las aparejan naturalmente en el estatuto penal como son los eventos de condena con subrogados, condena sin interdicción, condena sin pérdida del empleo, o medida de seguridad cuya ejecución no implica pérdida de la libertad y consecuente suspensión".

Luego de sostener que la situación *sub examine* encaja dentro de la última hipótesis, concluye afirmando que el Gobernador Roldán Betancur debió acudir a un procedimiento administrativo que garantizará "así sea mínimamente, tanto el debido proceso como la defensa... porque no se estaba ejecutando o cumpliendo una decisión jurisdiccional o disciplinaria, sino que se estaba creando una situación administrativa de carácter particular, subjetivo". No obstante lo anterior, remata la Delegada, "están dadas las condiciones probatorias de la causal de inculpabilidad que desvertebra el dolo, puesto que el Gobernador Roldán Betancur agotó los caminos indicados y prudentes, en lo que se constituía un problema sin antecedentes en la nación, regulado por un conjunto de normas expedidas, complementadas, aclaradas y reglamentadas en el interregno de muy poco tiempo, lo que pone de presente que en verdad no resultaba de menor monta, ni de simple exégesis, sino de difícil desentrañamiento".

Consideraciones de la Corte:

Las causales de destitución para los Alcaldes de elección popular originariamente estaban previstas en el artículo 17 de la Ley 78 de 1986, el cual fue parcialmente modificado por el artículo 6° de la Ley 49 de 1987, quedando en definitiva así:

"Causales de destitución. El Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes o Comisarios destituirán a los Alcaldes, según sus respectivas competencias, en los siguientes casos:

"a) Cuando se haya proferido sentencia condenatoria de carácter penal o resolución de acusación debidamente ejecutoriada (art. 6° de la Ley 49 de 1987);

"b) Por violación al régimen de incompatibilidades previsto en esta ley;

"c) A solicitud de la Procuraduría General de la Nación, cuando incurran en las causales que impliquen dicha sanción, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto por la ley para estos funcionarios (art. 6°, de la Ley 49 de 1987);

"d) Por vacancia".

La situación que se presentó al Gobernador de Antioquia y que dio origen a la iniciación de este sumario, estaba comprendida en la letra a) de la norma que acaba de

transcribirse: el señor Jesús Arcesio Botero Botero, quien por elección popular había llegado a la Alcaldía Municipal de El Peñol, fue condenado como autor de un delito, en sentencia que quedó debidamente ejecutoriada pero en la cual se le otorgó la condena de ejecución condicional. En estas condiciones la pérdida de su empleo no se derivaba del cumplimiento de una sentencia en que tal pena se hubiese impuesto, sino de concretarse una de las causales de destitución previstas en la ley. La destitución era procedente a la luz del artículo 17, letra a) de la Ley 78 de 1987, y esto nadie lo ha discutido. Lo que se ha censurado al Gobernador Roldán Betancur y por lo cual fue denunciado, es el procedimiento que acogió para destituir al Alcalde Botero Botero, y a ello procede la Sala a referirse.

Parte de la norma que prevé la causal de destitución en comento, fue demandada ante la Corte Suprema de Justicia por considerar el actor que era inexequible, por violación al derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Y al resolver la demanda, negando la declaración de inexequibilidad impetrada, la Corporación, de manera categórica aunque no por decisión unánime, sostuvo que el derecho de defensa no era agraviado, porque no bastaba con la existencia de la resolución de acusación debidamente ejecutoriada, sino que era menester para proceder a la destitución de un Alcalde en esta hipótesis, un procedimiento de carácter administrativo, distinto del penal. No bastaba, pues, con las copias de la providencia y su nota de ejecutoria, sino que era necesario adelantar un procedimiento administrativo que garantizara la defensa del alcalde ante la imposición de tan severa pena. Se pronunció así la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en aquella sentencia del 18 de agosto de 1988:

"Establece la norma en estudio, como causal de destitución de un Alcalde, haberse proferido en su contra resolución de acusación ejecutoriada. Se parte, entonces, de la noción de la existencia de un proceso penal en que al sindicado, luego del trámite de rigor, se le ha dictado la providencia requerida, y, además, se encuentre en firme. Esto hace suponer, necesariamente, que la comparecencia al proceso penal está sujeta a la observancia de las formas propias del mismo. Por eso, no se le desconoce el derecho de defensa, que está tutelado directamente dentro de la actuación penal respectiva. Vale decir, la oportunidad de defenderse se concreta, en ésta, y que no se puede vulnerar o desconocer ese derecho, so pena de que se incurra en una de las irregularidades advertidas por el ordenamiento adjetivo.

"Cuestión distinta que el proveído mencionado, debidamente ejecutoriado, dé pie para sustentar o apoyar la destitución de un Alcalde, porque ya en esta etapa se está frente a un factor objetivo, la decisión judicial, que encuentre 'demostrada la tipicidad del hecho y exista un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad'.

"Es decir, la destitución, como acto administrativo proveniente del funcionario competente, debe estar apoyada indiscutiblemente en la resolución de acusación ejecutoriada, con sujeción a un trámite de rango administrativo".

"Por eso, advierte la Corte que se debe distinguir entre la actuación penal en la que se profiere la providencia pluricitada adelantada ante juez competente, y la causal de destitución que es la que sirve para que, previo un procedimiento administrativo, se

imponga la destitución por parte del Presidente de la República, de los Gobernadores, Intendentes, Comisarios, según su competencia".

"Precisamente, –continúa diciendo la Corte– la falta de distinción anotada anteriormente fue la que llevó equivocadamente al señor Viceprocurador, lo mismo que a la accionante, a estimar que el texto acusado agravia la carta fundamental porque se desconocía el derecho de defensa en cuanto entendieron que es el Juez Penal el que decide sobre la destitución" (Subrayas y mayúsculas fuera del texto original).

Y lo que sostuvo la Corte en relación con la resolución de acusación, bien puede, mutatis mutandi, *aplicarse a la hipótesis de la condena de carácter penal debidamente ejecutoriada, razón por la cual, en este evento también debe adelantarse un procedimiento de carácter administrativo que le permita y garantice la defensa a quien con base en el fallo condenatorio pretende destituirse de su cargo.*

¿Y cuál es el procedimiento de carácter administrativo y distinto del penal que debe seguirse? En sentir de la Sala y hasta tanto no expida el régimen disciplinario para el Alcalde y los demás empleados municipales, por mandato expreso del legislador es el establecido en la Ley 13 de 1984 y su decreto reglamentario. Así lo decidió categóricamente el artículo 10 de la Ley 49 de 1987:

"Mientras se expide el régimen disciplinario para el Alcalde y los demás empleados municipales, además de lo dispuesto en leyes vigentes, les será aplicable el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985 sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional".

El anterior, pues, es el procedimiento que el Gobernador Roldán Betancur debió haber adelantado para destituir al Alcalde Botero Botero. Mas a pesar de no haber actuado en la señalada forma, la Sala ordenará la cesación de este proceso ante la clara inculpabilidad del aludido funcionario, quien trató de acertar y cumplir estrictamente con las normas legales, para lo cual se asesoró de sus empleados y hasta consultó a sus superiores jerárquicos, obrando en definitiva, de acuerdo con los conceptos y orientaciones que todos ellos le brindaron. Como lo destaca el Procurador Delegado, "el Gobernador Roldán Betancur agotó los caminos indicados y prudentes, en lo que constituía un problema sin antecedentes en la nación, regulado por un conjunto de normas expedidas, complementadas, aclaradas y reglamentadas en el interregno de muy poco tiempo, lo que pone de presente que en verdad no resultaba de menor monta, ni de simple exégesis, sino de difícil desentrañamiento".

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

RESUELVE:

DECLARAR que la presente acción penal no puede proseguirse por ausencia de culpabilidad. En consecuencia, se ordena cesar procedimiento respecto del doctor Antonio Roldán Betancur, Gobernador del Departamento de Antioquia, de condiciones personales y civiles conocidas en autos, por razón de los hechos denunciados por el señor Miguel Angel Usme Marín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

PREVARICATO. GOBERNADOR.

De acuerdo con el primer inciso del artículo 341 del C. de P. Civil, el Gobernador puede transigir en los procesos civiles o autorizar a los representantes del Departamento para hacerlo. Y el artículo 107 del Código de Régimen Departamental, no comprende esa potestad de transigir atribuida al Gobernador por ministerio legal para procesos civiles en que intervenga el Departamento, no promovidos por ordenanza.

Auto Unica Instancia. 27 de junio de 1989. No inicia investigación contra el Doctor Jairo Aguilar Ocando, ex Gobernador del Departamento de la Guajira. F.F. artículo 149 C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Unica instancia. Rad. número 3477. Jairo Aguilar Ocando. Delitos: peculado y otros).

Aprobada Acta número 33.

Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.*

Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Decide la Corte si es procedente o no la apertura de investigación contra el ex Gobernador de La Guajira, doctor Jairo Aguilar Ocando, por los delitos de peculado, abuso de funciones públicas, prevaricato, falsedad en documentos y fraude procesal, según los cargos que le formuló el señor Misael Darío Olarte Ortiz.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Afirma el denunciante que estando en marcha, un proceso civil ordinario por indemnización de perjuicios contra el departamento de La Guajira, la Asamblea seccional aprobó, supuestamente, una proposición que autorizaba al gobernador

para transigir. Sin embargo, no aparece en los archivos de la Asamblea acta alguna de la sesión respectiva, ni se observaron las formalidades exigidas por la ordenanza reglamentaria de los trabajos de la entidad.

Posteriormente, el Gobernador en funciones y el apoderado de la actora suscribieron un contrato de transacción por la suma de veinte millones de pesos ($20.000.000.00), pero el escrito respectivo no fue presentado personalmente por el doctor Aguilar en el Juzgado sino en una notaría, no obstante tratarse de día hábil. Además, no está suscrito por el apoderado de la entidad demandada.

Si bien el contrato de transacción dice que basa su autorización en la proposición número 111 emanada de la Asamblea, la afirmación es falsa porque no se cumplieron los requisitos establecidos en el artículo 107 del Código de Régimen Departamental sobre iniciativa en materia de gastos, condonación de deudas, remisión de obligaciones o reconocimiento de obligaciones a cargo del departamento. El Gobernador ignoró a sabiendas esta disposición, hizo caso omiso del criterio del asesor jurídico y dio curso a la transacción.

Ni las partes contratantes ni la Juez que aceptó el escrito, cumplieron lo dispuesto en el artículo 341-2 C. de P. Civil, pues no existía ordenanza que lo autorizara.

Alude, finalmente, a varias irregularidades de trámite que, a su juicio, determinaban la nulidad del proceso civil.

Durante la indagación preliminar el funcionario comisionado recibió declaración al doctor Alvaro Romero Effer, Asesor Jurídico de La Guajira por la época de los hechos denunciados, al señor Gildardo Antonio Vásquez González, a la sazón secretario de la Asamblea, y a la señora Isidora Antonia Camargo Ortiz, actora en el proceso civil. De igual manera, practicó inspección judicial al predio cuya no entrega originó la demanda y obtuvo dictamen de peritos sobre el monto de los perjuicios. Trajo también copias auténticas de las sesiones realizadas por la Asamblea de La Guajira los días 27 de noviembre, 10, 11 y 12 de diciembre de 1986, lo mismo que un proyecto de contracréditos, la respectiva exposición de motivos y un ejemplar de la "Gaceta de La Guajira" en que se publicó la Ordenanza número 037 de 1986.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 341 C. de P. Civil, expresa: "Los representantes de la Nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, del gobernador, intendente, comisario o alcalde, según fuere el caso.

"Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades, la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza".

De acuerdo con el primer inciso, el Gobernador puede transigir en los procesos civiles o autorizar a los representantes del departamento para hacerlo.

Desde este punto de vista, no es jurídicamente acertada la afirmación general de que el Gobernador obra sin respaldo legal cuando realiza una transacción a nombre del departamento. Además, según la noción del artículo 2469 C. Civil y la restricción del artículo 2470 ibidem, *el mencionado funcionario tiene capacidad de disposición en este caso específico.*

Ahora bien, la limitante del transcrito artículo 341-2 no operaba en el asunto sub judice *porque el proceso no fue promovido por mandato de una ordenanza. Entre otras cosas, no se ve la forma como pudiera haberse dado la situación considerando que el demandante, un particular, dirigía la acción justamente contra La Guajira.*

No siendo necesaria previa ordenanza que autorizara a transigir tampoco era aplicable el artículo 107, Código de Régimen Departamental, que reza: "Toda iniciativa en materia de gastos, de condonación de deudas, de remisión de obligaciones a favor del Departamento o de reconocimiento de obligaciones del Departamento para con otras personas naturales o jurídicas, que se presente a las Asambleas Departamentales, deberá figurar en un proyecto de ordenanza con exposición de motivos, ser estudiada por una comisión de la Asamblea y sufrir los tres debates reglamentarios para convertirse en ordenanza".

En efecto, la norma se contrae a los requisitos necesarios para la validez de las ordenanzas relativas a gastos, condonación de deudas o reconocimiento de obligaciones del departamento para con otras personas naturales o jurídicas, cuando en el seno de la asamblea se promueva un asunto de este tipo como función propia de la institución, más no comprende la potestad de transigir atribuida al Gobernador por ministerio legal para procesos civiles en que intervenga el departamento, no promovidos por ordenanza.

La transacción se refiere por esencia o definición (artículo 2469-2 C.C.) no a un derecho claro e indisputado sino a uno controvertido y sujeto a litigio por lo menos eventual, de manera que difícilmente cabe dentro del concepto gasto, sobre todo en la primera etapa cuando aún no se han cumplido las respectivas prestaciones, dado lo cual parece dudoso que el ejercicio de la potestad asignada por la ley esté sometida a la restricción del artículo 107 citado en la denuncia. Puede decirse, entonces, que el Gobernador tiene el poder, en estos específicos casos, de comprometer al departamento mediante transacción, así alguien considerare que para satisfacer las obligaciones contraídas es menester la observancia de las normas relativas a gastos o erogaciones, opinión discutible pero también acogida en el caso de autos, como se establecerá posteriormente.

Todas las personas que se han referido a este asunto, incluidos el denunciante y el doctor Alvaro Romero Effer, asesor jurídico encargado de contestar la demanda ordinaria instaurada contra el departamento de La Guajira, han aceptado que mediante sentencia judicial en firme fechada el 6 de febrero de 1980, el ente de derecho público fue condenado a restituir un inmueble y se le otorgó plazo al efecto hasta el 3 de marzo siguiente. A este respecto no se ha planteado debate alguno.

Aun cuando, según se vio, no era estrictamente necesario, la Asamblea de La Guajira autorizó al Gobernador para transigir en asunto litigioso, munida de argumentos sobre los cuales se volverá un poco después. De momento, es oportuno señalar

que las informalidades de la autorización, verdaderas o reales, no afectan la validez de una transacción realizada por quien sin ella tenía la capacidad legal.

Por tal motivo, la providencia del Juzgado Civil del Circuito que aceptó el contrato y dio fin al proceso no es violatoria de normas procesales ni se sitúa por fuera de la órbita funcional del fallador. Por el contrario, al juez le era imperativo aceptarlo atendidos los claros términos del artículo 341.

El tema de la transacción comenzó a agitarse dentro de la Asamblea cuando algunos de sus integrantes estimaron que la improcedencia de las excepciones propuestas por el asesor jurídico y la segura prosperidad de las pretensiones, abocaban a una situación muy gravosa para el departamento, que era necesario conjurar. Así fue como se realizaron consultas con el Gobernador, el Secretario de Hacienda y el propio asesor jurídico –quien lo admite en su testimonio aclarando que manifestó un rechazo cerrado a la opción aunque a renglón seguido asegure que no se obtuvo su concepto–, para concluir que el arreglo garantizaba mejor los intereses públicos que las contingencias de un proceso de pronóstico desfavorable.

