

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender el decorar las leyes ditas, mas en saber
el su verdadero entendimiento" (Siete Partidas. Partida II. Título I. Ley XIII)

LIENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1939
REGISTRADO PARA CARGO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL



SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCIII

PRIMER SEMESTRE

NUMERO 2442

BOGOTÁ, D. E., COLOMBIA - AÑO 1990

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ESTABLECIMIENTO
N.º 1010000001

FUNDACION FES

Publicación autorizada por la Agencia para el Desarrollo Internacional, S.A., de Propiedad FES, y el Consejo Superior de la Judicatura, ambos del Sistema Integrado de Gestión de Colombia de la Universidad del Cauca y el Sistema de las Escuelas Superiores.

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes no es tan solamente en aprender el decodex las (léase) dadas, sino en saber el su verdadero entendimiento" (Siete Partidas: Partida 4, Título 1, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1938
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCII. — PRIMER SEMESTRE — NUMERO 2442

BOGOTA, D. E., COLOMBIA - AÑO 1990

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

PRIMER SEMESTRE DE 1990

SALA PLENA

Doctor Jorge Carreño Luengas, Presidente
Doctor Pedro Lafont Pianneta, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria

SALA CIVIL

Doctor Rafael Romero Sierra, Presidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

José Alejandro Bonivento Fernández
Carlos Esteban Jaramillo
Eduardo García Sarmiento
Pedro Lafont Pianneta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Rafael Romero Sierra

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Jaime Sanín Greiffeslein, Presidente
Doctora Martha Esperanza Cuevas Meléndez, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Jairo E. Duque Pérez
Hernando Gómez Otálora
Fabio Morón Díaz
Jaime Sanín Greiffeslein

SALA LABORAL

Doctor Ramón Zúñiga Valverde, Presidente
Doctora Consuelo Carbóras Fernández, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Hernán Guillermo Aldana Duque - Ernesto Jiménez Díaz
Rafael Baquero Herrera
Mantel Enrique Daza Alourez
Jorge Iván Palacio Palacio
Jacobo Pérez Escobar
Ramón Zúñiga Valverde

SALA PENAL

Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez, Presidente
Doctor Marino Henao Rodríguez - Rafael I. Cortés Garriga
 Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Jorge Carreño Luengas
Guillermo Duque Ruiz
Jaime Ctraido Angel
Gustavo Gómez Velásquez
Rodolfo Mantilla Jácome - Mario Mantilla
Nongniés (e) - Ricardo Calvete Rangel
Lisandro Martínez Zúñiga (†) - Didiño Páez
Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES:

Doctora Carmen Rosa Avella de Cortés, Sala Civil
Doctor Miguel Antonio Roa Castelblanco, Sala Constitucional
Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz, Sala Laboral
Doctora Hilda Leonor Cortés Gómez, Sala Penal

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL:	Dra. CARMEN R. AVELLA DE CORTES
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL:	Dr. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO
RELATOR SALA LABORAL:	Dra. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA PENAL:	Dra. HILDA L. CORTES GOMEZ

Tomo CCIII - Bogotá, D. E. - Colombia - Enero a Junio de 1990 - Número 2442

SALA DE CASACION PENAL

PECULADO

Si la ley considera como peculados los atentados contra los bienes en donde el Estado tiene la mayor parte, dentro de estas entidades están incluidas aquellas en las cuales el patrimonio le corresponde en su totalidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., dieciséis de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 1.

Vistos:

Se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Francisco Javier Montoya Franco* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá expedida el 1º de junio de 1988, en la cual, al confirmarse —con adición de la multa— la de primera instancia, se condena a éste a la pena principal de seis (6) años de prisión y multa por los delitos de peculado por apropiación y uso en la modalidad de extensión, por tratarse de un ciudadano particular.

Hechos y actuación procesal:

1. El 22 de marzo de 1982 el Instituto de Seguros Sociales como contratante, y el arquitecto *Francisco Javier Montoya Franco* celebraron el contrato de obra número 01543, en el cual éste se comprometió a construir la sede del Centro de Atención Básica (CAB) del barrio Las Granjas de esta ciudad, en el lote de terreno situado

en la calle 75 número 81A-30 que para el efecto se le entregó, habiendo pactado como anticipo el cincuenta por ciento del valor del contrato, equivalente a \$ 16.521.495 que también se le entregó oportunamente; pero como transcurrieran varios meses sin que el profesional iniciara la obra, la entidad contratante declaró la caducidad del contrato, pero en poder del contratista quedaron tanto el valor del anticipo como el lote de terreno, habiéndose apropiado de parte del primero, y convertido en parqueadero privado y explotado económicamente por su detentador el segundo, a causa de lo cual fue denunciado penalmente.

2. A la minuciosa y completa investigación que inició el Juzgado 74 de Instrucción Criminal de Bogotá, fue vinculado mediante indagatoria el sindicado Montoya y llamado a juicio por los delitos de peculado por apropiación y uso en la modalidad de extensión, en auto de proceder dictado por el Tribunal Superior del Distrito al desatar el recurso de apelación contra el calificadorio del Juzgado de primera instancia (fs. 485 y ss. y 543 y ss. cuaderno principal). En los fallos de instancia, con base en la calificación jurídica impartida, se impuso como pena de prisión al responsable la de seis (6) años, que fue adicionada con multa en la sentencia que es el objeto de este recurso extraordinario.

La demanda y el concepto del Ministerio Público:

I. Con cita del artículo 226, numeral 3º del actual Código de Procedimiento Penal, no obstante ser el aplicable el Estatuto Procedimental de 1971, el actor deprecia la casación de la sentencia de segunda instancia, porque en su sentir se profirió en un juicio viciado de la nulidad de orden legal contemplada en el ordinal 5º del artículo 210 del Código derogado, por errada calificación jurídica de la infracción.

Considera que el procesado no incurrió en el delito de peculado por extensión sino en el de hurto entre condueños que tipifica el artículo 353 del Código Penal y que por consiguiente el proceso debe ser invalidado en la parte pertinente, de ser atendida la demanda.

En el desarrollo del planteamiento, el actor parte del análisis de los elementos estructurales del delito de peculado por extensión y en este punto estudia la naturaleza jurídica de la entidad contratante y de los bienes que le son propios, destaca y transcribe apartes de las providencias calificadorias de primera y segunda instancias así como de los fallos, también de ambas instancias sobre el punto en cuestión, argumenta sobre la calidad de persona particular del contratista procesado, sobre la naturaleza jurídica del anticipo, y concluye, después de descartar también un posible abuso de confianza, aceptando que el hecho punible imputable a su cliente es el de hurto entre condueños.

Con relación al Instituto de Seguros Sociales como sujeto pasivo del delito consiera que en tratándose de un establecimiento público, su patrimonio no puede ser afectado por el delito de peculado en la modalidad atribuida al ingeniero Montoya, porque el artículo 138

del Código Penal restringe esa modalidad criminal a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte, y que sólo las sociedades de economía mixta reúnen ese particular requisito. Añade que el Instituto de Seguros Sociales es uno de los estamentos integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Central y que su capital está constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial, de acuerdo a los artículos 1º y 5º del Decreto 1050 de 1968. Observa que el delito contra la administración pública que se estudia requiere en su objeto material, "que se trate de bienes no pertenecientes a la administración central nacional sino a entidades en que el Estado tenga la mayor parte..." y anota que para los juzgadores de instancia no existe diferencia entre los entes oficiales en cuanto al monto de su participación y por ello se explica la calificación impartida en el proceso.

Aclara que debido a la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales, "todos sus funcionarios son empleados oficiales", lo cual excluye la posibilidad de que personas particulares estén en posición de administrar o custodiar sus bienes.

Por otra parte, descarta que el dinero recibido por concepto de anticipo por el procesado lo hubiera sido a título de auxilio o aporte de las entidades a que alude el primer numeral del artículo 138 del Código Penal y al cuestionar la naturaleza jurídica del dicho anticipo llega a la conclusión de que éste fue un pago adelantado del precio acordado destinado a facilitarle al contratista la subcontratación y compra de materiales en su propio nombre, y que el dinero entró así al patrimonio de éste con la connotación que al concepto de pago atribuye el Código Civil, es decir, la "contraprestación de lo que se debe y sólo se hace al acreedor".

Para llegar a la calificación que en su criterio debió darse a los hechos, estima que, habiendo ingresado ese dinero al patrimonio de Montoya, éste se convirtió en su dueño, pero como en el anticipo "van incluidos dos factores constitutivos del precio que son el valor del costo real de las obras acordadas y el valor de las ventajas reconocidas al contratista" de que habla el artículo 20 del Decreto 222 de 1983 en su literal "c", se constituye "una comunidad, o cosa común que pertenece de manera indivisa a la Administración contratante y al particular contratista", y de ahí que si éste "se apropió de bienes sobre una cosa común divisible, excediendo su cuota parte, se estaría frente al delito de hurto entre condueños" (art. 353, C. P.). Antes de llegar a esta convicción, descarta también el posible delito de abuso de confianza de que habló en la primera calificación el Juzgado del conocimiento, para lo cual arguye que el dinero de que dispuso el encausado no le era ajeno y que le fue entregado como pago.

II. El señor Procurador Delegado, en su concepto, estima que la demanda "no prospera", y aunque para afirmarlo se manifiesta acorde con el actor en cuanto a la naturaleza jurídica del patrimonio del Instituto de Seguros Sociales, llega a la conclusión de que el delito cometido no fue el de peculación ni el de hurto entre condueños, sino el de abuso de confianza, y por consiguiente sugiere a la Corte hacer uso de la facultad oficiosa de casar a través de la nulidad, para que

haga la declaratoria pertinente y ordene proceder de conformidad. Entiende que sólo las "sociedades en que necesariamente los particulares han de tener participación, aunque sea en mínima parte, que no son otras que las de economía mixta, definidas en el Decreto 1050 de 1968..." puedan verse afectadas por el peculado por apropiación en la modalidad de extensión; y como admite que el dinero del anticipo no llegó a manos del contratista a título de señor y dueño sino a uno no traslativo de dominio, y que éste abusó porque no se ciñó a las cláusulas del contrato y lo gastó en provecho suyo, sin emplearlo en la ejecución de la obra contratada ya que no ejerció la administración que de él se le entregó, su conducta constituyó abuso de confianza.

Consideraciones de la Corte:

No comparte la Corte el criterio del demandante ni del Ministerio Público, y es así como mantendrá la sentencia impugnada porque encuentra correcta la calificación jurídica impartida en el auto de proceder a las conductas agotadas por el encausado y por tanto, inexistente la nulidad de orden legal que alegan el recurrente y el distinguido colaborador Fiscal de acuerdo al ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal de 1971, bajo cuyo imperio se tramita el proceso (art. 677 del C. de P. P. vigente).

Dos son los puntos basilares de la demanda, sobre los que se apoya el criterio del recurrente para afirmar que su patrocinado no puede estar incurso en el delito de peculado por extensión, sino en el de hurto entre condueños: La proporción del patrimonio estatal en el Instituto de Seguros Sociales; y el concepto bajo el cual éste recibió el dinero pactado como anticipo en el contrato de obra celebrado con esa entidad. Se examinarán en ese mismo orden:

1. *En cuanto al primer punto, considera el casacionista, en criterio que comparte el señor Procurador Delegado, que la norma que tipifica el peculado por extensión lo reduce a los delitos cometidos contra instituciones de carácter privado en las que tenga participación económica el Estado, aunque dicha participación debe ser mayoritaria. Dice así el recurrente: "Resumiendo, para que exista peculado por extensión se hace imprescindible una connotación o elemento esencial, es decir que se trate de bienes no pertenecientes a la Administración Central Nacional sino a entidades en que el Estado tenga la mayor parte, que no pueden ser otras que las sociedades de economía mixta".*

Esta afirmación nace de la interpretación equivocada del texto del ordinal 1º del artículo 138 del Código Penal, que en lo pertinente dice:

"Artículo 138. Peculado por extensión. También incurrirán en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellas descritas sobre:

"1. Bienes... pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte..."

De donde concluye el recurrente que no pueden ser sujeto pasivo de este tipo de delito las entidades en donde todo el patrimonio sea

de propiedad del Estado, como son, según dice, las dependencias de la Administración Central, a las cuales habría que agregar igualmente algunos organismos descentralizados como los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado.

Si lo que se protege en el Título III del Código Penal es la Administración Pública, y en el caso concreto del peculado sus intereses económicos, y si es precisamente por el carácter estatal de estos bienes por lo que la ley establece sanciones mucho más severas que las contempladas para los delitos contra el patrimonio, mal puede considerarse que esta conducta se refiere sólo a las entidades en donde el Estado tiene parte de los bienes, y no a aquellas en que la totalidad de los mismos es de su propiedad. Si la ley considera como peculados los atentados contra los bienes de las entidades en donde el Estado tiene la mayor parte, dentro de estas entidades están incluidas a fortiori aquellas en las cuales el patrimonio le corresponde en su totalidad, como lo es en el caso en estudio el Instituto de Seguros Sociales.

2. En cuanto al segundo punto, dice el recurrente lo siguiente: "El llamado anticipo es pago adelantado del precio del contrato y sale del patrimonio de las empresas o instituciones estatales, para entrar al patrimonio del contratista, para que así él pueda subcontratar y comprar materiales 'en su propio nombre'". Más adelante aclara que "en el anticipo por incorporarse valores que bien pueden considerarse que pertenecen a las dos partes contratantes, se constituye una comunidad, o cosa común que pertenece de manera indivisa a la Administración contratante y al particular contratista". De allí concluye que el delito cometido por su patrocinado es el de hurto entre conductos previsto en el artículo 353 del Código Penal.

El error del casacionista nace en este caso de la inadecuada interpretación de las cláusulas del contrato, en las que claramente aparece que el anticipo es una suma de dinero que entrega la entidad contratante para que el contratista la emplee exclusivamente en la realización de los gastos que la ejecución del mismo le impliquen, el cual se va reembolsando paulatinamente a medida que se vayan haciendo los pagos a éste, de acuerdo con el valor unitario fijo de la obra ejecutada. De ninguna manera esas sumas de dinero entran al patrimonio del contratista, no pudiendo disponer de ellas como si fuera su dueño. Basta leer las cláusulas respectivas para darse cuenta de la naturaleza de este fenómeno jurídico, las cuales la Sala transcribe a continuación:

"Décimatercera: Pago del anticipo. El Instituto pagará al contratista el valor del anticipo dentro de los 10 días siguientes al perfeccionamiento del contrato, previa presentación de la respectiva cuenta de cobro debidamente legalizada, y de las garantías de que hablan en la cláusula vigésimacuarta. Si el contratista no gestionare el pago del anticipo dentro del término que se deja estipulado, el Instituto podrá declarar la caducidad administrativa del presente contrato y hacer efectiva la póliza que garantice la seriedad de la propuesta. Párrafo primero: El anticipo sólo se podrá emplear en cubrir los gastos ocasionados para la ejecución de las obras aquí contratadas. Párrafo segundo: El anticipo será deducido del pago por liquidaciones parciales en una cuantía igual al porcentaje de obra ejecutada, hasta

completar el pago del mismo, es decir, la pactada en la cláusula décimasegunda, décimacuarta: Manejo del valor del contrato. Los dineros recibidos como anticipo, serán manejados por el contratista a través de una cuenta corriente en un banco oficial de la ciudad donde se ejecuta la obra, que se denominará Construcción Centro de Atención Básica Barrio Las Granjas de Bogotá. La apertura de dicha cuenta deberá informarse por escrito a la compañía de seguros que hubiere expedido la garantía correspondiente. El contratista deberá presentar mensualmente al Instituto la correspondiente relación de retiros, indicando el objeto de cada uno y el Instituto podrá si lo estima necesario, revisar periódicamente, el movimiento de esta cuenta, a través de los respectivos comprobantes".

Por consiguiente, si el procesado se apoderó de parte de estas sumas de dinero para su provecho propio, incurrió en el delito de peculado por apropiación en la modalidad por extensión.

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

Resuelve:

No casar la providencia impugnada. Devuélvase el proceso al Tribunal Superior de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez, Edyur Lombana Trujillo, Conjuce.

VIOCLACION INDIRECTA

La exigencia de aducir "las normas medio procesales que condujeron a la violación indirecta", impera para cuando el error planteado es de derecho

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 001 de enero 16 de 1990.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 2 de septiembre de 1988, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo condenó al procesado *Luis Antonio Pupo Monterroza* a la pena privativa de la libertad de treinta y nueve (39) meses de prisión como autor responsable del delito de peculado por apropiación.

Antecedentes:

Los hechos origen del proceso los resume fielmente el Tribunal, así:

"1. Que el señor *Luis Antonio Pupo Monterroza* se desempeñaba desde el 11 de octubre de 1984 como Gerente del Instituto para el Desarrollo del Cesar (IDES) y en tal calidad contrató los servicios profesionales del abogado *Armando Manuel González Anaya*, para que demandara ejecutivamente a los Municipios de Sucre y Majagual ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de la primera ciudad, demandas que cristalizaron en sendos arreglos que el apoderado del IDES realizó con los Alcaldes respectivos, quienes accedieron a que aquél retirara los títulos números 406131 por valor de \$ 540.541.26 y 406133 por valor de \$ 521.497.23 correspondientes a Sucre y Majagual, respectivamente, con la promesa de que el Instituto reembolsaría a dichas secciones territoriales los dineros concernientes a los intereses moratorios. Fue así como la primera cantidad fue cobrada por el doctor *González Anaya* y la segunda por el señor *Gaspar Posada Romero*, quien actuó con poder de dicho abogado.

"2. Que el día 15 de febrero de 1985 el apoderado *González Anaya* se presentó a las oficinas del IDES y entregó al Gerente señor *Pupo*

Monterroza, su poderdante, los \$ 540.541.26 que había recibido del proceso que adelantó contra el Municipio de Sucre, y, más tarde, el 18 del mismo mes y año, el señor Gaspar Posada Romero entregó en las mismas oficinas a la señora Elvira Manrique de Oliveros, Tesorera del IDES, los \$ 521.497.23 que le habían sido entregados por concepto del proceso que adelantó contra el Municipio de Majagual, dinero este que, a su vez, la Tesorera entregó al señor Pupo Monterroza el mismo día en que lo recibió. Fue así como en el primer caso Pupo Monterroza le ordenó a la señora Manrique de Oliveros que depositara la suma de \$ 238.109.00 por capital, y de \$ 57.576.00 por intereses ordinarios, para un total de \$ 295.685.00, y en el segundo caso le dio para que consignara la suma de \$ 295.030.72, quedándose en ambos casos el señor Gerente con el resto del dinero, con el pretexto de que estudiaría la posibilidad de condonar y devolver los intereses de mora y un excedente a los Municipios ejecutados, devolución que nunca realizó el señor Pupo Monterroza, apropiándose de tales sumas, dado que tampoco las hizo ingresar a las arcas del Instituto por él gerenciado. Las dos consignaciones hechas el día 15 de febrero constan en los comprobantes de ingreso 0601 y 0603, y la tercera en el comprobante de ingreso número 0604 de fecha 8 de febrero del mismo año, conforme se estableció en el informativo.

"3. De todo lo anterior resulta que el Instituto para el Desarrollo de Sucre —IDES— salió esquilmao en su patrimonio en la suma de cuatrocientos setenta y un mil trescientos veintitrés pesos con cuarenta centavos (\$ 471.323.40) y tan solo el procesado Pupo Monterroza hizo ingresar la cantidad de quinientos noventa mil setecientos quince pesos (\$ 590.715.00)".

Pupo Monterroza desempeñó el mencionado cargo hasta el 21 de marzo de 1985, y el Gerente entrante, denunció el faltante ante la Procuraduría el 9 de abril subsiguiente, que terminó solicitando sanción de destitución para Pupo Monterroza y enterando a la justicia penal. La investigación fue asumida por el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Sincelejo, pero luego el proceso pasó al Juzgado Sexto de Instrucción Criminal Ambulante de esa ciudad, que después de practicar numerosas pruebas profirió auto de detención contra aquél por el delito de peculado por apropiación (fls. 195 y ss.), y remitió el expediente a reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Sincelejo, correspondiéndole al primero, que clausuró la investigación el 10 de marzo de 1987 (fl. 333) y le impartió calificación por auto de 19 de junio de ese año, llamando a responder en juicio a Pupo Monterroza por el mencionado delito (fls. 351 y ss.), decisión que, apelada, fue confirmada por el Tribunal.

La causa se llevó normalmente, profiriéndose sentencia de primer grado el 30 de mayo de 1988 (fls. 414 y ss.), por medio de la cual se condenó al procesado a dos (2) años de prisión por el delito previsto en el inciso 1º del artículo 133 del Código Penal, imponiéndosele, además, multa de mil pesos (\$ 1.000.00), interdicción de derechos y funciones públicas por dos (2) años, y suspensión de la patria potestad. Se condenó en abstracto al pago de los perjuicios y se le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El defensor apeló de ese fallo, y el Tribunal, mediante el suyo que es objeto del recurso de casación interpuesto por el defensor, lo modificó en el sentido de aumentar la pena privativa de la libertad a treinta y nueve (39) meses y la interdicción de derechos y funciones públicas a cuatro (4) años. Igualmente revocó el subrogado y consecuentemente dispuso la captura de Pupo Monterroza.

La demanda:

Se acusa el fallo de violar indirectamente la ley sustancial de conformidad con el numeral 1º, cuerpo segundo, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal aplicable a este caso (Decreto 409 de 1971).

Dentro de ese marco formula el demandante dos cargos, ambos por errores de hecho:

1. En el primer reproche el actor empieza cotejando las afirmaciones acusatorias de la testigo Elvira de Oliveros (Tesorera del IDES) con el testimonio de Gaspar Posada Romero (quien llevó el dinero proveniente del Municipio de Majagual), pretendiendo demostrar contradicciones entre sí, para afirmar a renglón seguido que el sentenciador no tuvo en cuenta varios documentos, a saber: a) Donde consta que la susodicha Tesorera recibió de Gaspar Posada la suma de \$521.500.00; b) Consignación a favor del IDES por apenas \$295.030.72, y que también ignoró, por un lado, la negativa del procesado en su indagatoria de haber recibido dinero alguno, y, por el otro, la declaración de Gaspar Posada en cuanto éste afirmó que no acordó con nadie que iría el 18 de febrero a llevar el dinero por solicitud que le hiciera el apoderado del IDES, doctor González Anaya.

"Si los testigos que citó Elvira M. de Oliveros hubieran presentado el hecho de que da cuenta dicha Tesorera —anota el censor—, de que el Gerente Pupo Monterroza le quitó el dinero que había recibido de Gaspar Posada, del cual apenas le devolvió \$295.030.72, podría discutirse si el Gerente Pupo cometió peculado o un atentado contra el patrimonio del IDES. Como esa hipótesis no aparece probada en el proceso, tales planteamientos serían inútiles, ya que los testigos se limitan a referir lo que les dijo la Tesorera, por cuanto no son testigos presenciales de la fábula inventada por Elvira M. de Oliveros".

2. En el segundo cargo, se esgrimen tesis análogas pero referidas al dinero proveniente del Municipio de Sucre (\$540.541.26) y que el apoderado González Anaya afirmó haber entregado al procesado Pupo Monterroza.

En esa dirección, pues, sostiene el demandante que el sentenciador no ha debido darle plena credibilidad al testimonio del abogado González Anaya, a quien le endilga "erróneas afirmaciones", desoyendo la prueba documental demostrativa de que fue la Tesorera la que consignó una suma menor a la cancelada por el mencionado Municipio y que había sido reclamada por el doctor González Anaya. "La investigación que ha debido adelantarse —alega— sería la concerniente a averiguar si el abogado González Anaya cometió un delito de abuso

de confianza, por cuanto habiendo recibido determinada cantidad de dinero, por cuenta del IDES, no lo entregó a su poderdante sino apenas una parte”.

Por todo lo cual solicita a la Sala case el fallo y proceda a dictar el absolutorio de reemplazo.

La Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, señala:

“Infortunadamente para las pretensiones del censor, en su demanda apenas se limita a señalar la norma-fin violada, guardando silencio sobre las normas medio procesales que condujeron a la violación indirecta, con lo que formula una proposición jurídica incompleta que impide a la Corte precisar los alcances de la impugnación”.

Y agrega que, además, “el recurrente incurre en una presentación parcializada de los cargos al señalar únicamente las pruebas que, según él, fueron ignoradas por el fallador, sin contraponerlas con las que se tuvieron en cuenta en la sentencia, demostrando con claridad en qué consistió el yerro alegado”, concluyendo, entonces, que la sentencia no debe ser casada.

Se considera:

1. *En sentir de la Sala, la Delegada se equivoca al exigir, en tratándose, como en este caso, de alegación de error de hecho, la obligación del demandante de aducir “las normas medio procesales que condujeron a la violación indirecta”, pues esta exigencia impera para cuando el error planteado es de derecho.*

Ello es apenas obvio: La violación de la ley sustancial se denomina “indirecta” porque se consuma a través de la prueba: Si el error del juzgador se refiere a la “contemplación jurídica” de la prueba, se está en presencia del error de derecho, y si recae sobre su “contemplación material”, surge el yerro de hecho.

En el primer supuesto, error de derecho, éste se deriva o de haberse admitido y otorgado valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, o de una errada valoración de la prueba frente a las normas que regulan su mérito, de donde resulta ineludible para el casacionista citar y analizar las disposiciones legales que fueron desconocidas al aportar la prueba al proceso, o las que fueron violadas al valorar el elemento de juicio, siempre y cuando, desde luego, se trate de pruebas sometidas a tarifa legal, es decir, cuando la propia ley consagra su exacto mérito, como en el caso de los artículos 218, 228, 230, 261, 264 (Decreto 409 de 1971). Y es más: Sin referencias a estas normas medio la impugnación por error de derecho se tornaría de planteamiento imposible.

En cambio, en el error de hecho, no hay, repítese —y en rigor— un error de tipo “jurídico”, pues se configura cuando se ignora que la prueba obra en el proceso, o cuando se la supone sin existir en él, o cuando se distorsiona su sentido objetivo. Por decirlo en otros

términos, estos yerros recaen sobre "el proceso" y no sobre "la ley", siendo entonces bastante para el actor revelar el verdadero contenido y alcance de la prueba ignorada, supuesta o tergiversada y su incidencia determinante en la parte conclusiva del fallo.

Al respecto, precisó la Sala en sentencia de 31 de octubre de 1989:

"Digase en primer lugar, que no obstante ser cierto que el actor debe señalar en la demanda las normas medio-violadas, cuando ataca la sentencia con base en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, esta exigencia resulta indispensable cuando se aducen errores de derecho, mas no cuando se invocan los de hecho, como lo da a entender la misma jurisprudencia citada por la Delegada: 'En otros términos, el recurrente debe formular proposiciones jurídicas completas, y estas no son exclusivamente aquellas en que se acusa el quebranto de las normas fin, sino también aquellas normas medio que se presentan como desconocidas, particularmente, como en este caso, las relacionadas con la valoración probatoria' (Subrayas de la Corte).

"Y lo anterior es apenas lógico. Si se afirma que el fallador admitió y otorgó valor probatorio a un medio de convicción aportado irregularmente al proceso, por haberse omitido las formalidades que la ley exige para su aducción, es obvio que debe señalar cuáles fueron las irregularidades legales que viciaban la prueba. Y si argumenta que el juzgador le negó a una prueba el valor asignado a ella por la ley o le dio uno distinto del legalmente conferido, es apenas natural que indique en la demanda la norma que valora el aludido medio de convicción, para que, en uno y otro caso, la Corte pueda deducir si en realidad hubo violación de las normas medio que condujeron a la violación de las normas fin.

"Pero cuando se trata de error de hecho, porque se ignoró una prueba que obraba en el proceso, o porque se supuso su existencia, o porque fue distorsionado su sentido, estrictamente no puede afirmarse que existió una norma medio violada, toda vez que lo desconocido no fue una norma legal, sino la existencia misma o el sentido del medio probatorio".

2. El defecto que ostenta la demanda es otro: Suficiente repasar el resumen que de la misma se hizo en el acápite anterior, para arribar a la conclusión de que lo alegado sustancialmente corresponde a un error de derecho; y es más, a un error de derecho referido a la valoración de la prueba testimonial, que, por no pertenecer al sistema de prueba tasada, es impermeable a esta clase de censura.

Es que el actor se dedica a cuestionar en ambos cargos la plena credibilidad que el Tribunal le otorgó al testimonio de la Tesorera del IDES Elvira Manrique de Oliveros y al rendido por el abogado González Anaya, precisamente a quien el mencionado Instituto, por intermedio de su Gerente el procesado Pupo Monterroza, le confirió poder para demandar ejecutivamente a los Municipios de Sucre y Majagual.

Esos dos testimonios fueron pilares centrales de la sentencia de condena, el de la Tesorera, porque sostuvo enfáticamente que, en

ambos casos, Pupo Monterroza le ordenó consignar sólo una parte de la suma cancelada por los Municipios demandados, quedándose él con el resto; el del abogado González Anaya, ya que éste afirmó reiteradamente haberle entregado de manera directa y personal al procesado el dinero proveniente de Majagual.

Se entiende, entonces, aunque no se admita, que el casacionista, bajo la mención del error de hecho (y conociendo seguramente la improcedencia de esgrimir falso juicio de convicción respecto de la prueba testimonial), se dedique capitalmente a poner en cuestión la credibilidad que le confirió el Tribunal a la prueba testimonial, y específicamente a la ya mencionada.

En ese orden de propósito señala la demanda: "La aseveración que hizo la Tesorera sobre la información que el Gerente Pupo Monterroza le había dado en el sentido de que llegaría una persona a llevar un dinero al IDES, el testigo Gaspar Posada *se encarga de desmentir*" (se subraya), y luego: "Tampoco tuvo en cuenta el sentenciador la indagatoria del procesado Pupo Monterroza, en cuanto negó haber recibido dinero proveniente del embargo del Municipio de Majagual, negativa que repitió en presencia de la Tesorera Elvira M. de Oliveros, cuando se llevó a cabo el careo entre ellos": Por supuesto que el sentenciador sí tuvo en cuenta esa negativa, más precisamente lo hizo para desecharla, procedimiento que desde ningún punto de vista puede conformar error de hecho.

Cosa idéntica cabe predicar de lo expuesto en el "segundo cargo", al sostener el actor:

"No se produjo prueba alguna que sirva para establecer que la versión del abogado Armando González Anaya *se compadezca con la realidad*, por cuanto ninguna persona presenció lo relatado por el doctor Armando González Anaya, ni el Gerente Pupo Monterroza suscribió documento comprobatorio de haber recibido el dinero en mención. Es más, tanto en su indagatoria como en el careo con la Tesorera del IDES Elvira M. de Oliveros, negó rotundamente el hecho afirmado por el abogado González" (Se subraya).

Y más ostensible líneas después, cuando asevera: "El sentenciador *siguió por las erróneas afirmaciones* del testigo doctor Armando González Anaya y por ello condenó a Luis Antonio Pupo Monterroza como autor de peculado, en la cuantía de \$ 244.856.26, que dejó de entregar el mencionado abogado a la Tesorería del IDES".

Tratando de no poner tan al descubierto el defecto en mención, el casacionista dice en ambos cargos que el Tribunal no tuvo en cuenta unos documentos y una inspección judicial que prueba que la Tesorera Elvira de Oliveros y el doctor González Anaya recibieron los dineros cobrados ejecutivamente a los ya mencionados Municipios, y que, además, esos documentos (comprobantes, consignaciones) también demuestran que la Tesorera consignó apenas parte del numerario.

A ello es dable responder que, de toda obviedad, el fallador tuvo en cuenta todas esas pruebas y admitió naturalmente los hechos que ellas revelan, pero que lo hizo justamente para reforzar la imputación contra Pupo Monterroza: Haber éste recibido en últimas los dineros

y como Gerente del IDES haberle ordenado a la Tesorera consignar a nombre del Instituto únicamente determinada cantidad. Por otro lado, para nada menciona el demandante los otros testimonios que, según el fallo, comprometen determinantemente la responsabilidad de Pupo Monterroza, por ejemplo, el rendido por el doctor Marco Salvador Revollo, Director Administrativo del IDES, donde se lee que luego de que la Tesorera le dijo que Pupo Monterroza había manifestado que se quedaba con parte del dinero, "entré a la Gerencia y en realidad noté que la plata quedaba en el escritorio del señor Luis Pupo" (fl. 57). Y tampoco mencionó para nada el censor el dictamen que obra a folio 301, el cual afirmó la autoría del procesado en el memorando de folio 48, concerniente a unas cuentas que hizo Pupo Monterroza sobre los dineros.

En este sentido, y si hubiera aducido realmente un error de hecho, el actor incumplió con la obligación de presentar un panorama del material probatorio en conjunto, es decir de la prueba que echó de menos y de la que el Tribunal se valió para condenar, como lo ha exigido repetidamente la jurisprudencia. Así, en casación de 7 de julio de 1988, que cita la Delegada, dijo la Sala:

"Cuando se alega error de hecho manifiesto como vía indirecta de violar la ley sustantiva, el casacionista no puede limitarse (como lo hace en este caso el demandante) a analizar las pruebas ignoradas por el fallador y extraer, de ellas solas, su mérito frente a la parte resolutive de la sentencia. Es decir, no le está dado realizar una evaluación unilateral y atomizada, sino que, por el contrario, está obligado a cotejar la prueba que echa de menos con la que se consideró en el fallo, todo esto con miras a proporcionarle a la Corte una visión nueva y puesta del panorama procesal, en toda su estructura, poniendo así de resalto la antinomia entre la sentencia y la realidad procesal, que es la que, en definitiva, debe en estos casos servir de fundamento al sentenciador extraordinario para quebrar el fallo" (Magistrado ponente doctor Duque Ruiz).

Todos los defectos señalados han estropeado la demanda, y, por ende, ninguno de los cargos puede prosperar.

Como el fallo ha quedado en firme, la Sala ordenará nuevamente la captura del procesado Luis Antonio Pupo Monterroza, pues precisamente por esa falta de ejecutoria fueron canceladas las órdenes inicialmente impartidas (fls. 26 y 27).

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:

1. *No casar* la sentencia impugnada.
2. *Ordenar* la captura del procesado Luis Antonio Pupo Monterroza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Lisandro Martínez Zúñiga, Tiberio Quintero Ospina, Conjuez; Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

En el campo de la casación la competencia de la Corte está claramente determinada por las vertientes que le trace la parte actora con nitidez y precisión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 004 de enero 24 de 1990.

Vistos:

Agotados los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *Martin Pallares Viloria*, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 17 de marzo de 1989, confirmatoria con algunas modificaciones de la proferida por el Juzgado Primero Especializado de la misma ciudad, por la cual condenó al mencionado *Pallares Viloria*, a la pena principal de doce meses de prisión, como responsable del delito de extorsión en grado de tentativa y en perjuicio de *José Antonio Vega Blanco*.

Hechos y actuación procesal:

Las circunstancias que originaron el proceso, fueron narradas por la Procuraduría Tercera Delegada, así:

"El señor *José Antonio Vega Blanco* propietario del almacén *Auto-repuestos el País*, ubicado en la diagonal *Santander* número 6-50 de Cúcuta, fue visitado el 31 de julio y el 3 de agosto de 1988 por dos individuos que le exigieron la entrega de ocho millones de pesos, con destino al Ejército de Liberación Nacional, suma que fue rebajada a quinientos mil pesos que debía dar el 8 de agosto del mismo año. La víctima procedió entonces a poner en conocimiento de tales hechos a las autoridades respectivas quienes dispusieron se efectuase un rastreo de las llamadas telefónicas que se realizasen al denunciante y así se obtuvo la captura de *Jhon Jairo Amaya Puentes* y *Martin Pallares Viloria*, por parte de unidades del B-2, cuando se comunicaban telefónicamente con una hija de *Vega Blanco* para señalar el sitio en donde recibirían el dinero".

Por estos hechos y por el trámite abreviado señalado en la ley para estas conductas ilícitas, fueron juzgados y condenados *Jhon*

Jairo Amaya y Martín Pallares como responsables en coautoría del delito imperfecto de extorsión.

Contra la sentencia interpuso el recurso de casación el defensor de Pallares Viloria.

La demanda de casación:

El actor en su libelo, relata extensamente los hechos que dieron origen al proceso, y en forma confusa y antitécnica, plantea la censura al amparo de la causal 1ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, ubicándola en el motivo segundo o sea, por violación indirecta de la ley sustancial y formula tres cargos todos con idéntico razonamiento, insistiendo en que el juzgador incurrió en errores de hecho y de derecho por equivocada apreciación de la prueba existente en el proceso, porque se desconoció el valor que la ley asigna a dicha prueba "porque no se tuvieron en cuenta otras pruebas legalmente producidas", todo encaminado a tratar de demostrar que su asistido no procedió de manera dolosa, con una voluntad encaminada al delito y que por tanto es inocente del comportamiento punible por el cual fue condenado.

Concluye el recurrente pidiendo que se case la sentencia, se revoque y se profiera la de sustitución correspondiente absolviendo al acusado.

El Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal después de minucioso análisis de los cargos formulados contra la sentencia, concluye solicitando a la Corte el rechazo de la demanda por las imprecisiones y la falta de técnica que la hacen inepta para los fines de la casación.

Pone en evidencia el señor Procurador, cómo el recurrente al formular la censura, incurre en manifiestas contradicciones al afirmar en un mismo cargo la existencia de errores de hecho y de derecho contra los mismos elementos de prueba y que "...desconoce además el censor que la prueba testimonial como la indiciaria a la que se refiere, no están sujetas a determinada tarifa legal y que por el contrario la ley ha facultado al sentenciador para que las estime libremente dentro del marco de la sana crítica, por lo que improcedente resulta efectuar cuestionamiento al valor probatorio, cuando la crítica se hace recaer en pruebas como las aludidas..."

Sigue el señor Procurador con acertado criterio jurídico, poniendo de presente las situaciones excluyentes entre sí que plantea el actor en su demanda, para pedir a la Corte, que ésta sea desestimada y se abstenga la Corporación de realizar el estudio de fondo sobre el *petitum* de dicha demanda.

Consideraciones de la Corte:

La ley, la jurisprudencia y la doctrina rodean la pretensión del demandante de una serie de requisitos técnico-formales cuya preter-

misión acarrea inesorablemente la declaratoria de ineptitud de la demanda. En el campo de la casación la competencia de la Corte, de acuerdo al principio de limitación contemplado en el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal está claramente determinada por las vertientes que le trace la parte actora con nitidez y precisión y por tanto, los cargos deben formularse dentro del ámbito preciso señalado por la ley, especificando los errores del juzgador que llevan al quebrantamiento de la ley sustancial y demostrando cómo estos errores manifiestos y ostensibles han conducido al pronunciamiento de una sentencia no acorde con la ley o con los hechos debidamente acreditados en el proceso. Si así no se procede, la Corte carece de potestad para pronunciar sentencia de mérito sobre otros puntos diferentes, así aparezcan claros en la sentencia salvo la declaratoria oficiosa de nulidad cuando sean evidentes y ostensibles los vicios que puedan afectar el debido proceso, el derecho de defensa o el principio de favorabilidad.

La causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal presenta dos motivos diferentes de quebrantamiento de la ley sustancial.

La violación directa se presenta como consecuencia inmediata del desconocimiento de la norma legal sustancial o de su aplicación indebida o de su interpretación errónea, sin referencia alguna al problema probatorio.

En cambio, en la violación indirecta se llega al quebrantamiento mediato de la ley sustancial como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba.

En el error de hecho el sustanciador omite la existencia de una prueba, cuya consideración oportuna hubiese influido en la decisión a tomar en la sentencia, o supone hechos o pruebas ausentes del proceso cuya evaluación por el juzgador lleva a una decisión contraria a derecho. También existe error de hecho cuando el juzgador aprecia la prueba, pero tergiversa su sentido dándole un alcance que no tiene. Son los llamados por la jurisprudencia y la doctrina, falsos juicios de existencia e identidad en relación con la prueba.

En el error de derecho, la prueba existe y el juez la valora, no obstante haber sido ilegalmente aportada al proceso o le concede un valor superior o inferior al que le ha sido asignado legalmente. Son los llamados falsos juicios de legalidad en relación con la aducción de la prueba y falso juicio de convicción.

De la naturaleza, alcance y sentido de esta clase de errores, surge la imposibilidad de invocarlos simultáneamente en relación con la misma prueba, pues no son coincidentes, ya que el de hecho se refiere a la pretermisión de una prueba que no aparece en el proceso, o a su ostensible desfiguración, y en el de derecho se parte de la existencia de la prueba pero se critica el hecho de que el juzgador le niegue el valor que la ley le asigna o le reconozca el valor de prueba a una que carece de relevancia jurídica o que penetró al proceso sin el lleno de las exigencias legales.

Así, la Corte en providencia del 30 de octubre de 1985, expresó al respecto lo siguiente:

"De manera antitécnica el impugnador trata de buscar la casación por la vía de la violación indirecta y en su libelo critica la labor del juzgador en relación con apreciaciones de carácter probatorio, pero es lo cierto que ilógicamente se alegan simultáneamente y con relación a una misma prueba, la testimonial, errores de hecho y errores de derecho. Los dos tipos de error se excluyen, puesto que por los primeros se discute la existencia material de la prueba y por los segundos la validez jurídica de la misma en clara contradicción que no puede la Corte desatar..."

De igual modo, tienen establecido la jurisprudencia y la doctrina que la diferente apreciación o antagonismo de criterios entre el juzgador y el recurrente en torno al grado de convicción de los elementos de prueba no es suficiente para alegar el error del Tribunal, pues, "si goza de prudente y necesario arbitrio al ejercer la facultad de evaluarlos para formar su convicción, de acuerdo a la sana crítica, existe imposibilidad jurídica para fundar un error de derecho en las normas que tal sistema estructuran..."

Debe tenerse en cuenta además, como lo recuerda con acierto el Procurador Delegado que el error de derecho en la estimación de una prueba, sólo puede resultar de la confrontación entre el mérito reconocido o negado a ese medio en la sentencia acusada y el valor que le otorga la norma legal, y en consecuencia, los medios probatorios como el testimonio y el peritazgo no pueden ser impugnados por error de derecho, por falso juicio de convicción, tanto que en nuestro actual sistema probatorio penal no existen medios de convicción sometidos a tarifa legal.

Pues bien: La demanda presentada en este caso no se ajusta en forma alguna a los requisitos técnico-formales ya analizados y que son propios de este exigente recurso extraordinario de casación.

Empieza el recurrente al sustentar la causal alegada —violación indirecta de la ley— a presentar los cargos en forma tan confusa que no permite determinar con la claridad y precisión exigidas por la ley, los fundamentos de la censura, ya que plantea dentro del mismo cargo errores de hecho y de derecho en relación con idénticos elementos de juicio, sin determinar a qué pruebas se refiere y en qué consiste el error del juzgador.

Afirma en el primer cargo, que en su sentir hubo error de derecho "dados los argumentos del ad quem (sic) tuvo como causa para condenar a Martín Pullares en la parte resolutive de la sentencia, una equivocada apreciación de la prueba (se refiere al parecer a toda la prueba existente en el proceso), por cuanto desconoció el valor que la ley le asigna..." El recurrente no dice cuál es el valor probatorio que el legislador otorga a la prueba que existe en el proceso: testimonial-pericial —reconocimiento en fila de detenidos— y no podía decirlo, porque el legislador no asigna a dichas pruebas valor específico, ya que su mérito lo deja a la sana crítica del juzgador.

Luego, dentro del mismo cargo, afirma el censor que el juez quebrantó la ley al actuar "como no teniendo en cuenta otras pruebas legalmente producidas al no tenerlas en cuenta (violación medio) ... incurrió en manifiesto error de hecho que es mi deber efectuar o hacer un examen de toda la prueba recaudada en el proceso..."

Más adelante y en el curso de su fundamentación el recurrente insiste en que el "ad quem cometió un error de derecho ya que apreció equivocadamente el contenido de las pruebas que sirvieron de fundamento para condenar a mi defendido..." y se tiene además de lo anterior que el "ad quem como lo demostraré incurrió en error manifiesto evidente de hecho ya que omitió considerar como era su deber tener en cuenta varias pruebas que ni siquiera cita..."; y causa verdadera sorpresa observar cómo la prueba que el censor afirma no fue tenida en cuenta por el Tribunal, es la totalidad de la prueba o sea, la misma que momentos antes afirmaba que había sido mal apreciada o valorada por el juzgador.

En el segundo cargo, vuelve a insistir en la existencia de errores de hecho y de derecho en relación con idéntica prueba y trata como en un simple memorial de instancia de reforzar sus puntos de vista para oponerlos al criterio del juzgador cuando dio por plenamente probada la responsabilidad del sentenciado Pallares Viloria.

En un tercer cargo, en forma reiterada y sin fundamento legal alguno, vuelve a insistir en que el Tribunal "... incurrió en error manifiesto en la interpretación de los hechos, pues atribuyó un valor probatorio que no tienen y en cambio les negó la fuerza demostrativa que ofrecen sobre la inocencia de Martín Pallares, para dar como dio por demostrado con certeza, la autoría, culpabilidad y responsabilidad de mi defendido citado por lo cual violó en forma indirecta dicha norma sustancial..."

Como puede observarse, se limita el censor a predicar la inocencia de su representado, reproduciendo para el efecto los mismos argumentos presentados en el curso del proceso y que los juzgadores de instancia con acierto rechazaron sin exceder las previsiones legales en la apreciación de la prueba, sin omitir el examen de ninguna de ellas y sin suponer la existencia de elementos de convicción en forma contraria a la realidad procesal.

Se concluye de lo anterior, que asiste la razón al señor Procurador cuando considera inepta la demanda presentada por el defensor de Pallares Viloria, pues en ella, éste se limita a presentar su propia interpretación de la prueba en forma contradictoria e impropia del recurso de casación.

Las razones anteriores, son más que suficientes para desechar la demanda y disponer que el proceso regrese a su oficina de origen.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, obrando de acuerdo con el Ministerio Público, *desecha*

el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta y que fue proferida dentro de la presente causa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Sauvedra Rojas, Jorge Enrique Valencia.

Martino Henao Rodríguez, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Es doctrina tradicionalmente reiterada que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 04 de enero 24 de 1990.

Vistos:

Procede la Corte Suprema de Justicia a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Juan Diego Vera Sánchez*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Orden Público en la que se condena a la pena principal de ochenta meses de prisión y multa de \$ 247.528.20 como coautor del delito de terrorismo (art. 12 del Decreto 180 de 1988).

I. Hechos:

Tuvieron ocurrencia en el Municipio tolimense de el Espinal en la noche del 12 de abril de 1988, cuando a eso de las 11:30 estallaron dos artefactos incendiarios lanzados contra las instalaciones de la rectoría del colegio "San Isidoro" de esa localidad.

La actividad de los vecinos del lugar y del cuerpo de bomberos permitió contener el fuego. En las paredes del plantel educativo y en las casas vecinas aparecieron letreros que amenzaban de muerte al rector y a varios profesores. Los autores del hecho fueron los estudiantes Juan Diego Vera y Elmer Sánchez Montilla y un amigo de estos Luis Fernando Jara Carvajal.

II. Actuación procesal:

1º La investigación fue iniciada por el Juzgado Unico Especializado del Distrito Judicial de Ibagué, despacho que dispuso del envío del expediente al Juzgado Primero de Orden Público de el Tolima, que asumió el conocimiento del asunto y el 5 de enero de 1989 produjo sentencia condenatoria contra los procesados.

2º Consultada la sentencia, el Tribunal Superior de Orden Público, con fecha 3 de marzo de 1989, la confirma pero rebaja la pena impuesta.

a los procesados Vera Sánchez y Sánchez Montilla a ochenta (80) meses de prisión y multa de doscientos cuarenta y siete mil ochocientos veintiocho pesos con veinte centavos (\$ 247.828.20), al tiempo que eximió de sanción a Luis Fernando Jara Carvajal.

III. La demanda de casación:

Utilizando las causales 1ª y 3ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista formula contra la sentencia del Tribunal cuatro cargos así:

Causal primera:

Primer cargo:

Violación indirecta de la ley sustancial artículos 68, 189 y 370 del Código Penal; como consecuencia de errores manifiestos de hecho, por falta de apreciación de algunas pruebas y defectuosa apreciación de otras, violación que condujo a la aplicación indebida del artículo 12 del Decreto 180 de 1988.

Pruebas no apreciadas, señala:

1º Las diligencias de exposición libre y espontánea realizada por cada uno de los sindicados y que obra a los folios 6, 7, 8 del cuaderno uno (1).

2º La denuncia de fecha 14 de abril de 1988, presentada por el señor Samuel Gélvez Sierra, al Juez de Instrucción Criminal - Reparto de Espinal -Totima—, que obra al folio 23 del cuaderno 1.

3º La declaración del señor rector del colegio que obra a folios 40 y siguientes del cuaderno 1.

4º La declaración del señor celador del colegio San Isidoro y que obra a los folios 43 y siguientes.

5º Declaración de Mauro Fidencio Calderón A., que obra a folio 50 del cuaderno uno (1).

6º Declaración de Robinson Ahumada, obrante al folio 64 del cuaderno número uno (1).

7º Los dictámenes médicos que obran de los folios 124 a 128 del cuaderno número uno (1).

8º La aclaración del dictamen médico que obra del folio 137 al 139 del cuaderno uno (1).

9º La denuncia formulada por Jesús Helí Rojas García, que obra al 143 del cuaderno número uno (1).

Pruebas defectuosamente apreciadas:

1º Las diligencias de indagatoria que obran de los folios 26 y 37 del cuaderno número uno (1).

2º La diligencia de inspección judicial que obra al folio 49 del cuaderno número uno (1).

Sostiene en la demostración del cargo que la subsunción de la conducta de los inculcados, al tipo penal del artículo 12 del Decreto 180 de 1988 tiene por causa el error de dar por demostrado, sin estarlo, que los inculcados actuaron con el propósito de cometer actos terroristas o agregar que la conducta de los acusados es el resultado de conflictos de adolescencia que mal podrían comportar actos terroristas, atentatorios de las instituciones democráticas.

Segundo cargo (cuarto en la demanda):

Propuesto como subsidiario, plantea violación indirecta de la ley sustancial (falta de aplicación del artículo 6º del Decreto 2490 de 1988), como consecuencia de errores manifiestos de hecho, por falta de apreciación de una prueba y defectuosa apreciación de otras.

Prueba no apreciada:

La diligencia de exposición recibida al señor Juan Diego Vera Sánchez (fl. 8) cuaderno original.

Pruebas defectuosamente apreciadas:

1. La diligencia de indagatoria del sindicato Vera Sánchez y que obra al folio 26 del cuaderno uno (1) y siguientes.

2. La declaración del Sargento Gustavo Marín P. que aparece al folio 44 del cuaderno número uno (1) 44 y siguientes.

3. La declaración rendida por el señor rector del colegio San Isidoro de Espinal y que obra de los folios 40 y siguientes del cuaderno número 1.

Considera que, con ello su defendido si es merecedor de la gracia que otorga el artículo 6º del Decreto 2490 de 1988.

Causal tercera de casación:

Primer cargo (segundo en la demanda):

Haberse proferido sentencia de condena en un proceso viciado de nulidad, por cuanto al tenor del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal la competencia para fallar el asunto, recae en la justicia ordinaria y no en la especial de orden público, por tratarse de los delitos de incendio y daño en bien ajeno.

Segundo cargo (tercero en la demanda):

Los falladores incurrir en gravísimas irregularidades, como la de haber decidido un conflicto de competencia sin estar legalmente facultados para ello, toda vez que era la Corte la llamada a desatarlo, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 474 de 1988 y el no haberse observado los ritos establecidos en la Ley segunda de 1984.

IV. Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal luego de criticar la demanda de casación por sus errores técnicos pide de la Corte desestimarla.

V. Consideraciones de la Sala:

Razón le asiste al señor Procurador cuando critica la demanda por errores técnicos que al final dan al traste con la impugnación.

Nótese en primer lugar que el censor utiliza el término de subsidiario para calificar un cargo con el indudable propósito de soslayar la técnica del recurso, porque muy claramente se observa que uno y otro cargo formulados en el ámbito de la causal primera de casación, son totalmente excluyentes, ya que en el primero sostiene la no ubicación del comportamiento de su defendido en el ámbito del terrorismo al tiempo que en el segundo cargo, acepta tal ubicación para alcanzar la consecución de una gracia que excluya de punibilidad al procesado; lo cual revela ausencia de lógica en las argumentaciones del censor y genera confusión en la demanda que la Corte no puede enmendar porque lo riguroso del recurso se lo impide.

En materia de casación penal es improcedente hablar de cargos subsidiarios, todos los cargos son principales, y dentro de su necesaria autonomía, deben mantener la coherencia interna con los demás no siendo posible plantear entre uno y otro tesis excluyentes como ocurre en el presente caso.

Pero además debe resaltarse, que el argumento fundamental de la impugnación en los cargos distintos del calificado por el censor como subsidiario, radica en que el comportamiento del procesado no es constitutivo de terrorismo, y al invocar la violación indirecta por errores de hecho derivados de la falta de aplicación o aplicación defectuosa de pruebas, con evidente desconocimiento del recurso pretende revivir el debate probatorio propio de las instancias en sede de casación, porque la inconformidad del casacionista no radica en el desconocimiento de las pruebas, sino con la apreciación que de estas hizo el fallador, lo cual es también improcedente, porque es doctrina tradicionalmente reiterada que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario, "un juicio técnico jurídico de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo), y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirvieron de sustentación para dictar la sentencia acusado. De ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad o, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo". Sentencia de febrero de 1976.

Por último, obsérvese que las nulidades alegadas se sustentan en el mismo supuesto, lo cual implicaría la hipotética ubicación del comportamiento del procesado, no en el ámbito del terrorismo sino en los tipos penales de incendio y daño en bien ajeno, lo cual sería procedente sobre la base de que hubiese triunfado la impugnación sobre la causal primera.

Por lo expuesto se desestima la demanda de casación.

En mérito de las anteriores argumentaciones, 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, Guillermo Duque Rutz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL. TERMINOS

Se erige en notable desacuerdo considerar que términos como el del artículo 439-4-5 del Código de Procedimiento Penal irremediablemente comportan, cuando no se cumplen, la libertad provisional del detenido

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 04.

Vistos:

En el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad capital, se adelantó una investigación por los delitos de fuga de presos y cohecho contra *Juan Ramón Matía Ballesteros, José Fernando Ayala Vanegas y otros.* El allí apoderado de Ayala V. formula denuncia ahora contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, doctores *Abelardo Rivera Llano, Marino A. Rodríguez y Juan Manuel Torres Fresneda,* que hicieron la segunda instancia en aquel proceso, la que fundamenta así:

A. De la falsedad.

Que, en marzo 7 de 1989, le solicitó al Juez Séptimo Penal del Circuito la libertad provisional, con base en el artículo 439-5 del Código de Procedimiento Penal, por no haberse celebrado, dentro de los 6 meses la respectiva audiencia pública sin jurado y, el juzgado, la denegó (14 de marzo del mismo año), interponiendo contra esta determinación recurso de apelación, el cual le fue concedido en su oportunidad.