Sobre este particular cabe formular las siguientes observaciones: en la demanda se solicitaba la indemnización de los perjuicios causados por la mora de seis años en cumplir la entrega del inmueble, ordenada, como se dijo, en sentencia ejecutoriada. El asesor jurídico atacó la selección de la vía ordinaria argumentando que, a su juicio, lo procedente hubiera sido la instauración de la demanda ejecutiva. Sin embargo, la obligación no era clara, expresa, ni, propiamente hablando, exigible, al faltar reconocimiento de parte o pronunciamiento judicial, de modo que la existencia misma y el monto de los perjuicios iban, apenas, a ser materia de la litis y no existía el título necesario para la ejecución. La excepción carecía por ello de fundamento jurídico y no era apta para oponerse eficazmente al trámite del proceso y a la posterior sentencia de mérito. Siendo verdaderos los supuestos de hecho y adecuada la vía procesal, se estaba frente a un litigio idóneo para generar prestaciones muy onerosas a cargo del Departamento, con todo y los ingredientes de azar propios de un debate jurídico.

Frente a esta realidad, *la decisión de transigir adoptada por el acusado no constituía un exabrupto, pero ni siquiera excedía los términos de una actitud racional y lógica exigible de la persona obligada a defender los intereses departamentales. Y si a la luz de los factores políticos y jurídicos la conducta del Gobernador no era objetable, considerados los económicos todo indica que constituyó un acierto.* En efecto, el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal Ambulante con sede en Riohacha, cumpliendo comisión ordenada por la Corte, realizó inspección judicial al predio acompañado de dos peritos –agrónomo y agricultor–. Una vez efectuados los estudios de terreno y los análisis económicos, los expertos dictaminaron que durante la mora, adecuadamente explotado, hubiera producido treinta y nueve millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil novecientos cincuenta y dos pesos ($39.449.952.00). Tomando en cuenta que el monto estimado en la demanda fue de treinta y cinco millones de pesos ($35.000.000.00) y en la transacción se reconocieron a la actora veinte millones ($20.000.000.00), falta la base necesaria para discernir la existencia de ánimo defraudatorio o de lesión a los intereses patrimoniales de La Guajira.

Cuando la ley autoriza al Gobernador a transigir en los procesos civiles le otorga al acto que realice, como es obvio, la virtualidad necesaria para comprometer al respectivo Departamento, porque si no fuera así se estaría otorgando una potestad llamada a no producir efectos, perfectamente estéril, con lo cual la norma caería en el absurdo de contener su propia ineficacia. Pero, suponiendo –como mera concesión dialéctica– que el posterior cumplimiento del acuerdo, en cuanto importa gasto o erogación del fisco departamental, debe ser previso o autorizado por ordenanza, el requisito fue satisfecho en este caso, previo proyecto presentado por el Secretario de Hacienda y cumplidos los tres debates de rigor, como se observa en las actas auténticas de las sesiones realizadas por la Asamblea de La Guajira los días 10, 11 y 12 de diciembre de 1986, durante las cuales se aprobó la Ordenanza número 037 publicada en la Gaceta de La Guajira del 26 de diciembre de 1986.

Respecto de otros conceptos incluidos en la denuncia, cabe expresar que la autorización de la Asamblea se produjo el 27 de noviembre, el tercer debate para el contracrédito el 12 de diciembre y la transacción el 27 del mismo mes, en todos los casos de 1986. El doctor Romero Effer, lo dice en su testimonio, no renunció al cargo de asesor jurídico "para no comprometer su conducta íntegra en los ilícitos", sino por considerar que "había sido desconocido" en el ejercicio de sus funciones. Si el escrito de transacción fue autenticado en Notaría el 17 de diciembre –día conmemorativo en la rama jurisdiccional– y el hecho entraña una irregularidad, criterio por cierto muy discutible, es asunto ajeno al problema examinado, como lo son también algunas objeciones de forma a la actuación procesal. Por otra parte, quien está autorizado para transigir es el Gobernador, no el asesor jurídico. Finalmente, la celeridad en el cobro del dinero, sobre la base de una transacción ya formalizada, no implica quebrantamiento de la ley penal.

Es necesario dictar auto inhibitorio en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 352 C. de P. Penal.

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

RESUELVE:

Abstenerse de abrir investigación penal contra el doctor Jairo Aguilar Ocando, ex Gobernador de La Guajira, por los cargos que le formuló el señor Misael Darío Olarte Ortiz.

Notifíquese, cúmplase y archívese.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CONFESION. PENA.

El artículo 296 del C. de P.P. condiciona la validez de la confesión al previo enteramiento del procesado sobre su derecho a no autoincriminarse, mientras que el artículo 301 restringe la incidencia de la autoimputación a la rendida en la primera versión judicial.

Sentencia Casación. 29 de junio de 1989. Desecha el recurso de Casación en el proceso que, contra Farith Montealegre Cortés, se adelantó en el Tribunal Superior de Florencia, por Infracción a la Ley 30 de 1986. F.F. artículo 301 C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Radicación número 2760. Farith Montealegre Cortés. Casación).

Aprobada Acta número 33.

Magistrado ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Bogotá, D. E., veintinueve (29) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

VISTOS:

Surtido el trámite correspondiente, se entra a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Farith Montealegre Cortés, contra la sentencia proferida el dos (2) de febrero de 1988 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, mediante la cual, con revocatoria de la pena al pago de perjuicios morales y materiales para los varios co-procesados se confirmó la condena para el mencionado, a la pena principal de seis (6) años de prisión y multa de 15 salarios mínimos, como responsable de delitos tipificados en la Ley 30 de 1986.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 7 de marzo de 1987 en operativo cumplido por detectives del grupo de Policía Judicial Seccional DAS del Caquetá en la finca "La Florida", vereda el Porvenir del municipio de Valparaiso, se encontraron dos cultivos de aproximadamente cuatro

hectáreas de extensión, de arbustos de coca de la variedad conocida como "peruana" en cantidad aproximada de cuarenta mil plantas, un laboratorio para el procesamiento de la hoja de coca, sustancias propias para dicho procesamiento y otras en fase de elaboración, así como una bolsa de aproximadamente cinco gramos de cocaína, y como en el momento de llegar los representantes de la autoridad algunos individuos se dedicaban a la recolección de hojas, fueron capturados, y los elementos de factible decomiso, incautados. Los aprehendidos respondían a los nombres de: Farith, Hernando, Carlos Manuel y Héctor Montealegre Cortés, hermanos entre sí, y los jornaleros Libardo Narváez, Alfonso Narváez y Henry Ocampo; y la madre de los Montealegre, Elvia Cortés Perdomo, quien cuidaba uno de los plantíos.

El proceso fue abierto por el Juzgado 1° de Instrucción Criminal radicado en Florencia (fl. 6) el 9 de marzo y al día siguiente oído en declaración indagatoria Farith Montealegre Cortés, quien dijo desconocer el motivo de su aprehensión, haber llegado el día anterior procedente de Rivera en compañía de sus hermanos a la finca "La Florida" que es propiedad de su progenitor, y desconocer al propietario del cultivo, porque ni siquiera lo había visto (fls. 18 a 21). El día 30 de marzo fueron sometidos a confrontación los hermanos Carlos Manuel y Hernando Montealegre Cortés, y de consuno acusaron a su común hermano Farith de ser el propietario del cultivo de coca (fl. 106); igual resultado arrojó la confrontación entre Carlos Manuel y Héctor (fl. 110). En diligencia de careo frente a Pedro Romero Cabezas, uno de los intervinientes en el operativo, Farith Montealegre admitió por fin y sin reticencias la acusación de sus consanguíneos (fl. 113), admisión que mantuvo y reiteró en lo sucesivo a lo largo del proceso (fls. 113-114 y ss.). En la confrontación, el implicado explicó todo el sistema de trabajo que tenía implantado para la recolección y procesamiento de la coca y la forma de contratación de mano de obra y pago, y dijo ser el dueño de los cinco gramos de "bazuco" incautados.

Farith Montealegre fue enjuiciado mediante resolución acusatoria, en la cual se le formularon como cargos los resultantes de los hechos establecidos en la incursión oficial a la finca en donde tenía el cultivo y el laboratorio, e informados detalladamente por el personal de detectives, plantíos y elementos de los cuales se confesó único dueño y responsable, conducta que el Juez calificador estimó contemplada en la Ley 30 de 1986, Capítulo V. Los demás hermanos Montealegre fueron favorecidos con cesación de procedimiento y los trabajadores ajenos a la familia, encausados como cómplices de la conducta de aquél (fls. 288 y ss.).

En la audiencia pública el procesado amplió y ratificó en detalle su confesión, y su defensor oficioso, profesional recurrente ahora en casación, solicitó que se le abonaran los efectos del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal y que como consecuencia de la rebaja de pena, se le concediera el subrogado de la ejecución condicional de la sentencia (fls. 335-337).

La sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén (Caquetá), precisó que la conducta de Montealegre en sus varios actos encajaba en los artículos 32, 33 y 43 de la Ley 30 de 1986 y que éste fue sorprendido en flagrancia, y le impuso como condena la reseñada al comienzo de este proveído; los otros encausados fueron penados como cómplices del delito contemplado en el artículo 32 de la citada Ley y beneficiados con el subrogado de la ejecución

condicional, que le fue negado a aquél. A excepción de la condena al pago de perjuicios materiales y morales a que fueron condenados en primera instancia, el Tribunal confirmó el fallo, al revisarlo por apelación, mediante la sentencia que se hace objeto de la presente impugnación extraordinaria.

La demanda de casación

Dos acusaciones se formulan a la sentencia de segundo grado, cuya casación se depreca con fundamento en las causales 1ª, cuerpo segundo, y 2ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. Argumenta el señor defensor como sigue:

Cargo primero. Se apoya en la causal 1ª, y así pregona que el fallo es violatorio de la ley penal sustantiva, por falta de apreciación de "algunas pruebas que constituyeron la espina dorsal de la incriminación", según sus palabras. Afirma que el procesado Farith Montealegre confesó en su segunda versión ser el dueño de los cultivos incautados y que sin embargo no se le tuvo en cuenta dicho reconocimiento para la rebaja de la pena a que según el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal se hizo así acreedor y que por esa razón se le desconoció el principio de favorabilidad; seguidamente entra en explicaciones sobre la razón por la cual aquél no confesó desde el primer momento; y luego, sin aclarar la relación que pueda tener con el cargo entra a cuestionar la afirmación de la sorpresa en flagrancia en que según los juzgadores de instancia fue hallado Farith, limitando la alegación en este aspecto, a aseverar que los agentes del DAS que practicaron el operativo no precisaron los sitios exactos en que encontraron los elementos relacionados en su informe, y que estos son de uso equívoco porque no solo se emplean para procesar cocaína, sino que también reciben múltiples usos de acuerdo con la actividad agrícola de esa región del país.

Cargo segundo. Causal 2ª. La sentencia no guarda armonía con los cargos formulados en la resolución acusatoria porque en esta "no se determinó el artículo violatorio de la Ley 30 de 1986, pero en el fallo acusado, confirmatorio del de primera instancia la condenación se hizo por los delitos tipificados en los artículos 32, 33 y 43 de la dicha Ley".

Añade que al encausado se le está atribuyendo un hecho punible inexistente como es del artículo 43 antecitado, porque en el proceso no se estableció el cuerpo del delito ya que, según sus palabras, "los elementos decomisados no solamente pueden ser utilizados para el procesamiento de cocaína". Así mismo discute la ocurrencia del delito contemplado en el artículo 33 de la Ley en referencia, porque solamente "le incautaron un cultivo de coca pero desconociendo su destino final" y concluye afirmando que se infringió el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 26 de la Carta porque se violaron las garantías legales instituídas en favor del procesado y de la sociedad.

Respuesta del Ministerio Público

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal sugiere que se mantenga el fallo acusado. Analiza cada uno de los cargos, destacando que el primero no se aviene a la técnica propia del recurso de casación, pues además de ser una presentación desordenada de argumentos, no señala la clase de error en que pudo incurrir el fallador, ni

cita las normas medio que conllevarían a la violación de la ley sustantiva; resalta las aseveraciones del libelo en ese punto y advierte que ninguna prueba se está controvirtiendo en el cargo. En relación con la falta de aplicación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal considera que se estaría aduciendo su violación directa, y que tampoco ella se daría porque la confesión no se presentó bajo las condiciones que legalmente favorecieran la rebaja impetrada, y destaca que tampoco se señaló prueba en torno a la inexistencia de la flagrancia.

El segundo cargo también lo descarta, porque "el actor peca de excesivo rigorismo jurídico" de acuerdo con sus términos, ya que desconoce lo preceptuado en el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal, que al establecer los requisitos formales de la resolución acusatoria prevé el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal en la calificación provisional, lo que significa "que el Juez puede variar a otro capítulo del mismo título cuando las pruebas practicadas en el juicio así lo determinen, tal como lo señala el artículo 501 *ibidem*", pues la acusación de la resolución calificatoria está sujeta a "los vaivenes probatorios que pueden determinar una diferente adecuación típica". Estima que el casacionista "confunde la tipicidad con el cargo mismo y yerra en la acusación ya que la Ley 30 de 1986 es un cuerpo homogéneo de normas que busca proteger a la sociedad de todas las conductas que se relacionan con el narcotráfico", y que esa "identidad" permite que "los cargos formulados dentro de su cuerpo guarden correspondencia, así no se especifiquen los artículos en la resolución de acusación...".

Consideraciones de la Corte

Ninguno de los cargos que formula el recurrente a la sentencia del Tribunal Superior de Florencia en este proceso está llamado a prosperar.

1. En la presentación del primer cargo el actor se separa ostensiblemente de la técnica del recurso, pues limitándose a sostener que se ha incurrido en una violación de la ley penal sustancial, se abstiene de señalar si ella se dio por infracción directa o indirecta, y si bien da a entender enseguida que se trataría del cuerpo segundo de la causal primera de casación, porque en su sentir el Tribunal incurrió en "falta de apreciación de algunas pruebas", omite de nuevo precisar si a esa violación se llega por error de hecho o de derecho, dejando de advertir los motivos en que se funda.

Sin embargo, cuando en la demanda se pretende dar desarrollo a esa proposición, se hace sugiriendo que la norma violada ha sido la del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal porque indebidamente el Tribunal la dejó de aplicar al desconocer que era imposibile exigir en la primera indagatoria del procesado su confesión, cuando el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal advierte que en ese inicial interrogatorio el inculpado debe ser enterado de su derecho a no declarar en contra de sí mismo, planteamiento que lleva a inferir debió alegarse la causal primera de casación, cuerpo primero, si se estaba frente a una violación directa de la ley penal sustancial por falta de aplicación del precepto.

La proposición del cargo primero peca, entonces, tanto por defectos de técnica como por su desacomodo frente a la realidad procesal y al texto de la disposición que se considera indebidamente inaplicada:

El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal persigue inocultables fines de política criminal al incentivar la confesión del procesado mediante el significativo descuento de un tercio de la pena, procurando con ello el recaudo de evidencia que restrinja el esfuerzo instructivo, evite la incriminación de terceros inocentes y en términos generales reduzca las posibilidades de impunidad, etc. Por ello, precisamente, se exige que la confesión se rinda dentro de la primera versión procesal del indagado, en la medida en que si en ese momento procuró ya el desvío de la investigación, o se la llevó a esfuerzos inútiles y dilatorias o de entrabamiento, mal podría aspirar el procesado al recibo de reconocimientos o descuentos punitivos como premio por su pretendido engaño a la administración de justicia, actitud más bien merecedora de severa censura.

Por idénticas razones se entiende que ese descuento del artículo 301 del Procedimiento Penal no opere en los casos de flagrancia, pues en ellos el recaudo de la evidencia no se ha logrado por colaboración del procesado, ni en los eventos en que sea el fundamento de la condena una prueba distinta de la confesión.

Para el caso discutido, es evidente, y así lo admite el impugnante, que el procesado Farith Montealegre *no sólo se abstuvo de hacer una autoacusación en su primera indagatoria, sino que recurrió a la presentación de una coartada que implicaba para la instrucción un considerable esfuerzo, pues sugería que en el sitio de su captura sólo se hallaba de visita, mientras sus ocupaciones habituales las citaba en otra región distinta y lejana. En sus críticas se atiene entonces el actor al informe policivo inicial, para acusar que él no puede probar una aprehensión en flagrancia, dado que no precisa la ubicación exacta del procesado ni de los elementos comprometedores hallados en la finca que ocupaba. Esa restricción subjetiva en el análisis de la prueba se demerita por parcial, pues en el curso de sus intervenciones procesales, los integrantes del operativo ratifican que los procesados sorprendidos se dedicaban a la recolección de la hoja de coca que acumulaban en costales, teniendo su laboratorio y los elementos para el procesamiento dentro del mismo predio y no lejos de la casa de habitación, afirmaciones corroboradas con el hallazgo de las diferentes sustancias y las plantaciones a que se refiere el acta de incautación. Si, pues, se daba cabalmente la aprehensión en flagrancia, nueva razón surgía para inaplicabilidad de la rebaja de pena contenida en el artículo 301 que se cita, motivo de más para determinar el fracaso del cargo propuesto.*

La cita que el impugnante hace del artículo 286 del Código de Procedimiento Penal en nada absolutamente modifica esta situación, pues además de que se recurre a una disposición común a indagatoria y testimonio, en lugar de remitirse a la del artículo 296 del mismo ordenamiento procesal, específica para la confesión, se trata de disposiciones que condicionan genéricamente la validez de la confesión (simple o calificada) al previo enteramiento del procesado sobre su derecho a no autoincriminarse, pero en momento alguno cuestionan estos preceptos la oportunidad en que se rinda esa admisión de participación, cuál es precisamente la diferencia con el artículo 301 que subsigue, dado que él sí restringe la incidencia de la autoimputación para el descuento punitivo, no solamente a la que sirve de fundamento para la condena, sino, principalmente, y por las razones ya advertidas, a la rendida en la primera versión judicial, donde está llamada a dar oportuna orientación a la investigación, sirviendo como evidencia para deducción de la responsabilidad penal del indagado.

La impugnación, por consiguiente, no prospera.

2. Del cargo segundo, fundado en la incongruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia, destácase la falta de sustento fáctico:

El planteamiento del actor se centra en que mientras la resolución de acusación hace un cargo genérico sin citar los artículos aplicables, el fallo los precisa concretando las conductas de los artículos 32, 33 y 43 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, añadiendo que se está condenando a su cliente por hechos punibles inexistentes, pues los elementos químicos decomisados y los utensilios no tienen la única aplicación punible de elaboración de estupefacientes, y el solo cultivo de plantas de coca tampoco hace inferir la elaboración y tráfico del alcaloide.

No desconoce la Corte que la pieza calificatoria redactada para acusación del procesado no es en verdad modelo de cuidadoso análisis, crítica probatoria, ni de esmero en la precisión de los cargos sobre los cuales se indica en todo caso que constituyen transgresión de la Ley 30 de 1986, Capítulo V, como valoración genérica. Con todo, esa crítica compartida, lejos está de admitir que el pliego acusatorio no se haya ajustado a las exigencias mínimas legales del artículo 471 del Código de Procedimiento Penal y menos que haya sido desbordado en la sentencia.

Cuando la providencia relató los hechos, lo hizo de manera cuidadosa y pormenorizada, precisando sus circunstancias de lugar y de tiempo, las modalidades comportamentales y las de participación de los vinculados –folios 288, 289 y 293 cuaderno de primera instancia– indicando que el hallazgo de la finca "Florida" de dos cultivos de coca en extensión aproximada de cuatro hectáreas y unas cuatro mil plantas se sumaba el descubrimiento de un laboratorio y elementos químicos para el procesamiento de la hoja de coca, discriminándose dentro de tales bienes el hallazgo de un timbo con una sustancia en proceso para la extracción del alcaloide y una pequeña cantidad de cocaína base, añadiendo luego la alusión crítica de los resultados de la prueba forense que identificó cada una de las sustancias precursoras como ácido sulfúrico, amoníaco, permanganato de potasio, cocaína base y carbonato de sodio, lo mismo que los varios disolventes. Frente a esa pormenorizada indicación, recordó que desde el auto de detención se concretaban los cargos a los artículos 32, 33 y 43 de la Ley 30 de 1986 así que mal podrían procesado y defensor pretextar ausencia de entidad en los cargos, menos si al referir a las distintas actividades distinguiendo las de cultivo, elaboración, tenencia de cocaína y tenencia de químicos y precursores se aducía la transgresión al Estatuto Nacional de Estupefacientes, cumpliendo con la obligación genérica que obliga el ordinal 3° del artículo 471 del Código de Procedimiento Penal, disposición que además de indicar que la calificación allí plasmada conlleva a la condición de provisionalidad, añade que el señalamiento ha de ser respecto del "capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal", lo que cabe entender surtido cuando esa referencia se hace frente al Estatuto contenido en la Ley 30 de 1986 como se lee en la parte resolutiva del auto.

Cuando se produjo por el Juzgado del Circuito y luego se ratificó por el Tribunal Superior la sentencia, en momento alguno se varió el cargo desconociendo el *nomen juris* o genérica calificación de los hechos, o se incluyeron eventos no aludidos en la resolución acusatoria, menos se recurrió a deducir circunstancias específicas de

agravación punitiva no mencionadas en el pliego de cargos o se sorprendió a la defensa, que en el curso de la audiencia hizo amplia remisión a la confesión simple de Farith Montealegre, que, dicho sea de paso, comprendió exactamente todos los episodios por los cuales se le dedujeron los cargos, valga decir, las actividades de cultivo, elaboración, comercialización y tenencia de la sustancia estupefaciente y de los elementos propios para su transformación. A tal punto se acogió en la vista el cargo, que el único reparo desde allí surgido y reiterado apunta a la insistencia en que se reduzca de la pena definitiva la proporción indicada en el ya comentado artículo 301 del Ordenamiento Procesal Penal.

Si, pues, no se observa ese desacomodo del fallo frente a la resolución acusatoria. Si aquel recoge íntegramente y solamente los cargos que se contienen en la formulación que abrió camino al debate de la causa, si consultó además las modalidades del hecho, la pluralidad de conductas típicas y el grado de responsabilidad de los distintos acusados, el cargo propuesto fincado en la falta de congruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, carece enteramente de asidero y por consiguiente no prospera, siendo de rigor decidir en la forma prevista en el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

DESECHAR el presente recurso de casación. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. PREVARICATO.

Mientras no exista la voluntad de que un proyecto se convierta en providencia, manifestada esta voluntad con la decisión de hacer que el proyecto se agregue al proceso en la forma prevista por la ley y sea conocido por las partes, el escrito, así ostente todas las firmas necesarias para darle una aparente validez, no es más que un simple proyecto.

Auto Unica Instancia. 31 de junio de 1989. Se abstiene de iniciar investigación contra los Doctores Alberto Rodríguez Rengifo, Darío Sánchez Herrera y Rafael Suárez Poveda, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. F.F. artículos 149 y 220 del C.P.

Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

(Rad. número 3537. Unica Instancia. Doctor Alberto Rodríguez Rengifo y otros).

Aprobada Acta número 31 de junio 20 de 1989.

Magistrado ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.*

Bogotá, D. E., primero (1°) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Procede la Sala a decidir si debe o no investigarse penalmente la conducta de los doctores Alberto Rodríguez Rengifo, Darío Sánchez Herrera y Rafael Suárez Poveda, quienes en calidad de Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, fueron denunciados por los delitos de prevaricato y falsedad en documento público.

Hechos

Afirma el denunciante, doctor José A. Pedraza Picón, que a las 9 a.m. del día 7 de diciembre del año próximo pasado, en ejercicio de su profesión de abogado se presentó al Despacho del doctor Alberto Rodríguez Rengifo, donde se celebraría una audiencia de trámite dentro de un proceso laboral instaurado por el señor Agapito Guatibonza Montes, a quien apoderaba judicialmente, contra la Industria Militar

(INDUMIL). Como se le informara que la susodicha audiencia había sido pospuesta, entregó el expediente a su secretario, señor Antonio Montes, para que lo revisara mientras él atendía otras diligencias. Al regresar poco después, el señor Montes le informó que dentro del expediente había encontrado la fotocopia de una providencia, al parecer firmada por el doctor Rodríguez Rengifo y por los otros dos Magistrados integrantes de la Sala de Decisión por éste presidida (doctores Darío Sánchez Herrera y Rafael Suárez Poveda), mediante la cual se revocaba el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada por la Industria Militar, y en su lugar se la absolvía de la indemnización por despido injusto a que había sido condenada en el fallo de la primera instancia, y también se revocaba el ordinal quinto de la misma sentencia para en su lugar condenar al demandante al pago de las costas causadas. La providencia que en fotocopia dice haber encontrado el secretario del denunciante y que se agregó a la denuncia, tenía como fecha el 14 de diciembre de 1988.

Los hechos anteriores en criterio del denunciante, tipifican los delitos de prevaricato y falsedad ideológica en documento público. El primero, porque "es evidente que existe en poder del señor ponente una decisión anticipada escrita que resuelve desestimatoriamente la demanda laboral de Agapito Guatibonza Gómez, con fecha futura (14) de diciembre próximo; que se encuentra firmada por los doctores Alberto Rodríguez Rengifo, Darío Sánchez Herrera y Rafael Suárez; que lo ejecutaron en ejercicio de sus funciones con ostensibilidad evidente contra la ley, que es el artículo 82 del C. de P. del T., que impone la obligación de citar para audiencia de trámite y juzgamiento, para oír las alegaciones de las partes que es el debido proceso de que trata el artículo 26 de la Constitución". El segundo, porque "este documento extendido por empleados oficiales consigna una presunta falsedad, en las fechas, en la verdad del medio de defensa que se nos da; se otorga y defrauda la fe pública en las decisiones de esa Sala Laboral".

Durante la indagación preliminar se acreditó que los denunciados tenían la calidad de Magistrados del Tribunal, y que quien conducía el proceso laboral del Guatibonza Gómez contra la Industria Militar, doctor Rodríguez Rengifo, falleció en esta ciudad el 23 de febrero del año en curso (fl. 209).

También se escuchó la versión de los Magistrados Sánchez Herrera y Suárez Poveda (fls. 192 y 202), quienes reconocen como suyas las firmas que aparecen en la fotocopia y explican su comportamiento frente a los hechos denunciados.

Según el Magistrado Sánchez Herrera, es usual que antes de la audiencia de trámite el sustanciador del proceso entregue a los integrantes de su Sala de Decisión el proyecto de sentencia, el cual, si lo aprueban, es firmado por los tres Magistrados, pero no lo hacen público. Luego, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 82 del Código de Procedimiento Laboral, se escuchan las alegaciones de las partes y "si el Tribunal no encuentra que deba modificar la decisión se procede a notificar la sentencia en estrado o de lo contrario se aplaza la audiencia de juzgamiento", mientras se modifica la decisión inicialmente convenida. Agrega que, en muchas oportunidades, las alegaciones indujeron a nuestra Sala a aplazar la decisión para un examen más detenido del problema" y es enfático en sostener que "la copia que se me puso de presente así esté firmada, no es una sentencia judicial... porque el Tribunal no había agotado la audiencia de trámite, porque el Tribunal no había dado

noticia formal de su decisión". En relación con la fecha del proyecto de sentencia, explica que "si el proyecto de sentencia lleva fecha del 14 de diciembre de 1988, la intención no podía ser la de adoptar una decisión el mismo día de la audiencia de trámite (7 de diciembre, recuerda la Sala) sin que el Tribunal tuviera la oportunidad de oír las alegaciones de las partes, para eventualmente modificar el sentido de la decisión, como llegó a ocurrir en muchas oportunidades... El doctor Alberto Rodríguez Rengifo era muy respetuoso del criterio de la Sala en esa materia y probablemente por eso fijó una fecha posterior por si acaso se daba la necesidad de hacer alguna modificación" (fls. 198 y ss.).

Iguales a las anteriores son las explicaciones que brinda el Magistrado Suárez Poveda: "El denunciante y no pocos litigantes más, ignoran el contenido del artículo 82 del Código de Procedimiento Laboral, que ordena al Tribunal, oídas las partes en segunda instancia y previo un receso breve, proferir inmediatamente la decisión que desate el grado de jurisdicción. En consideración a este mandato legal, la Sala presidida por el doctor Alberto Rodríguez Rengifo y la mía, entre otras, han acostumbrado con anterioridad a la audiencia respectiva, estudiar el negocio que llega por apelación o por consulta y proyectarlo, de acuerdo con lo probado en el proceso. Si en la audiencia el proceso no sufre variación, inmediatamente se les notifica la decisión previamente acordada a las partes, en estrados que consiste en la lectura de la providencia. Si ha habido variación, como lo manda la norma en cita, se procede a señalar fecha para el pronunciamiento de la correspondiente resolución judicial de segunda instancia. En el caso que se viene comentando, se estudió la ponencia presentada por el doctor Alberto Rodríguez Rengifo y como yo la hallé conforme a derecho, la firmé, para que en su oportunidad se notificara. No se por qué furtivamente esa ponencia firmada por el doctor Rodríguez Rengifo, por el doctor Sánchez Herrera y por mí, llegó a las manos del abogado Pedraza Picón, quien se enteró de ella antes de la notificación..." (fl. 202).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Dispone el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo, lo siguiente: "Citación para audiencia de trámite y juzgamiento. Recibido el expediente por apelación o consulta de la sentencia, el Magistrado Sustanciador dictará un auto en el que señala la fecha y hora para que, dentro de los diez (10) días siguientes, se celebre audiencia, en la cual el Tribunal oirá las alegaciones de las partes. Terminadas éstas, podrá retirarse a deliberar, por un tiempo no mayor de una hora, para pronunciar oralmente el fallo, y si así ocurriere, reanudará la audiencia y la notificará en estrados. En caso contrario, se citará para otra audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes con el fin de proferir el fallo y notificarlo".

De lo anterior se deduce claramente que el Tribunal tiene dos oportunidades procesales para proferir el fallo de segunda instancia. La primera, dentro de la audiencia y luego de haber escuchado las alegaciones de las partes; dispone de una hora para deliberar y preparar la sentencia que notificará por estrados. La segunda, en una audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes.

Tratándose como se trata de un juez colegiado, que por su naturaleza debe deliberar y decidir colectivamente el asunto materia de la sentencia, obvio resulta que

la primera oportunidad procesal otorgada por la ley para producir el fallo, sólo es viable cuando el asunto debatido es muy sencillo y no ofrece mayores dificultades probatorias o jurídicas, como que para deliberar y resolverlo el legislador ha otorgado el término de una hora. No es adecuado, entonces, so pretexto de este lapso, convenir anticipadamente una decisión que sólo debe tomarse después de oídas las alegaciones de las partes, así, en principio, quienes tal cosa han hecho estén dispuestos a reconsiderar sus conclusiones, en vista de lo alegado en la audiencia. La ley no ha querido que los Magistrados prejuzguen y no está bien que lo hagan, así, se repite, estimen que su decisión es provisional y condicionada a los resultados del debate, lo cual no obsta para que el Magistrado Sustanciador pueda llevar a la audiencia las anotaciones que considere pertinentes para que, luego de escuchadas las alegaciones de las partes, informe a los integrantes de su Sala sobre el proceso a fallar y pueda así cumplirse la deliberación y pronunciarse la sentencia dentro de la misma audiencia.

Pero cuando no es posible en el breve término de una hora deliberar y producir el fallo, el mismo legislador concede otra oportunidad procesal a los juzgadores: citar para otra audiencia dentro de los diez (10) días siguientes con el fin de proferir el fallo y notificarlo. Este término sí es suficiente para que los Magistrados se reúnan, estudien el proyecto, deliberen y tomen una decisión, luego, claro está, de haber oído y sopesado las alegaciones de las partes. Sólo así se garantiza el debido proceso y las partes no se sienten burladas. El Juez no solamente está obligado a ser serio en todas sus actuaciones, sino que además debe dejar ante todos la seguridad de que lo es. La justicia para que en verdad lo sea debe ser convincente en su fondo y en su forma.