Que, por auto de *abril 26 de 1989,* la Sala acusada confirmó la decisión, y allí dijo:

“... Por último y en cuanto hace relación con la causal de libertad por vencimiento de los seis meses sin que se hubiera realizado la diligencia de audiencia pública (art. 439-5 del C. de P. P.), considera la Sala que los razonamientos del *a quo* como del Ministerio Público ante la instancia tienen suficiente respaldo dentro del plenario para despachar adversamente los pedimentos de la defensa, toda vez que las causas de la no celebración del debate público, son atribuibles, exclusivamente, a los defensores de los implicados, pues, como es ostensible, desde el inicio mismo del juicio, se han dedicado a presentar

peticiones, incoar recursos improcedentes y, por último, recusar al funcionario *a quo*, impidiendo de esta forma la celebración de la audiencia pública, lo que a todas luces demuestra, no solamente una acción desleal a la administración de justicia, sino que, con ello, fundamentalmente, se busca una deliberada dilación del trámite legal del proceso con el único propósito de obtener por tales medios la liberación de sus protegidos.

"Al respecto y para robustecer nuestras aserciones de que el funcionario de instancia sí obró acertadamente al negar la libertad del procesado Ayala Vanegas, conviene repetir por la Sala lo expuesto por la honorable Corte Suprema de Justicia en providencia del 20 de octubre de 1987, con ponencia del doctor Lisandro Martínez Zúñiga: '...'"

Que, al hacer estos planteamientos la Sala incurrió en *falsedad ideológica en documento público* (art. 219 del C. P.) por lo siguiente:

Porque el Juez Séptimo dictó el auto de proceder el 14 de mayo de 1987, sobre el cual interpuso recurso de apelación, el cual sólo vino a desatarse el 2 de septiembre de 1988, lo cual significa que la Sala "tardó más de un año en decidir", incurriendo así, además, en *prevaricato por omisión*.

Porque, abierto el juicio a pruebas, solicitó la práctica de algunas, lo cual le fue denegado; interpuso, entonces, recurso de apelación, siéndole concedido en octubre 27 de 1988, remitiéndose el expediente el 11 de noviembre y desatándose por el Tribunal sólo el 9 de febrero de 1989. Desde que el Tribunal confirmó el llamamiento a juicio únicamente interpuso esta apelación y fue esa Corporación la que tardó cerca de 3 meses en "desahogarlo".

"... Por medio de su auto del 3 de marzo de 1989, el señor Juez fijó por su propia cuenta la audiencia para el 16 de marzo, o sea que él mismo suministra la prueba de que dejó vencer el término de 6 meses sin efectuar la audiencia. La recusación fue presentada el 8 de abril de 1989, o sea, con posterioridad a su auto de fijación de la fecha y hora de la audiencia. Estos son hechos, repito, *a posteriori* que nada tienen que ver con la celebración de la audiencia dentro del término de 6 meses.

"... O sea que la falsedad consiste en que la Sala de Decisión imputa al suscrito como 'causas de la no celebración del debate público', hechos que no son ciertos por no tener respaldo procesal, con el propósito deliberado, no sólo de negar la libertad provisional de mi defenso —sic—, sino también de acusarme de 'una acción desleal a la administración de justicia' y de buscar 'una deliberada dilación del trámite legal del proceso con el único propósito de obtener por tales medios la liberación de sus protegidos'".

B. Del prevaricato por acción.

En este delito también se incurrió al emitirse por el Tribunal su determinación de abril 6 de 1989. El numeral 5º del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal es *terminante* en señalar que hay

derecho a la libertad provisional, cuando hayan transcurrido más de 6 meses, contados a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria, sin que se hubiera celebrado la respectiva audiencia sin jurado. Ese término *improrrogable* de 6 meses venció el 10 de marzo de 1989, el cual fue deliberadamente rebasado, cuando el Juez Séptimo dispuso por auto de marzo 3 de 1989, fijar el 16 de marzo del mismo año, para la celebración de la audiencia. La libertad de José Fernando Ayala Vanegas era entonces procedente y la Sala, al confirmar la determinación que la negaba, *prevaricó*.

La Sala, ante una disposición (art. 439-5 del C. de P. P.) tan clara, para poder arbitrariamente negar la gracia impetrada, acudió a interpretaciones "*torticeras*", como es aquello de que el término de marras sea prorrogable cuando son los defensores los causantes de su vencimiento, lo que de otra parte es falso y aplicar una jurisprudencia, la de octubre 20 de 1987, Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga, que no viene al caso porque ella apunta a la "oportuna calificación del mérito del sumario" y no a "la celebración de la audiencia pública sin jurado dentro del término de 6 meses".

En la República de Colombia no existe jurisprudencia obligatoria de la Corte Suprema de Justicia. "Sólo existe la llamada 'doctrina probable'. El artículo 4º de la Ley 169 de 1986 —sic—, que modificó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, prevé (se transcribe) '...':

"Si la Sala de Casación Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia tiene tres decisiones uniformes sobre la no aplicación del numeral 5º del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, que pueda dar fundamento legal a la arbitraria providencia del 26 de abril de la Sala de Decisión del Tribunal, acepto, honorables Magistrados, que tal decisión se apega a derecho. Pero mientras esto no ocurra, la misma es manifiestamente contraria a la ley".

Breves consideraciones de la Sala:

1. Sucintamente, los cargos son que los Magistrados acusados debieron revocar la determinación del Juez Séptimo Penal del Circuito que le negaba a Ayala Vanegas la libertad provisional consagrada en el artículo 439-5 del Código de Procedimiento Penal porque el texto de la ley era sobremañera claro y resultaba patente que el término de 6 meses, dentro del cual debió celebrarse la audiencia pública, había corrido, sin que tal diligencia se hubiera practicado. Que incurrieron en falsedad ideológica en documento público, asegura el denunciante, porque los Magistrados atribuyeron a actuación de los defensores que el término se hubiera vencido, lo que no encuentra respaldo procesal. Así mismo fueron arbitrarios, acudiendo a interpretaciones "*torticeras*", cuando dieron aplicación a jurisprudencia de esta Corporación que contemplaba evento bien distinto. Primero se asegura que no existe jurisprudencia obligatoria de la Corte, para finalmente aseverar que si sobre la no aplicación del artículo 439-5 del Código de Procedimiento Penal existieran tres decisiones uniformes de la Corte, en serie de casación, en el sentido expuesto por los Magistrados, aceptaría el denunciante la licitud del comportamiento de estos. Por último, si en

la denuncia se traiga a colación el cargo *ab initio*, se preparó por omisión, cuando el Tribunal tardó más de un año en pronunciarse sobre la apelación del auto de proceder.

2. Así como la Corte ha sostenido que constituye pobre valoración que pretende y consigue explicar notorios desajustes, señalar que términos como el fijado por la ley, de incomunicación, para recibir indagatoria y definición de la situación jurídica del indagado, deben dejarse agotar en todos los casos de manera fatal e ineluctable, no obstante que el funcionario haya gozado de facilidades para intervenir más rápidamente, de igual manera se erige en notable desacerto que logra patentar similares viciosas actuaciones y demances, considerar que términos como el determinado por el legislador en el artículo 439-4-5 del Código de Procedimiento Penal, en orden a la calificación del mérito del sumario y la realización de la audiencia pública, irremediablemente comportan, cuando no se cumplen, la libertad provisional del detenido, empero ella obedezca a conducta desleal de los defensores. Tales criterios o de similar estampa, van contra las más elementales normas de hermenéutica, pues conducen al absurdo de colocar al legislador en la posición de prohijador de actos negligentes, perniciosos, abusivos, arbitrarios, en la marcha del proceso, que llevarían a la negación misma del derecho.

Otra cosa: La doctrina imperante se inclina por considerar que toda norma jurídica necesita ser interpretada, inclusive en los casos de "claro tenor literal".

Interpretar la norma, como se ha dicho, no es cosa distinta a buscarle su verdadero sentido. El mejor método interpretativo es el que verdaderamente tiende a hallar la razón o mente de la ley. Pero si partimos de la base de que el alma (como diría Maggiore) de la ley es darle apoyo a los abusos de los sujetos procesales o del Juez, que comportan precisamente su no cabal operancia, indudablemente caemos en el caos, estamos en el abismo jurídico.

Con todo, para cuando los Magistrados asumieron la determinación que se les critica, ya el mismo artículo 439-5, disponía: "No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa y cuando, habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuida al procesado o a su defensor", lo que no dejaba de ser una *pausa legal* que les permitía resolver como decidieron.

3. Ordenaba el artículo 19 de la Ley 153 de 1887 (24 de agosto):

"En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable".

Este artículo fue modificado por el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 (no 1986, como afirma el denunciante), que reza:

"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen

doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores" (Es la Sala quien resalta).

Muy brevemente dígase que la modificación debió obedecer a que se entendió que, con el artículo 10, se disminuía o suprimía la dinámica propia del derecho, de la jurisprudencia y porque, además, a esa doctrina legal más probable, debían sujetarse también "las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria", según mandaba el artículo 12 de la misma Ley 157.

Así las cosas, dejó pues de existir la doctrina legal más probable, para dar paso a la doctrina probable que, en rigor jurídico, no vincula a los jueces ni a la Corte. De ahí que la expresión haya entrado en desuso y se utilice con más propiedad el término jurisprudencia.

Entonces, nada hay de irregular en el procedimiento de los Magistrados que, en el análisis de un caso sometido a su particular decisión, consideraron pertinente aplicar una jurisprudencia de esta Corporación que, en su sentir —y en verdad que así lo es—, recogía el evento sub exámine. Lo absurdo sería que por tal conducta se les pudiera desprender ilícitud penal o irregularidad alguna, más visto lo que disponía el artículo 439-5, en su inciso final.

4. Indudablemente que los Magistrados, strictu sensu, no estaban realizando ninguna aplicación analógica de la ley penal, que es otro cargo que se les hace. Simplemente, dado un supuesto fáctico similar sobre el que la Corte había sentado jurisprudencia, aplicaron ésta al caso controvertido. En rigor, interpretaban la ley y, en tal función, acudieron a la fuente jurisprudencial. No se requirieron mayores esfuerzos para entender que la jurisprudencia aplicada, así tratara del evento de la no calificación del mérito del sumario, dentro del término fijado en el artículo 439-4 del Código de Procedimiento Penal, como causal de libertad provisional, era operante para el caso plasmado en el mismo artículo 439-5, o sea, la no celebración de la audiencia pública sin jurado, dentro del término de 6 meses, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, como causal de libertad provisional.

Así dice la mentada jurisprudencia: "...Entonces, ¿qué ocurre cuando se presenta el vencimiento de los términos antes reseñados sin la oportuna calificación del sumario? Simplemente que quien da oportunidad a ello debe ser sancionado. Si es el Juez, Ministerio Público o Auxiliares de la Justicia, mediante las correspondientes investigaciones penales o disciplinarias por omisión en sus deberes del cargo; si lo son los defensores o apoderados de los procesados o de la parte civil, con base en la investigación disciplinaria que se promueva por violación de los deberes profesionales (art. 47-2 del Decreto 196 de 1971) previstos como faltas contra la lealtad debida a la administración de justicia (art. 52-1 ibídem) o al procesado con la negativa del beneficio de excarcelación.

"En este último caso, debe el Juez descontar el tiempo que por su culpa, difiera la actuación procesal, con el fin manifiesto de obtener el vencimiento de los términos a que nos venimos refiriendo con la

intención de obtener su encarcelación provisional. De no ser ello así, se daría paso a la deliberada conducta, también censurable del detenido, quien sería de paso utilizable por profesionales inescrupulosos que verían por este medio la forma de eludir responsabilidad o posibles sanciones disciplinarias que comportarían dicho proceder..." (Magistrado ponente doctor Lisandro Martínez Zúñiga. Octubre 20 de 1987).

Entonces, lo que se hizo fue aplicar el criterio de fondo aquí expuesto, digamos la filosofía, a un evento que fácticamente permitía en su esencia predicar similitud, así exteriormente no lo fuera. Y son tan similares uno y otro caso y tenían tanta razón los Magistrados en su decisión, tomada con apoyo jurisprudencial, que ahora el Decreto 1861 de 1989, en su artículo 23, que modifica el 439 del Código de Procedimiento Penal, dispone que si la audiencia o la calificación del mérito del sumario no se logran realizar en el término allí fijado por causas atribuibles al procesado o a su defensor, no tendrá uquél derecho a la libertad provisional; y, se ordena expedir copias para investigar disciplinariamente al abogado que incurra en maniobras dilatorias. Esto no es sino el reconocimiento legislativo al acierto de la labor jurisprudencial, en pro, desde luego, de una eficaz justicia.

5. En la etapa del juicio y en el proceso adelantado contra Juan Ramón Matta Ballesteros y otros, el ahora denunciante solicitó la práctica de algunas pruebas y el juzgado las denegó, pues "... en nada pueden conducir a una eventual modificación de la situación procesal del enjuiciado o enjuiciados en orden a demeritar la tipicidad de las conductas... como que se trata de pruebas superfluas...", ya que se pretende acreditar lo que está probado en el proceso, mediante otros medios de prueba (fl. 51). Interpuso entonces recurso de apelación y, en el trámite propio a la segunda instancia, el Fiscal del Tribunal, al impetrar la confirmación de la determinación impugnada, dijo que, de conformidad con el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, las partes deben acreditar los fines que buscan con las pruebas solicitadas, "no siendo dable permitir que las partes procesales inconsultamente entorpezcan, dificulten o a voluntad dilaten la actividad probatoria y los fines del proceso". Asegura, además, que las pruebas rechazadas no tienen ninguna trascendencia, como quiera que en nada inciden en la decisión que el Juez haya de tomar, calificándolas de "inútiles". Y concluye: "La diligencia solicitada que no tenga vocación de prestar ningún servicio a la investigación, es superflua".

A su turno el Tribunal, aseveró: "... Que en estas condiciones, dichas pruebas denegadas son irrelevantes probatoriamente para los fines que se persiguen, por estar ya acreditados los hechos pertinentes en el proceso, como lo destaca, en su motivación, el *a quo* o ya porque, como lo recuerda la Fiscalía en la instancia, los hechos notorios, la publicidad de las decisiones judiciales de mérito a la misma actividad consultiva del juzgado, lo llevan a calificar los hechos y circunstancias del proceso, dentro del fuero interpretativo que le incumbe realizar a éste al momento de emitir el fallo que ponga término al proceso.

"Sobra advertir que la conducencia-pertinencia implica siempre, así lo pregona la doctrina, un *juicio de relación*, o sea, la relación o afinidad existente entre dos hechos, uno de los cuales sirve de base

para deducir la existencia del otro. De ahí que aquellos dos aspectos condicionantes de la prueba (conducencia-pertinencia) comporten una *estimación* sobre su *necesidad* y *utilidad*, en vistas al *thema probandum* que es cuanto ha realizado, con acierto, el juzgado. Se trata, en otros términos, como enseña el célebre tratadista SATTÁ, de una mera valoración preventiva sobre *influencia* de las pruebas solicitadas y que fueron desechadas, precisamente, por no revestir, ni intrínseca ni extrínsecamente, la relevancia preponderante que se les pretende atribuir. De todo lo anterior, bien puede, entonces, concluirse afirmando que las pruebas que ocupan la atención de la Sala, son impertinentes y, por lo mismo, deben denegarse, por expreso mandato legal, de acuerdo con la '*recolio*' interpretativa del artículo 501, arriba citado".

Se patentiza entonces que si el Tribunal, en cabal acuerdo con la instancia y el Ministerio Público, rechazó por improcedente la libertad provisional solicitada con base en el vencimiento de los términos fijados para la práctica de la diligencia de audiencia pública, y bajo la consideración de que las causas de la no celebración del susodicho debate eran atribuibles a los defensores, no estaba haciendo cosa distinta a reconocer una patente realidad procesal. No impunemente se puede solicitar la práctica de pruebas en el juicio, manifiestamente impertinentes, inconducentes o superfluas, y, cuando son rechazadas, interponerse, sabedor del tiempo considerable que se va en la alzada, recurso de apelación, para luego alegar que la audiencia pública no se puede celebrar porque la fecha señalada para la misma lo fue en un día que sobrepasa en 6 el término legal.

No existe ninguna falsedad en el texto del Tribunal del que se desprende la misma por el denunciante. Las intervenciones de los defensores fueron en verdad numerosas e irremediablemente dilataron el trámite del proceso. Y la recusación del funcionario *a quo* también existió y, así hubiera sido con posterioridad al auto que fijó fecha para la audiencia, no lo fue después, sino con harta antelación a la providencia en que se consignó el texto supuestamente falsario y por eso allí se lee: "y, por último, recusar al funcionario *a quo*". Es posible que el texto no ofrezca toda la claridad querida por el denunciante; pero no logra jamás constituir la tipicidad propia de la falsedad ideológica. Para arribar a la conclusión del ánimo dilatorio bastaba lo acontecido cuando la solicitud indebida de pruebas, y el mismo se robusteció ante las numerosas peticiones de los abogados y, "por último", con la recusación al Juez Séptimo Penal del Circuito que sólo había cumplido con su deber.

Es reprochable la aseveración de que por cuanto el Juez Séptimo fue quien fijó una fecha que sobrepasaba el máximo fijado para la celebración de la audiencia pública, es el responsable del vencimiento de los términos. Esto no merece comentario alguno.

6. Finalmente, que se tardó más de un año en decidir la alzada interpuesta contra el auto de proceder y de ahí que se incurriera en el delito de prevaricato por omisión. En rigor, el proceso estuvo al despacho del doctor Abelardo Rivera Llano durante el término de 9 meses, contados a partir del 30 de noviembre, al 2 de septiembre. Con la inspección judicial practicada al despacho del Magistrado se logró comprobar que registró proyecto en tal sentido el 8 de abril de 1988.

A partir de esta fecha —se dice en la correspondiente acta— “aparecen los siguientes registros de proyectos con relación a la misma determinación de segunda instancia (auto de proceder): Abril 15 de 1988 (registro proyectos número 013); abril 22 de 1988 (registro proyectos número 014); mayo 6 de 1988 (registro proyectos número 016); agosto 19 de 1988 (sin número de registro); ... y por último aparece que mediante Acta número 31 del 2 de septiembre de 1988, se aprobó por unanimidad de la Sala el proyecto que se venía discutiendo desde abril 8 de 1988”.

En la misma Acta se lee: “... así las cosas fueron evacuadas por el doctor Abelardo Rivera Llano entre el 30 de noviembre de 1987 y el 2 de septiembre de 1988 un total de 272 procesos en donde intervino directamente con fallos y además de ello profirió aparte de los anteriores 64 interlocutorios por trámites varios (inscripciones, resoluciones, etc.). Con respecto a licencias, comisiones, vacancia judicial, etc., se dio una comisión de 45 días comprendidos entre el 16 de mayo y el 30 de junio de 1988, época en que lo reemplazó el doctor Darío Botero y cuyos procesos y fallos no fueron tenidos en cuenta en la totalización inmediatamente anterior. Vacancia judicial se dio la comprendida entre el 19 de diciembre de 1987 y el 11 de enero de 1988. ... De acuerdo a la documentación y archivo que obra en la oficina sólo es posible determinar las asistencias a Sala Penal en la cual el doctor Abelardo Rivera Llano era quien presidía ya que de la Sala Plena sólo podrá dar constancia el Secretario del honorable Tribunal, además de que no se puede determinar el número de veces que asistió a Salas que a él le corresponde integrar, como son en los despachos de los doctores Alvaro González P. y Aida Rangel Quintero ya que las actas sólo las firma quien preside la Sala. Así las cosas, revisado el archivo denominado ‘registros de proyectos y actas de aprobación’, se constata que entre el período tantas veces citado, asistió y presidió 34 Salas. En este mismo punto y como otras actuaciones de importancia aparecen 4 salvamentos de voto archivados en el año de 1988”.

Aparece entonces claro que no se está frente a un funcionario negligente y que a la presunta mora en orden al registro del proyecto correspondiente (abril 8 de 1988), hay que descontarle el término de vacaciones de fin de año. Así las cosas, se patentiza lo ajeno de los hechos a la tipicidad enmarcada en el artículo 150 del Código Penal.

7. Quiso la Corte ser extensa en el análisis de los cargos contra los Magistrados, para que refulgiera la secundariedad de los mismos. No alcanza la Sala, pese a la argumentación en contrario, a vislumbrar en la conducta de los Magistrados denunciados, un comportamiento delictuoso. La sutileza del raciocinio empleado para demostrar un hecho al cual no debió darse esa interpretación, denotan precisamente que la razón, en este caso, no está del lado del denunciante. Y así se tendrá que reconocer en favor de los funcionarios incriminados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega la apertura de sumario contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Abelardo Rivera Llano, Marino A. Rodríguez y Juan Manuel Torres Fresneda, a quienes les formuló denuncia el abogado Pedro Pablo Camargo por presuntas actuaciones

delictivas en el trámite del proceso adelantado contra Juan Ramón Matta Ballesteros y del que conocieron en segunda instancia.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Martín Henao Rodríguez, Secretario.



MEDIDAS DE SEGURIDAD

El contenido del artículo 94 del Código Penal, no es ni puede llegar a ser considerado como una presunción, porque sólo dispone que para el enfermo mental permanente la medida de seguridad tendrá un mínimo de dos años y un máximo indeterminado.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 004 del 24 de enero de 1990.

Vistos:

Por sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Superior de esta ciudad, se impuso medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico a *Juan Pablo de la Virgen de la Peña Gaitán Didier*, procesado por el delito de homicidio.

La decisión anterior fue confirmada por el Tribunal Superior por sentencia del 12 de diciembre de 1988. Interyuesto oportunamente el recurso de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda fue declarada admisible.

Se escuchó la opinión del Procurador Delegado, quien considera que las peticiones de la demanda deben ser rechazadas.

La Sala resuelve lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Los hechos que finalmente produjeron la muerte de Jorge Andrés de Fray Martín de Porres Gaitán Didier por herida ocasionada por arma de fuego, accionada por su propio hermano Juan Pablo de la Virgen, tuvieron ocurrencia en abril de 1987 en una residencia del sector sur de esta ciudad.

En el curso de la investigación el procesado fue sometido a reconocimiento psiquiátrico, concluyendo los científicos que sufría para el momento de los hechos de una psicosis paranoide y por consecuencia lógica que se encontraba en situación de inimputabilidad.

Actuación procesal:

Se abrió el correspondiente proceso por auto del veinte de abril de 1987. El procesado fue indagado el veintinueve de abril de 1987.

Se decretó la detención preventiva el veinticuatro de abril del mismo año.

Por auto del ocho de septiembre de 1987 se dictó resolución de acusación contra el procesado.

Se realizó la diligencia de audiencia pública con intervención del jurado de conciencia, el diecinueve de agosto de 1988 y proferido el correspondiente veredicto, éste fue de responsabilidad por unanimidad de los miembros del jurado popular.

El primero de septiembre se dictó sentencia de primera instancia que sería posteriormente confirmada por el Tribunal Superior.

La demanda de casación:

Se presentó en la demanda un cargo único, por considerar el impugnante que se había violado directamente la ley penal por interpretación errónea de la misma y concretamente de los artículos 12, 33, 93, 94, 97, 98 y 99 del Código Penal.

Dirige su argumentación a demostrar con base en el artículo 12, que la medida de seguridad tiene una finalidad eminentemente curativa y que por tanto la sentencia impugnada al sostener "la imposibilidad de que el procesado Gaitán Didier recibiera tratamiento médico por medio diferente a la internación, sin consultar las bondades que ello representara para su rehabilitación, es a todas luces equivocada".

Afirma igualmente la equivocada interpretación del artículo 93, puesto que sostiene que al no haberse dado una definición de las medidas, no podría entenderse que se trata de una enumeración taxativa y considera que esa opinión "es abiertamente contraria a la comprobación que puede hacerse en un caso individualmente considerado y a que dicha visión limita el campo del conocimiento ajeno al jurista e impide considerar la opinión del científico especializado, cuando ella no encuadre en los lineamientos de una interpretación exegética-gramatical de la norma".

Sostiene el impugnante que la sentencia interpreta equivocadamente el numeral 1º del artículo 93, que establece la internación del inimputable en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada porque considera que "allí se confunde un medio de lograr que el inimputable reciba atención médica —la internación— con la medida de seguridad que no puede ser otra que el tratamiento de la anomalía psíquica del procesado. La posición adoptada por el Tribunal hace una modificación del espíritu que impulsa las medidas de seguridad y coloca, al permitir tomar la internación simple como medida autónoma, a aquellas dentro del plano de las penas, adjudicándoles un carácter retributivo propio de la punibilidad, toda vez que no hace la necesaria alusión al tratamiento que deba recibir el inimputable para su rehabilitación".

Finalmente concluye el impugnador que "fuerza es reconocer entonces que ni el internamiento constituye por sí solo tratamiento considerado como medida de seguridad ni la enumeración del artículo 93 agota las posibilidades del funcionario para disponer procedimientos rehabilitadores del inimputable que cometa conductas objetivamente consideradas como delito" para solicitar que se case el fallo impugnado y que se dicte sentencia de reemplazo en la que se disponga como medida de seguridad tratamiento médico hasta tanto no se certifique la rehabilitación del procesado.

El concepto del Agente del Ministerio Público:

Considera el Procurador Delegado que no existió error de interpretación en la ley sustancial por parte del juzgador de segunda instancia, porque tanto "la motivación, como las disposiciones de la parte resolutive de la sentencia, dejan entrever que la Corporación dio trascendencia, como norma que preside la interpretación de los artículos 93 y siguientes del Código Penal al principio rector enunciado en el artículo 12 del Código; éste es el que permite la elasticidad y flexibilidad que en materia de ejecución de las medidas de seguridad, vayan exigiendo las circunstancias en que se produzca el tratamiento y los resultados del mismo".

Critica si la posición del juzgador al adelantar conceptos relacionados con la ejecución de la medida "máxime cuando el sujeto pasivo de la misma viene sustraído del régimen de tratamiento dirigido por el Estado y sobre el cual el Juez asume una verdadera tarea de Juez de Ejecución".

Considera el Agente del Ministerio Público que la imposibilidad de que la medida de seguridad sea absolutamente discrecional o de que las autoridades administrativas las puedan variar a su antojo constituye una garantía muy importante para la ciudadanía y porque su "quiebra por vía jurisprudencial como se pretende acá, dejaría al garete la ejecución de la sentencia, pues que en ella no se impondría nada distinto a una vaga y arbitraria medida que permitiría abusos y excesos, discriminaciones y favorecimiento por parte de la autoridad administrativa, siempre al margen del Juez, que harían de éste un simple espectador y no un verdadero controlador de las atribuciones del Estado en estas materias, lo que constituye la razón fundamental para que nos opongamos, con otros más, a la administrativización del fenómeno de la 'protección forzada' del inimputable, por oposición a su judicialización".

Solicita como conclusión de sus argumentaciones que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Sala:

La inconformidad del censor con la sentencia atacada radica en el hecho que el juzgador haya determinado imponer al inimputable sometido a proceso medida de seguridad de internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada por un mínimo de dos años y término indefinido; pero considera la Corporación, estando en ello de

acuerdo con el Procurador Delegado, que la interpretación de la ley sustancial que se califica de errónea, es por el contrario acertada, porque es precisamente la previsión que ha hecho el legislador para los inimputables permanentes; de tal manera que cuando se da aplicación al numeral tercero de los artículos 93 y 94 del Código Penal no hace más que dar cumplimiento estricto e interpretación correcta a las previsiones legales, porque como ya se ha sostenido por esta Corporación, los inimputables son responsables y como consecuencia de tal decisión jurisdiccional se les ha de imponer las medidas de seguridad expresa y taxativamente contempladas en la norma.

Se estableció por experticia científica que el procesado es un inimputable de carácter permanente, puesto que sufre de psicosis paranoide con desorganización del sentido de realidad y de sus funciones afectivas y volitivas, y por tanto la medida a imponerse es la que correctamente se le aplicó en las instancias.

La discrecionalidad para la imposición de las medidas de seguridad que propone el censor, es desde todo punto de vista inaceptable, porque ubicados los inimputables dentro del Código Penal y como capaces de realizar conductas típicas y antijurídicas es obvio, que también en relación con ellos, las conductas previstas en el Código Penal deben llenar los requisitos de legalidad, porque si bien es verdad que las penas entre sus diversas finalidades tienen un fin retributivo y aquellas de curación y rehabilitación, lo cierto es deben estar expresamente contempladas en la ley y no podría imponerse medida de seguridad que no estuviera prevista legalmente, so pena de incurrir en manifiesta violación de la propia Constitución, además debe imponerse como consecuencia de una actividad prevista como típica, y exenta de causales de justificación e inculpabilidad y que debe imponerse a través de la realización de un proceso, respetuoso de las formas para él previstas desde el punto de vista constitucional y legal, y que ha de tratarse necesariamente de una medida eminentemente de carácter jurisdiccional y postdelictual. Lo anterior es lógico, puesto que a pesar de tratarse de una medida en esencia curativa y rehabilitadora, es de carácter forzoso que puede restringir o suprimir derechos constitucionalmente consagrados (la libertad de locomoción en este caso) y por tanto no podrían estar por fuera de la ley, ni aplicarse discrecionalmente por parte del funcionario judicial.

Las muy interesantes consideraciones que hace el censor, para resaltar la finalidad curativa de la medida, de llegar a ser aceptadas, producirían de manera necesaria la inseguridad ciudadana y el desconocimiento absoluto del principio de legalidad, en cuanto se afirma que la enumeración de las medidas de seguridad que hace el artículo 93 no es taxativa, y se estarían otorgando poderes discrecionales a los jueces o a los funcionarios de ejecución de penas, que no les ha concedido la Constitución, ni la ley.

La norma que se pretende fue incorrectamente interpretada, de manera absolutamente clara establece que el enfermo mental permanente tendrá como medida de seguridad la internación en una institución psiquiátrica adecuada. Mal podría en tales condiciones el juzgador, convertirse en legislador y modificar jurisprudencialmente el contenido de una norma que es clara. Admitir una posición con-

traría, sería posibilitar la existencia de un nuevo legislador que modifica a su antojo y de manera arbitraria el texto de la ley, que por su claridad no deja dudas en cuanto a su verdadero significado y alcance; sería además una jurisprudencia de consecuencias lamentables hacia el futuro, porque todos los jueces con tal antecedente, estarían de hecho autorizados para desconocer el texto legal existente o introducirle los cambios y modificaciones que considera adecuados en su interpretación, que obviamente podría dar lugar a motivaciones caprichosas, tendenciosas, o abiertamente interesadas

Rechazada la ponencia inicialmente presentada por el doctor Mantilla Jácome, por algunas de sus consideraciones, puesto que en la parte resolutive existió por parte de la Sala unanimidad de criterios, debe ahora la Corte hacer algunas consideraciones en relación a las motivaciones del inicial ponente que no fueron compartidas por la mayoría.

Se afirma en la ponencia rechazada, en algunas de sus motivaciones, por mayoría, que en el artículo 94 al señalarse un mínimo para la internación en establecimiento psiquiátrico aparentemente se opone a las finalidades de curación que tienen las mismas, pero que esta oposición es aparente "en el entendido de que esta norma (art. 94 del C. P.) contiene una presunción de carácter legal", pero consistente con ello y mediante los conceptos científicos oficiales podría establecerse que el sometido a medida de seguridad puede vivir en comunidad con o sin tratamiento ambulatorio, lo cual impondría la sustitución de la medida antes del vencimiento de los dos años señalados en la norma.

Se concluye en la ponencia no compartida que "el Juez Penal no puede con el pretexto de exigir el cumplimiento riguroso del mínimo legal, como si se tratase de una presunción jures et de jure, negar la suspensión del régimen de internamiento al inimputable, de quien la ciencia, la realidad y la opinión de los expertos científicos, indican que no requiere de tal tratamiento; quien así actúa, estaría desconociendo la naturaleza y finalidades de las medidas, conforme al artículo 12 del Código Penal, y les otorga, lo que es más grave, carácter retributivo y de castigo, en asimilación al sistema de penas". El más generalizado concepto de presunción es aquel según el cual se trata de una operación lógica, por medio de la cual se puede inferir la existencia de un hecho desconocido con el auxilio de la experiencia y partiendo de la existencia de un hecho conocido o debidamente comprobado.

Entendida de esta manera la presunción, es apenas lógico concluir que el contenido del artículo 94 del Código Penal no es, ni puede llegar a ser considerado como una presunción porque para que ésta exista desde el punto de vista lógico, es indispensable que a través de un proceso intelectual se llegue a inferir la existencia de un hecho desconocido, partiendo de uno conocido, y este proceso de carácter intelectual no se da en el contenido que se analiza, donde simplemente para hacer referencia a una de las medidas de seguridad creadas en el artículo precedente, disponen que ésta tendrá un mínimo de dos años y un máximo indeterminado. Aquí no se infiere absolutamente nada, y mal podría inferirse algo, cuando los dos extremos que se proponen son conocidos y constituyen simplemente una afirmación de

carácter imperativo que hace el legislador como igual lo hace cuando al determinar las penas, fija para ellas un mínimo y un máximo que el Juez bajo ninguna circunstancia puede desconocer.

En las condiciones precedentemente analizadas se rechazan las pretensiones de la demanda, estando en ello de acuerdo con el Fiscal de la Corporación.

La Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Muntilla Jácome, Aclaró voto; Edgár Saavedra Rojas, Adición de voto; Jorge Enrique Valencia M., Aclaró voto.

Martín Henao Rodríguez, Secretario.

MEDIDAS DE SEGURIDAD (ADICION DE VOTO)

Teniendo en cuenta la finalidad de las medidas de seguridad, no es aconsejable señalarle un mínimo en la ley, mientras que la duración máxima debería tener un límite fijado y no la indeterminación actual

Por cuanto los argumentos que se expresarán a continuación no fueron compartidos por la mayoría de la Sala en la ponencia presentada, pero los considero necesarios en torno al punto, consigno a continuación tales razones.

No puedo dejar pasar por alto que evidentemente, teniendo en cuenta las finalidades de la medida de seguridad, no es aconsejable señalarle a ella un mínimo en la ley, puesto que la duración de la internación psiquiátrica debería depender únicamente de la curación o de haber dejado de ser considerado peligroso el condenado para el medio social; de la misma manera, en un país donde no existen las penas a perpetuidad, y en consideración a que la medida de seguridad no tiene finalidades retributivas, la duración máxima de las mismas debería tener un límite fijado y no la indeterminación actual, que no podría defenderse sobre la base de que si el inimputable sigue siendo peligroso la medida se debe eternizar, porque con el mismo criterio las penas podrían tener un máximo ilimitado cuando se considerase que a pesar del castigo el delincuente sigue dando muestras de su peligrosidad. Es entonces evidente la equivocada concepción de las medidas de seguridad por parte del legislador colombiano, pero mientras la ley no sea modificada por otra o sea declarada inexecutable, lo único cierto es que la norma no puede ser desconocida jurisprudencialmente. Debe recordarse que por sentencia del 4 de febrero de 1938, la Sala Plena de la Corte, por mayoría declaró la constitucionalidad de los artículos 94, 95 y 96 del Código Penal.

Edgar Saucedra Rojas, Magistrado.

Fecha ut supra.

MEDIDAS DE SEGURIDAD (ACLARACION DE VOTO)

La reclusión del paciente ante anomalía mental permanente cuyo mínimo es de dos (2) años con un máximo indeterminado, es medida perfectamente revocable por supuesto si la enfermedad síquica permanente desaparece y la persona recobra su sanidad mental

En líneas generales estoy conforme con la filosofía que anima al proyecto derrotado por la mayoría. Con una salvedad que al final señalo. Soy, entonces, de opinión:

1. La reclusión del paciente ante anomalía mental permanente cuyo mínimo es de dos (2) años con un máximo indeterminado, es medida perfectamente revocable por supuesto si la enfermedad síquica permanente desaparece y la persona recobra su sanidad mental.

2. Es de entender que si el fin perseguido con la imposición de la sanción se cumple realizando las metas resocializadoras, o mejor, si la correlación entre la perturbación mental y el delito desaparece, el tratamiento científico cumple sus fines curativos, procediendo la suspensión condicional de la medida cualquiera sea el tracto transcurrido incluso antes de los dos (2) años.

3. Si el progreso del sujeto internado es de tal entidad que antes de cumplir dos años (2) años recupera su normalidad de manera plena y absoluta pudiendo retornar sin problemas al seno de la colectividad, resulta del todo inconsecuente que aquél tenga que permanecer interno en custodia de seguridad durante el tracto mínimo indicado por el legislador. El tiempo que debe purgar más allá de la recuperación equivale ni más ni menos que a la imposición de una sanción corporal o afflictiva quedando a la larga en posición más gravosa que el condenado a una pena.

4. Naturalmente que la rehabilitación del interno y la validez del tratamiento médico-psiquiátrico debe ser evaluada por expertos oficiales y aprobada por decisión judicial. Por algo se ha dicho que el Juez es "*peritus peritorum*". En este concreto ámbito el juzgador debe preocuparse más que por edificar presunciones por establecer científicamente si las condiciones de la persona sometida son aptas e idóneas para retornar a la vida de relación. En esto me separo del criterio del doctor Mantilla Jácome.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia N., Magistrado.

Fecha *ut supra*.

MEDIDAS DE SEGURIDAD (ACLARACION DE VOTO)

Si la medida tiene finalidades curativas, de tutela y rehabilitación, una conclusión inexcusable para el intérprete es la de que no debe durar más que el tiempo exacto requerido para la recuperación social del sujeto

Como estoy de acuerdo con la parte resolutive, pero no con algunas de las motivaciones de la providencia de referencia debo aclarar mi voto en el presente asunto.

De las argumentaciones del casacionista se derivan dos importantes cuestiones que la Corte se ocupó de resolver. Ellas son:

1. En tratándose del tiempo mínimo fijado por la ley penal (arts. 94, 95 y 96) para las medidas de seguridad con internamiento en establecimiento oficial, ¿qué ocurre si durante el cumplimiento de este término mínimo y antes de su culminación el concepto médico oficial determina la curación del paciente o la no necesidad de tratamiento médico psiquiátrico en reclusión; debe el Juez proceder a sustituir la medida de seguridad impuesta por la de libertad vigilada, o por el contrario debe mantener al inimputable bajo el régimen de reclusión porque este término es inexorable?

2. Para la ejecución de la medida de seguridad, es posible o no disponer que el tratamiento se realice en clínica privada cualquiera sea el lugar de ella bajo la responsabilidad de los familiares del paciente inimputable?

La mayoría de la Sala respondió a la primera cuestión afirmando que el Juez debe mantener la medida de seguridad impuesta porque el término es un imperativo legal y se refirió ambiguamente a la segunda cuestión.

Como tal postura doctrinal me parece criticable procedo a exponer las razones de mi disenso.

1. *Cuestión:*

Al afirmar la mayoría de la Sala que el término mínimo de duración de las medidas de seguridad debe ser cumplido inexorablemente por el sentenciado sin que se pueda atender por parte del Juez ninguna consideración al respecto, está desconociendo abiertamente la naturaleza y función de las medidas de seguridad, asimilándolas al régimen

de las penas y les otorga a las normas del Código Penal que tal regulación hacen el carácter de presunciones *juris et de jure* y no el de presunción legal o *juris tantum*.

En efecto, la interpretación y aplicación de las normas que regulan las medidas de seguridad en el Código Penal colombiano, debe guiarse por los principios fundamentales que las rigen y atendiendo siempre su naturaleza y finalidad.

Así dentro de tal ámbito es preciso recordar la duodécima norma rectora que al fijar las funciones de las penas y de las medidas señala que: "La pena tiene función *retributiva*, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de *curación, tutela y rehabilitación*, con lo cual se establece un límite cierto entre penas y medidas en el sentido de que las medidas no obedecen a criterio retributivo o sancionador lo que sí ocurre con las penas".

La razón de ser de esta referencia, obedece como lo hemos señalado en varias ocasiones, incluso en decisiones pacíficas de la Sala Penal, al culpabilismo que genera reproche en el autor imputable, reproche que a su vez es el sustento de la pena castigo o pena sanción; al tiempo que al inimputable que, por su propia condición de incapaz no actúa con culpabilidad y sobre él no puede recaer ningún reproche, se le impone una medida de seguridad, en beneficio de él mismo y de la sociedad, siendo por ello su naturaleza curativa de tutela y rehabilitadora.

Ahora bien, el hecho de que por definición legal se excluya el carácter retributivo o sancionador en las medidas de seguridad, impone necesariamente unas pautas hermenéuticas a las cuales debe atenerse el intérprete: Así, si la medida tiene finalidades curativas, de tutela y rehabilitación, una conclusión inexcusable para el intérprete es la de que las medidas no deben durar más que el tiempo exacto requerido para la recuperación social del sujeto, y que pretender cronológicamente, hacer cumplir un mínimo de dos años por ejemplo, cuando el paciente en el primer año es considerado por los legistas recuperado socialmente y sin necesidad de tratamiento en reclusión; es a nuestro juicio desconocer la naturaleza y finalidad de la medida al tiempo que se le está asimilando el régimen de las penas castigo, porque el Juez allí, según la mayoría debe decir "no me importa que los médicos afirmen que el paciente esté curado; por encima de ello está la rigidez de la ley que ordena que se le mantenga en el hospital o sanatorio especial hasta que cumpla el año que le falta. Esto es el derecho y la justicia en contrario de la realidad".

Debe tenerse en cuenta que el argumento basilar de la mayoría de la Sala se sustenta, sobre la idea de que el mínimo señalado en el Código constituye "una afirmación de carácter imperativo" o lo que es lo mismo una presunción *juris et de jure*.

Quiérase o no la cuestión está enmarcada en el ámbito de las presunciones. Cuando la mayoría de la Sala afirma que al disponer el artículo 94 que las medidas de seguridad tendrán un mínimo de dos años de duración y un máximo indeterminado, de ello "no se infiere absolutamente nada y mal podría inferirse algo, cuando los extremos que se proponen son conocidos y constituyen simplemente una afir-

mación de carácter imperativo que hace el legislador, como igual lo hace cuando al determinar las penas, fija para ellos un mínimo y un máximo que el Juez bajo ninguna circunstancia puede desconocer", incurre en lamentables errores de lógica jurídica. Veamos ¿por qué?

En primer término la afirmación de que aquí no se infiere absolutamente nada y mal podría inferirse algo, indica cierto grado de confusión entre la presunción de hombre o indicio, que apunta a la operación lógica que realiza el intérprete; con la presunción legal, que realiza el legislador y en la que no cabe inferencia ninguna al intérprete.

Nosotros afirmamos que ésta es una presunción legal no un indicio.

En segundo término cabe preguntarse cuál es la estructura lógica de la presunción. Se dice presumirse, según el Código Civil, artículo 66 "el hecho deducido de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas", lo cual indica que se trata de una operación lógica que parte de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas que permiten suponer un hecho como su consecuencia. Y, repetimos, cuando es el mismo legislador quien supone el hecho a partir de ciertas circunstancias o antecedentes se está en presencia de una presunción legal o de derecho, según así lo consigne el mismo legislador.

Citemos un ejemplo de presunción legal en el campo civil; dice la ley: Si una mujer casada tiene un hijo, se entiende que éste es del marido.

Allí el legislador hace el siguiente raciocinio lógico:

—Estando demostrado que una mujer tiene un hijo y que ella es casada yo presumo que el padre de ese hijo es el marido de la mujer y que tal hijo es legítimo.

Siendo fácilmente ubicables los antecedentes y circunstancias de que habla la ley civil, cuáles son: La producción de un parto y la condición de mujer casada de la parturienta; al tiempo que la creencia del legislador esto es, que el hijo es del marido de la mujer y que tal hijo es legítimo, es una presunción legal que admite prueba en contrario.

Pero veamos un ejemplo al interior del Derecho Penal:

En esta materia el legislador dice:

—Yo presumo que una persona con edad cronológica igual o superior a los dieciocho años e incurso en el Código Penal (por la realización de un hecho punible), es imputable y que quien sea menor de dieciocho años y esté igualmente incurso en el Código Penal entiendo que es inimputable.

¿Cómo manejará el Juez Penal el asunto?

Se dice siguiendo la tesis de la mayoría, "que de allí no se infiere absolutamente nada", frente a un experticio médico legal que le indique que a pesar de tener veintidós años (edad cronológica) y el sujeto presenta una inmadurez psicológica equivalente a una edad mental

de menos de dieciocho años, deberá ignorar tal dictamen y afirmar imperativamente con la ley que tal sujeto es imputable y como tal lo trata dándole una pena.

Lo mismo ocurre si se trata de un menor de dieciocho años (edad cronológica, arts. 28 y 165 del C. del Menor, Decreto 2737 de 1980) de diecisiete años por ejemplo y el perito oficial concluye que se trata de un sujeto con capacidad para comprender su ilicitud y determinarse conforme a esa comprensión, el Juez dirá conforme a la mayoría de la Sala que a pesar de ese expertise el sujeto es inimputable. Pero si el Juez admite, como admitimos nosotros que tal límite de edad es sólo una presunción legal, podrá aceptar las explicaciones científicas y darle el trato adecuado al sujeto según el caso.

Pero analicemos el asunto materia de discordia con la mayoría:

Nadie puede negar que el legislador al redactar estas normas (arts. 94, 95 y 96) que establecen un tiempo mínimo de duración de la medida de seguridad, se expresa a través de reglas lógicas en concordancia con los principios fundamentales que regulan este instituto jurídico, esto es, la retribución para el imputable que actúa con culpabilidad y la protección curativa o resocializadora para el inimputable.

Sobre tales presupuestos podemos afirmar que las medidas de seguridad se rigen por el principio de que su duración está determinada única y exclusivamente por el tiempo necesario para la curación o adaptación social del sujeto inimputable.

Ahora bien, la operación lógica que realiza el legislador del Código Penal en este asunto es la siguiente:

—Cuando se trata de un sujeto inimputable por trastorno mental permanente debe someterse a tratamiento médico-psiquiátrico en régimen de internamiento, y yo (legislador) presumo que el término mínimo de duración de este tratamiento no es inferior a dos años. La fijación de este término no es más que una presunción que realiza el legislador con base en las reglas de experiencia, en la opinión dada por los científicos en la materia que le indicaron un término más o menos aproximado de tratamiento mínimo en general.

Pero ese término es sólo un término probable, porque serían pedantes el legislador y el intérprete que pretendieran dentro del rigorismo de la presunción *juris et de jure*, establecer un término exacto, sin posibilidad de prueba en contrario, como si se tratara de un "imperativo legal" como dice la mayoría, cuando la ciencia cada vez se renueva y reafirma el carácter relativo de tales términos.

En ese punto debe hacerse una precisión necesaria: la finalidad de la medida debe ser la curación del paciente, pero para efectos del régimen de internamiento debe bastar la adaptación social del sujeto (el poder alternar sin riesgo en una comunidad), pues si el intérprete exige el concepto médico psiquiátrico de curación en muchos de los casos el paciente estaría sometido a cadena perpetua por ser su dolencia incurable, basta repetimos, la seguridad de que el sujeto es inocuo socialmente.

El tema de las presunciones suele ser tabú para los penalistas, quienes apenas se les plantea se apresuran a rechazarla por temor a los abusos y a una supuesta inseguridad jurídica; incluso en las obras de los doctrinantes tal institución no tiene desarrollo coherente, a nosotros en cambio nos parece que se trata de un instrumento útil en la aplicación de la ley y sobre todo en la misión ineludible del Juez de adaptar el derecho a la realidad.

Las presunciones son mecanismos probatorios que utiliza el legislador mediante los cuales da por sentada una hipótesis fáctica basado en unos presupuestos o circunstancias ciertos; y según el grado de solidez que a tal hecho presumido le otorgue, se clasifican en presunciones de derecho y legales y como es sabido las presunciones de derecho constituyen una verdad jurídica inmodificable; al tiempo que las legales sólo expresan una regla de experiencia que indica que usualmente las cosas suelen ser así y por ello no es menester recurrir a mecanismos probatorios para demostrarlo, pero en cambio sí es posible mediante prueba suficiente y con inversión de la carga probatoria demostrar que en un determinado caso concreto la cuestión no es como usualmente es, sino distinta o diferente. Siendo por ello la presunción legal modificable.

Así retornando a la hipótesis discutida, cuando el legislador dice que presume que un trastornado mental no se cura o rehabilita usualmente antes de dos años de tratamiento en régimen de internamiento, es posible demostrar que en un caso concreto antes de ese término se ha curado o rehabilitado socialmente. Fácil es encontrar allí dos presupuestos o circunstancias demostrados que no son otros que la realización de un hecho punible, la condición personal de inimputable por trastorno mental permanente por parte del actor o partícipe y la necesidad de un tratamiento curativo, al tiempo que lo presumido es el término mínimo de dos años de duración.

El Código Civil que regula lo relativo a las presunciones en su artículo 66 señala: "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa según la expresión de la ley se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba en contrario, supuestos los antecedentes o circunstancias".

Conforme a ello es claro que las presunciones de derecho para serlo tienen que estar indicadas como tales por el propio legislador pues de lo contrario deben entenderse como legales.

Nuestro criterio es de que en materia penal no existen presunciones de derecho, no las consignó como tales el legislador y en ello es consecuente con la naturaleza misma de esta disciplina.

Los anteriores razonamientos nos llevaron a afirmar en el proyecto no aprobado por la mayoría, lo siguiente:

La fijación de un mínimo legal para la medida de seguridad, en el caso del artículo 94 que se comenta, aparentemente se opone a las finalidades y naturaleza de las medidas, como son las de curación, tutela y rehabilitación del sujeto en un ámbito en que está excluida la retribución o castigo por la ausencia de reproche penal.

Sin embargo, esta oposición es aparente, en el entendido de que esta norma (art. 94 del C. P.) contiene una presunción de carácter legal, mediante la cual el legislador, basado en la experiencia y en las calificadas opiniones de los expertos, entiende que quien padece trastorno mental permanente, requiere de, por lo menos, dos (2) años de tratamiento científico en régimen de internamiento, para estar en condiciones de vivir en comunidad.

Pues es obvio que, en ciertos casos concretos, los conceptos científicos oficiales pueden indicar que a pesar de no haberse cumplido el plazo mínimo fijado por la ley, el sujeto está en condiciones de vivir en comunidad, con o sin tratamiento ambulatorio, lo cual impone la sustitución de la medida antes del vencimiento de los dos (2) años señalados en la norma.

Esta solución es entonces posible, teniendo en cuenta que al señalar el mínimo de duración el legislador sólo estableció una presunción legal o regla de experiencia que indica que, en la generalidad de los casos es necesario el tratamiento en régimen de internación por tiempo mínimo de dos (2) años, pero que admite prueba en contrario frente a un caso concreto en que la opinión científica aconseje su suspensión.

Es entonces claro, que el Juez Penal no puede, con el pretexto de exigir el cumplimiento riguroso del mínimo legal, como si se tratase de una presunción *jures et de jure*, negar la suspensión del régimen de internamiento al inimputable, de quien la ciencia, la realidad y la opinión de los expertos científicos, indican que no requiere de tal tratamiento; quien así actúe, estaría desconociendo la naturaleza y finalidades de las medidas conforme al artículo 12 del Código Penal, y les otorga, lo que es más grave, carácter retributivo y de castigo, en asimilación al sistema de penas.

Sobre el particular, debe recordarse como antecedentes jurisprudenciales, el pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte, en vigencia del anterior Código Penal, cuando señaló:

"Porque si al proferirse sentencia condenatoria a un año de reclusión en una colonia agrícola especial, ya el delincuente está inoculizada (sic) de su tendencia antisocial por haber sido tratado durante tal lapso, según la ciencia médica en general, sería injurídica la providencia que negara la cesación condicional de la reclusión, basándose en la consideración de que, aun cuando ya el delincuente tuviere las condiciones de resocialización que le hagan apto para regresar a convivir en un medio social, debe permanecer recluso durante un año. Y sería antijurídica esa determinación porque estaría considerando la reclusión como pena privativa de la libertad. Y al contrario, si no obstante haber estado interno el delincuente durante tiempo mayor que el mínimo señalado por la sentencia condenatoria,

no ha recuperado su salud, la reclusión se extenderá hasta cuando los peritos 'declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño' " (Casación de agosto 17 de 1976).

Con el mismo criterio hermenéutico es que debe ser entendido el artículo 451 del Código de Procedimiento Penal que habla del cumplimiento del tiempo mínimo de la medida de seguridad para el otorgamiento de la libertad vigilada.

2. En cuanto a la obligación de internamiento en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial:

Esta parte de la norma que se estudia (art. 94 del C. P.), indica que el tratamiento del inimputable es asunto de competencia estatal, y por ello exige que éste deba realizarse en establecimientos oficiales, que deben estar en condiciones de brindar la necesaria asistencia científica y humana del paciente. Pero a juicio nuestro esta disposición admite importante excepción, que encuentra apoyo legal en el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal y en el artículo 12 del Código Penal, en aquellos casos en que los peritos oficiales aconsejen el traslado a establecimiento adecuado de carácter privado, siempre y cuando la persona de la cual dependa se comprometa a ejercer la vigilancia correspondiente, y a rendir los informes que solicite el funcionario. Si bien la referida norma regula lo relativo a las medidas cautelares durante el proceso, nada se opone para que dentro de una sana hermenéutica que consulta la finalidad curativa y rehabilitadora del inimputable que tiene las medidas de seguridad y su carácter no retributivo, se haga extensiva esta posibilidad en la ejecución de la sentencia.

3. Es necesario precisar sí, que en estas dos hipótesis que se comentan, en auxilio del Juez deben concurrir los peritos oficiales, quienes deberán explicar con claridad y fundamento las razones que los llevan a afirmar en el primer caso, que a pesar de no haberse cumplido el tiempo mínimo legal, el sujeto no requiere de internamiento en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, por cuanto no necesita de tratamiento científico por haber superado su anomalía o sus condiciones personales de peligrosidad social, y en la segunda hipótesis, la necesidad de un tratamiento específico que el Estado no está en capacidad de ofrecer en sus establecimientos adecuados para ello, y que por lo tanto, se hace aconsejable el traslado del paciente a la clínica privada que pueda ofrecerlos.

El Juez como en todos los casos, valorará críticamente el dictamen pericial y podrá acogerlo o no, disponiendo así lo pertinente.

Reflexión final:

El derecho ajustado a la realidad social es la justicia, en ello debe empeñarse el Juez como su aplicador teniendo en cuenta, el sistema del derecho penal y los principios lógico-formales y materiales que le dan desarrollo.