No obstante lo irregular del procedimiento adoptado por los funcionarios denunciados, la Sala considera que su comportamiento es atípico. Tanto el doctor Sánchez Herrera como el doctor Suárez Poveda declararon que la fotocopia encontrada dentro del expediente según afirmación del secretario del denunciante, no contenía en verdad una sentencia sino un simple "proyecto", firmado en señal de aceptación pero condicionada ésta a que en virtud de lo alegado por las partes en la audiencia no cambiaran de criterio, caso en el cual elaborarían un nuevo proyecto de fallo que leerían en una audiencia próxima. Por esta razón, el escrito que en fotocopia dice haber hallado, inopinadamente, dentro del expediente el señor Montes, no era una sentencia ni tenía todavía la calidad de documento público. La voluntad de quienes lo suscribieron, como lo explicaron con claridad los Magistrados Sánchez y Suárez, era sólo la de acoger el proyecto, que únicamente sería sentencia después de escuchadas las alegaciones de las partes durante la audiencia y siempre y cuando que como consecuencia de estas alegaciones no cambiara su convicción inicial plasmada en el proyecto, y siempre y cuando también éste fuera leído en audiencia pública, ya que de no ser así la sentencia sería nula, por disposición expresa del artículo 42 del Código Procesal del Trabajo, que preceptúa: "*Las actuaciones y diligencias judiciales,* la práctica de pruebas y la sustanciación *se efectuarán oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad,* salvo los casos exceptuados en este Decreto.

Mientras no exista la voluntad de que un proyecto se convierta en providencia, manifestada esta voluntad con la decisión de hacer que el proyecto se agregue al proceso en la forma prevista por la ley y sea conocido por las partes, el escrito, así

ostente todas las firmas necesarias para darle una aparente validez, no es más que un simple proyecto, máxime cuando su incorporación al proceso, como sucedió en el caso sub examine, *está sometida a una específica oportunidad procesal (dentro de la audiencia y después de escuchar las alegaciones de las partes) y también al cumplimiento de una condición, cual era la que los alegatos de las partes no cambiaran la decisión inicial adoptada en el proyecto.*

Las anteriores consideraciones conducen a la Sala a abstenerse de iniciar investigación penal, porque los hechos denunciados no tipifican ningún delito (art. 352 C. de P.P.). No el de prevaricato por acción, porque los Magistrados denunciados no produjeron ninguna resolución contraria a la ley ni pretendían desconocer los derechos de las partes cuyos intereses se enfrentaban en el ya referido proceso laboral; tampoco el de falsedad documental, porque como se analizó, no es posible darle la calidad de documento público a un escrito que por voluntad de sus autores sólo la tendría en una oportunidad procesal futura y determinada por la misma ley (la audiencia) y siempre que se cumpliera una condición: que como consecuencia de las alegaciones de las partes los Magistrados no modificaran su inicial criterio acogido en el proyecto.

Pero como es posible que los Magistrados, con su comportamiento, hubieren infringido el régimen disciplinario, se ordenará expedir copia de las presentes diligencias con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para los fines pertinentes.

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

RESUELVE:

1. ABSTENERSE de iniciar sumario por razón de los hechos denunciados por el doctor José A. Pedraza Picón, y que fueron objeto de esta averiguación preliminar.

2. Por la Secretaría de la Sala, expídanse las copias relacionadas en la parte motiva de este proveído, para los fines allí indicados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez
Secretario

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
INDICE ALFABETICO DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR
PRIMER SEMESTRE DE 1989

Pág.

ABANDONO DEL CARGO. Es la propia ley la que descarta la ausencia transitoria de la función como constitutiva de delito de Abandono del cargo previsto en el artículo 156 del C.P., siendo la separación total del cargo lo que caracteriza a este hecho punible. Auto Unica Instancia. 03-03-89. Cesa el Procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Rocío Ramírez Múnera, Magistrada Tribunal Superior de Pereira. Delito: Abandono del Cargo, Peculado y Otros. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 021. Fuente Formal: Artículo 156 C.P. 121

ABOGADO. Se torna comprometedor el ejercicio de la profesión de abogado en aquellos casos donde el esposo o esposa tiene poder decisorio o influencia dentro de la administración oficial. Auto Unica Instancia. 21-02-89. Se abstiene de Iniciar Proceso. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Miguel Alfredo Maza Márquez. Director del DAS. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 014. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 80

ABUSO DE AUTORIDAD. No puede prescindirse de considerar que conforme al artículo 27 de la Constitución Nacional sin perjuicio previo y en los casos y términos que señala la ley, los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción, podrán sancionar con multa o arresto. Lo anterior no obstante la reglamentación contenida en el artículo 26 de la misma norma superior, en cuanto al debido proceso. Auto Segunda Instancia. 08-02-89. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Jesús Ernesto Alvarez Romero. Juez Promiscuo Municipal de Manta. Delito: Detención Arbitraria. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 010 57

ACCION DISCIPLINARIA (Salvamento de Voto). Si existe una descripción concreta, directa aplicable (Agasajos) no se estima porque se acude a una difusa interpretación que sólo mediante una sofisticada elaboración, permitiría incluir un agasajo dentro del concepto de "otra utilidad". 26-04-89. Salvamento de Voto: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 047. Fuente Formal: Decreto 052 de 1987. ... 240

ALCALDE - Destitución. Las causales de destitución para los Alcaldes de elección popular originariamente estaban previstas en el artículo 17 de la Ley 78 de 1986, el cual fue parcialmente modificado por el artículo 6º de la Ley 49 de 1987. Auto Unica Instancia. 27-06-89. Ordena cesar el procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Antonio Roldán Betancur, Gobernador del Departamento

de Antioquia. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 086. Fuente Formal: Ley 49 de 1987 425

AMENAZAS. No se puede llegar a concluir que todas las conductas que pretendan quebrantar la voluntad de una persona determinada se adecuan a la descripción típica del artículo 26 del Decreto 180 de 1988. Auto Colisión. 27-06-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 3º de Orden Público de Bogotá. Procesado(s): Martha Cecilia Pérez Jiménez. Delito: Amenazas personales. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 085. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988 420

APELACION. Del artículo 487 del C. de P.P. se desprende que, proferida la Resolución de Acusación, es imprescindible esperar su ejecutoria para dar el siguiente paso procesal. Auto Segunda Instancia. 31-01-89. Se abstiene de conocer en apelación. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Gustavo Montejo Reyes. Juez 4º de Inscriminal. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 005. Fuente Formal: Artículo 487 del C. de P.P. 29

AUTO DE PROCEDER. Es de la estructura interna del proceso penal la importancia capital del denominado auto de proceder que en el sistema del Código de Procedimiento Penal anterior significaba, como lo significa hoy día la resolución de acusación, la concreción de los cargos que el Estado-Jurisdicción hace al procesado. Sentencia. 03-03-89. No CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Jesús María Estrada Correa. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 024 137

AUTO INHIBITORIO. Si ha iniciado el Juez indagación preliminar y luego proferido auto inhibitorio sobre una consideración de "inculpabilidad", toma decisiones que no son de recibo en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y que, por consiguiente podrían encajar en la figura de Prevaricato. Auto Segunda Instancia. 28-03-89. Revoca la providencia. Tribunal Superior de Armenia. Procesado(s): Yolanda Buitrago de Correa. Juez 7º Penal Municipal. Delito: Prevaricato y Falsedad. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 032. Fuente Formal: Artículo 341 C. de P.P. 171

CAPTURA. Si bien las normas legales contemplan la citación previa en relación con determinados delitos sancionados con penas privativas de la libertad menores de dos años, también las mismas autorizan disponer la captura cuando no sea posible la presentación de los sindicados o se establezca su renuencia a comparecer. Auto Segunda Instancia. 21-02-89. Confirma la Providencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Eleuterio Ruiz Martínez. Juez 93 de Inscriminal. Delito: Delito contra el Patrimonio Económico. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 015. Fuente Formal: Artículo 400 C. de P.P. 85

CARRERA JUDICIAL - Permiso. El "Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público" expedido por el Decreto 250 de 18 de marzo de 1970, reconoció en el artículo 26 a los funcionarios y empleados el derecho a permisos remunerados en un mes por causa justificada. Auto Segunda Instancia. 09-06-89. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Omar Peña Rivillas, Juez Promiscuo Municipal de Mesetas. Delito: Falsedad. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 071. Fuente Formal: Decreto 250 de 1970 342

CASACION. El motivo del recurso extraordinario que se señala en el numeral 2º del artículo 226 del C. de P.P., ha de interpretarse en tanto que exista disonancia entre

los cargos deducidos al procesado y la sentencia. Sentencia Casación. 15-05-89. No CASA. Tribunal Superior de Pereira. Procesado(s): Holmes Marín Vallejo y Hugo Patiño López. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 059. Fuente Formal: Artículo 226 del C. de P.P. 280

El recurso de Casación es procedente cuando el máximo de pena imponible, no sea inferior a la exigencia del artículo 218 del C. de P.P., para cada uno de los delitos por los cuales se procede contra una persona, lo que significa que tampoco el juzgamiento por concurso de hechos punibles habilita a los delitos que no llenan el requisito. Auto Casación. 07-06-89. Declara ajustada a derecho la demanda. Tribunal Superior de Tunja. Procesado(s): Pablo Abigaíl Amaya Monroy. Delito: Falsedad en Documento Público. Magistrado Ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 069. Fuente Formal: Artículo 218 C. de P.P. 337

CAUCION. La caución juratoria y la reducción de la prendaria son excluyentes. Auto Segunda Instancia. 21-06-89. Niega la sustitución de la caución. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Julio Alberto Sánchez Vega, ex Juez 20 Civil del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 078. Fuente Formal: Artículo 419 C. de P.P. 381

CESACION DE PROCEDIMIENTO. Cuando se presenta el fenómeno eminentemente objetivo de la prescripción de la acción penal, considera la Sala que se tiene competencia para decidir, aun cuando dicho motivo surja en el trámite del recurso extraordinario de Casación. Auto Casación. 01-03-89. Declara Prescrita la Acción Penal. Juzgado 23 de Inscriminal Penal Militar. Procesado(s): Mario Barrera Ardila y Alvaro Parra. Delito: Secuestro y Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 020. Fuente Formal: Artículos 80 C.P. y 34 C. de P.P. 106

La cesación de procedimiento se encuentra limitada para todos los sujetos procesales que pueden pretenderlo, cuando el proceso se encuentra en la fase de enjuiciamiento, a los eventos que configuran las causas objetivas. Auto Casación. 16-03-89. Se abstiene de considerar. Procesado(s): Alvaro Sánchez Velasco y otro. Delito: Hurto Agravado. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 030. Fuente Formal: Artículo 503 C. de P.P. 166

Han entendido la doctrina y la jurisprudencia reiterada de esta Corporación que la determinación de cesar todo procedimiento, cuando quiera que aparezca claramente demostrada una cualquiera de las causales, es de naturaleza excepcional. Auto Segunda Instancia. 06-04-89. Confirma. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Excelino Cañón Pachón, Juez 2° Civil del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 036. Fuente Formal: Artículo 34 C. de P.P. 192

CESACION DE PROCEDIMIENTO (Salvamento de voto). El Decreto 050 de 1987 regula la posibilidad restringida de dos exámenes probatorios para la formulación del pliego de cargos, sin que pueda hacerse una nueva calificación del mérito del sumario, en virtud de lo ordenado en el artículo 473 de este nuevo ordenamiento. 01-02-89. Salvamento de voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 008. Fuente Formal: Artículo 473 C. de P.P. 48

COHECHO. Estos dos delitos contra la Administración Pública se excluyen entre sí y ni siquiera es posible recurrir al denominado "conflicto aparente de normas o de tipos penales", pues la descripción de estas conductas implica comportamientos subjetiva y objetivamente diferentes. Auto Segunda Instancia. 15-02-89. Confirma Providencia. Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): Francisco Jaramillo Martí-

nez, Juez 5º Penal Municipal de Palmira. Delito: Prevaricato y Concusión. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 013. 74
Refulge en el artículo 142 inciso 2º del C.P. en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual sufriría por el hecho de la aceptación de invitaciones, presentes o cualquier otro tipo de utilidad, ofrecidos por quien está interesado en asunto sometido a decisión del funcionario y por éste aceptados. Sentencia Segunda Instancia. 26-04-89. Reforma la sentencia. Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Alirio Sanguino Madarriaga. Delito: Falsedad Documental y Cohecho. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de Voto: doctores *Jaime Giraldo Angel* y *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 046. Fuente Formal: Artículo 142 C.P. 227

COHECHO (Salvamento de Voto). Si existe una descripción concreta, directa aplicable (Agasajos) no se estima porque se acude a una difusa interpretación que sólo mediante una sofisticada elaboración, permitiría incluir un agasajo dentro del concepto de "otra utilidad". 26-04-89. Salvamento de Voto: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 047. Fuente Formal: Decreto 052 de 1987 240

COLISION DE COMPETENCIA. El artículo 8º del Decreto 2490 de 1988 es una norma de procedimiento que fija la competencia y, por lo mismo, de aplicación inmediata ya que no afecta, lesiona, ni menoscaba derechos sustanciales de los procesados y donde no tiene incidencia el principio de favorabilidad. Auto Colisión. 14-02-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado Once Especializado de Florencia. Procesado(s): Salomón Reyes Guerrero y otros. Delito: Secuestro y Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 011. Fuente Formal: Decreto 2490 de 1988. 64
Si el comportamiento ilícito predicado de los Militares ha sido desarrollado por fuera de las funciones atribuidas en el caso específico, debe entenderse que el procesado ha extralimitado sus funciones. Auto Colisión. 13-03-89. Dirime Colisión de Competencias. Juzgado 18 de Inscriminal de Cartago. Procesado(s): Raúl Corredor Vargas y otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 029. Fuente Formal: Decreto 250 de 1958.... 162
La competencia de la Corte para resolver incidentes dentro de la jurisdicción de Orden Público, está limitada por los artículos 68-6 del Código de Procedimiento Penal y 16 del Decreto 474 de 1988. Auto Colisión. 29-03-89. Se abstiene de resolver colisión. Juez Unico Especializado de Sogamoso. Procesado(s): Averiguación. Delito: Amenazas. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 033. Fuente Formal: Decreto 474 de 1988. 177
La competencia para solucionar conflictos que se susciten entre "la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de orden público", ha de entenderse referida a aquellos eventos en los que los jueces discutan su jurisdicción en relación con la materia, no simplemente con el territorio. Auto Colisión. 06-04-89. Se abstiene de dirimir colisión. Juzgado 2º Especializado de Buga. Procesado(s): Antonio Salazar Sánchez. Delito: Amenazas Personales. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 037. 199
La ley procesal penal sólo otorga a las partes la facultad de iniciar el conflicto cuando oficiosamente no lo hace el funcionario, sin que una vez trabado el incidente puedan entorpecerlo o dilatarlo con la interposición de recursos. Auto Colisión. 11-04-89. Se abstiene de resolver reposición. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Averiguación. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 038. Fuente Formal: Artículo 95 C. de P.P. 202
La disparidad de criterios que surgen en relación con la competencia, debe presentarse respecto de unos mismos hechos y en relación con una misma situación

procesal. Auto Colisión. 10-05-89. Se abstiene de dirimir la colisión. Juzgado 8º de Inscriminal de Medellín. Procesado(s): Juan Guillermo Herrera Patiño y Enrique Arango Giraldo. Delito: Receptación. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 055..... 268

El Decreto 180 de 1988 fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público y únicamente encajan en el artículo 26 las amenazas que trascienden la esfera meramente personal o privada. Auto Colisión. 18-05-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 6º de Orden Público de Medellín. Procesado(s): Luis Fernando Jaramillo Escobar. Delito: Amenazas personales. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 061. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988..... 295

COLISION DE COMPETENCIAS. El desacuerdo no puede presentarse entre jueces que no tengan competencia para "resolver mediante decisión motivada el conflicto entre el derecho punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado de conformidad con la norma penal". Auto colisión. 03-03-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado 2º Penal Municipal de Bolívar. Procesado(s): Averiguación. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 022. Fuente Formal: Artículo 95 C. de P.P..... 129

COMPETENCIA. Con el Decreto 2490 de 1988 el legislador de emergencia pretendió poner fin a situaciones dudosas que se planteaban con ocasión del estatuto recientemente expedido (Decreto 180 de 1988). Auto Colisión. 21-02-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado 8º de Inscriminal de Neiva. Procesado(s): Elizabeth Perdomo Leyton y otros. Delito: Rebelión. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 016. Fuente Formal: Decreto 2490 de 1988. 90