No es posible aceptar y aplicar un derecho que se sabe injusto, pues ello, trae como consecuencia fatal el divorcio entre el aparato judicial y la comunidad agredida con su aplicación, que siente que

se está produciendo una injusticia; no le basta tampoco al Juez hacer adiciones teóricas a su decisión, porque ello pone de manifiesto el manejo de dos discursos conceptual e ideológicamente contrapuestos, porque como lo señala Fernández Carrasquilla: "El derecho penal no es una cuestión de mera técnica jurídica. Todo lo contrario; él no sólo parte de ciertos presupuestos sociales y políticos, sino que también produce delicadas consecuencias sociales y políticas, además la injerencia más severa del Estado en los derechos del individuo".

El tratar los asuntos del derecho penal como algo meramente técnico-jurídico formal y normativo, no sólo produce y pronuncia el alejamiento de la ciencia penal con respecto a la realidad social, como piensan algunos de los críticos del llamado tecnicismo jurídico, sino que también y sobre todo es un método o modo de enfoque de la cuestión criminal que responde a (y estimula) una ideología para la cual ese alejamiento representa lo deseable o "correcto".

Lo cierto es que con la solución que la mayoría le da a los asuntos discutidos nadie, ni el médico a quien se le dice que a pesar de estar el paciente curado debe mantenerlo interno en el sanatorio por el tiempo que aún le resta para cumplir el mínimo legal, ni el ciudadano desprevenido que no le encuentra a tal decisión ninguna lógica distinta a la injusticia intrínseca que ella conlleva ni el paciente ya curado o en condición de vivir en comunidad, todos ellos y a la comunidad en general, les parecerá que el derecho aplicado es un contrasentido y por ello injusto porque si la finalidad de la medida es que el paciente se cure y si ello ha ocurrido ya, el someterlo a internamiento posterior es darle a la medida carácter de pena sanción.

Además no se tuvo en cuenta en la solución de este asunto el método sociológico de interpretación correctamente explicado por el Magistrado Jaime Giraldo en aclaración de voto de 11 de noviembre de 1986 *Gaceta Judicial* número 2424, página 524, allí se dice: "El tercer método es el sociológico que se funda en el postulado del historicismo de Savigny, de que el derecho es uno de los productos culturales de una sociedad, encaminado a darle solución a los problemas que tienen para ella un mayor interés, por lo que su interpretación debe hacerse a partir de la comprensión de la problemática social que da origen a la norma. Nuestra legislación lo consagra en el mismo artículo 32 atrás citado cuando dice que podrá recurrirse también a la equidad natural para desentrañar el contenido y alcance de la ley.

"Cada vez va teniendo el método sociológico mayor relevancia dentro del mundo del derecho a medida que los juristas van adquiriendo mayor conciencia de la función instrumental de éste como herramienta para el cambio social".

Más adelante afirma el Magistrado Giraldo: "De aquí se deduce que el juicio que debe conducir la validación del proceso hermenéutico no es el de establecer su adecuación con el pensamiento del legislador, ni su consistencia lógica con la teoría general que se construye alrededor de la normatividad, sino su eficacia para alcanzar los fines sociales que se propone, habida consideración de los objetivos que se pretenden alcanzar y de la interpretación de las normas como instrumentos eficaces para ello, dentro de los cambiantes contenidos

culturales de los pueblos, y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tienen lugar los hechos que se juzgan".

Nos parece que la jurisprudencia ha perdido una buena oportunidad para ajustar el derecho a la realidad y de progresar en el camino hermenéutico incorporando como instrumento útil e importante del trabajo judicial el instituto de las presunciones en materia penal acomodando el derecho penal más a la ciencia que a la arbitrariedad.

Grave situación la que enfrentan los inimputables con esta decisión porque de esta forma quedaron incorporados al tratamiento punitivo y lo que es peor sin las garantías de quienes reciben pena. Definitivamente tiene razón el Magistrado Gómez Velásquez cuando en memorable salvamento de voto dijo: "Lástima grande que en Colombia se reforma en los textos pero no las mentalidades y que de poco sirvan las enmiendas porque se prefiere seguir montando guardia en torno a obsoletas nociones. El espíritu de la ley no llega en forma directa a través de textos expresos y manifiestos sino que siguen imperando deformadas composiciones legales y engorrosas interpretaciones que en su momento, entorpecen, por lo menos, el avance de la legislación y el cambio de rumbo político-social que necesitan nuestras instituciones".

Rodolfo Mantilla Jácome, Magistrado.

Fecha ut supra.

REVISION

No puede hacerse en revisión un juicio o crítica "en derecho", para tratar de hacer ver que el fallador valoró erróneamente la prueba

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 004.

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad formal del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el apoderado del titular de la acción civil, señor Jaime Gonzalo Contreras Medina, contra la sentencia de 10 de marzo de 1989, por medio de la cual el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Bogotá absolvió a *José Vicente Sánchez Cristancho* del delito de falsa denuncia (art. 167 del C. P.), por el cual había sido procesado.

Se considera:

Con apoyo en la causal de revisión prevista en el numeral 5º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal (prueba falsa) el demandante empieza por citar como violadas varias disposiciones de la Constitución Nacional, del Código Civil, del Código Penal, y los artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, argumentando que al denunciante y ofendido Jaime Gonzalo Contreras Medina se le ha debido dar credibilidad, y no al procesado Sánchez Cristancho, "quien mintió", dice, agregando que las pruebas fueron bien valoradas en la resolución acusatoria, mas no en la sentencia, en la cual el concepto del Ministerio Público fue "emitido con mutación de la verdad de los hechos verdaderamente ucaocidos", y que el fallo se basó, entonces, en "pruebas falsas en su sentido y contenido".

De esa manera no puede alegarse en revisión, es decir, haciendo un juicio o crítica "en derecho", para tratar de hacer ver que el fallador valoró erróneamente la prueba. No: ya se ha dicho que, en esencia, esta impugnación extraordinaria hace referencia a errores "de hecho", y no a vicios in judicando o in procedendo, examinables en las instancias y (con las limitaciones del caso) en el recurso de casación.

También es claro que la causal que invoca aquí el actor es la prueba falsa, y no la prueba "falsamente interpretada" o equivocada.

mente interpretada, en la cual fundamenta su libelo el revisionista y que por ser una cuestión de criterio jurídico resulta enteramente extraña al recurso de revisión, como arriba se dijo.

De ahí que en tratándose de esta causal quinta, le corresponda al actor aportar prueba así sea sumaria— de que el testimonio, la peritación, el documento o cualquier otro elemento de convicción es falso. Esta "contraprueba", con el fin de colocar a la Corte frente a la inminencia de responsabilidad o de inocencia, según el carácter absolutorio o condenatorio del fallo que se ataca.

Como, en síntesis, no se encara una demanda de revisión sino un alegato de instancia, el libelo deberá ser rechazado.

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

Resuelve:

Desestimar el recurso de revisión propuesto en nombre del señor Jaime Gonzalo Contreras Medina.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zuñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

TESTIMONIO

El interés tomado apriorística y aisladamente no puede ser criterio para restarle credibilidad a la prueba testimonial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 004 de enero 24 de 1990.

Vistos:

Decídese la apelación interpuesta por el señor defensor del doctor *Jorge Enrique Bejarano Beltrán*, Exjuez Civil del Circuito de Gachetá, contra la providencia de 26 de abril de 1988, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá profirió resolución acusatoria contra su defendido por el delito de concusión, dispuso su detención preventiva, concedió la libertad provisional y decretó cesación de procedimiento por el delito de provaricato, que también se le imputa.

Los cargos:

Jorge Antonio Beltrán Pineda acusa al doctor Jorge Enrique Bejarano Beltrán, porque cuando se desempeñaba como Juez Civil del Circuito de Gachetá, se comprometió a ayudarlo en el proceso de expropiación iniciado en dicho despacho judicial en su contra por parte de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá y respecto de la Finca Valparaíso, pidiéndole la suma de un millón de pesos, que luego le rebajó a \$400.000, para que la indemnización fuera lo más considerable posible.

Fundamentos de la apelación:

El impugnante impetra de la Corte la revocatoria de la resolución acusatoria, por considerar que en este caso no se tipifica el delito de concusión descrito y punido por el artículo 140 del Código Penal.

Cuestiona la credibilidad que le dio el Tribunal a los testimonios del denunciante y su hijo Manuel Alfonso Beltrán Peña, para concluir, que estos no han dicho la verdad por ser personas interesadas en la no expropiación.

Como el denunciante afirmó que para defender sus intereses en el proceso de expropiación iba a contratar al abogado José Antonio

Valenzuela González y éste rehusó aceptar el poder, porque previamente había hablado con el Juez para interrogarle en qué estado se encontraba el juicio, requiriéndolo para que no interviniera porque la actuación iba a salir bien, el apelante cuestiona la credibilidad del testimonio que este profesional del derecho rindió en esta investigación, en el cual ratificó la aserción del quejoso, principalmente, porque la claridad que caracteriza su primer testimonio no se conserva en la diligencia de confrontación que se practicó entre él y el funcionario procesado.

Concepto del Procurador Delegado:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, solicita se revoque la resolución acusatoria impugnada y se disponga la reapertura de la investigación, para que se recepcione declaración al doctor Víctor Manuel Perdomo Tapiche, Jefe de la Sección de Adquisición de predios para la Hidroeléctrica "El Guavio" a fin de que explique el contenido de las conversaciones y negocios sostenidos con el Juez acusado en torno a la expropiación del predio Valparaíso y allegue al proceso la respuesta que éste debió dar a una comunicación enviada por el Juez Bejarano Beltrán, el 7 de marzo de 1984, en la que le solicita colabore en la precitada expropiación.

Así mismo, solicita se amplie la indagatoria del doctor Enrique Beltrán Bejarano para que explique el origen, motivo y contenido de tal comunicación.

Al igual que el impugnante, el colaborador Fiscal cuestiona la credibilidad que le dio el Tribunal a los declarantes de cargo y principalmente al denunciante y a su hijo.

Consideraciones de la Corte:

1. *Aclaración necesaria:* Al revisar el proceso, la Sala observa que la denuncia que se afirma presentó el señor José Antonio Beltrán Pineda contra el Juez Jorge Enrique Bejarano Beltrán y que le correspondió conocer al Magistrado Raúl Trujillo Cortés no obra en el expediente, mas sí la ratificación y ampliación.

Como en este caso el señor Beltrán Pineda presentó dos denuncias por los mismos hechos, habiéndose iniciado dos investigaciones que luego se unificaron, impera precisar, que una de ellas, la que le correspondió en reparto al Magistrado Jorge Ortiz Rubio sí aparece en el cuaderno respectivo.

2. *La credibilidad del testimonio del ofendido:* *Fundamentada la resolución acusatoria proferida por el Tribunal a quo, básicamente, en los testimonios rendidos por el denunciante y su hijo, el impugnante y el Procurador Delegado, cuestionan esta posición para restarle veracidad a las declaraciones por colegir insalvables intereses en estos testigos, pues son perjudicados con la expropiación e interesados en que se sancione al Juez.*

No desconoce la Sala el intrincado debate suscitado en la doctrina probatoria respecto a este interesante punto, pero tampoco desestima

que en la actualidad el condicionamiento de la credibilidad del testigo a la calidad de parte en el proceso está superada, pues al fin y al cabo, es claro que el testimonio provenga de quien proviniera debe ser valorado con amparo en las reglas de la sana crítica frente al caso concreto.

El interés tomado apriorística y aisladamente no puede ser criterio para restarle credibilidad a la prueba testimonial, por la diáfana razón de que de existir en el ofendido también existiría en el procesado, ya que uno y otro, pretenderían obtener una decisión favorable a sus subjetivas aspiraciones.

Como es sabido, es el caso del testigo único el que, entre otros aspectos, ha permitido la evolución del criterio expuesto por el apelante y el Procurador Delegado, pues, en tratándose de estos casos y partiendo de la premisa de que la declaración del ofendido es siempre interesada, no habría posibilidad de esclarecer los hechos punibles y se caería en el equívoco de exigir pluralidad testimonial en aquellos eventos en que realmente no es posible.

El interés, en consecuencia, no puede ser apreciado abstractamente ni en forma aislada, es la totalidad de prueba allegada al proceso y multiplicidad de factores que concurren en todo testimonio los que deben ser valorados por el Juez para colegir la credibilidad o no de éste.

3. *El caso concreto:* El concreto cargo que le hace el denunciante al Juez Bejarano Beltrán, no aparece motivado por proclives fines de causarle perjuicio, ya que además de que el quejoso nunca ha afirmado que le entregó efectivamente dinero al procesado, pues en este evento podría pensarse que se siente afectado en su patrimonio económico, es el conjunto probatorio el que permite colegir que los hechos puestos en conocimiento de la jurisdicción penal no son la consecuencia de la imaginación de José Antonio Beltrán Pineda, sino que efectivamente sucedieron.

Es un hecho cierto que en el Juzgado a cargo del doctor Bejarano Beltrán cursaba el precitado juicio de expropiación iniciado por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá contra Beltrán Pineda, y que el titular de ese Despacho era para esa época el ahora imputado; también lo es, que por ser la finca Valparaíso el único patrimonio del quejoso, estaba interesado en la pronta decisión del caso y en que la indemnización fuera lo más favorable posible.

Estos hechos no eran desconocidos para Beltrán Pineda, como tampoco para el funcionario; entonces, la propuesta del Juez no aparece como algo inusitado ni extraordinario, pues las circunstancias brindaban toda la oportunidad para poner en práctica las finalidades vonales de quien estaba en condiciones de hacerlo.

El Juez exteriorizó su comportamiento en circunstancias temporales, como con las de haberle propuesto a Beltrán Pineda la entrega del dinero en las inmediaciones de la plaza del Municipio de Gachetá y específicamente en una cafetería del lugar, haber reducido el monto inicial a la suma de \$ 400.000.00, oponerse a que actuara un abogado en representación de los intereses del expropiado y como si

esto fuera poco, de no ser esto cierto, cuál podría ser la explicación para que le haya enviado comunicación al doctor Victor Manuel Perdomo Tapiche, Jefe de la Sección de Adquisición de Predios del Proyecto Hidroeléctrico de "El Guavio", en la cual, como se desprende su texto, prácticamente estaba actuando como verdadero apoderado del señor José Antonio Beltrán Pineda.

Esta comunicación, que obra al folio 48 del cuaderno de anexos, y que inexplicablemente la omitió el Tribunal en el proveído impugnado, es tan significativa de la conducta ilícita del Juez y corroboradora de los cargos formulados por el denunciante, que de su contenido no se puede llegar a otra conclusión. Se afirma en esta misiva:

"Con relación al predio 2-046 y según lo hablado en anterior ocasión a usted comunico que los interesados han expresado su intención de negociarlo en suma que lleva consigo el valor del terreno y el valor de las mejoras existentes en una mitad. Espero tener oportunidad de audiencia personal para expresar las condiciones y forma de pago a efecto de que sea muy pronta la solución a dicha negociación".

Así las cosas y teniendo en cuenta que el predio 2-046 corresponde precisamente, a la finca Valparaíso de propiedad de José Antonio Beltrán Pineda, resulta verdaderamente inocuo cuestionar las tangenciales contradicciones en que pudieron incurrir los testigos de cargo, que entre otras cosas, no tienen la trascendencia de restarles credibilidad sobre los aspectos medulares de sus declaraciones.

4. *Conclusión:* De estas premisas teóricas y fácticas, se concluye que la conducta desplegada por el doctor Jorge Enrique Bejarano Beltrán en calidad de Juez Civil del Circuito de Gachetá, es típica del delito de concusión de que trata el artículo 140 del Código Penal, porque abusando del cargo y de sus funciones indujo a José Antonio Beltrán Pineda a que le prometiera la entrega de \$ 400.000 para favorecerlo en el juicio de expropiación reseñado.

Procede, por ende, *confirmar* la resolución acusatoria proferida por el Tribunal *a quo* contra Jorge Enrique Bejarano Beltrán por el delito de concusión, y en cuanto hace relación al delito de prevaricato, por el cual también fue denunciado, así mismo se confirmará, puesto que como consta en las copias enviadas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, sí existió etapa transaccional previa al proceso entre esta entidad y el señor José Antonio Beltrán Pineda, hecho en el cual fundamenta la prevaricación el quejoso; igual decisión se tomará respecto a la libertad provisional concedida, pues se ajusta a las regulaciones legales aplicables al caso.

No se accede pues, a la solicitud de revocatoria impetrada por el defensor del procesado ni a la reapertura de la investigación pedida por el Procurador Delegado, aclarando, que en cuanto a esta última, las pruebas que señala como fundamentales para sustentar su petición, bien pueden ser practicadas en la etapa probatoria de la causa, de considerarse conducentes por el Tribunal de conocimiento.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia impugnada.

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

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

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación constituye instrumento a ser utilizado sólo frente a circunstancias que entrañen grave peligro para el interés público de la justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 02 de enero 17 de 1990.

Vistos:

Resuelve la Corte el incidente de cambio de radicación promovido por el defensor del procesado *Campo Elías Vargas*, a quien se le sigue proceso por el delito de lesiones personales en el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto.

La solicitud:

Se aduce por el peticionario falta de imparcialidad y garantías procesales en el juzgamiento a su defendido. Primero, porque el padre de uno de los lesionados desempeña el cargo de Relator en el Tribunal del Distrito Judicial de Nariño, lo cual, en su criterio, ha influido en las decisiones adversas proferidas en contra del procesado. Segundo, porque siendo médico el lesionado René Ordóñez Osejo, el día del hecho que originó el proceso, dice, sus colegas del hospital a donde fue remitido se abstuvieron de practicarle el respectivo examen de alcoholemia. En este mismo sentido, es del parecer que no se ha tenido en cuenta la influencia del médico Ordóñez sobre los testigos, a quienes, según su opinión, se les ha dado toda credibilidad para sustentar las decisiones adoptadas en contra del acusado.

Acompaña como pruebas, el registro civil de nacimiento del ofendido René Efraín Ordóñez Osejo. Certificado del Secretario del Tribunal Superior de Pasto sobre el cargo desempeñado por el padre de Ordóñez Osejo y certificado del Jefe de la Sección de Personal del Servicio de Salud de Nariño sobre el cargo desempeñado por el lesionado.

Consideraciones de la Corte:

El cambio de radicación, como excepción a la competencia territorial de los Jueces, sólo puede prosperar cuando existan razones de conveniencia para la administración de justicia. Bien porque así lo demuestre quien hace la solicitud —cualquier sujeto procesal o el Juez del conocimiento—, o porque así lo juzgue el Ministro de Justicia. Tal es el sentido del criterio constante de la Corte y el derivado de las finalidades que a este instituto le atribuye la nueva legislación procesal.

Empero —como ya se ha sostenido—, no basta que se compruebe que alguno de los sujetos procesales, o sus parientes o relacionados poseen destacada posición económica, social o profesional, o prestigio en el campo político, y que de tales condiciones se derive la posibilidad de poder ejercer influencias en el trámite del asunto. Es necesario comprobar de manera convincente o irrefutable que esas calidades y preeminencias pueden actuar con fuerza en el ánimo de quienes están encargados de administrar justicia, en un determinado momento y en una región específica.

Esto último no sucede en el presente caso. Del examen del proceso que en fotocopia ha sido remitido para el trámite que aquí se resuelve y de las pruebas aportadas, no se establece motivo alguno para disponer el cambio de radicación solicitado.

No se observa cómo el cargo de Relator del Tribunal Superior de Pasto que desempeña el padre de uno de los lesionados haya incidido, o pueda incidir, en el trámite y fallo del proceso. La actuación hasta ahora cumplida, intensa por demás desde el punto de vista de la actividad desplegada por la defensa, desmiente la observación que en este sentido hace el peticionario. Ella, refleja que el procesado ha contado con todas las oportunidades para hacer valer sus derechos, cabalmente ejercidos por su defensor de confianza, quien le representó hasta antes de la proposición del presente incidente. Pero no sólo esto. Es que en el plano funcional, ninguna relación existe entre la Relatoría del Tribunal y los Jueces de primera y segunda instancia llamados a conocer de este asunto, como para considerar fundadas las manifestaciones en el sentido que desde esa posición han sido influidas las decisiones adoptadas en el proceso.

La disparidad de criterios entre los juzgadores y la defensa, aspecto que se destaca en la solicitud como demostrativo de la ausencia de garantías procesales para el sindicado, por sí solo no puede servir de punto de apoyo para sostener que existe un clima impropio para la adecuada administración de justicia. Corresponde ella a la variedad de apreciaciones que pueden presentarse al momento de juzgar un caso, con naturaleza a la esencia connaturales a la esencia contradictoria del proceso penal sostener que la producción de decisiones contrarias a las pretensiones de uno de los sujetos procesales, es motivo suficiente para promover cambio de radicación, implica el desconocimiento del sentido de tal institución.

Como lo ha sostenido la Corte, el cambio de radicación no ha sido establecido para reemplazar al Juez instructor o fallador de un asunto, sino para variar el lugar donde se adelanta la actuación cuando

tal escenario no garantice un normal desenvolvimiento del proceso, aunque en el fondo él implique lo primero. Por eso, una vez más debe destacarse que el fenómeno del cambio de radicación no es de carácter particular o personal, a través del cual puedan los sujetos procesales resolver situaciones a tratar por vía de interposición de recursos, recusaciones o de un mejor desempeño de la función que les es propia como sujeto procesal, precisamente mecanismos a ejercitar en situaciones como las aducidas en el presente caso de haberse apreciado indebidamente algunos testimonios, o haberse dejado de practicar pruebas. Esto, por cuanto como se tiene acordado, el cambio de radicación constituye instrumento a ser utilizado sólo frente a circunstancias que entrañen grave peligro para el interés público de la justicia discernida con la debida ponderación, rectitud y eficacia que reclama todo juzgamiento; porque se ponga en peligro el interés privado del procesado a la garantía de una defensa justa, o su integridad personal, aspectos, ninguno de ellos, predicables aquí. En este orden de ideas, habrá de denegarse la solicitud elevada en este sentido.

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

Resuelve:

Negar el cambio de radicación solicitado por el defensor del procesado Campo Elias Vargas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carraño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Cuando los cargos de la demanda se repelen entre sí, le está vedado a la Corte tomar el lugar del actor, para optar por uno de ellos con exclusión de los otros

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 06.

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por la apoderada del procesado *Andrés Cortés Gómez* contra la sentencia de 4 de mayo de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al confirmar la dictada por el Juzgado Primero Especializado de Granada (Meta), lo condenó a 4 años de prisión como autor responsable de infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Esos fallos se refieren a que el 13 de agosto de 1988, en un bus que viajaba de Vista Hermosa a Granada, la policía encontró en una caja de cartón 15 libras de marihuana, caja que, según el pasajero *Andrés Cortés Gómez*, le fue entregada por su amigo *Jairo Rojas*.

Se considera:

Al establecer los requisitos de forma de la demanda de casación, dispone el numeral 3º del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal que la misma deberá contener "la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

"Si fueren varias las causales invocadas —continúa la norma—, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una, sin que puedan plantearse cargos incompatibles entre sí" (Se subraya).

Cotejada esa exigencia legal con la demanda presentada en este caso, se constata de inmediato que ésta no llena esos requisitos mínimos, resultando, pues, destinada al fracaso. En efecto:

La casacionista plantea como causal de casación el apartado segundo del numeral primero del artículo 226 del Código de Procedi-

miento Penal, violación indirecta de la ley sustancial por "error de hecho manifiesto".

Mas al desenvolver la acusación manifiesta que la exposición del procesado ante la Policía se efectuó sin asistencia de defensor, circunstancia procesal que "debe plantearse al amparo de esta causal primera, cuerpo segundo, pues se trata de un vicio *in iudicando*, que hace relación básicamente a la apreciación de un medio probatorio, garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues se trata evidentemente de una errónea valoración de la prueba, ante la existencia de un *error de derecho*, por haberse apreciado un medio probatorio que viola sus propios ritos de formación..." (fl. 27. Se subraya).

Luego señala la actora:

"La sentencia objeto del recurso se produjo dentro de un juicio afectado de error de hecho y de derecho conllevado por el primero, puesto que con su pronunciamiento se violaron las garantías constitucionales del 'debido proceso', es decir 'se violaron las formas propias del juicio y el derecho de defensa del acusado porque la garantía del proceso comprende todos los actos que se realizan para dictar sentencia definitiva'" (fl. 31).

Recabando más adelante (fl. 32) que "en el probenido (sic) que se impugna" se supuso la inspección judicial en la Registraduría (tendiente a demostrar si existía o no Jairo Rojas) "violándose así las normas sustanciales del derecho pues estamos frente a la existencia de un error de derecho desglosada (sic) por un error de hecho, corrijo: generada por un error de hecho, tal como se ha venido tratando" (fls. 32 y 33).

Se ve fácil, entonces, la confusión suma en que cae la demandante, al englobar en la misma alegación, es decir en el mismo cargo, tres motivos de casación diferentes, autónomos y de naturaleza claramente deslindable: El error de hecho, el de derecho y la nulidad, surgiendo de este modo la falta de precisión y la *incompatibilidad*, ya que sobre el mismo aspecto o tema probatorio se alegan en primer término esos dos yerros, que en esas condiciones y bajo esas premisas se excluyen, pues si la casacionista afirma que se apreció "un medio probatorio que viola sus propios ritos de formación" (error de derecho por falso juicio de legalidad), no puede alegar al tiempo que existió en el sentenciador error de hecho por no haberse tenido en cuenta esa prueba; ni mucho menos puede plantear —como lo hace reiteradamente— que el error de hecho *genere* un error de derecho.

La jurisprudencia (y también la doctrina) incesantemente han precisado la fisonomía de estas dos clases de yerros. Así, en casación de julio 2 de 1985 (Magistrado ponente doctor Aldana Rozo), apuntó esta Sala:

"...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 obre 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 le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

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

"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 aducción;

"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".

Se desprende de dicha transcripción que, por así decirlo, el error de hecho (de ahí su denominación) atañe al examen "material" de la prueba, mientras que el de derecho (también su nombre lo indica), gira en torno a la contemplación "jurídica" de aquella: Facticidad y juridicidad, son los dos pilares sobre los cuales se erigen esas dos clases de yerros, origen diverso que impide mezclarlos en una especie de simbiosis, o pretender derivar uno del otro, equivocaciones ambas en que incurre la censora.

Mas no solamente esa es su falencia, sino que, los mismos hechos que alega como yerros de hecho y de derecho, los utiliza expresa y repetidamente para aducir nulidad de tipo constitucional por violación a las garantías del procesado (art. 26 de la C. N.), colocando por semejante planteamiento "triple" a la Corte en una neta e irremediable incertidumbre: Si lo que se propone el demandante es atacar el fallo por error de hecho, de derecho o por la vía de nulidad: Ya se vio que (desde luego que en este caso concreto que se encara) esos tres caminos se repelen entre sí, debiéndose optar por uno de ellos con exclusión de los otros; pero también es ampliamente conocido que esa selección le está vedada a la Corte, que no puede proceder oficiosamente, tomando el lugar del actor, quien es el que debe fijarle a la Corte el derrotero a seguir en la impugnación extraordinaria, que entraña, en esencia, un trabajo técnico y lógico-jurídico, que la hace bien diferenciable de las alegaciones en las instancias.

No se queda ahí la imprecisión de libelo casacional: A folios 20 del mismo se lee que: "El Tribunal deduce indicios de pruebas inexistentes, o que, de existir, ninguna dice lo que él le atribulle (sic)..."

En casación no se pueden admitir esas "opciones" ni esgrimir alternativas tales, pues el actor debe tomar desde el comienzo una postura firme y precisa, no vacilante: Para él la prueba existe o no existe, porque de ello depende la coherencia y el fundamento del reproche que vaya a formular; si la prueba existe uno será el ataque, y otro si ella no obra en el proceso.

La conclusión de la demanda es obvio corolario de tan deficiente manejo de este recurso: Bajo el epígrafe de "sentido de la violación", indica como "normas sustanciales" transgredidas por el Tribunal, el artículo 61 del Código Penal ("criterios para fijar la pena"), el 52 *ibidem* (penas accesorias), los incisos 1º y 3º del artículo 16 de la Ley 2º de 1984, normas de mero rito. Estas disposiciones las acusa "por aplicación indebida", y por falta de aplicación trae un catálogo muy voluminoso de artículos del Código de Procedimiento Penal, empezando por el 186 ("redacción de la sentencia"), y continuando, indiscriminadamente, con casi todos los referentes al tema de las pruebas, para finalmente pedir que se case el fallo y se profiera el que deba reemplazarlo, mas sin decir cuál (fs. 38 y 39).

Por parte alguna, pues, se lee que se haya invocado el inciso 1º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 como norma sustancial violada, que es lo que se le imponía en este caso a la demandante, porque en dicho texto legal fue que se ancló la conducta de su representación en esta sede de casación.

Cúmulo de errores todos que inexorablemente dan al traste con la demanda, la cual, se repite, no resiste un examen a fondo o "jurídico" por la imprecisión e incompatibilidad que la envuelve; rechazo "in limine" previsto en el inciso 2º del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

Inadmitir la demanda de casación presentada por la apoderada del procesado Andrés Cortés Gómez contra la sentencia de fecha y origen anotados. Por consiguiente, se declara *desierto* el recurso.

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

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

NULIDAD. CONEXIDAD

El actual Código de Procedimiento Penal establece la unidad del proceso, pero indica que su ruptura no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado: Acta número 002 de enero 17 de 1990.

Vistos:

En sentencia del doce (12) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) (fs. 290 y ss., cuaderno 1), el Juzgado Treinta y Uno (31) Penal del Circuito de Bogotá, condenó a *María Consuelo Medina Daza* a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, interdicción al ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y al pago de un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000.00) como indemnización, concediéndole el beneficio de la condena de ejecución condicional; como responsable del delito de estafa en perjuicio de *María Lucrecia Pérez Ricaurte*, al apropiarse de determinadas sumas de dinero recibidas de ésta para gestiones ante la Aduana, sin que cumpliera su compromiso.

Al resolver la apelación, el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de diciembre dieciséis (16) del mismo año (fs. 17 y ss., cuaderno 2), confirmó dicha determinación, con la adición de imponer a la procesada *Medina Daza* multa de treinta mil pesos (\$30.000.00), fijando plazo de seis (6) meses para el pago de la indemnización decretada.

Interpuesta casación y cumplido el trámite pertinente, se procede a decidir. La Procuraduría Tercera (3ª) Delegada en lo Penal pide en su concepto desestimar la demanda.

Hechos:

Se resumieron en el proceso así:

“... Conforme a la denuncia formulada por *María Lucrecia Pérez Ricaurte*, se establece que en el mes de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, celebró un contrato verbal con *Medina Daza*, atendiendo supuestos conocimientos de comercio internacional, consistente en que ésta realizaría los trámites legales a fin de lograr la nacionali-

zación de un vehículo de su propiedad marca Mercedes Benz, tipo 230-E, color blanco. El veintinueve de diciembre se acordó con la señora Medina que por la gestión adelantada se le cancelarían honorarios en instalamientos periódicos, recibiendo pagos por la suma de dos millones quinientos treinta mil pesos. No obstante los dineros recibidos, dicha mujer en ningún momento llevó a cabo la labor encomendada; situación a la postre que en su parecer pone de manifiesto un delito de estafa, pues a lo largo de la negociación la convenció de su idoneidad para adelantar los trámites, hasta el punto de sacarle una cantidad de dinero, cuyos gastos quiso justificar presentándole documentos falsificados. Finalmente aduce la denunciante que además de la nacionalización del vehículo su denunciada se ofreció a legalizar la importación de un mensaje proveniente de Suiza, para lo cual le hizo entrega de trescientos mil pesos, sumas de dinero que se apropió indebidamente porque lo cierto es que ella tuvo que adelantar esa gestión, ya que aquella no resultó con nada positivo..." (fl. 290, cuaderno 1).

Actuación procesal:

Iniciada la investigación y recibidas numerosas pruebas, capturada la procesada fue oída en indagatoria explicando cuál fue su actividad y su imposibilidad para lograr la nacionalización pretendida; se dictó en su contra auto de detención por encontrarse que existía prueba suficiente para ello, concediéndosele excarcelación. Cumplidas algunas otras diligencias, se declaró cerrada la investigación mediante auto que no alcanzó a quedar ejecutoriado ante la entrada en vigor del nuevo ordenamiento procedimental, lo que condujo al envío de la actuación al Juzgado Cincuenta y Tres (53) de Instrucción Criminal. Surtidos los trámites pertinentes, se profirió resolución de acusación contra la acriminada (fl. 198, cuaderno 1).

Enviado el asunto al Juzgado del Circuito, por éste se emite auto de control de legalidad y al resolver memorial del defensor quien propuso colisión por considerar que existía un delito de contrabando imputable a otra persona el cual debía investigarse por la jurisdicción respectiva, se negó tal petición, ordenándose la expedición de copias para indagar esta posible infracción y proseguir el trámite, providencia apelada que el Tribunal se abstuvo de revisar por estimar improcedente el recurso. Efectuada la audiencia después de varios aplazamientos por dificultades con los profesionales designados como defensores, se dictó sentencia condenatoria de primera instancia que recurrida fue luego confirmada mediante la que es objeto del recurso extraordinario.

La demanda:

Previa referencia a los hechos y actuación, el actor invoca contra la sentencia la *causal tercera* —por nulidad— conforme al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal con apoyo en la cual propone el cargo que se examinará en esta providencia.

Consiste la acusación en que el fallo fue proferido "...en un juicio viciado de nulidad por incompetencia del Juez 31 Penal del Circuito

de Bogotá para conocer el hecho punible denunciado de estafa al ser conexo al de contrabando descrito como hecho punible aduanero en el título III, capítulo 1º del Decreto 051 de 1987, artículos 19 y 20 sobre contrabando de régimen prohibido y fuera de aduana respectivamente, competencia que está radicada en los Jueces Superiores de Aduanas en primera instancia, según el artículo 33 del Decreto 051 de 1987 denominado Estatuto Penal Aduanero..." (fls. 5 y 6, cuaderno 3).

Solicita declarar la nulidad y consecuentemente definir el estado en que queda el proceso. Anota que conforme al expediente se investigó a la acusada por no haber cumplido los trámites de legalización del vehículo que entró de contrabando al país por cuanto no se obtuvo licencia previa y los documentos respectivos fueron devueltos sin trámite. Según el estatuto aduanero para la legalización de un vehículo, el interesado debe aportar determinados documentos (art. 147) y en ningún caso podrá aceptarse la presentación de la declaración de consumo para la nacionalización, sin aquellos, como ocurrió en este caso; así, el automotor entró al país y quedó en éste.

Aparece de lo anterior —alega el libelista— la incompetencia de los Jueces ordinarios para investigar la estafa afirmada, pues debió averiguarse conjuntamente con el delito de contrabando, por conexidad, según lo indicado en el artículo 33 de la normativa referida, existiendo por tanto la nulidad propuesta.

De conformidad con las normas pertinentes —dice el actor—, quien introduzca mercancía de prohibida importación o sin presentarla o declarararla ante las autoridades correspondientes, comete contrabando (arts. 19, 20 y 25, Decreto 051 de 1987; art. 147, Decreto 2266 de 1984), como también quien sin permiso de autoridad competente intervenga o la matricula o transfiere de automotor introducido sin los requisitos exigidos. Por tanto, la competencia radica en los Jueces Aduaneros (art. 33 estatuto citado), quienes conocen de los hechos punibles conexos. Así, la estafa de que trata el proceso se subsume en el artículo 33 como delito conexo al de contrabando o, en últimas, sería ilícito típicamente aduanero por participar en la inscripción o traspaso de automóvil importado temporalmente o de contrabando; y la decisión del "a quo" de expedir copias para la justicia aduanera implica reconocimiento de la incompetencia, con violación del principio "non bis in idem" (fls. 8/9, cuaderno 3).

Además —agrega—, ninguna norma autoriza a los Jueces ordinarios para adelantar procesos de aduanas, porque los artículos 14, 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal se refieren a la jurisdicción común.

Concepto de la Procuraduría Tercera (3ª) Delegada en lo Penal:

Considera que la nulidad propuesta se comprendería más propiamente dentro de la existencia de irregularidades que afectan el debido proceso (numeral 2º, art. 305 del C. de P. P.), si bien con la consecuencia de la incompetencia alegada, debiendo establecerse si existe la estrecha relación afirmada; la ley adjetiva contempla la

unidad procesal para garantizar la economía en el trámite y conformidad en el juzgamiento en aras a evitar decisiones contradictorias, pero no toda ruptura procesal ocasiona nulidad, pues de acuerdo al actual estatuto procedimental, aplicado al caso, ni aún en el evento de un nexo íntimo, se produce invalidez si no se ha afectado el derecho de defensa. La conducta —estafa— se estructuró "...independientemente de haberse traído el menaje y el vehículo a la Aduana de Cartagena por parte de los Brem..."

Los falsos informes de la procesada pudieron ocasionar la tráfida de la mercancía; pero si ésta llega a la zona aduanera sin el registro o licencia de importación, tan sólo existe falta administrativa (art. 311, Decreto 2686 de 1984), originando la intervención de la Dirección de Aduanas; además, si se exige el propósito de burlar los derechos del fisco, no puede afirmarse que la denunciante y su cónyuge incurrieran en esta infracción y que exista relación estrecha con la estafa, pues aunque se concluyera dicho comportamiento, no podría afirmarse la conexidad sustancial por cuanto no habría finalidad única ni elemento común entre tales violaciones a las leyes, sin que tampoco se realizara acto alguno para el registro del vehículo.

No existe —dice finalmente el Colaborador Fiscal— conexidad, ni se afectó el derecho de defensa por no investigarse conjuntamente los hechos ya que se cumplieron todos los requisitos, sin que existiera limitación alguna. Por tales motivos tampoco opera la conexidad, ni concurre la nulidad alegada. Solicita desestimar la demanda.

La Corte:

I. El cargo único se ha formulado por nulidad originada por la incompetencia de los falladores, dada la conexidad que el actor considera existe entre la estafa materia del proceso y el contrabando en que, expresa el mismo, incurrieron la denunciante y su esposo al traer la mercancía referida sin la correspondiente licencia o registro de importación e incluso la acusada, por pretender el registro o traspaso de un vehículo automotor de irregular procedencia.

II. Debe, entonces, la Corte proceder a examinar si realmente existe la conexidad alegada y si el rompimiento de la unidad procesal afectó el derecho de defensa. Como se afirma por el libelista, la jurisprudencia ha determinado los alcances de la conexidad en relación con el autor o autores, por la relación de los hechos y las finalidades o resultados buscados o las consecuencias que se derivan de los ilícitos.

Sin embargo, cabe avotar que los pronunciamientos judiciales han sido cuidadosos en el sentido de restringir los alcances de la nulidad por este motivo, toda vez que la ley procesal anterior contemplaba los supuestos en que operaba la ruptura de conexidad como en el caso de existencia de fuero (art. 39) o cuando al calificarse el asunto se encontraba que habían o podían darse otros posibles responsables (art. 482 del C. de P. P.), sin desconocer el principio de la unidad procesal, contemplado en otras normas del referido estatuto (arts. 168 y 169).

Sobre la conexidad y en relación con lo establecido en el anterior ordenamiento procedimental, enseñó la Corte lo siguiente que en términos generales conserva a la hora de ahora su valor jurisprudencial:

"...La conexidad se predica de los delitos cuando estos aparecen ligados, unidos, enlazados o de tal manera concatenados, que la relación esencial, el vínculo íntimo y el nexo lógico que guardan entre sí determinan la necesidad de investigarlos y fallarlos en un mismo proceso con el objeto de asegurar, entre otras cosas, la unidad de dicho proceso y la del Juez, la economía del procedimiento y una más adecuada dosificación de la pena posible. Constituye la conexidad una clara excepción al principio general de la unidad del proceso penal que consagra el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal cuando dice: 'Para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes...'" (Casación de junio 9 de 1982, Magistrado ponente doctor Serrano Abadía).

En cuanto a la ausencia de nulidad por quebrantamiento de la norma y principios mencionados, expresó también la Corte:

"...Dispone el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal que para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, regla que igualmente deberá seguirse cuando se trate de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o en acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio. Este mandato legal que consagra el principio de la unidad procesal... constituye un valioso mecanismo instrumental para que el proceso se adelante sobre cauces de orden y coherencia y con el fin de evitar decisiones judiciales contrapuestas..." (Casación de febrero 14 de 1984)..."

"...No obstante la pretermisión del citado principio no está elevada a la categoría de nulidad, pues su desconocimiento no atenta contra los derechos fundamentales de las partes. Además, esta Sala ha reiterado que la responsabilidad penal es individual, de suerte que la formación de distintos procesos para copartícipes de un mismo hecho punible o por razón de hechos punibles cometidos en concurso recíproco, constituye una informalidad vituperable, pero en manera alguna una nulidad..."

"...El hecho mismo de que la ley admita excepciones al principio de la unidad procesal está indicando que este no es un principio inflexible y que, por tanto, la omisión del mandato contenido en el artículo 167 del ordenamiento procesal no vulnera la estructura del proceso, ni quebranta ritualidades de imperativo cumplimiento, ni desconoce derechos fundamentales de las partes. La unidad procesal no opera, por ejemplo, en que uno de los procesados tenga fuero (inciso 2º, art. 39 del C. de P. P.); cuando al proferirse enjuiciamiento o sobreseimiento definitivo se hagan cargos contra otra persona; cuando la tramitación contra los distintos sindicados deba separarse por haber sido alguno llamado a juicio y otro u otros sobreseídos temporalmente; cuando entre los copartícipes en delitos cuyo juzgamiento corresponda al jurado de conciencia, no todos ellos sean imputables..." (Sentencia, abril 12 de 1984, Magistrado ponente doctor Aidana Rozo).

El nuevo Código Procesal Penal mantuvo en general esta orientación o tendencia, estableciendo también la unidad del proceso, en cuanto debe adelantarse una sola actuación cualquiera sea el número de autores o partícipes (arts. 84 y 85), pero indicando expresamente que "... la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa..." (art. 14). En tal sentido más recientemente adoctrinó la Corte:

"... La doctrina es permanente y abundante en cuanto repudia declaraciones de nulidad como la pretendida por el actor sobre actuaciones de esta o similar índole. Acoger los planteamientos presentados, será tanto como estimular la impunidad que la sociedad rechaza ahora más que nunca. Y es que la ley procesal tiene como objetivo el investigar y fallar en un mismo proceso, hasta donde sea posible, todos los aspectos personales y de hecho que la comisión de uno o varios delitos susciten, igualmente en cabeza de uno o varios procesados..."

"... La omisión involuntaria, las dificultades en la investigación o el errado juicio de no interesar al juzgamiento, ha dicho la Corte, tienen remedio procesal mediante la expedición de copias para evitar la destrucción y desconocimiento de lo actuado, sin que ello implique el marginamiento de las formas propias del juicio o el quebranto del principio constitucional del derecho de defensa. Por el contrario, si se procede de tal manera, se está garantizando al procesado un trámite oportuno de la causa y la definición de fondo del asunto..." (Casación de abril 11 de 1988, Magistrado ponente doctor Gómez Velásquez).

III. Ahora bien: En cuanto al primer aspecto —se concluye con su simple examen—, la actuación se adelantó ceñida a los principios y normas pertinentes, sin que aparezca en forma alguna vulnerado el derecho de defensa de la procesada, quien ha tenido oportunidad, directamente o con el concurso de sus personeros o representantes, de expresar todo lo que se ha considerado necesario a su defensa o a mejorar su posición ante los cargos formulados, entre otros, la situación que ahora se analiza, observándose estrictamente así las normas pertinentes.

Si se refiere tal lesión al desconocimiento de la pretendida conexión con los efectos que se afirma se desprenden de la misma, basta en primer término advertir que tal alegación se propuso por la defensa —como ya se dijo— y se rechazó por el Juzgado del conocimiento, ya formulada la acusación, disponiéndose, sin embargo, expedir copias para la averiguación que fuera pertinente, resolución correcta y apropiada dado el estado del trámite y por tratarse de un nuevo delito objeto de indagación.

Infiérase, entonces, que la conexidad invocada no puede aceptarse como ya se ha expresado en el expediente. Baste considerar que la denunciante propuso sus cargos por considerarse defraudada ella y su cónyuge con la actuación de la procesada, al recibir ésta dineros en cuantía bastante elevada para efectuar gestiones que no cumplió, apropiándose de los mismos y empleando determinadas argucias para engañar a aquellos. Conducta muy distinta y sin relación estrecha con la que se pretende utilizar es que estos afectados hubiesen incurrido en contrabando al traer, sin registro o licencia previa, el vehículo de

su propiedad que pretendían introducir al país para cuya legalización contrataron los servicios de la aquí acusada entregándole ciertos valores lo cual no abona en forma alguna su desco o intención de defraudar al fisco, sino, por el contrario, de atenerse a los reglamentos pertinentes, como tampoco del hecho de haber traído el automotor, posiblemente atendiendo las informaciones de la acriminada, sin cumplir aquellos requisitos y el haber cubierto las deudas o impuestos de introducción del monaje, para lo cual también habían entregado algunas cantidades de dinero a aquella.

Esto, aparte de que en dicha conducta no aparecería comprometida la procesada, quien solamente debía, en atención a la contratación de sus servicios de experta —como afirmaba serlo—, atender los trámites necesarios, sin que por tanto se tratara de averiguaciones que presentaran estrecha conexión y debieran por lo mismo adelantarse en conjunto. Como tampoco podría desprenderse este nexo o ligamen del hecho de mencionar el contrabando por pretender matricular o registrar el vehículo sin los requisitos debidos, conducta de la cual no da cuenta el proceso ni se ha afirmado con anterioridad ni existe indicio alguno que la avale y que en consecuencia no podría determinar conexidad.

V. De otro lado, como ya lo ha advertido el Ministerio Público con referencia a las normas respectivas, la realidad del comportamiento referido que se hace consistir en traer un automotor y presentarlo a la aduana sin cumplir las exigencias previas, determinaría falta administrativa (art. 311, Decreto 2666 de 1984), cuyo conocimiento compete a funcionarios distintos, sin operar así la conexidad alegada ni la incompetencia en la cual se apoya el cargo.

VI. En resumen: No existe la conexidad sustancial afirmada, por ser distintas las infracciones y los implicados en cada una de ellas, como las finalidades que se pretendían con las diferentes actuaciones, y los medios que se habrían empleado; ni por tanto se demuestra la incompetencia deducida de la misma, pues el delito de estafa fue juzgado por los funcionarios competentes —Juzgado Penal del Circuito y Tribunal Superior de Distrito Judicial—, sin que exista en forma alguna nulidad, como lo insinúa el concepto fiscal con examen suficiente del punto debatido.

Debe, por tanto, rechazarse el cargo formulado.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto de la Procuraduría Tercera (3ª) Delegada en lo Penal y de acuerdo con el mismo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Desechar el recurso de casación.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edger Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

El cargo que se concreta a la consideración de pruebas ilegalmente producidas, debe ser propuesto al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Lisandro Martínez Zúñiga.*

Aprobado: Acta número 02 de enero 17 de 1990.

Vistos:

Resuelve la Corte los recursos extraordinarios de casación, interpuestos contra la sentencia del 20 de abril de 1988, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por medio de la cual se confirmó la de primera instancia del Juzgado Único Especializado del Magdalena en que se condena a *Luis Enrique Ayala y Rigoberto Angarita Gómez*, a la pena principal de ocho años de prisión y multa de 20 salarios mínimos, como autores del delito contemplado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1996, en concordancia con el artículo 38 *ibidem*.

Hechos:

El 16 de julio de 1987, empleados de la firma "Industrias Román S. A.", dieron cuenta a la policía, que el camión Dodge, de color blanco y rojo, modelo 1970, placas RC-0365, destinado al transporte de gaseosas, portaba logotipos de esa compañía no coincidentes con los usados por los vehículos pertenecientes a ella. Con fundamento en lo anterior, se produjo la retención del automotor en la Subestación de Gaira, vía a Santa Marta, hallándose que en su interior se transportaban ocultos dos mil doscientos cuarenta y cuatro (2.244) kilos de marihuana tal como se comprobó pericialmente.

Fueron aprehendidos Rigoberto Angarita Gómez y Armando Enrique Oliveña Gómez, conductor y ayudante, respectivamente, del camión antes mencionado. El primero de ellos, manifestó a la policía haber sido contratado por Luis Ortiz, quien además —dice— le proveyó de una licencia de conducción caducada, expedida a nombre del mismo Ortiz, la cual se anexó a las diligencias por la policía que conoció del caso inicialmente.

Con base en las informaciones suministradas por Angarita a la policía, fundamentalmente la de que Ortiz escoltaba el camión a bordo de un automóvil Mazda, se dispusieron las medidas pertinentes de control en los retenes, lográndose su captura en compañía de Alvaro Dangond Fuentes.

Actuación procesal:

1. Rindieron versión ante la Policía Judicial de Santa Marta, Rigoberto Angarita Gómez y Armando Olivella Gómez. En ella, el primero de los nombrados, afirma que quien lo contrató para la conducción del camión donde se halló la marihuana fue Luis Ortiz Ayala. De este sujeto, dice, recibió la licencia de conducción que portaba en el momento de la captura.

2. En diligencia de reconocimiento en fila de personas, también practicada por la policía, con posterioridad a la aprehensión de Ortiz Ayala y Dangond Fuentes, Angarita identifica a Ortiz como el sujeto a que hizo alusión en su versión inicial.

3. En las indagatorias los procesados niegan tener conocimiento alguno en relación con la marihuana hallada en el camión conducido por Angarita Gómez.

Este último, ofrece explicación contraria a la sostenida ante la policía. Dice no conocer a Ortiz. Haber sido golpeado y obligado a sindicarlo. No obstante, según la constancia dejada por el Instructor, no registra huellas de haber recibido maltrato. Reconoce el hallazgo en su poder de la licencia de conducción a nombre de Ortiz y explica que al ser contratado puso de presente no poseer pase, motivo por el cual el interesado en sus servicios le prestó uno que se había encontrado.

4. Agotada la respectiva investigación, el Juzgado Especializado a cuyo conocimiento estuvo el asunto, profirió auto de citación a audiencia en contra de los procesados por el delito contemplado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Rituado el juicio, período en el cual se practicaron las diferentes pruebas solicitadas por la defensa y celebrada la respectiva vista pública, se dictó la sentencia de primera instancia. Se condena en ella a cada uno de los implicados a la pena principal de ocho años de prisión y veinte salarios mínimos de multa y a las accesorias correspondientes, como autores del hecho por el que fueron vinculados al proceso.

5. El Tribunal de Santa Marta, al resolver la apelación interpuesta por los defensores contra el fallo de primera instancia dispuso su revocatoria parcial para absolver a Armando Enrique Olivella Gómez y Alvaro Dangond Fuentes, al tiempo que le impartió confirmación en cuanto hace relación a la condena de Luis Enrique Ortiz Ayala y Rigoberto Angarita Gómez.

Las demandas de casación:

Invocándose por los recurrentes la misma causal de impugnación y siendo sustentada con idénticos argumentos, se hará una sola referencia de ellas.

Al amparo de la causal 3ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia del Tribunal de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad "suprlegal" y "legal" por pretermisión del debido proceso y desconocimiento del derecho de defensa en la recepción de las versiones de los capturados Rigoberto Angarita Gómez y Armando Olivella Gómez y el reconocimiento en fila de personas, ante la policía, así como en la inspección judicial llevada a cabo por la Juez Especializada con posterioridad a la apertura de la investigación. Se invoca como nulidad de carácter legal la incompetencia de los agentes de policía para adelantar diligencias como las que vienen de indicarse.

En pormenorizado análisis de las pruebas de exposición y reconocimiento de los procesados antes referidas, fuera de la incompetencia anotada, se destacan por los impugnantes los siguientes vicios:

a) No haberse indicado si el doctor Jesús Ortiz Pacheco, quien aparece firmando las versiones de los procesados recibidas por la policía, actuaba como abogado en representación de ellos y si fue designado de oficio, a más que, se dice, no se le juramentó como lo dispone el Código;

b) Haber actuado el mismo Abogado en representación de intereses incompatibles, como que intervino en las versiones recibidas a dos de los procesados;

c) Formular a los capturados preguntas capciosas;

d) No haberse dado cumplimiento al artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, por parte de la Policía, en relación con los derechos de los capturados;

e) Practicarse por la Policía reconocimiento en fila de personas, con posterioridad a la iniciación del sumario por la Juez de Instrucción;

f) Haberse llevado a cabo por el Juzgado, diligencia de inspección judicial, sin la presencia de los defensores.

Se concluye por los libelistas, con fundamento en lo anterior, la demostración de la violación del artículo 26 de la Carta Política por desconocimiento de las formas propias de cada proceso, el derecho de defensa y un sinnúmero de normas del Código de Procedimiento especialmente, el artículo 305, numerales 1 y 2. Estimar, que estas violaciones son incidentes en el fallo recurrido, pues, advierten, de no haber sido consideradas como pruebas las diligencias irregularmente practicadas por la Policía, Luis Enrique Ortiz Ayala y Rigoberto Angarita Gómez, habrían sido absueltos.

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Primero Delegado ante la Corte, solicita desestimar las demandas. Con apoyo en jurisprudencia de esta Sala, es de la

opinión que los recurrentes equivocaron la vía de censura, pues al pregonar la ocurrencia de errores de derecho por falsos juicios de legalidad sobre las pruebas, dentro de la técnica que disciplina el recurso, ello ha debido hacerse al amparo de la causal de violación indirecta de la ley sustancial y no como motivo de nulidad.

Encuentra que toda la actuación aquí cumplida, a partir del auto cabeza de proceso, es válida, incluida la inspección judicial atacada, habida cuenta de no existir ninguna disposición que exija para su eficacia probatoria la presencia en su producción de los procesados y defensores.

Estima inexacta la afirmación hecha por los censores, en el sentido que todo el caudal probatorio tenido en cuenta al momento de fallar provenga de las diligencias llevadas a cabo por la Policía. A este respecto, concluye, que aún prescindiendo de las diligencias tachadas, subsistirían en el proceso medios de gran solidez probatoria como cadenas indiciarias convergentes, confesiones extraprocesales, etc.

Consideraciones de la Corte:

El único cargo planteado contra la sentencia por los impugnantes, consistente en haber sido proferida en proceso viciado de nulidad por pretermisión de las formas propias del juicio y desconocimiento del derecho de defensa, en razón a que se practicaron pruebas en actividad de Policía Judicial por funcionario incompetente y sin la observancia de las formalidades para su legal producción, resulta para la Corte equivocadamente propuesto.

En la extensa y metódica evolución jurisprudencial en torno a las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, hoy recogidas en la amplitud de los motivos de invalidación de que se ocupa el Código de Procedimiento Penal —art. 305—, se ha precisado el alcance de los vicios que quitan validez a la actividad procesal, generando su anulación.