Cuando aparezcan debidamente comprobadas las condiciones objetivas, a que se refiere el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, puede predicarse la competencia de juzgamiento en los funcionarios de la jurisdicción de orden público, pero sólo cuando el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón de su investidura. Auto Colisión. 24-02-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado 6º de Orden Público de Medellín. Procesado(s): Luis Fernando Valencia. Delito: Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 018. Fuente Formal: Decreto 474 de 1988..... 96

Los Jueces de Orden Público únicamente tienen facultad instructora en asuntos ocurridos fuera de su Distrito, cuando sean comisionados por el Director Nacional de Instrucción Criminal. Auto Colisión. 16-03-89. Revoca su auto anterior. Juzgado 1º Orden Público de Barranquilla. Procesado(s): Lascario Antonio Humanes. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 031.... 168

Es al Juez que tiene el proceso al momento de surgir el conflicto de competencia, al que corresponde resolver lo referente a la libertad del procesado, no a la Corporación o al Juez llamado a dirimir la colisión. Auto Colisión. 10-05-89. Dirime Colisión. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Jesús Alberto Gómez Arias. Delito: Receptación y Falsedad en Doc. Púb. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 056..... 272

En el Decreto 474 de 1988 el legislador dispuso que estas especiales normas de competencia no se rigieran por las anteriores consagraciones legislativas de la Ley 153 de 1887 y del Decreto 050 de 1987. Auto Colisión. 16-05-89. Dirime colisión de competencia. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Ricardo Andrade Escobar y otro. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 060..... 290

"La sustracción", sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos, descrita por el artículo 263 del Código Penal, naturalística y jurídicamente implica

permanencia en el tiempo. Auto Colisión. 09-06-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 19 Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): Humberto Mateus. Delito: Inasistencia Alimentaria. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 072. Fuente Formal: Artículo 263 C.P. 347

CONCIERTO PARA DELINQUIR. El tipo penal descrito en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, no parte del principio de concertación o voluntad de dos o más personas con la finalidad de cometer delitos, sino de pertenecer a una organización terrorista o a un grupo de sicarios. Auto Colisión. 04-04-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 2° de Orden Público de Ibagué. Procesado(s): Ricardo Fajardo Serrato. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 034. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988..... 180

El Concierto para Delinquir exige asociación concreta y permanencia de varias personas para cometer infracciones en forma indeterminada (artículo 186 del C.P. y artículo 7° del Decreto 180 de 1988). Auto Colisión. 11-04-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 5° de Orden Público de Neiva. Procesado(s): Jesús Olmedo Gutiérrez. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 039..... 205

CONCUSION. Estos dos delitos contra la Administración Pública se excluyen entre sí y ni siquiera es posible recurrir al denominado "conflicto aparente de normas o de tipos penales", pues la descripción de estas conductas implica comportamientos subjetiva y objetivamente diferentes. Auto Segunda Instancia. 15-02-89. Confirma Providencia. Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): Francisco Jaramillo Martínez, Juez 5° Penal Municipal de Palmira. Delito: Prevaricato y Concusión. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 013 74

CONEXIDAD. Así como no hay rebelión sin medios bélicos y sin intención de derrocar al sistema imperante, así mismo la tregua desaloja este propósito e inhibe el empleo de las armas. Sentencia Casación. 04-05-89. NO CASA. Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Martín Guerrero García, Luis Alberto Morantes Jaimes, Jacobo Arenas y Otros. Delito. Tráfico de armas y municiones. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de voto: doctores *Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz y Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 051. Fuente Formal: Artículo 120 C.P..... 243

La jurisdicción de Orden Público es una rama especializada, creada por el legislador extraordinario, a la que se ha atribuido la competencia exclusiva para conocer de los delitos de que trata el Decreto 180 de 1988 y de los conexos con éstos, aun de conocimiento de los jueces especializados. Auto Colisión. 13-06-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado Primero de Orden Público. Procesado(s): Oliverio Hernando Melo Parada. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 073. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988 350

CONEXIDAD (Salvamento de Voto). Es claro que si se trata de la adquisición y transporte de armas por parte del grupo rebelde y con fines rebeldes, tal actividad queda necesariamente involucrada dentro de la dinámica del delito de Rebelión. 04-05-89. Salvamento de Voto: doctores *Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz y Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 052. Fuente Formal: Artículo 120 C.P. 254

CONFESION. El beneficio previsto en el Decreto 1199 de 1987 debe entenderse en favor del procesado que, aun en caso de flagrancia colabora eficazmente con la justicia. Auto Casación. 02-06-89. Niega libertad provisional. Tribunal Superior

de Bogotá. Procesado(s): Augusto Riveros Ramos. Delito: Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 068. Fuente Formal: Decreto 1199 de 1987 332
El artículo 296 del C. de P.P. condiciona la validez de la confesión al previo enteramiento del procesado sobre su derecho a no autoincriminarse, mientras que el artículo 301 restringe la incidencia de la autoimputación a la rendida en la primera versión judicial.
Sentencia Casación 29-06-89. Desecha el Recurso. Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Farith Montealegre Cortés. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 088. Fuente Formal: Artículo 301 C. de P.P. 437

COSA JUZGADA. El artículo 17 del C. de P.P. incluye entre los principios que orientan la ritualidad del proceso, el de la cosa juzgada y el artículo 216 del mismo estatuto el de irreformabilidad de las sentencias por parte del mismo funcionario que las ha proferido. Auto Unica Instancia. 23-05-89. Cesa el procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Daniel Becerra Piedrahita, Rocío Ramírez Múnera y Noel Román Flórez, Magistrados del Tribunal Superior de Pereira. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Aclaración de voto: Doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 066. Fuente Formal: Artículo 216 del C. de P.P. 328

COSA JUZGADA (Aclaración de Voto). Si bien todos los procesalistas que se han ocupado del estudio de la cosa juzgada se identifican para sostener que es la seguridad jurídica de los ciudadanos lo que justifica la inmodificabilidad de la sentencia, también lo es, que su existencia no puede convertirse en cerrojo de carácter absoluto que lleve a concretar la injusticia. 23-05-89. Aclaración de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 067. Fuente Formal: Artículos 16 y 17 C.P. 328

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. La norma del artículo 183 del C.P. es descriptiva en una conducta pluriofensiva si bien constituye lesión a la administración de justicia, el "derecho" que se ejerce presupone por lo general la existencia de una persona afectada directamente, quien es, en consecuencia, el legítimo querellante. Auto Revisión. 19-05-89. Niega la revisión. Juzgado 6°. Penal del Circuito. Procesado(s): Jaime Hernando Guerra Paz. Delito: Ejercicio Arbitrario de las propias razones. Magistrado Ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 064. Fuente Formal: Artículo 183 C.P. 308

DELITOS CONTRA LA AUTONOMIA PERSONAL. Es la tortura síquica la que describe la Ley en el artículo 279 del C.P., en oposición a la física. Auto Colisión. 03-03-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado 1° de Orden Público de Medellín. Procesado(s): Albeiro N.N. y otro. Delito: Amenazas. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 023. Fuente Formal: Artículo 279 C.P. 132

DEMANDA DE CASACION - Técnica. La sede de casación no es una instancia, en donde las partes, y concretamente los recurrentes, pueden enfrentar su propio y personal criterio con las razones de la decisión impugnada, sin observar una lógica y un rigor especiales en cuanto a la demostración del error trascendente y determinante que se aduzca con el propósito de invalidar el fallo. Sentencia 07-02-89. No CASA. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): Jaime Maximino Casanova Mendoza. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 009 51

DETENCION ARBITRARIA. No puede prescindirse de considerar que conforme al artículo 27 de la Constitución Nacional sin perjuicio previo y en los casos y términos que señala la ley, los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción, podrán sancionar con multa o arresto. Lo anterior no obstante la reglamentación contenida en el artículo 26 de la misma norma superior, en cuanto al debido proceso. Auto Segunda Instancia. 08-02-89. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Jesús Ernesto Alvarez Romero, Juez Promiscuo Municipal de Manta. Delito: Detención Arbitraria. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz.* Extracto número 010. 57

DOCUMENTO PUBLICO. La actuación del Secretario que ha sido delegada por el Magistrado o el Juez para certificar, mirada a la luz de lo dispuesto en el artículo 280 del C. de P.P., permite tener la constancia expedida por él como documento público. Sentencia Segunda Instancia. 26-04-89. Reforma la sentencia Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Alirio Sanguino Madarriaga, Juez 44 de Instrucción Criminal. Delito: Falsedad Documental y Cohecho. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* Salvamento de Voto: doctores *Jaime Giraldo Angel* y *Lisandro Martínez Zúñiga.* Extracto número 044. Fuente Formal: Artículo 280 del C. de P.P. 227

DOLO. El Dolo implica, como expresamente lo establece el artículo 36 del Código Penal, el conocimiento de que se está realizando un hecho punible, independientemente que se proponga causar perjuicio a otra persona con dicho comportamiento ilícito. Auto Segunda Instancia. 07-03-89. Revoca la Providencia. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Luz Mary Montoya, ex Juez Promiscuo Municipal de Yalí. Delito: Falsedad en Documento Público. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel.* Extracto número 026. Fuente Formal: Artículo 36 C.P. . 149

EXTORSION. Mediante el secuestro se atenta contra la libertad individual (siendo indiferente para su consumación el daño a otro bien jurídico), mientras que el delito de extorsión ataca primordialmente el patrimonio económico. Sentencia. 17-01-89. No CASA. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): José Urbano Martínez Cubillos. Delito: Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.* Extracto número 001. Fuente Formal: Artículos 268 y 355 del C. de P.P. 5

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. Si la adulteración material del documento es el supuesto necesario para sobre su fotocopia, edificar la falsedad ideológica, no es dable pensar jurídicamente sino en el atentado contra la fe pública que consagra el artículo 219 del C.P. Sentencia Segunda Instancia. 26-04-89. Reforma la Sentencia. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Alirio Sanguino Madarriaga, Juez 44 de Instrucción Criminal. Delito: Falsedad Documental y Cohecho. Magistrado Ponente: Doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* Salvamento de Voto: Doctores *Jaime Giraldo Angel* y *Lisandro Martínez Zúñiga.* Extracto número 045. Fuente Formal: Artículo 219 C.P. 227

El "Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público" expedido por el Decreto 250 de 18 de marzo de 1970, reconoció en el artículo 26 a los funcionarios y empleados el derecho a permisos remunerados en un mes por causa justificada. Auto Segunda Instancia. 09-06-89. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Omar Peña Rivillas, Juez Promiscuo Municipal de Mesetas. Delito: Falsedad. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* Extracto número 071. Fuente Formal: Decreto 250 de 1970 342

Mientras no exista la voluntad de que un proyecto se convierta en providencia, manifestada esta voluntad con la decisión de hacer que el proyecto se agregue al

proceso en la forma prevista por la ley y sea conocido por las partes, el escrito, así ostente todas las firmas necesarias para darle una aparente validez, no es más que un simple proyecto. Auto Unica Instancia. 30-06-89. Se abstiene de iniciar investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Alberto Rodríguez Rengifo, Darío Sánchez Herrera y Rafael Suárez Poveda, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz.* Extracto número 089. Fuente Formal: Artículos 149 y 220 C.P. 444

FAVORABILIDAD. Con fundamento en el artículo 677 del C. de P.P., ha venido sosteniendo la Corte, que aun en aquellos procesos en los cuales estuviere en firme el auto de cierre de investigación, deberá sustituirse el segundo sobreseimiento temporal del C. de P.P. anterior, por la cesación de procedimiento de que trata el inciso segundo del artículo 473 del nuevo Código, pero siempre que el sumario no ofrezca mérito para formular auto de llamamiento a juicio o resolución acusatoria. Sentencia Segunda Instancia. 01-02-89. Revoca la providencia. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Luis Fernando Caicedo, Juez Penal Municipal. Delito: Falsedad en Documentos. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* Salvamento de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* Extracto número 007. Fuente Formal. Artículo 473 C. de P.P. 37

Si el auto de cierre de investigación se dictó antes del actual estatuto procedimental penal, tiene cabal operancia lo mandado por su artículo 677, o sea que el proceso debe rituarse conforme al C. de P.P. anterior. Pero no obsta para que, en casos concretos y dudosos, en que sea más favorable la aplicación de las nuevas normas procesales, se opte por éstas. Auto Recusación. 07-03-89. Declara que les asiste razón. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Enrique Alford Córdoba, Beatriz Castaño de López y Edilma Celly de Suárez, Magistrados Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez.* Extracto número 027. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P. 155

FAVORABILIDAD (Salvamento de voto). El Decreto 050 de 1987 regula la posibilidad restringida de dos exámenes probatorios para la formulación del pliego de cargos, sin que pueda hacerse una nueva calificación del mérito del sumario, en virtud de lo ordenado en el artículo 473 de este nuevo ordenamiento. 01-02-89. Salvamento de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas.* Extracto número 008. Fuente Formal: Artículo 473 C. de P.P. 48

FLAGRANCIA. El beneficio previsto en el Decreto 1199 de 1987 debe entenderse en favor del procesado que, aun en caso de flagrancia colabora eficazmente con la justicia. Auto Casación. 02-06-89. Niega libertad provisional. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Augusto Riveros Ramos. Delito: Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga.* Extracto número 068. Fuente Formal: Decreto 1199 de 1987 332

FRAUDE PROCESAL. En el delito de Fraude Procesal para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error. Auto Casación. 27-06-89. No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Helena Castillo de Olano. Delito: Fraude Procesal. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas.* Extracto número 084. Fuente Formal: artículos 80 y 182 C.P. 416

FUERO. En relación con el Presidente de la República, cuando ya no ejerza el cargo y se trate de investigar hechos u omisiones comunes cometidos antes o después del desempeño del mismo, se imponen las reglas señaladas en el Código de Procedimiento Penal. Para otros altos Funcionarios del Estado tampoco opera el trámite.

constitucional, cuando se trate de hechos u omisiones ocurridos antes del desempeño del cargo y de delitos comunes que se investiguen después de su desempeño. Auto Unica Instancia. 21-06-89. Declara la competencia. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Manuel Jaime Guerrero Paz, Ministro de Defensa. Delito: Actuaciones cuando era Comandante. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Salvamento de Voto: doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 079. Fuente Formal: Artículos 97 y 102 C.N. 385

FUERO (Salvamento de Voto). En cuanto al fuero especialísimo que se consagra para los altos Funcionarios del Estado, es indiferente que sea de los denominados comunes o de responsabilidad. Es regla básica o mínima intocable, que el fuero opera durante ese ejercicio. 21-06-89. Salvamento de Voto: doctores *Gustavo Gómez Velásquez* y *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 080..... 387

FUERO MILITAR. El artículo 170 del Código de Justicia Penal Militar no es otra cosa que el desarrollo de la norma constitucional que consagra el fuero militar, no podía el legislador ordinario extender los efectos de un instituto consagrado en un canon superior, eliminando al efecto la exigencia consistente en que el destinatario de la garantía foral, debía haber cometido el delito en relación con el servicio. Auto Colisión. 27-02-89. Dirime Colisión de Competencias. Juzgado 4° Especializado de Barranquilla. Procesado(s): Fabio Hinestrosa y otros. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 019. Fuente Formal: Artículo 170 C. de J.P.M. 102

Si el comportamiento ilícito predicado de los Militares ha sido desarrollado por fuera de las funciones atribuidas en el caso específico, debe entenderse que el procesado ha extralimitado sus funciones. Auto Colisión. 13-03-89. Dirime Colisión de Competencias. Juzgado 18 de Inscriminal de Cartago. Procesado(s): Raúl Corredor Vargas y otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 029. Fuente Formal: Decreto 250 de 1958 .. 162

GOBERNADOR. No ha de pensarse que cuando se habla del provecho que se exige para la configuración del delito de Prevaricato, necesariamente se esté pensando en un beneficio personal y de carácter patrimonial, puede tratarse, como en algunos eventos de hecho sucede, que la conducta delictiva persiga más que un provecho un perjuicio ajeno o la violación de la ley para lograr la perturbación de una adecuada administración pública. Auto Unica Instancia. 26-06-89. No repone su propia providencia. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Eduardo Lacoutur Cuello, Gobernador de La Guajira. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 083. Fuente Formal: artículo 149 C.P..... 405

De acuerdo con el primer inciso del artículo 341 del C. de P.C., el Gobernador puede transigir en los procesos civiles o autorizar a los representantes del Departamento para hacerlo. Y el artículo 107 del Código de Régimen Departamental, no comprende esa potestad de transigir atribuida al Gobernador por ministerio legal para procesos civiles en que intervenga el Departamento, no promovidos por ordenanzas. Auto Unica Instancia. 27-06-89. No inicia investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Jairo Aguilar Ocando, ex Gobernador de La Guajira. Delito: Peculado y otros. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 087. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 432

IMPEDIMENTO. Como lo expresó la Sala en providencia del 20 de abril de 1988, el inciso 2° del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal no puede aplicarse indistintamente a todos los procedimientos, como el especial contemplado para la jurisdicción de Orden Público, en el que no se separan las funciones de instruir y

fallar. Auto Recusación. 21-01-89. Rechaza la Recusación. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Luis Gerardo Espinosa López. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 003. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P. y Decreto 180 de 1988..... 19

Cuando los Magistrados que se declaran impedidos son los únicos integrantes de la Sala Penal del Tribunal Superior, lo procedente es la designación de los respectivos conjueces, para que sean ellos quienes decidan si aceptan la separación argüida o la rechazan. Auto Impedimento. 22-02-89. Se declara carente de Competencia. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Pablo Emilio Díaz, Luis Alfredo Pedraza y Jairo Valcárcel, Magistrados Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Delito: Impedimento. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 017. Fuente Formal: Decreto 1265 de 1970..... 94

INASISTENCIA ALIMENTARIA. "La sustracción", sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos, descrita por el artículo 263 del Código Penal, naturalística y jurídicamente implica permanencia en el tiempo. Auto Colisión 09-06-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 19 Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): Humberto Mateus. Delito: Inasistencia Alimentaria. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 072. Fuente Formal: Artículo 263 C.P..... 347

INDAGATORIA - Citación. Si bien las normas legales contemplan la citación previa en relación con determinados delitos sancionados con penas privativas de la libertad menores de dos años, también las mismas autorizan disponer la captura cuando no sea posible la presentación de los sindicados o se establezca su renuencia a comparecer. Auto Segunda Instancia. 21-02-89. Confirma la Providencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Eleuterio Ruiz Martínez, Juez 93 de Inscriminal. Delito: Delito contra el Patrimonio Económico. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 015. Fuente Formal: Artículo 400 C. de P.P..... 85

INVESTIGACION - Objeto. Es uno de los fines de la investigación, por mandato del artículo 360 del C. de P.P., establecer "si se ha infringido la ley penal", lo cual significa que ésta no se adelanta para esclarecer determinado tipo penal, sino para investigar los hechos y de conformidad con ellos sí proceder a su calificación. Auto Unica Instancia. 20-04-89. Cesa el procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Guillermo Rojas Gómez, Magistrado del Tribunal Superior de Tunja. Delito: Contra la Administración Pública. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 042. Fuente Formal: Artículo 360 C. de P.P..... 213

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. Como lo expresó la Sala en providencia del 20 de abril de 1988, el inciso 2° del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal no puede aplicarse indistintamente a todos los procedimientos, como el especial contemplado para la jurisdicción de Orden Público, en el que no se separan las funciones de instruir y fallar. Auto Recusación. 21-01-89. Rechaza la Recusación. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Luis Gerardo Espinosa López. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 003. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P. y Decreto 180 de 1988 19

El artículo 8° del Decreto 2490 de 1988 es una norma de procedimiento que fija la competencia y, por lo mismo, de aplicación inmediata ya que no afecta, lesiona, ni

menoscaba derechos sustanciales de los procesados y donde no tiene incidencia el principio de favorabilidad. Auto Colisión. 14-02-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado Once Especializado de Florencia. Procesado(s): Salomón Reyes Guerrero y otros. Delito: Secuestro y Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 011. Fuente Formal: Decreto 2490 de 1988 64

Con el Decreto 2490 de 1988 el legislador de emergencia pretendió poner fin a situaciones dudosas que se planteaban con ocasión del estatuto recientemente expedido (Decreto 180 de 1988). Auto Colisión. 21-02-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado 8° de Inscriminal de Neiva. Procesado(s): Elizabeth Perdomo Leyton y otros. Delito: Rebelión. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 016. Fuente Formal: Decreto 2490 de 1988..... 90

Cuando aparezcan debidamente comprobadas las condiciones objetivas, a que se refiere el artículo 2° del Decreto 474 de 1988, puede predicarse la competencia de juzgamiento en los funcionarios de la jurisdicción de orden público, pero solo cuando el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón de su investidura. Auto Colisión. 24-02-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado 6° de Orden Público de Medellín. Procesado(s): Luis Fernando Valencia. Delito: Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 018. Fuente Formal: Decreto 474 de 1988 96

El Decreto 474 de 1988 regula en forma clara la competencia de la Justicia de Orden Público y en su artículo 24 establece que la justicia ordinaria continuará "tramitando hasta su culminación aquellos asuntos de los cuales hubiere asumido el conocimiento", pero este precepto tiene como excepción la disposición del artículo 25. Auto Colisión. 09-03-89. Dirime Colisión de Competencia. Juzgado 2° de Orden Público de Valledupar. Procesado(s): José A. Gordillo y otros. Delito: Rebelión y otros delitos. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 028. Fuente Formal: Decreto 474 de 1988 159

Los Jueces de Orden Público únicamente tienen facultad instructora en asuntos ocurridos fuera de su Distrito, cuando sean comisionados por el Director Nacional de Instrucción Criminal. Auto Colisión. 16-03-89. Revoca su auto anterior. Juzgado 1° Orden Público de Barranquilla. Procesado(s): Lascario Antonio Humanes. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 031.... 168

La competencia de la Corte para resolver incidentes dentro de la jurisdicción de Orden Público, está limitada por los artículos 68-6 del Código de Procedimiento Penal y 16 del Decreto 474 de 1988. Auto Colisión. 29-03-89. Se abstiene de resolver colisión. Juez Unico Especializado de Sogamoso. Procesado(s): Averiguación. Delito: Amenazas. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 033. Fuente Formal: Decreto 474 de 1988 177

El tipo penal descrito en el artículo 7° del Decreto 180 de 1988, no parte del principio de concertación o voluntad de dos o más personas con la finalidad de cometer delitos, sino de pertenecer a una organización terrorista o a un grupo de sicarios. Auto Colisión. 04-04-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 2° de Orden Público de Ibagué. Procesado(s): Ricardo Fajardo Serrato. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 034. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988 180

En el Decreto 474 de 1988 el legislador dispuso que estas especiales normas de competencia no se rigieran por las anteriores consagraciones legislativas de la Ley 153 de 1887 y del Decreto 050 de 1987. Auto Colisión. 16-05-89. Dirime colisión de competencia Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Ricardo Andrade Escobar y otro. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 060 290

El Decreto 180 de 1988 fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público y únicamente encajan en el artículo 26 las amenazas que trascienden la esfera meramente personal o privada. Auto Colisión. 18-05-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 6° de Orden Público de Medellín. Procesado(s): Luis Fernando Jaramillo Escobar. Delito: Amenazas personales. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 061. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988 295

La jurisdicción de Orden Público es una rama especializada, creada por el legislador extraordinario, a la que se ha atribuido la competencia exclusiva para conocer de los delitos de que trata el Decreto 180 de 1988 y de los conexos con éstos, aun de conocimiento de los jueces especializados. Auto Colisión. 13-06-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado Primero de Orden Público. Procesado(s): Oliverio Hernando Melo Parada. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 073. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988 350

No se puede llegar a concluir que todas las conductas que pretendan quebrantar la voluntad de una persona determinada se adecuan a la descripción típica del artículo 26 del Decreto 180 de 1988. Auto Colisión. 27-06-89. Dirime colisión de competencia. Juzgado 3° de Orden Público de Bogotá. Procesado(s): Martha Cecilia Pérez Jiménez. Delito: Amenazas Personales. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 085. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988 420

JUSTICIA PENAL MILITAR. El artículo 590 del C. de Justicia Penal Militar, establece la necesidad de librar órdenes de captura o de comparendo, pero no impone el que se pormenorice la índole de las diligencias cumplidas o de los factores que impidieron la aprehensión o el recibo del requerimiento. Sentencia Casación. 04-05-89. No CASA. Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Martín Guerrero García, Luis Alberto Morantes Jaimes, Jacobo Arenas y otros. Delito: Tráfico de Armas y Municiones. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de Voto: doctores *Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz y Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 049. Fuente Formal: Artículo 590 C. de J.P.M. 243

JUSTICIA PENAL MILITAR (Salvamento de Voto). La inquietud formulada por el Ministerio Público sólo podía ser respondida por la Sala en forma positiva, en el sentido de afirmar que a pesar de la precariedad de los términos procesales, es un deber del juzgador procurar eficientemente la comunicación de la existencia del proceso al procesado y hacerle saber la obligación de la comparecencia en él. 04-05-89. Salvamento de Voto: doctores *Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz* y *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 050. Fuente Formal: Artículo 590 C. de J.P.M. 254

LIBERTAD. Es al Juez que tiene el proceso al momento de surgir el conflicto de competencia, al que corresponde resolver lo referente a la libertad del procesado, no a la Corporación o al Juez llamado a dirimir la colisión. Auto Colisión. 10-05-89. Dirime Colisión. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Jesús Alberto Gómez Arias. Delito: Receptación y Falsedad en Documentos Públicos. Magistrado Ponente: doctor *Jaime Giraldo Angel*. Extracto número 056 272

LIBERTAD PROVISIONAL. Los postulados filosóficos de la Ley Penal y Procesal Penal, apuntan a limitar al máximo la privación de libertad preventiva y dentro de esa postura se explica la existencia del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, pero no puede pasar por alto la presencia de excepciones claramente señaladas en esta norma, como ocurre con el artículo 441. Auto Segunda Instancia.

31-01-89. Confirma providencia. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Iván Darío Uribe Henao, ex Juez Promiscuo Municipal de El Bagre. Delito: Privación Ilegal de la Libertad. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 004. Fuente Formal: Artículo 439 C. de P.P. 23

NARCOTRAFICO. La ley, por obra de la combinada utilización de productos químicos para fines legítimos y también para actividades delictuosas, tiene que disponer de mecanismos de comprobación adecuados y ciertos para saber cuándo otorga un permiso, cuándo lo niega, y, cuándo impone sus severos controles. Sentencia Casación. 05-05-89. No CASA. Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): Johan Betancourt Paredes. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de Voto: doctores *Jaime Giraldo Angel* y *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 053. Fuente Formal: Ley 30 de 1986 257

El precepto contenido en el artículo 1° de la Ley 30 de 1986 establece que las expresiones utilizadas se entenderán, salvo definición expresa, en su contenido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Sentencia Casación 15-05-89. No CASA. Tribunal Superior de Pereira. Procesado(s): Holmes Marín Vallejo y Hugo Patiño López. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 058. Fuente Formal: Ley 30 de 1986 280

NARCOTRAFICO (Salvamento de Voto). El artículo 43 de la Ley 30 de 1986 exige como uno de los elementos del tipo penal en ella establecidos uno de carácter normativo, que la tenencia de la sustancia sea "ilegal". 05-05-89. Salvamento de Voto: doctores *Jaime Giraldo Angel* y *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 054. Fuente Formal: Ley 30 de 1986 263

NOTIFICACION. La Corte no comparte el criterio de que ante la aparición de una innecesaria y tardía notificación por estado, quede habilitado para interponer recursos el sujeto procesal que ha llegado extemporáneamente. Auto Segunda Instancia. 18-05-89. Revoca la providencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Paulina Salazar de Villamil, Juez 43 Penal Municipal. Delito: Abuso de Autoridad. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 062. Fuente Formal: Artículo 418 C. de P.P. 298

PENA. El artículo 296 del C. de P.P. condiciona la validez de la confesión al previo enteramiento del procesado sobre su derecho a no autoincriminarse, mientras que el artículo 301 restringe la incidencia de la autoimputación a la rendida en la primera versión judicial. Sentencia Casación. 29-06-89. Desecha el recurso. Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Farith Montealegre Cortés. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 088. Fuente Formal: Artículo 301 C. de P.P. 437

PENA - Circunstancias. Desde el punto de vista punitivo las circunstancias específicas tienden a preestablecer de modo absoluto los límites máximos y mínimos que tiene el delito de que se trata, mientras que las circunstancias genéricas sólo se limitan a permitir la determinación concreta de la pena entre ese máximo y ese mínimo. Sentencia Casación. 04-04-89. No CASA. Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Wilson Jacob Mendoza Ibarra. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 035. Fuente Formal: Artículo 66 C.P. 185

PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. Cuando un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional porte su arma de dotación oficial, en ningún caso se le puede atribuir la conducta del artículo 13 del Decreto 180 de 1988. Auto Colisión. 25-04-89. Dirime colisión de competencia. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): José Ferney Velásquez. Delito: Hurto y porte ilegal de armas. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 043. Fuente Formal: Decreto 180 de 1988..... 220

PRESCRIPCION. En el delito de Fraude Procesal para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error. Auto Casación. 27-06-89. No CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Helena Castillo de Olano. Delito: Fraude Procesal. Magistrado ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 084. Fuente Formal: artículos 80 y 182 C.P. 416

PRESCRIPCION DE LA ACCION. La prescripción de la acción penal sólo puede moverse dentro de límites ciertos y precisos, que resultan excluidos cuando se aplican las circunstancias de tipo genérico. Sentencia Revisión. 14-02-89. Niega la Revisión de la Sentencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Rafic Nicolás Aljure Sfeir. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 012. Fuente Formal: Artículo 80 C.P..... 69

Cuando se presenta el fenómeno eminentemente objetivo de la prescripción de la acción penal, considera la Sala que se tiene competencia para decidir, aun cuando dicho motivo surja en el trámite del recurso extraordinario de Casación. Auto Casación. 01-03-89. Declara Prescrita la Acción Penal. Juzgado 23 de Inscriminal Penal Militar. Procesado(s): Mario Barrera Ardila y Alvaro Parra. Delito: Secuestro y Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Extracto número 020. Fuente Formal: Artículos 80 C.P. y 34 C. de P.P..... 106

PREVARICATO. Si ha iniciado el Juez indagación preliminar y luego proferido auto inhibitorio sobre una consideración de "inculpabilidad", toma decisiones que no son de recibo en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y que, por consiguiente podrían encajar en la figura de Prevaricato. Auto Segunda Instancia. 28-03-89. Revoca la providencia. Tribunal Superior de Armenia. Procesado(s): Yolanda Buitrago de Correá, Juez 7º Penal Municipal. Delito: Prevaricato y Falsedad. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 032. Fuente Formal: Artículo 341 C. de P.P..... 171

Para que el dolo sea ostensible, basta, en la modalidad positiva o de acción, que el agente provea con conciencia libre de que desconoce la ley, naturalmente con el presupuesto (que ya mira a la antijuridicidad material de la conducta) de que su decisión entrañe una lesión al mencionado bien jurídico. Auto Segunda Instancia. 14-06-89. Confirma la providencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): David Correa Burgos, ex Juez 2º Penal del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 076 367

Si la interpretación indebida de una norma legal se realiza sin tener conciencia del actuar ilícito, por más que la resolución emitida con base en dicha interpretación resulte opuesta al derecho, no existe, prevaricato por acción. Auto Unica Instancia. 20-06-89. Ordena cesar el procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Ramón del Castillo Restrepo y Carlos Torres Bustillo, Gobernador y Secretario de Gobierno del Departamento de Bolívar. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 077. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 375

No ha de pensarse que cuando se habla del provecho que se exige para la configuración del delito de Prevaricato, necesariamente se esté pensando en un beneficio

personal y de carácter patrimonial, puede tratarse, como en algunos eventos de hecho sucede, que la conducta delictiva persiga más que un provecho un perjuicio ajeno o la violación de la ley para lograr la perturbación de una adecuada administración pública. Auto Unica Instancia. 26-06-89. No repone su propia providencia. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Eduardo Lacouture Cuello, Gobernador de La Guajira. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 083. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 405