Conforme con tal precisión, resulta inapropiado confundir las formas propias del juicio con los grados probatorios. Las primeras, dicen relación con la gama de garantías reconocidas constitucional e internacionalmente en favor del ciudadano para preservarle del arbitrio en la actividad del Estado cuando se ve sometido a la función punitiva. En cambio, los errores relacionados con los grados probatorios se fundan en la apreciación de un medio producido con desconocimiento de las exigencias para su propia validez, el cual —por contener una ilegalidad intrínseca— no debe ser estimado. Hacerlo, entraña vicio de juicio o error in iudicando.

Alegar en casación uno u otro evento, demanda del impugnante la utilización de diferente vía en su proposición y desarrollo, sin que la alegación correspondiente a un asunto pueda utilizarse para el otro, conforme a la naturaleza y técnica del recurso que impone desarrollar el ataque a la sentencia dentro del ámbito de la causal correspondiente.

Estos principios básicos aparecen desconocidos en las demandas, evidenciando falta de técnica. En efecto, el cargo a que hacen refe-

rencia por concretarse a la consideración de pruebas ilegalmente producidas, ha debido ser propuesto al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial y orientado a la demostración de la existencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas y no, como allí se hace, dentro de la causal de nulidad.

Lo anterior, porque la ilegalidad de la prueba por desconocimiento de sus propios ritos de formación, una vez admitida, encuentra como sanción procesal, no tenerla en cuenta en el momento de la apreciación. Luego el vicio que tal situación comporta, radica en estricto, en el sentenciador cuando toma en cuenta un medio para valorarlo, debiendo desestimarlo. De ahí por qué se le ubique dentro de los vicios de juicio o errores in iudicando, por oposición al vicio de actividad o error in procedendo, fundamento de la nulidad, como antes se expuso.

Y si esto es así, constituye violación indirecta a la ley sustancial por error de derecho en la apretación de las pruebas y así debe ser propuesto. Entre otras razones para que, como consecuencia del recurso, pueda la Corte dictar el fallo de reemplazo, prescindiendo de apreciar los medios ilegalmente producidos y tenidos en cuenta en la sentencia acusada. Esta ha sido, precisamente, la postura sostenida por la Sala respecto al punto. Así, por ejemplo, se reitera en la decisión que con fundamento en el estudio del Magistrado Saavedra Rojas se adoptó el 6 de mayo de 1988 y que cita el Procurador en su concepto.

Una posibilidad diversa, como sería la nulidad de la actuación, tal y como es propuesta en las demandas, es improcedente. No sólo por las razones que vienen de ser expuestas, sino porque no tendría fundamento la in nulidad de todo el proceso, dado que la ilegalidad de la actuación alegada se concentra en actos —en este caso unas pruebas—, los cuales no se vinculan mediante relación causativa con los restantes que componen en proceso, producidos legalmente.

El presente asunto es elocuente ejemplo de una tal situación.

Las pruebas acusadas por los censores como ilegalmente producidas, lo fueron antes de iniciarse el proceso; ya se advirtió que en funciones de Policía Judicial. Si bien son incorporadas a él, es lo cierto que no se vinculan con las practicadas por el Juez, en el sentido que aquellas las generen. Tampoco, con las demás diligencias, pues, como resulta obvio entender, el proceso está compuesto además de pruebas, también de actos de muy diversa índole. A partir de esta consideración, como antes se anotara, la anulación de actos procesales y de pruebas distintas a las acusadas de ilegales y, por ende, legalmente producidas, como se propone en las demandas, resulta infundada.

Como lo anota el Procurador, en el presente caso el proceso no acusa ilegalidad ninguna, pues, insístese, los motivos de anulación aducidos sobre las pruebas practicadas por la Policía, no se comunican y el hecho de ser apreciadas no sería causa de anulación integral del proceso, sino error de derecho en su apreciación, como ya se dejó explicado.

La censura que se hace a la inspección judicial practicada por la Juez de Instrucción al camión conducido por el procesado Angarita y a la marihuana transportada en él, por haberse llevado a cabo sin la

presencia de los procesados y sus defensores, no pasa de ser el planteamiento personal de los impugnantes. Ciertamente, como lo destaca el Ministerio Público, mal puede verse como contraria al rito de formación de una prueba la no comparecencia de un sujeto procesal, cuya presencia no aparece establecida por ninguna disposición como presupuesto de validez.

De la misma manera, entiende la Corte como una inexactitud el argumento de los impugnantes para evidenciar la trascendencia de los vicios alegados como motivo de nulidad, en el sentido que de no haberse tenido en cuenta las pruebas practicadas por la Policía y en su opinión ilegales, los procesados habrían sido absueltos.

En cuanto al argumento presentado por los recurrentes de violación del derecho de defensa que se concreta en irregularidades en la actuación de la policía, la Corte estima que aún de ser cierto lo anotado, tratase de simples anomalías que no alcanzan a ser nulidades.

A guisa de muestreo y para poner de presente la poca trascendencia de lo considerado como nulidad puede anotarse lo siguiente:

El hecho de no haberse indicado el origen de la actuación del abogado Ortiz Pacheco carece de trascendencia, dado que la verdad es que intervino en la diligencia.

Se afirma de intereses incompatibles entre sindicatos que fueron asistidos por el mismo apoderado. Se ha aceptado que los intereses incompatibles no pueden deducirse de las primeras diligencias, pues los cargos no habrían sido aún concretados y no puede en ese momento inicial hacerse una valoración de incompatibilidad. No puede hablarse de desconocimiento del derecho de defensa que justifique la declaración de nulidad.

Sobra hacer énfasis en lo equivocado de la vía escogida por los censores para desarrollar la impugnación al fallo; el argumento antes indicado por sí solo sugiere que el camino correcto ha debido ser el de la violación indirecta de la ley sustancial. Sin embargo, admitiendo a él, existen medios probatorios cuya legalidad no puede desconocerse del hallazgo del pase de conducción a nombre del procesado Luis Enrique Ortiz Ayala en poder del también procesado Angarita Gómez. Su explicación, en el sentido de haberlo recibido de su amigo que venía en un vehículo Mazda, a quien se le dio captura por tal indicación, resultando ser precisamente Ortiz Ayala, hecha ante el Sargento Albeiro de Jesús Gómez Echavarría quien así lo refiere en su declaración, etc.

Equivocada como aparece la vía por la cual se propone el motivo de censura contra la sentencia impugnada y tal yerro entraña insuperable deficiencia técnica en el manejo del recurso; impónese desestimarlos.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Leandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Rutz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez. Secretario.

DEMANDA DE CASACION. NULIDAD

Cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad el recurrente deberá señalar con toda claridad la clase que invoque, los fundamentos de la misma y las normas que estime infringidas.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 06.

Vistos:

Procede la Sala a decidir sobre la demanda de casación presentada por el apoderado de los señores *Guillermo y Julio Eduardo Daza Díaz*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y hurto.

Consideraciones de la Corte:

La demanda debe ser rechazada *in limine*, por no reunir los requisitos señalados por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, el recurrente alega simultáneamente nulidad por violación del debido proceso y del derecho de defensa, sin analizar estos cargos en forma separada, y sin siquiera fundamentarlos. Sólo en la parte de la demanda referida a la actuación procesal se dice que el acta de la audiencia no aparece firmada por el señor secretario ni por el apoderado de la Parte Civil, sin hacer ningún análisis de este hecho.

En el acápite de demostración del cargo no se refiere a las causales de nulidad alegadas inicialmente, sino que considera que la conducta imputada a sus defendidos no se subsume dentro del tipo penal de homicidio, porque no está probado que ellos hayan sido autores del mismo, y concluye con algo aún más insólito, cuando afirma que "no hubo el debido proceso sobre las lesiones sufridas por mis defendidos", quienes también recibieron heridas durante los hechos que fueron objeto de la investigación.

Ante la creciente proliferación de demandas de casación inadecuadamente elaboradas con base en la causal de nulidad, la Corte considera necesario reiterar los requisitos formales que ella debe reunir para que sea viable su estudio.

1. No basta presentar la demanda alegando alguna nulidad, para que la Corte deba proceder a la revisión oficiosa de toda la actuación procesal para determinar si se incurrió en ella en alguna causal de nulidad. No es ese, en manera alguna, el alcance del inciso 2º del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal en el que se dice que la Corte podrá declarar nulidades oficiosamente.

El recurso de casación no es un mecanismo oficioso de control legal de las sentencias, y él sólo procede por demanda presentada por parte debidamente legitimada, por las causales y con los requisitos señalados por la ley. Si con ocasión del trámite de la demanda encuentra el Magistrado sustanciador que en la actuación procesal se incurrió en alguna causal de nulidad, procederá a declararla, así no haya sido ella propuesta por el recurrente. Pero si de dicho estudio no aparece clara, no tiene porqué la Corte adelantur oficiosamente la revisión de todo el proceso para determinar si en alguna de las instancias se ha incurrido en causal que amerite su declaratoria, como suelen solicitarlo equivocadamente algunos recurrentes. La tramitación oficiosa de nulidades en casación es una facultad discrecional del Magistrado sustanciador, que podrá ejercer cuando a su juicio haya méritos suficientes para ello.

Igualmente, si la demanda es rechazada in limine por no reunir los requisitos establecidos por la ley para su admisión, como ocurre en el presente caso, tampoco puede adelantar la Corte ningún estudio sobre las posibles nulidades que afecteren el proceso, por falta precisamente de la demanda que sirva de base a la actuación procesal.

2. El recurso de casación es una demanda contra la sentencia del Tribunal, no una tercera instancia, y esto es lo que determina las características específicas del mismo. Para nuestro caso, conviene aclarar las siguientes:

a) Sólo procede por las causales taxativamente señaladas en la ley, que de acuerdo con el artículo 15 del Decreto extraordinario 1861 de 1989, son tres: Violación directa o indirecta de la ley sustancial, falta de consonancia de la sentencia y los cargos formulados, y nulidad;

b) Si se invocan varias causales, cada una debe presentarse en capítulo separado. Igualmente, si cada causal se desenvuelve en varios cargos, cada uno de ellos deberá estar debidamente sustentado;

c) Ni al interior de cada causal, ni entre las distintas causales, podrán plantearse cargos incompatibles entre sí.

3. De acuerdo con los postulados anteriores, cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: Falta de competencia, violación del debido proceso, violación del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia;

b) Con relación a cada uno de los eventos mencionados, deberá indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estime infringidas, así:

Quando se trate de falta de competencia, deberán darse las razones por las cuales se considera no haber sido competente el funcionario que conoció del proceso, diciendo porqué la falta de competencia tiene prevista como sanción legal la nulidad, teniendo en cuenta la etapa procesal en que ella se haya dado, y las decisiones que dentro del proceso se hayan tomado por las autoridades encargadas de dirimir los conflictos que se hubieren suscitado por esta causa.

En el caso de violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, que son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mixto que lo informa. Tales, por ejemplo, la falta de apertura de la investigación; de vinculación del procesado; de existencia de una etapa de investigación y otra de juicio, y de una etapa probatoria y de una audiencia pública dentro de éste; de formulación de cargos; de sentencia, y de posibilidad de recurrir a una segunda instancia, cuando no se trate de procesos de única instancia.

En la violación del derecho de defensa se deberá determinar la actuación procesal que se considera lesiva, especificando la norma que se viola, y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado.

Quando se trate de violación del principio de legalidad, en la demanda se deberá determinar la ausencia de norma sustantiva con relación al delito o a la pena a que se refieran la sentencia, en el momento en que ocurrieron los hechos.

Si se alega la falta de aplicación del principio de favorabilidad, se deberá determinar no sólo la norma que fue indebidamente aplicada, sino la que se debe aplicar en su reemplazo, dando las razones jurídicas para ello.

Si lo que se cuestiona es la falta de motivación de la sentencia, se deberá determinar con toda claridad cuáles de las decisiones en ella contenidas son las que carecen de tal fundamentación, no olvidando que según reiterada jurisprudencia de la Corte para estos efectos la resolución acusatoria y la sentencia, y las sentencias de primera y segunda instancia, deben ser consideradas como una unidad, en aquellos puntos en que las decisiones sean proferidas en el mismo sentido.

Este mismo tipo de análisis debe realizarse en cualquiera otra causal de nulidad que se proponga.

Si la causal de nulidad alegada no reúne estos requisitos, es decir, no se especifica dentro de ella el evento o los eventos concretos que la constituyen, o si la argumentación desarrollada no corresponde a la naturaleza del evento respectivo, el cargo no podrá prosperar.

Igual ocurre si el argumento no se desenvuelve a plenitud, constituyendo una proposición jurídica incompleta, pues la Corte no puede

sustituir al recurrente en el desarrollo de su demanda. Tal ocurriría, por ejemplo, cuando se alega violación del derecho de defensa, si se demuestra la existencia de una irregularidad dentro del proceso, pero no se establece la incidencia que ella haya tenido en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado.

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

Resuelve:

Rechazar de plano la demanda a que hace referencia esta providencia, y declarar desierto el recurso de casación interpuesto a nombre de los procesados Guillermo y Julio Eduardo Daza Díaz. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese. Cúmplase.

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

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

RESOLUCION DE ACUSACION. SENTENCIA

La Corte ha insistido en resaltar la importancia capital de la resolución de acusación y su consonancia con la sentencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta y uno de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 06 de enero 30 de 1990.

Vistos:

Resuelve la Corte Suprema de Justicia el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali contra la sentencia de segundo grado proferida por esa Corporación mediante la cual se condena a *Luz Dary Ibarra* a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de diez (10) salarios mínimos mensuales, por violación al Estatuto de Estupefacientes (Ley 30 de 1986).

I. Hechos:

Se procesó a *Luz Dary Ibarra* por tener en su poder cocaína con peso de 167.8 gramos, hechos ocurridos en la ciudad de Cali el 15 de abril de 1988.

II. Actuación procesal:

1. La sustancia incautada fue debidamente indentificada como cocaína y registrado su peso en 167.8 gramos por parte del laboratorio de estupefacientes del Instituto de Medicina Legal.

2. El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali vinculó a la procesada mediante indagatoria y profirió en su contra auto de detención preventiva. Clausurada la investigación la procesada fue citada a audiencia pública por violación de la Ley 30 de 1986 ubicándose su conducta en el inciso 2º, artículo 33 del mencionado estatuto. Celebrada la audiencia se dictó sentencia condenatoria sobre la base del inciso 1º de la Ley 30 de 1986, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior.

III. La demanda de casación:

"El Tribunal Superior de Cali incurrió en la sentencia recurrida en la causal 2ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, en este caso, en el auto de citación a audiencia, puesto que en esta providencia se acusa a la procesada Luz Dary Ibarra como autora responsable de llevar consigo estupefacientes, conducta ilícita que se ubicó en el inciso 2º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, y mas sin embargo para el momento de la sentencia se tuvo en cuenta el inciso 1º del mismo artículo citado, haciendo más gravosa la situación de la señora Ibarra, pues se le aplicó la pena de 4 años de prisión y 10 salarios mínimos mensuales como multa, cuando la pena que debía aplicársele, según el inciso 2º, era de 1 año de prisión y multa de 2 salarios mínimos mensuales".

Argumenta el censor que "la calificación jurídica provisional le permite al Juzgador variar la discusión contenida en la resolución de acusación, dentro del título respectivo, si se dan las condiciones que señala el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, si se originaron nuevas pruebas en el juicio, no basta un cambio de criterio porque debe entenderse que esa resolución de acusación está en firme, y debe ser así, pues de lo contrario la confianza y seguridad que deben revestir las determinaciones judiciales quedarían a la voluntad cambiante del funcionario".

IV. Opinión del Procurador:

La Procuraduría Delegada considera que el supuesto de hecho base del juzgamiento y objeto del debate, fue descrito y consignado ampliamente en el citatorio a audiencia con la claridad y precisión debidas, sin que se incurriera en error respecto a la cantidad de sustancia estupefaciente, circunstancia que cobra especial importancia en estos procesos, como que delimita y diferencia el *quantum* punitivo a imponer, en tal forma que la defensa estuvo cabalmente enterada de la situación tenida en cuenta por el juzgador en el momento del fallo. Aunque de hecho consideramos que se incurrió en una irregularidad no deseada, y que la citación del inciso 2º comentado no obedece sino a un infortunado error de precisión numérica como se advirtió en la sentencia de segundo grado, tal error no reviste la gravedad suficiente como para quebrantar el fallo, ajustado a la realidad fáctica consignada y demostrada fehacientemente en autos, aún más sí se tiene en cuenta que en la parte resolutive se aludió genéricamente a la imputación, con remisión clara está a lo consignado en la parte motiva, en donde como ya se dijo se describió correctamente la conducta pero se erró en la ubicación típica respecto del inciso legal.

Siendo la diferencia punitiva, en cuanto se prodiga mayor drasticidad penal, un aspecto que delimita únicamente la cantidad de estupefacientes, lo importante para estos efectos es que tal cantidad no se preste a duda en el calificadorio, porque únicamente de su precisión inequívoca depende la pena imponible al procesado.

Era tan clara esta situación para las partes en el proceso, que en la diligencia de audiencia pública el Fiscal colaborador expresa-

monte se refirió a esta situación, manifestando que a la encausada se le atribuía la comisión de la conducta contenida en el inciso 1º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y la defensa ninguna anotación o inconformidad exteriorizó por ello.

Esa honorable Corporación en sentencia del 20 de octubre de 1987 expresó en un caso de características muy similares al que nos ocupa, lo siguiente:

"No pues la cita de la norma, o su omisión, la que resuelve de una vez la cuestión, pues es dable entender que una agravante o una dimiriente pudo ser admitida así el precepto pertinente esté excluido del contenido de la providencia, pero aparezca una descripción de la figura, o ésta tenga clara comprobación en los autos, que figuran como verdad inconcusa y que apenas su exclusión, puede mirarse como una involuntaria omisión..."

"Aunque pueda sostenerse en contra de la admisión de una sentencia en tales condiciones, la inconveniencia de justificar los errores e impresiones de los juzgadores de instancia en el auto de cargos, con el argumento de que la descripción inequívoca de la conducta, del supuesto de hecho, reemplaza la obligación de mencionar o de hacerlo correctamente, el precepto legal correspondiente, posición que convalida el descuido o la desidia en la elaboración de las providencias judiciales, el Ministerio Público considera aún más inconveniente demandar el quebrantamiento de una sentencia producida de conformidad a los hechos descritos en el auto de calificación y a su ubicación típica genérica y demostrados en el plenario, y esto último que consideramos fundamental, sin quebrantamiento o menoscabo del derecho de defensa de la condena".

"Así pues, nos mostramos partidarios del mantenimiento del fallo del Tribunal Superior y en tal sentido solicitamos a esa honorable Corporación desestimar las pretensiones del recurrente, habida consideración de que el nuevo estatuto procesal terminó con el principio de unidad del Ministerio Público en el recurso de casación".

V. Consideraciones de la Sala:

En primer término debe señalarse, que desde el punto de vista técnico la vía escogida es la correcta, con lo cual queda satisfecho el aspecto formal de la demanda.

En cuanto a la parte sustancial del cargo, encuentra la Sala que no le asiste razón al Fiscal impugnador, por cuanto se trata de un aparente vacío de la resolución acusatoria, porque en realidad, en la parte motiva de la providencia muy claramente quedó establecida la cantidad de cocaína incautada.

En relación con la concordancia entre la resolución acusatoria y la sentencia, la Corte ha insistido en resaltar la importancia capital de la resolución de acusación, que significa la concreción de los cargos que el Estado jurisdiccional hace al procesado, siendo reiterada la jurisprudencia de la Sala en torno a la necesidad de precisar con claridad y nitidez el cargo o los cargos que se formulen al sujeto imputado

y que salvo variaciones constatadas en la etapa probatoria del juicio o en el debate público deben entenderse inmutables (Casación de febrero 21 de 1986, Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome).

Y en cuanto a la resolución de acusaciones se ha insistido también, que tal auto debe entenderse como un todo dinámico y coherente en sus partes motiva y resolutive y la consonancia de la sentencia con él debe establecerse en su integridad y no únicamente con la parte resolutive del mencionado auto.

Dentro de tales presupuestos es que resulta comprensible la afirmación de la Sala de que "no es pues la cita de la norma o su omisión, la que resuelve de una vez la cuestión, pues es dable entender que una agravante o diminuyente puede ser admitida así el precepto pertinente esté excluido de la providencia, pero aparezca una descripción de la figura o ésta tenga clara comprobación en los autos; que figura como verdad inconcusa y que apenas, su exclusión puede mirarse como involuntaria omisión" (Casación de octubre 20 de 1987, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez V.).

En el caso que se resuelve, es claro que nunca existió en el proceso duda sobre la cantidad de cocaína incautada (167.8 gramos) siendo reiterativa la cita de las innumerables referencias a tal cantidad hechas en la resolución de acusaciones así: En el folio 97 dice: "Seguidamente el Juez instructor practicó diligencia de pesaje, toma de muestras y destrucción de la sustancia incautada por parte del perito Bernardo Sacristán Barrera y se determinó que la sustancia presuntamente era base de cocaína o basuco, con un peso neto de 167.8 gramos". "Se allegó a los autos el análisis 31841 procedente del Laboratorio de Estupefacientes —Instituto de Medicina Legal— de Bogotá, en el que da cuenta que la muestra enviada, dio como resultado estupefaciente-cocaína (fl. 40); dictamen que junto con el de la diligencia de pesaje (9), fue puesto a disposición de las partes, sin ser objetado".

Al folio 100, dice el auto de citación a audiencia:

"Dentro de esa diligencia se logró establecer que la sustancia decomisada al parecer contenía basuco alcanzando un peso neto de 167.8 gramos".

Y en los folios 100 y 101, hace el Juez importante precisión: "De otra parte vemos que el artículo 2º de la Ley 30 de 1986 en su literal j) definió la dosis personal, al expresar que: 'Es la cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo', y procedió a establecer la dosis personal, que para el caso de la cocaína es hasta un gramo, o sea que la cantidad superior a un gramo constituye sobredosis. Si la cantidad que el sujeto porta consigo es dosis personal, el hecho constituye una contravención, conforme a lo dispuesto en el capítulo VI de la citada ley. Pero si la cantidad que el sujeto porta, supera la dosis personal como ocurre en el presente caso, la conducta cae bajo las previsiones del artículo 33 de esa ley, norma contenida en el capítulo V que trata lo concerniente a los delitos, porque la conducta implica, de suyo, comercio o tráfico de estupefacientes".

Y al folio 102 dice: "Anteriormente manifestamos que la sustancia decomisada alcanzó un peso neto de 167.8 gramos, lo cual demuestra hasta la saciedad que no se trataba de una dosis personal y como reiteradamente lo ha dicho nuestra jurisprudencia, cuando el sujeto lleva consigo una cantidad de estupefacientes que supera la dosis personal, hay que entender que la lleva o la porta con el propósito de *traficar con ella*".

Debe concluirse entonces que la cantidad de cocaína tiene clara comprobación en los autos y de ello se hizo referencia en la parte motiva de la citación para audiencia, con lo cual fue legal su aplicación del inciso 1º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 en la sentencia.

No prospera el cargo de esta demanda.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angei, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

REVISION

Por este extraordinario medio de impugnación se busca evitar una injusticia, de la que no podría hablarse cuando la condena encuentra apoyo en otros medios probatorios

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta y uno de enero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 07.

Vistos:

El doctor Carlos Eduardo Recio, obrando con poder especial del condenado por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito, *Orlando Bejarano Villalba*, presenta demanda de revisión contra la sentencia de abril 24 de 1989, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Venadillo, Tolima, y que fuera confirmada, con algunas modificaciones, por el Juzgado Primero Superior de Honda el 23 de junio del año en curso.

Con apoyo en el numeral 3º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, demanda la revisión para que se declare que Orlando Bejarano Villalba, no es responsable por cuanto no conducía en estado de embriaguez, como, al decir del recurrente, lo entendió el Tribunal.

1. Que los hechos tuvieron ocurrencia en la madrugada del 23 de junio de 1987 y, dentro de las observaciones del agente Jairo Martínez en el respectivo informe policivo, se dice: "A la letra: 'Al parecer, el conductor del vehículo número 1 de nombre Orlando Bejarano Villalba, presentaba olor a licor'".

2. Que, esa madrugada, se trasladó con Gabriel Machado Hernández, cuñado del condenado, igual que él, al lugar escena de los hechos y allí encontraron a su pariente "bañado en sangre". Lo trasladaron entonces a Ibagué, a donde llegaron aproximadamente a las 5:45 a.m. de ese 23 de junio y, un poco más tarde, lo hicieron atender por urgencias en la Clínica Tolima, por parte del médico de turno, doctor Alvaro Hernández M., "quien le suturó las heridas sufridas en la frente, lo examinó y le dio de alta. Tengan en cuenta, honorables Magistrados, que el herido fue anestesiado antes de ser suturado, lo que no hubiera sido posible de haber estado embriagado". El médico tratante expidió una constancia de atención al paciente, en la que se lee: "*Clinicamente no encontré signos de alcohol*", la que inexplica-

blemente no fue aportada al proceso. Y, como en éste no se efectuó prueba técnica alguna al respecto, "requisito si no esencial, si categórico como fundamento de una afirmación tan delicada y perjudicial como la de la ebriedad, como causa probable de la responsabilidad, pido se tenga en cuenta como prueba la constancia expedida por el doctor Alvaro Hernández M., persona idónea y capacitada para determinar el estado de ebriedad de Orlando Bejarano Villalba, mi poderdante"; y,

3. Que, también, se tenga como prueba en orden a la revisión, la declaración extrajuicio que presenta de Gabriel Machado Hernández, en la cual, bajo la gravedad del juramento, afirma que el condenado Bejarano Villalba, el día de los hechos, no se encontraba en estado de embriaguez.

Breves consideraciones de la Sala:

Prima facie, se afirma que cuanto aquí se demanda es la revisión de un proceso, no para que se declare la inocencia o irresponsabilidad del condenado, sino para que finalmente se diga que "Orlando Bejarano Villalba, no es responsable por ir embriagado". Y no es sólo una curiosa manera de entablar la demanda, sino que así se atenta contra los objetivos propios ya señalados del recurso de revisión que no son desde luego de la estirpe de los solicitados, que dejarían en pie una responsabilidad a otro título diferente de la embriaguez.

Es que por este extraordinario medio de impugnación no se pretende la simple reforma del fallo, sino su anulación y si se opone al principio res iudicata pro veritate habetur, es para evitar una injusticia, de la que, en estricto sentido, no podría hablarse cuando la condena encuentra cabal apoyo en otros medios probatorios y factores diversos a aquél que motiva la censura.

Ha dicho la Corte:

"El recurso extraordinario de revisión, que rigurosa y técnicamente no es un 'recurso', puesto que, como observa BELING, no traslada el proceso a una instancia superior, sino un medio excepcional de impugnación de las sentencias de fondo (hoy por hoy en el derecho colombiano cobija a las absolutorias y condenatorias), se dirige a atacar la firmeza de la cosa juzgada, su efecto preclusivo, y suscita, cuando es admitido, una especie de continuación del proceso formalmente concluido, para un nuevo examen sobre el mismo, cuando haya motivos legales para presumir, la condenación por error, de un inocente" (Casación Penal de febrero 21 de 1969).