Las causales de destitución para los Alcaldes de elección popular originariamente estaban previstas en el artículo 17 de la Ley 78 de 1986, el cual fue parcialmente modificado por el artículo 6º de la Ley 49 de 1987. Auto Unica Instancia. 27-06-89. Ordena cesar el procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Antonio Roldán Betancur, Gobernador del Departamento de Antioquia. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 086. Fuente Formal: Ley 49 de 1987 425

De acuerdo con el primer inciso del artículo 341 del C. de P.C., el Gobernador puede transigir en los procesos civiles o autorizar a los representantes del Departamento para hacerlo. Y el artículo 107 del Código de Régimen Departamental, no comprende esa potestad de transigir atribuida al Gobernador por ministerio legal para procesos civiles en que intervenga el Departamento, no promovidos por ordenanzas. Auto Unica Instancia. 27-06-89. No inicia investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Jairo Aguilar Ocando, ex Gobernador de La Guajira. Delito: Peculado y otros. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 087. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 432

Mientras no exista la voluntad de que un proyecto se convierta en providencia, manifestada esta voluntad con la decisión de hacer que el proyecto se agregue al proceso en la forma prevista por la ley y sea conocido por las partes, el escrito, así ostente todas las firmas necesarias para darle una aparente validez, no es más que un simple proyecto. Auto Unica Instancia. 30-06-89. Se abstiene de iniciar investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Alberto Rodríguez Rengifo, Darío Sánchez Herrera y Rafael Suárez Poveda, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número 089. Fuente Formal: Artículos 149 y 220 C.P. 444

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El procedimiento abreviado tiene como uno de los elementos diferenciadores con el procedimiento ordinario, el auto por medio del cual se resuelve la situación jurídica que debe asimilarse a la resolución de acusación. Sentencia Casación. 20-05-89. Casa parcialmente. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Juvenal Parra Zúñiga. Delitos: Falsedad y Estafa. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 065 314

QUERELLA. La norma del artículo 183 del C.P. es descriptiva en una conducta pluriofensiva si bien constituye lesión a la administración de justicia, el "derecho" que se ejerce presupone por lo general la existencia de una persona afectada directamente, quien es, en consecuencia, el legítimo querellante. Auto Revisión. 19-05-89. Niega la revisión. Juzgado 6º Penal del Circuito. Procesado(s): Jaime Hernando Guerra Paz. Delito: Ejercicio Arbitrario de las propias razones. Magistrado Ponente: doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto número 064. Fuente Formal: Artículo 183 C.P. 308

REBELION (Salvamento de Voto). Es claro que si se trata de la adquisición y transporte de armas por parte del grupo rebelde y con fines rebeldes, tal actividad queda necesariamente involucrada dentro de la dinámica del delito de rebelión. 04-05-89.

Salvamento de Voto: doctores *Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz* y *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 052. Fuente Formal: Artículo 120 C.P. 254

REBELION - Tregua. Así como no hay rebelión sin medios bélicos y sin intención de derrocar al sistema imperante, así mismo la tregua desaloja este propósito e inhibe el empleo de las armas. Sentencia Casación. 04-05-89. No CASA. Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Martín Guerrero García, Luis Alberto Morantes Jaimes, Jacobo Arenas y otros. Delito: Tráfico de Armas y Municiones. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de Voto: doctores *Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz* y *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 051. Fuente Formal: Artículo 120 C.P. 243

RECURSO. La ley procesal penal sólo otorga a las partes la facultad de iniciar el conflicto cuando oficiosamente no lo hace el funcionario, sin que una vez trabado el incidente puedan entorpecerlo o dilatarlo con la interposición de recursos. Auto Colisión. 11-04-89. Se abstiene de resolver reposición. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Averiguación. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 038. Fuente Formal: Artículo 95 C. de P.P. 202

RECUSACION. La recusación debe proponerse con indicación de los motivos correspondientes, causal y pruebas que sustenten sus aseveraciones, actuación que puede realizar en cualquier momento del trámite procesal. Auto Recusación. 18-04-89. Se inhibe de resolver. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): Néstor Perozzo, Magistrado Tribunal Superior de Cúcuta. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Dávila Muñoz*. Aclaración de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 040 209
Eventos hay en los que aparece de bulto, refulge que la "recusación" está edificada en el absurdo, ante tales remedos, falta a sus deberes de director del debate y cohonesta aquellos torcidos intereses de dilación, el juez que en lugar de despachar el asunto con auto de simple cúmplase escoge la vía de tramitarlos como si se tratara de una verdadera recusación. Auto Recusación. 13-06-89. Se inhibe de conocer la recusación. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Cecilia Rojas de Osorio, Juan Hugo Sánchez Maluche y Efrén Bustos Roa, Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 074. Fuente Formal: Artículo 104 C. de P.P. 356

RECUSACION (Aclaración de Voto). No se puede pensar en la existencia de una recusación: a) si no es presentada por escrito, b) Si no se allegan las pruebas demostrativas del mismo, y c) Si no se motiva la petición. 18-04-89. Aclaración de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 041. 211

RECUSACION - Formulación por escrito. El requisito formal de la presentación por escrito de la recusación es de imperioso cumplimiento en cualquier estado del proceso, salvo que el impedimento se proponga de manifiesto en audiencia o diligencia. Auto Recusación. 07-06-89. Rechaza la recusación. Tribunal Superior de Cartagena. Procesado(s): Domingo Orlando Rojas, Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 070. Fuente Formal: Artículo 104 C. de P.P. 340

REGIMEN DISCIPLINARIO. El Decreto 1660 de 1978 contiene el régimen de disciplina interna de cada oficina judicial, aplicable por el titular del despacho con sanciones precisas, procedimiento particular y consecuencias jurídicas, pues la medida impuesta no constituye antecedente disciplinario. Auto Unica Instancia. 20-01-89. Decreta Resolución de Acusación. Corte Suprema de Justicia. Procesa-

do(s). Ronaldo Redondo Redondo, Magistrado Tribunal Superior de Riohacha. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 002. Fuente Formal: Decreto 1660 de 1978..... 9

REO AUSENTE. El artículo 590 del C. de Justicia Penal Militar, establece la necesidad de librar órdenes de captura o de comparendo, pero no impone el que se pormenorice la índole de las diligencias cumplidas o de los factores que impidieron la aprehensión o el recibo del requerimiento. Sentencia Casación. 04-05-89. No CASA. Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Martín Guerrero García, Luis Alberto Morantes Jaimes, Jacobo Arenas y otros. Delito: Tráfico de Armas y Municiones. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de Voto: doctores *Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz* y *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 049. Fuente Formal: Artículo 590 C. de J.P.M. 243

REO AUSENTE (Salvamento de Voto). La inquietud formulada por el Ministerio Público sólo podía ser respondida por la Sala en forma positiva, en el sentido de afirmar que a pesar de la precariedad de los términos procesales, es un deber del juzgador procurar eficientemente la comunicación de la existencia del proceso al procesado y hacerle saber la obligación de la comparecencia en él. 04-05-89. Salvamento de Voto: doctores *Rodolfo Mantilla Jácome, Guillermo Duque Ruiz* y *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 050. Fuente Formal: Artículo 590 C. de J.P.M..... 254

RESOLUCION ACUSATORIA. Del artículo 487 del C. de P.P. se desprende que, proferida la Resolución de Acusación, es imprescindible esperar su ejecutoria para dar el siguiente paso procesal. Auto Segunda Instancia. 31-01-89. Se abstiene de conocer en apelación. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Gustavo Montejo Reyes, Juez 4º de Inscriminal. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 005. Fuente Formal: Artículo 487 del C. de P.P..... 29

Con fundamento en el artículo 677 del C. de P.P., ha venido sosteniendo la Corte, que aun en aquellos procesos en los cuales estuviere en firme el auto de cierre de investigación, deberá sustituirse el segundo sobreseimiento temporal del C. de P.P. anterior, por la cesación de procedimiento de que trata el inciso segundo del artículo 473 del nuevo Código, pero siempre que el sumario no ofrezca mérito para formular auto de llamamiento a juicio o resolución acusatoria. Sentencia Segunda Instancia. 01-02-89. Revoca la providencia. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Luis Fernando Caicedo, Juez Penal Municipal. Delito: Falsedad en Documentos. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Salvamento de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 007. Fuente Formal: Artículo 473 C. de P.P..... 37

RESOLUCION DE ACUSACION. Es de la estructura interna del proceso penal la importancia capital del denominado auto de proceder que en el sistema del Código de Procedimiento Penal anterior significaba, como lo significa hoy día la resolución de acusación, la concreción de los cargos que el Estado-Jurisdicción hace al procesado. Sentencia 03-03-89. No CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Jesús María Estrada Correa. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 024..... 137

REVISION. No basta solamente con señalar la causal o causales contempladas en el ordenamiento procesal como motivos para la revisión del fallo, sino que se hace imperioso que el recurrente invoque y demuestre fehacientemente la razón de su petición. Auto Revisión. 11-05-89. Rechaza la demanda de Revisión. Juzgado 9º

Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): José Tiberio Casallas Molina. Delito: Lesiones Personales. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 057. Fuente Formal: artículo 233 C de P.P. 276

Para que proceda la revisión se requiere la demostración suficiente de los motivos alegados de acuerdo con las correspondientes causales previstas por las normas procesales. Auto Revisión. 23-06-89. Niega la Revisión. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Agustín de Jesús García Mona. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto número 081. Fuente Formal: Artículo 231 C. de P.P. 392

SECRETARIO. La actuación del Secretario que ha sido delegada por el Magistrado o el Juez para certificar, mirada a la luz de lo dispuesto en el artículo 280 del C. de P.P. permite tener la constancia expedida por él como documento público. Sentencia Segunda Instancia. 26-04-89. Reforma la sentencia. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Alirio Sanguino Madarriaga, Juez 44 de Instrucción Criminal. Delito: Falsedad Documental y Cohecho. Magistrado ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Salvamento de Voto: doctores *Jaime Giraldo Angel* y *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 044. Fuente Formal: Artículo 280 del C. de P.P. 227

SECRETARIO - Informe. El artículo 418 del C. de P.P. en ningún momento determina que el informe secretarial sea la única prueba mediante la cual se pueda demostrar el incumplimiento de una obligación procesal. Auto Segunda Instancia. 18-05-89. Revoca la Providencia. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Paulina Salazar de Villamil, Juez 43 Penal Municipal. Delito: Abuso de Autoridad. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 063. Fuente Formal: Artículo 418 C. de P.P. 298

SECUESTRO. Mediante el secuestro se atenta contra la libertad individual (siendo indiferente para su consumación el daño a otro bien jurídico), mientras que el delito de extorsión ataca primordialmente el patrimonio económico. Sentencia. 17-01-89. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): José Urbano Martínez Cubillos. Delito: Secuestro Extorsivo. Magistrado Ponente: doctor *Guillermo Duque Ruiz*. Extracto número 001. Fuente Formal: Artículos 268 y 355 del C. de P.P. .....

SENTENCIA. El motivo del recurso extraordinario que se señala en el numeral 2° del artículo 226 del C. de P.P., ha de interpretarse en tanto que exista disonancia entre los cargos deducidos al procesado y la sentencia. Sentencia Casación. 15-05-89. No casa. Tribunal Superior de Pereira. Procesado(s): Holmes Marín Vallejo y Hugo Patiño López. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 059. Fuente Formal: Artículo 226 del C. de P.P. 280

El artículo 17 del C. de P.P. incluye entre los principios que orientan la ritualidad del proceso, el de la cosa juzgada y el artículo 216 del mismo estatuto el de irreformabilidad de las sentencias por parte del mismo funcionario que las ha proferido. Auto Unica Instancia. 23-05-89. Cesa el procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Daniel Becerra Piedrahíta, Rocío Ramírez Múnera y Noel Román Flórez, Magistrados del Tribunal Superior de Pereira. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Aclaración de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 066. Fuente Formal: Artículo 216 del C. de P.P. 321

SENTENCIA (Aclaración de Voto). Si bien todos los procesalistas que se han ocupado del estudio de la cosa juzgada se identifican para sostener que es la seguridad jurídica de los ciudadanos lo que justifica la inmodificabilidad de la sentencia, también lo es, que su existencia no puede convertirse en cerrojo de carácter absoluto que lleve a concretar la injusticia. 23-05-89. Aclaración de Voto: doctor *Edgar Saavedra Rojas*. Extracto número 067. Fuente Formal: Artículos 16 y 17 C.P. 328

TRANSITO DE LEGISLACION. Si el auto de cierre de investigación se dictó antes del actual estatuto procedimental penal, tiene cabal operancia lo mandado por su artículo 677, o sea que el proceso debe rituarse conforme al C. de P.P. anterior. Pero no obsta para que, en casos concretos y dudosos, en que sea más favorable la aplicación de las nuevas normas procesales, se opte por éstas. Auto Recusación. 07-03-89. Declara que les asiste razón. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Enrique Alford Córdoba, Beatriz Castaño de López y Edilma Celly de Suárez, Magistrados Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 027. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P. 155

El Decreto 474 de 1988 regula en forma clara la competencia de la Justicia de Orden Público y en su artículo 24 establece que la justicia ordinaria continuará "tramitando hasta su culminación aquellos asuntos de los cuales hubiere asumido el conocimiento", pero este precepto tiene como excepción la disposición del artículo 25. Auto Colisión. 09-03-89. Dirime Colisión de competencia. Juzgado 2° de Orden Público de Valledupar. Procesado(s): José A. Gordillo y otros. Delito: Rebelión y otros delitos. Magistrado Ponente: doctor *Jorge Carreño Luengas*. Extracto número 028. Fuente Formal: Decreto 474 de 1988 159

VEREDICTO. Si la alternativa favorable fuera la interpretación válida de un veredicto, se empezaría por buscar no lo que el jurado quiso manifestar, el verdadero espíritu y fin de su respuesta, sino por vislumbrar el tratamiento más compasivo, con lo cual se conseguiría no su verdadero y legítimo alcance sino su más clemente y piadosa valoración. Sentencia 03-03-89. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Luis Javier Maldonado. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto número 025. Fuente Formal: Artículo 531 C. de P.P. 141

VIOLACION DIRECTA. Hay contradicción cuando se propone simultáneamente la violación directa y la indirecta y, por consiguiente, no puede el censor partir de la omisión de algunas pruebas por parte del juzgador de derecho, y a renglón seguido, sostener yerro en su interpretación, Sentencia. 31-01-89. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Ilverio Forero Forero. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome*. Extracto número 006. Fuente Formal: Artículo 580 C. de P.P. anterior..... 32

La exclusión evidente no se fundamenta en el hecho de que no se cite la ley sustancial en la sentencia, sino que no se aplique. Sentencia Casación. 13-06-89. No casa. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Edwin Castrillón Montoya. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: doctor *Lisandro Martínez Zúñiga*. Extracto número 075. Fuente Formal: Artículo 226 del C. de P.P. 360

VIOLACION INDIRECTA. Hay contradicción cuando se propone simultáneamente la violación directa y la indirecta y, por consiguiente, no puede el censor partir de la omisión de algunas pruebas por parte del juzgador de derecho, y a renglón seguido, sostener yerro en su interpretación, Sentencia. 31-01-89. No casa. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Ilverio Forero Forero. Delito: Homicidio.

Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* Extracto número 006. Fuente Formal: Artículo 580 C. de P.P. anterior. 32
Tratándose de error de derecho, recuérdese que a él se llega mediante falsos juicios de legalidad o convicción. Debe tratarse, además, de un yerro manifiesto en cuanto ostensible o protuberante. Sentencia Casación. 23-06-89. No CASA. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Carlos Perdomo Barajas y otros. Delito: Falsedad en Documento Público. Magistrado Ponente: doctor *Rodolfo Mantilla Jácome.* Extracto número 082. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 397

INDICE ALFABETICO
PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR
PRIMER SEMESTRE DE 1989

A

Abandono del cargo, 121
Abogado, 80
Abuso de autoridad, 57
Acción disciplinaria
(Salvamento de Voto), 240
Alcalde destitución, 425
Amenazas, 420
Apelación, 29
Auto de proceder, 137
Auto inhibitorio, 171

C

Captura, 85
Carrera judicial permiso, 342
Casación, 280
Caución, 381
Cesación de procedimiento, 106, 192, 166
Cesación de procedimiento
(Salvamento de voto), 48
Cohecho; 74, 227
Cohecho (Salvamento de voto), 240
Colisión de competencia, 64, 162, 177, 199,
202, 268, 295, 129
Competencia, 90, 96, 168, 272, 290, 347
Concierto para delinquir, 180, 205
Concusión, 74
Conexidad, 243, 350
Conexidad (Salvamento de voto), 254
Confesión, 332, 437
Cosa juzgada, 328
Cosa juzgada (Aclaración de voto), 328

D

Delitos contra
la administración de justicia, 308
Delitos contra la autonomía personal, 132
Demanda de casación técnica, 51
Detención arbitraria, 57
Documento público, 227
Dolo, 149

E

Extorsión, 5

F

Falsedad en documentos, 227, 342, 444
Favorabilidad, 37, 155
Favorabilidad (Salvamento de voto), 48
Flagrancia, 332
Fraude procesal, 416
Fuero, 385
Fuero (Salvamento de voto), 387
Fuero militar, 102, 162

G

Gobernador, 405, 432

I

Impedimento, 19, 94
Inasistencia alimentaria, 347
Indagatoria citación, 85
Investigación objeto, 213

J

Jurisdicción de orden público, 19, 64, 90, 96,
159, 168, 177, 180, 290, 295, 350, 420
Justicia penal militar, 243
Justicia penal militar (Salvamento de voto),
254

L

Libertad, 272
Libertad provisional, 23

N

Narcotráfico, 257, 280
Narcotráfico (Salvamento de voto), 263
Notificación, 298

P

Pena, 437
Pena circunstancias, 185
Porte de armas de uso privativo de
las Fuerzas Militares, 220
Prescripción, 416
Prescripción de la acción, 69, 106
Prevaricato, 171, 367, 375, 405, 425, 432, 444
Procedimiento abreviado, 314

Q

Querella, 308

R

Rebelión (Salvamento de voto), 254
Rebelión tregua, 243
Recurso, 202
Recusación, 209, 356
Recusación (Aclaración de voto), 211
Recusación formulación por escrito, 340
Régimen disciplinario, 9
Reo ausente, 243
Reo ausente (Salvamento de voto), 254
Resolución acusatoria, 29
Resolución de acusación, 37
Revisión, 246, 392

S

Secretario, 227
Secretario informe, 298

Secuestro, 5
Sentencia, 280, 321
Sentencia (Aclaración de voto), 328

T

Tránsito de legislación, 155, 159

V

Veredicto, 141
Violación directa, 32, 360
Violación indirecta, 32, 397

INDICE DE NORMAS ACUSADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD PRIMER SEMESTRE DE 1989

Pág.

ESTADO DE SITIO. PARO LABORAL AL MARGEN DE LA LEY. Norma Acusada: Decreto Legislativo 2200 de 1988 Sentencia de Sala Plena: número 1. 19 de enero de 1989. Decisión: Es Constitucional el Decreto 2200 de 1988. "Por el cual se dictan unas medidas tendientes a la preservación del orden público", con excepción de la expresión "o de cualquier otro orden" que se encuentra en los arts. 1° y 3° del mismo Decreto, la cual se declara Inconstitucional.

ESTADO DE SITIO. Norma acusada: Decreto 2277 de 1988. Sentencia de Sala Plena. Número 2. 19 de enero de 1989. Decisión: Inconstitucional el Decreto Legislativo número 2277 de 1988.

ESTADO DE SITIO. CONTROL DE INFORMACION POR ESTACIONES DE RADIODIFUSION SONORA Y CANALES DE TELEVISION. NORMAS DEROGADAS. Norma acusada: Decreto Legislativo 2204 de 1988. Sentencia de Sala Plena número 3. 19 de enero de 1989. Decisión: Inconstitucional el Decreto Legislativo 2204 de 1988.

PRESTACIONES SOCIALES. PENSION DE JUBILACION PARA LOS SERVIDORES PUBLICOS. FACTORES. Norma acusada: Ley 62 de 1985, artículos 1°, inc. 2 y 3. Sentencia de Sala Plena número 4. 1° de febrero de 1989. Decisión: Exequibles los incisos 2° y 3° del artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. EXCESO. Norma acusada: Decreto 434 de 1971, artículo 16, ord. 3°. Sentencia de Sala Plena número 5. 1° de febrero de 1989. Decisión: Inconstitucional el Decreto 434 de 1971.

DEBIDO PROCESO. EXCEPCIONES. Norma acusada: Numeral 2° del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil. Sentencia de Sala Plena número 6. 8 de febrero de 1989. Decisión: Exequibles los incisos segundo, tercero y cuarto del numeral 2° del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

FALLO INHIBITORIO. CARENCIA ACTUAL DEL OBJETO. Norma acusada: Ley 11 de 1986, artículo 54. Sentencia de Sala Plena número 7. 15 de febrero de 1989. Decisión: La Corte se declara inhibida para decidir, por carencia actual del objeto.

SANCION DE LA LEY. Norma acusada: Ley 20 de 1974. Sentencia de Sala Plena número 8. 22 de febrero de 1989. Decisión: Exequible la Ley 20 de 1974, en cuanto no adolece de vicios relativos a su sanción.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. VARIACION DE COMPETENCIAS A LOS JUECES. Norma acusada: Decreto 1582, de 1988, artículos 2°, 3° y 4°. Sentencia de Sala

Plena número 9. 9 de marzo de 1989. Decisión: Exequibles los artículos 2°, 3° y 4° del Decreto 1582 de 1988.

PRISION PERPETUA. ESTADO DE SITIO. Norma acusada: Decreto Legislativo 2490 de 1988. Sentencia de Sala Plena. 27 de marzo de 1989. Decisión: Constitucional el Decreto 2490 de 1988, salvo los artículos 1° y 2° que se declaran Inconstitucionales.

ESTADO DE SITIO. DEROGATORIA DE DECRETOS LEGISLATIVOS ANTERIORES. Norma acusada: Decreto Legislativo 2620 de 1988. Sentencia de Sala Plena número 11. 30 de marzo de 1989. Decisión: Constitucional el Decreto 2620 de 1988.

ESTADO DE SITIO. Norma acusada: Decreto 106 de 1989. Sentencia de Sala Plena número 12. 30 de marzo de 1989. Decisión: Constitucional el Decreto 106 de 1989.

PERSONA CIVIL. CAMBIO DE NOMBRES. Norma acusada: Decreto 999 de 1988, artículo 6°. Sentencia de Sala Plena número 13. 30 de marzo de 1989. Decisión: Exequible el término "sustituir" del artículo 6° del Decreto 999 de 1988.

DERECHO DE DEFENSA. DERECHOS CIVILES. Norma acusada: Artículo 2354 del Código Civil. Ley 57 de 1887. Sentencia de Sala Plena número 14. 6 de abril de 1989. Decisión: Exequible las expresiones "y si alegare que no le fue posible evitar el daño no será oído" del artículo 2394 del Código Civil.

ESTADO DE SITIO. DERECHO DE DEFENSA. Norma acusada: Decreto Legislativo 344 de 1989. Sentencia de Sala Plena número 15. 13 de abril de 1989. Decisión: Constitucional el Decreto 344 de 1989.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. DIVISION TERRITORIAL PARA LOS JUZGADOS DE LA REPUBLICA. Norma acusada: Decreto 1500 de 1988, artículos 7°, 8° y 9° Sentencia de Sala Plena número 16. 27 de abril de 1989. Decisión: Exequible los artículos 7°, 8° y 9° del Decreto 1500 de 1988.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. EXCESO. Norma acusada: Decreto 2247 de 1984, artículos 29 (parcialmente), 49, 58 y 79. Sentencia de Sala Plena número 17. 4 de mayo de 1989. Decisión: Inexequible los artículos 49, 58 y 79 del Decreto 2247 de 1984. Estése a lo resuelto en el fallo de mayo 15 de 1986, Sentencia número 36, en el que se resolvió que el artículo 29 del Decreto 2247 de 1984 es Exequible.

DERECHO ADQUIRIDO. PRESCRIPCION. DERECHO CIVIL. Norma acusada: Artículos 762, 765, 770, 790, 791, Título XII, artículos 947, incisos segundo y tercero, Título XIII 972, artículos 972, 974, 979 Título XII, 2512, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2526, 2527, 2528, 2529, 2531, 2532, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541 2542, 2543, 2544 y 2545 del Código Civil. Sentencia de Sala Plena número 18. 4 de mayo de 1989. Decisión: Exequibles las normas demandadas y remite a sentencia de 18 de febrero de 1972 en cuanto al artículo 2526 del C.C..

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. Norma acusada: Artículo 59 (parcialmente) del Decreto 3541 de 1983. Sentencia de Sala Plena número 19. 11 de mayo de 1989. Decisión: estése a lo resuelto en sentencia número 125 de 1° de noviembre de 1984, que declaró Exequible el artículo 59, posición 11.02 del Decreto 3541 de 1983. Inexequible el artículo 59 del Decreto-ley 3541 de 1983 en las siguientes posiciones arancelarias: 12.02 en la parte que dice "harinas de semillas y de frutos oleoginosos, sin desgrasar"; 21.02 y 21.03 y Constitucional en cuanto a las demás posiciones arancelarias demandadas.

ALCALDE. NORMA ACUSADA. Decreto 77 de 1987, artículos 89, 90, 91, 92, 93 y 94. Sentencia de Sala Plena número 20. 18 de mayo de 1989. Decisión: Exequibles los artículos demandados.

COSA JUZGADA. Norma acusada: Ley 30 de 1988. Sentencia de Sala Plena número 21. 18 de mayo de 1989. Decisión: Estése a lo resuelto en sentencia número 115 de noviembre 3 de 1988, que declaró Exequible la Ley 30 de 1988.

DEFENSA NACIONAL. GARANTIAS INDIVIDUALES Y SOCIALES GRUPOS DE AUTODEFENSA. Norma acusada: Ley 48 de 1968 y varios artículos del Decreto 3398 de 1965. Sentencia de Sala Plena número 22. 25 de mayo de 1989. Decisión: Exequibles los artículos 1°, 2°, 3°, 4° 5°, 7°, 10, 25, 27 y 32 del Decreto 3398 de 1965, incorporado como legislador permanente por la Ley 48 de 1968. Declarar Inexequible el parágrafo 3° del artículo 33 del mismo Decreto.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. CAMBIO DE NOMBRE ANTE NOTARIO PUBLICO. Norma acusada: Artículos 2°, 5°, 6° (parcial) y 8° (parcial) del Decreto 999 de 1988. Sentencia de Sala Plena número 238 de junio de 1989. Decisión: Exequibles los artículos 2°, 5° y 8° y remite a sentencia de 30 de marzo de 1989.

IMPUTABLES. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. Norma acusada: Decreto 050 de 1987, artículos 505 y 529. Sentencia Sala Plena número 24. 8 de junio de 1989. Decisión: Exequible el artículo 505 del Decreto 050 de 1987 y estése a lo resuelto en sentencia número 75 de 9 de junio de 1987 sobre la Constitucionalidad del artículo 529 del mismo Decreto.

IMPUESTO. DERECHOS ADQUIRIDOS. DOBLE TRIBUTACION. Norma acusada: Ley 75 de 1986, artículos 25 y 108. Sentencia Sala Plena número 25. 8 de junio de 1989. Decisión: Exequibles los artículos 25 y 108 de la Ley 75 de 1986, se Inhibe de pronunciar decisión de fondo con respecto al artículo 108 de la Ley 75 de 1986.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. RECUPERACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE FERROVIARIO. Norma acusada: artículos 7° (parcialmente) y 8° de la Ley 21 de 1988. Sentencia de Sala Plena número 26. 8 de junio de 1989. Decisión: Exequible la parte demandada del artículo 7° de la Ley 21 de 1988 y exequible el artículo 8° de la misma ley.

ESTADO DE SITIO. CONEXIDAD MATERIAL. PORTE DE ARMAS. Norma acusada: Decreto Legislativo 815 de 1989. Sentencia de Sala Plena número 27. 15 de junio de 1989. Decisión: Constitucional el Decreto Legislativo 815 de 1989.

ESTADO DE SITIO. Norma acusada: Decreto Legislativo 813 de 1989. Sentencia Sala Plena número 28. 15 de junio de 1989. Decisión: Constitucional el Decreto Legislativo 813 de 1989.

ESTADO DE SITIO. CUERPO ESPECIAL ARMADO CONTRA LOS ESCUADRONES DE LA MUERTE. Norma acusada: Decreto Legislativo 814 de 1989. Sentencia de Sala Plena número 29. 15 de junio de 1989. Decisión: Constitucional el Decreto Legislativo 814 de 1989.

AUTOACUSACION. CODIGO PENAL. Norma acusada: Decreto 100 de 1980, artículo 168. Sentencia de Sala Plena número 30. 15 de junio de 1989. Decisión: Exequible el artículo 168 del Decreto 100 de 1980.

FUERO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Norma acusada: Decreto 050 de 1987, artículo 85. Sentencia de Sala Plena número 31. 22 de junio de 1989. Decisión: Exequible la norma demandada.

AUTORIZACIONES ESPECIALES. INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LO ATINENTE AL GASTO PUBLICO. Norma acusa-

da: Decreto 579 de 1975. Sentencia de Sala Plena número 32. 22 de junio de 1989. Decisión: Inexequible el Decreto 579 de 1975.

COSA JUZGADA. ESTATUTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES. Norma acusada: Ley 30 de 1986, artículo 97. Sentencia de Sala Plena número 33. 22 de junio de 1989. Decisión: estése a lo resuelto en sentencia de 21 de enero de 1988, en la que se ordenó: "Declárase Inexequible por ser contraria a la Constitución Nacional la expresión 'y cuya estructura, organización y funcionamiento serán determinados por el Gobierno Nacional previo concepto del Consejo Nacional de Estupefacientes', del artículo 97 de la Ley 30 de 1986, el cual se declara Exequible en todo lo demás".

DEBIDO PROCESO. RECURSOS EXTRAORDINARIOS ANTE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Norma acusada: Decreto 01 de 1984, artículo 231, inciso 2°. Sentencia de Sala Plena número 34. 22 de junio de 1989. Decisión: Exequible el inciso segundo del artículo 231 del Decreto 01 de 1984.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS. EXCESO. Norma acusada: Decreto 2658 de 1988. Sentencia de Sala Plena número 35. 29 de junio de 1989. Decisión: Inexequible el Decreto 2658 de 1988.

COSA JUZGADA. REGIMEN JURIDICO DE LAS EMPRESAS VINCULADAS AL SECTOR DE MINAS. Norma acusada: Decreto 2658 de 1988. Sentencia de Sala Plena número 36. 29 de junio de 1989. Decisión: Estése a lo resuelto en Sentencia número 35 de 29 de junio de 1989, por medio de la cual se declaró Inexequible el Decreto 2458 de 1988.

FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE BANCARIO. Norma acusada: Artículo 1° de la Ley 133 de 1948. Sentencia de Sala Plena número 37. 29 de junio de 1989. Decisión: Exequible el artículo de la Ley 133 de 1948, e Inhibirse de decidir respecto a las expresiones "...Al Superintendente Bancario" del inciso primero y "... El Superintendente" del inciso segundo por sustracción de materia.

SEPARACION DE CUERPOS ANTE NOTARIO. MATRIMONIO CIVIL. Norma acusada: Decreto 2458 de 1988. Sentencia de Sala Plena número 38. 29 de junio de 1989. Decisión: Exequible el Decreto 2458 de 1988.

REGLAMENTO DISCIPLINARIO PARA LA POLICIA NACIONAL. Norma acusada: artículo 232 del Decreto 100 de 1989. Sentencia de Sala Plena número 39. 29 de junio de 1989. Decisión: Inexequibles las expresiones "En forma exclusiva" y "Unicamente" del artículo 232 del Decreto 100 de 1989.

En los talleres editoriales de la IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA,
se realizó la impresión de esta publicación.
Bogotá, D.E., junio de 1990