2. Asegura el demandante que, cuando Orlando Bejarano Villalba, fue trasladado a la Clínica Tolima, allí se le anestesió, para poderle suturar las heridas que presentaba en la frente, "lo que no hubiera sido posible de haber estado embriagado". Este apuntamiento no consulta la realidad profesional médica, pues lo sabido es que —y ello acontece cotidianamente en nuestros centros asistenciales, sección de

"urgencias"— se les aplica anestesia, y local, cuando la herida es de la entidad del caso de autos (3x5 cms.), ya que la general es utilizada cuando el paciente presenta fractura abierta, grave y muy dolorosa. Es tan equivocado el criterio expuesto por el demandante que, si la persona está en muy avanzado estado de embriaguez, no se le anestesia, mas no porque al hacerlo se alente contra su salud, sino porque es tal su altísimo grado de embriaguez que no requiere de anestesia, o sea que el alcohol está cumpliendo los efectos propios de aquella. En el evento *sub exámine* no existe siquiera prueba sumaria de que Bejarano V. hubiera sido anestesiado y si lo fue debió ser porque su grado de alcoholemia no era muy alto o porque clínicamente no presentaba tales signos.

3. El demandante no transcribe en su plenitud el dictamen emitido por el médico que atendió al condenado Bejarano en la Clínica Tolima. En él se lee: "...Clínicamente no encontré signos de alcohol, además tengo entendido que el accidente ocurrió seis horas antes de ser atendido en Urgencias". Hay que entender, entonces, que, cuanto el médico está diciendo es que, para el momento del examen, ese era el estado del paciente, porque, dependiendo desde luego del grado de alcoholemia en que se hubiera encontrado Bejarano para cuando los hechos, en esas seis horas, los efectos alcohólicos han podido desaparecer en forma tal que clínicamente no fueran detectables. Sabido es que el hígado metaboliza en una proporción fija y de ahí que el asunto haya que entenderlo en el sentido de que todo depende de la dosis de alcohol que se hubiera ingerido para cuando los hechos.

4. Pero lo más trascendental en el presente evento es que en la sentencia de primera instancia se afirmó que "en cuanto a la embriaguez del conductor, no se logró establecer en el sumario ni en la etapa del juicio, pues se habló de llevar licor en el vehículo, pero no se estableció si el conductor había bebido licor para ese día". Y, en el fallo de segunda instancia, se asevera que, en forma "categórica" no se puede asegurar que Bejarano condujera embriagado. Fueron, pues, factores de exceso de velocidad, negligencia, violación de los reglamentos de tránsito, etc., a él imputables, los que ocasionaron el accidente, pero no inferidos de la afirmación de encontrarse embriagado.

Entonces, esta presunta prueba de que habla el demandante, enderezada a demostrar un hecho que no tuvo incidencia CATEGÓRICA en la sentencia y que más bien puede decirse que se dejó de lado, refulge que no es la propia para lograr la invalidación de la sentencia. Es principio elemental en estas materias que, cuando se alude a prueba nueva se hace obvia referencia a aquella que desvirtúa la que fue tenida en cuenta por el juzgador de manera trascendental para la emisión del fallo. La otra, la que apunta a destruir o desmejorar la prueba o hecho que en poco o nada contribuyó a tal decisión, es obvio —verdad de perogrullo— que ninguna importancia tiene en orden a la procedencia de un recurso como el extraordinario de revésión.

Consecuencialmente, la declaración extrajuicio del cuñado del condenado sobre que, cuando vio a éste en el lugar escena de los hechos, se "dio cuenta que no se encontraba embriagado", no es del caso enfrentarla a los principios de la sana crítica, para determinar

su credibilidad, porque, en gracia de discusión, así probara lo que quiere probar, lo demostrado no tendría incidencia alguna, con miras a la revisión.

Estamos, pues, ante un patético ejemplo de lo que no puede ser una demanda de revisión. Y si bien es verdad que aquí no se trata de disponer o no la prosperidad de la misma, ante la total carencia de prueba viabilizante del trámite del recurso, se impone desestimar el libelo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *desecha*, por antitécnica, la demanda de revisión propuesta en favor del condenado en el proceso de marras, Orlando Bejarano Villalba.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

DEBIDO PROCESO

El abogado debe ordenar su conducta de acuerdo con las normas de la moral, sin olvidar que el fin último del derecho es lograr la realización del bienestar colectivo, por medio de una recta administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E.,
siete de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 008 de septiembre 7 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del seis de diciembre de 1988, que confirmó la proferida por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, condenó a *Hernán Fardel Orozco Hernández* a la pena principal de dieciocho años de prisión y a las accesorias correspondientes como responsable de los delitos de homicidio calificado en Farid Merino Alegría Chacón, lesiones personales en Adolfo Alegría y hurto.

En estas sentencias se condenó igualmente a Tradio Arnulfo Orozco a la pena principal de cincuenta y ocho meses de prisión como responsable de los delitos de lesiones personales y hurto.

Contra esta sentencia, el defensor de los procesados interpuso el recurso extraordinario de casación.

Hechos:

La sentencia acusada, hace la relación de los hechos así:

“Consta en los autos que el día 25 de febrero de 1988 avanzadas las horas de la noche, retornaba a su casa de habitación ubicada en el paraje de ‘Gualcité’ dentro del corregimiento de Uribe, términos del municipio de El Tambo (C), el señor Adolfo Alegría acompañado de su hijo menor Farid Merino, luego de haber concurrido a unos ritos del culto evangélico en el municipio, en la localidad de Uribe. Ya dentro de su propiedad, advirtió que el alambre que le brindaba seguridad a su finca había sido levantado y enrollado en una extensión considerable y que cerca al lugar de los hechos se hallaba una bestia provista de angarilla y encinchada y tras inspeccionar el sitio, resolvió

llevar al animal antes dicho hasta su casa para establecer la propiedad de quien fuera a reclamarla y deducir la autoría del hurto del alambre.

"Que cuando ya se encaminaba a su morada, se apareció un sujeto al que reconoció con la lámpara que portaba como Arnulfo Orozco quien quiso apoderarse del animal y a quien recriminó por su comportamiento, advirtiéndole que al día siguiente fuera por la bestia a su casa. Que avanzando hacia su hogar su hijo le llamó la atención, informándole sobre la presencia de otro sujeto, momentos en el que sonó una detonación iluminando a Adolfo Alegría, a la otra persona a quien reconoció que se trataba de Hernán Fardel Orozco, sujeto que le disparó lesionándolo en el brazo izquierdo y avanzándosele, impactándolo nuevamente en el costado derecho. Que herido como se hallaba, logró escapársele a su agresor en medio de la oscuridad y llegar a su casa de habitación en donde informó a su esposa que había sido agredido por Fardel y Arnulfo Orozco, produciéndose la alarma y acudiendo en auxilio los vecinos quienes en el lugar de los hechos hallaron sin vida a Farid Merino Alegría y gravemente herido a Luis Chantre quien venía también procedente de Uribe de asistir a oficios religiosos y marchaba cerca de los Alegría" (fls. 50 y ss.).

La demanda de casación:

El recurrente impugna la sentencia con fundamento en las causales 4ª y 2ª del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, por haberse proferido la sentencia condenatoria en un juicio viciado de nulidad y por existir desacuerdo entre el veredicto del jurado y la sentencia.

Tres cargos contra la sentencia formula el recurrente al amparo de la causal cuarta de casación, o sea, la nulidad del juicio por los siguientes motivos:

Primer cargo:

Quebrantamiento del derecho de defensa.

Sostiene el recurrente, que el profesional que representó los intereses de los sentenciados "...no realizó algunas actuaciones que debía realizar en defensa de sus representantes", como presentar alegato precalificatorio, recurrir del auto de proceder, solicitar pruebas, y que en la audiencia pública "acusó prácticamente a sus defendidos y pidió la condena, limitándose a efectuar unas insustanciales alegaciones que en nada repercuten con la cuantificación de la pena decretada en la sentencia..."

Segundo cargo: Insiste el demandante en que en el proceso hubo un indebido y deficiente emplazamiento de los procesados que llevó a una declaratoria de reos ausentes que impidió su comparecencia al proceso, ya que el Juez adoptó las anteriores medidas cuando los acusados se estaban presentando regularmente ante un Juez de Instrucción Criminal y sin hacer el menor esfuerzo por localizarlos y hacerlos comparecer al juicio.

Tercer cargo: Sostiene el recurrente, que en los cuestionarios relativos a las lesiones personales no se interrogó al jurado por la

circunstancia específica de agravación (indefensión) contemplada en el auto de proceder y que sin embargo, en la sentencia se tuvo en cuenta esta agravante para efectos de la pena. Esta omisión, según el actor, invalida el proceso.

Causal segunda: Como subsidiaria y exactamente con los mismos argumentos que le sirvieron al recurrente para demandar la nulidad en el cargo tercero antecedente, pide el censor que se case la sentencia, se consideren las lesiones personales como simples y se profiera la sentencia de sustitución que efectúe la correspondiente rebaja de pena.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en jurídico y bien fundamentado concepto, después de reunir las razones expuestas por el impugnante, concluye afirmando que no está demostrado que se hubiese conculcado el derecho de defensa de los procesados, quienes tanto en la etapa sumaria como en la causa estuvieron asistidos por abogados idóneos quienes realizaron aquello que en conciencia consideraron adecuado en guarda de los intereses que les fueron confiados.

Demuestra el señor Agente del Ministerio Público, la inexistencia de irregularidad alguna en la declaratoria de reos ausentes de los procesados y solicita a la Corte no estudiar los cargos relacionados con los cuestionarios sometidos a consideración del jurado por ineptitud de la demanda, contradictoria e inadecuada en este aspecto para los fines de la casación.

Termina el señor Procurador proponiendo a la Corte, que no se case la sentencia recurrida.

Se considera:

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que no todos los vacíos, errores e irregularidades que se observen en un proceso son por sí solos suficientes para invalidar la actuación. Esto tan sólo es posible, cuando el vicio de omisión alegado sea de tal naturaleza que quebrante las bases esenciales del procedimiento o entrañe un desconocimiento evidente del derecho de defensa, esto es, que se quebranten o desconozcan los intereses de la justicia o de las partes.

En el caso de análisis, se afirma por el recurrente que no existió defensa durante el proceso porque el apoderado no alegó por escrito, no interpuso recursos contra el auto calificador, no pidió pruebas y que en la audiencia pública el defensor no demandó la absolución de los acusados, pudiendo hacerlo, y que *contrario sensu*, aceptó los hechos y prácticamente coadyuvó a la condena de sus asistidos.

Pero como bien lo anota el Ministerio Público, el censor para fundamentar sus afirmaciones distorsiona la realidad procesal y oculta hechos que ponen en evidencia que los acusados fueron juzgados con asistencia de sus defensores y sin que se conculcara o lesionara el derecho de defensa.

Así, en la etapa del sumario los señores Orozco fueron asistidos en la diligencia de indagatoria por el doctor Luis Carlos Duque Marín quien fue designado como apoderado "para todo el curso del sumario" y en tal virtud interpuso debidamente sustentado el recurso de reposición contra el auto de detención, intervino en la etapa de pruebas y solicitó la práctica de algunas que consideró conducentes, y siguió actuando hasta la finalización del sumario cuando se le revocó el mandato siendo reemplazado por un apoderado de oficio.

Excarcelados los inculcados y más tarde, declarados reos ausentes, el Juzgado les designó como defensor de oficio al doctor Alfredo Casas Martínez quien asumió el cargo y si bien no recurrió del auto de proceder ni pidió pruebas, sí intervino en el debate de la audiencia pública.

Como con acertado criterio lo recuerda la Procuraduría, "... Aunque pareciera un contrasentido, una dinámica defensa puede ser aquella que no recurre las decisiones impartidas en el proceso, pues de considerarlas la defensa como acertadas y comprensibles como lo menos gravoso para el procesado, es su imperativo no someterlas a una revisión que eventualmente pudiese hacer más desfavorable la solución..."

Así, pues, el hecho, de no impugnar en determinado momento una decisión judicial no significa desidia ni abandono de las funciones que le son propias al abogado defensor, sino que todo puede obedecer al desarrollo de un sistema táctico en la defensa, "que no siempre puede ser activo".

La Corte, recuerda que "defender no es una labor simple pues muchas veces la actividad y tenacidad en pedir y alegar son necesarias y que por el contrario, en otros casos, la pasividad y el silencio pueden resultar a la postre efectivos.

Lo esencial del cargo, se hace consistir por el recurrente en el hecho de que el abogado defensor no solicitó la absolución por el delito de homicidio y lesiones en la audiencia pública, aceptó la responsabilidad de los acusados, limitándose tan sólo a pedir que no se les condenase por el delito de hurto consumado, petición que a la postre fue acogida por los integrantes del jurado de conciencia y tenida en cuenta por el Juez de derecho al momento de graduar la pena.

Parece que el casacionista, entendiera que siempre es deber del abogado defensor, solicitar la absolución del acusado y le fuera permitido con tal fin promover o sustentar a sabiendas una causa injusta. No es correcto ni honroso tergiversar el contenido de la prueba, un documento o la declaración de un testigo, para desconocer la verdad demostrada en el proceso; el abogado debe ordenar su conducta de acuerdo con las normas de la moral, sin olvidar que el fin último del derecho es lograr la realización del bienestar colectivo, por medio de una recta administración de justicia que garantice la paz, el orden y la seguridad de la vida en sociedad.

Por ello, si existe en el abogado defensor la convicción absoluta de la responsabilidad de su asistido, sería contrario a la ética exigirle que contra toda verdad y realidad, reclamara la absolución.

En tales casos, es lo debido, como lo hizo el abogado defensor en el caso que se examina, evitar que se apliquen penas injustas al acusado, más graves de las previstas para el hecho punible concreto o buscar, que se tengan en consideración las circunstancias atenuantes que puedan favorecerlo.

Una buena defensa —dice el Procurador Delegado—, "...no es aquella que pretenda desconocer lo probado, dilatar la actuación o confundir al juzgador; en estos casos, no es posible afirmar que la actividad defensiva fue acertada, sino que por reprochables medios se ha logrado una decisión, pero esto no es lo que la ley de un Estado pretende..."

En sentencia del 13 de julio de 1989, la Corte con ponencia del honorable Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz, al analizar un caso del todo análogo al que hoy se examina, dijo al respecto:

"...La defensa debe siempre examinarse, en cotejo con la realidad procesal concreta en cada caso; y también ese cotejo debe hacerse con respecto al concreto y determinado profesional que la desempeña. Lo primero, porque hay eventos en que el material de incriminación es tan contundente y apabullante, que, de veras y por decirlo así, el abogado, 'nada tiene que decir' sobre la estructuración del hecho y/o sobre la responsabilidad del procesado. Lo segundo, porque frente a semejante prueba de cargo, todos los defensores no actúan de igual forma, sencillamente porque son personas diferentes con diversos enfoques sobre las cosas y la manera más correcta de asumirlas. Así, no se le puede censurar a un defensor que ataque una prueba en verdad inatacable, pues quizás en su sentir sí hay grietas o resquicios aprovechables para por lo menos fomentar la duda en el juzgador, y en estas condiciones, acude a lo posible para sostener la inocencia de su representado o la no estructuración del hecho delictuoso. Pero otro abogado, asumiendo la misma y objetiva realidad probatoria, bien puede tomar actitud diferente, como la que tomó aquí el defensor de oficio y reconocer que, por los aspectos esenciales dichos, el caso es 'indefendible' y que mal haría con contrariar el proceso por el solo afán de contradecir los cargos que soporta su patrocinado, quedándole, sí, como residuo defensivo, las alegaciones para atenuar la pena, o para pedir alguna rebaja de la misma, o para deprecar el subrogado pertinente. para de este modo, si solicitar algo que de alguna manera favorezca o haga menos penosa la situación concreta de su cliente".

No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Considera el recurrente, que se incurrió en un vicio generador de nulidad porque el Juez lesionó el derecho de defensa de los procesados al declararlos reos ausentes, sin efectuar las diligencias necesarias para obtener la comparecencia al proceso, cuandos los acusados venían cumpliendo con las presentaciones periódicas que se les había impuesto en la diligencia de compromiso.

Sin embargo, un examen detenido del proceso pone en evidencia la inexistencia de la irregularidad anotada por el recurrente como se pasa a establecer:

1º Con fecha octubre 23 de 1984, el Juzgado Primero Superior de Popayán concedió a los acusados Hernán y Arnulfo Orozco el beneficio de la libertad provisional, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984.

2º Esta libertad se hizo efectiva el 9 de noviembre del mismo año, adquiriendo los acusados el compromiso de presentarse mensualmente ante el Juzgado de Instrucción Criminal radicado en El Tambo (Cauca), como aparece al folio 329 del sumario.

3º Consta a los folios 360 y 361 que los procesados fueron citados al municipio de El Tambo, un año después para la práctica de una diligencia de reconstrucción el 14 de marzo de 1985, habiendo comparecido a ella.

4º Por auto del dos de diciembre de 1986, visible al folio 397 del sumario, se declaró cerrada la investigación por segunda vez decisión de la cual se enteraron los acusados y Arnulfo Orozco pide al Juzgado que le trasladen las presentaciones a la Inspección Especial de Policía de Uribe - El Tambo, solicitud que lleva fecha de enero 30 de 1987 y es resuelta favorablemente al día siguiente.

5º El 30 de marzo de 1987, el Juzgado Superior de Popayán dictó auto de llamamiento a juicio contra los acusados y revocó el beneficio de libertad provisional de que venían disfrutando. Fue entonces cuando los procesados desaparecieron, siendo nulos los esfuerzos del Juzgado por obtener su comparecencia o su captura.

6º Al folio 420 aparece suscrita por el Juez Superior con fecha 7 de abril de 1987 una orden de captura dirigida al Inspector de Policía del municipio de El Tambo, sin obtener resultados positivos.

Esta solicitud se repite un mes después el 28 de agosto sin que la petición del Juez resulte efectiva.

Una tercera petición envía el Juzgado un mes más tarde en septiembre de 1987, que es contestada por el Comandante de la Policía de El Tambo, quien informa al Juzgado que ha sido imposible la captura de los procesados y que todas las actividades por él desplegadas para encontrarlos, no han dado fruto.

Sólo entonces, después de haber realizado las anteriores diligencias, el Juzgado emplazó a los procesados, los declaró reos ausentes y les designó un defensor que los representara en el período de la causa. En estas condiciones, el Juzgado dio entera y cabal aplicación a lo dispuesto en el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal de 1971 y no puede afirmarse en consecuencia, que el emplazamiento y la declaratoria de reos ausentes de los procesados, se hubiese realizado sin el cumplimiento de las exigencias legales o quebrantando el derecho de defensa. En el caso de autos, indudablemente no fue posible hallar a los acusados para notificarles el auto de proceder, y de aquí que el juzgamiento se hubiese efectuado sin su presencia.

No prospera el cargo.

Cargo tercero de nulidad y causal segunda de casación:

En posición totalmente contradictoria y antilógica, el casacionista pretende que con los mismos argumentos de hecho y de derecho, la Corte, declare la nulidad del proceso y al mismo tiempo acepte su validez para casar la sentencia y dictar la de sustitución que contenga una rebaja de pena.

Alega el casacionista en el tercer cargo, al amparo de la causal 4ª que el proceso es nulo porque en relación con el delito de lesiones personales el cuestionario sometido a consideración del jurado no reflejó a cabalidad el cargo formulado en el auto de proceder.

Y afirma, al impugnar la sentencia por la causal segunda, que en relación con las mismas lesiones personales hubo desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, porque en aquél no se contempló a cabalidad lo dispuesto en el pliego de cargos, omisión que debe ser tenida en cuenta para casar la sentencia y rebajar la pena, en actitud que presupone la validez del proceso, lo cual hace imposible su simultánea alegación.

Sobrada razón asiste al señor Procurador Delegado en lo Penal, cuando afirma que "no se puede deducir 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 todo 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..."

No prosperan los cargos.

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

No casa la sentencia de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

EXTRADICION

La naturaleza de la actuación del Gobierno colombiano en el trámite de la extradición debe calificarse como administrativa y sujeta al control jurisdiccional correspondiente, conforme a las normas generales de la materia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 008.

Vistos:

Se resuelve lo pertinente frente a la petición de nulidad de la actuación incoada por el apoderado del requerido *Timothy Allen Crawford.*

Actuación procesal:

En marzo diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el señor Ministro de Justicia remite a la Corte la documentación correspondiente a solicitud de extradición de Timothy Allen Crawford, elevada por el gobierno de los Estados Unidos de América, país del que es natural; conforme y para los efectos de lo establecido en los artículos 655 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. En abril once (11) siguiente se dispone el trámite pertinente y a la hora de ahora luego de innumerables intermitencias encuéntrase la actuación pendiente de decisión frente a las pruebas pedidas por el solicitado y su apoderado lo que oportunamente se despachará una vez definido el motivo de esta providencia.

De la solicitud de nulidad:

El actor hace consistir la invalidez en la falta de jurisdicción del Estado colombiano para decidir sobre la demanda de extradición porque con antelación a este proceso, el gobierno de los Estados Unidos de América con apoyo en el Tratado suscrito entre el mismo y Colombia en mil novecientos setenta y nueve (1979), elevó similar requerimiento a raíz del cual en mayo veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y siete (1987), se decretó la detención con miras a la dicha extradición de Timothy Allen Crawford, decisión esta revocada

--según el libelista-- ante la no formalización de solicitud por el Estado requiriente. Que luego ante renovada petición en diciembre veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), el Ministro de Justicia colombiano dispuso igual medida precautelando originándose por ella un aislamiento especial del reclamado en la Penitenciaría "La Picota".

Expresa el apoderado que al tenor de los artículos 742 del Código de Procedimiento Penal derogado y 668 del ordenamiento procesal vigente, si no ha sido formalizada la demanda de extradición dentro de los setenta (70) y sesenta (60) días siguientes a la detención, respectivamente, esta debe revocarse y el individuo sujeto a ella será dejado en libertad sin que pueda aprehenderse nuevamente por el mismo motivo; de lo cual deduce que no procede un segundo reclamo en extradición más cuando se propone --como en el caso presente-- por las mismas causas y con idénticas pruebas y, así, el Estado requiriente ha perdido el derecho para insistir en ello, careciéndose, por ende, en la actualidad de poder legal o jurisdiccional para someter al solicitado a nueva tramitación pues que entraña transgresión a la ley colombiana.

Agrega copia auténtica de estos documentos: Auto de mayo veintinueve (21) de mil novecientos ochenta y siete (1987), mediante el cual el Ministerio de Justicia en atención al reclamo del Gobierno de los Estados Unidos de América, decreta la detención preventiva con fines a la extradición de Timothy Allen Crawford, observándose en su texto que el requerido se encuentra detenido en la Penitenciaría "La Picota" de Bogotá a órdenes de Juez colombiano y por virtud de proceso adelantado contra el mismo; del auto de agosto treinta y uno (31) del mismo año por el cual se revoca dicho proveído considerando que como en junio veinticinco (25) anterior la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la Ley 88 de 1986 --aprobatoria del Tratado suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América en mil novecientos setenta y nueve (1979)-- aquella medida queda sin soporte jurídico, ordenando expedir copia del proceso respectivo para investigar las acusaciones allí planteadas ante Juez nacional, decisión esta última revocada en noviembre veinticuatro (24) siguiente estimando improcedente ello ante la no aplicabilidad del principio de extraterritorialidad (art. 15 del C. P.) en relación a Timothy Allen Crawford por no ser ciudadano colombiano.

La Corte:

I. La nulidad propuesta se apoya en el hecho de haberse presentado con anterioridad a este trámite la misma petición de extradición sustentándola en iguales documentos y ordenando su gestión, sin haberse formalizado oportunamente por el Estado reclamante; lo cual impedía disponer nuevamente la aprehensión del solicitado en extradición, conforme a normas expresas (art. 742 del C. de P. P. derogado, art. 668 del C. de P. P. vigente).

Examinada tal argumentación, se hace necesario en primer término para determinar la procedencia del pronunciamiento, establecer la naturaleza del trámite.

II. La extradición corresponde decretarla al Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Justicia (arts. 747 del C. de P. P. anterior, 659 del C. de P. P. actual), contemplándose dentro del diligenciamiento previsto por el estatuto procesal penal que se ha aplicado en este caso, el concepto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para determinar si se cumplen los requisitos sustanciales exigidos; debiendo negarse por el Ejecutivo en el evento de que aquella opinión fuere negativa (incisos 2º, arts. 747 y 657, respectivamente, C. de P. P. citados).

III. Significa lo anterior que a esta actuación o análisis se limita la intervención y pronunciamiento de la Corte, conforme a las finalidades que se han asignado a su competencia, para garantizar el cumplimiento de determinadas exigencias básicas (arts. 734, 748 y conc. C. de P. P. anterior, arts. 649, 658 y conc. C. de P. P. vigente).

Por lo mismo escapa a su control el examinar la procedencia del trámite que se inicia con el recibo de la documentación correspondiente en el Ministerio de Relaciones Exteriores (arts. 743 y 642, respectivamente, C. de P. P. aludidos) y cumplidos los pasos necesarios sigue el expediente al Ministerio de Justicia, entendiéndose que en este momento el gobierno colombiano ya ha determinado o resuelto, examinada la petición, que es procedente la gestión cumplida y dispone las diligencias subsiguientes (arts. 746 y 655 estatutos procesales mencionados).

La nulidad que se propone hace relación a un acto de carácter administrativo —extradición— por cuanto implica un pronunciamiento inicial sobre la viabilidad de la actuación o trámite que debe cumplir el Gobierno Nacional para llegar a una decisión final; o sea, que conforme al criterio tradicional constituye una manifestación de voluntad de la administración dirigida a producir efectos en derecho en ejercicio de una facultad legal, lo cual le da tal carácter (art. 83 del C. C. A.) y dada esta naturaleza ha de debatirse su validez ante la jurisdicción correspondiente, a través de las acciones respectivas como se desprende de la misma solicitud del apoderado al referirse a normas administrativas (art. 163 del C. C. A., conc. art. 97, numeral 1º, C. de P. C.).

Refuerza la anterior consideración el que ante la misma jurisdicción y dada la índole de la providencia, es impugnabile la determinación del Gobierno que ponga fin al procedimiento señalado.

IV. Cabe también anotar que la extradición contempla un trámite mixto con resolución del Ejecutivo que niega o concede finalmente aquella pero con la intervención de la Corte Suprema de Justicia que por intermedio de su Sala Penal debe emitir concepto sobre determinados aspectos jurídicos, sin que esta actuación pueda variar la naturaleza de la actuación del Gobierno colombiano que debe calificarse como administrativa y sujeta al control jurisdiccional correspondiente, conforme a las normas generales de la materia.

V. Por estas mismas consideraciones se concluye que no corresponde a la Corte decidir sobre la validez del trámite original, como se solicita por el apoderado del requerido, ya que la función de esta colegiatura y para el caso concreto es la indicada exactamente por la

ley, la cual —como se expresara— se dirige a dictaminar sobre la existencia de los requisitos y procedencia de la extradición en guarda de los derechos indeclinables del reclamado.

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

Resuelve:

Abstenerse de decidir sobre la solicitud de nulidad formulada por el apoderado del solicitado Timothy Allen Crawford.

Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para resolver sobre las solicitudes de pruebas.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garrido, Secretario.

INIMPUTABILIDAD

El legislador proclama la manifestación no de cualquier indicio, sino de aquellos que de manera atendible y positiva permitan inferir que el agente, al momento de la conducta ejecutada, actuó en situación de inimputabilidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., siete de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 008.

Vistos:

El Juzgado Diecisiete (17) Superior de Bogotá en sentencia de diciembre doce (12) de mil novecientos ochenta y ocho (1988) (fls. 168 y ss., cuaderno 1), condenó a *José Isidoro Álvarez Álvarez* a la pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y a la indemnización de perjuicios señalados en suma concreta, como responsable del homicidio voluntario en la persona de *Angela Álvarez Garzón* y lesiones a *Jorge Eliécer Useche*, en hechos ocurridos el veintidós (22) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983) en zona urbana del municipio de La Palma (Cundinamarca).

Al resolver la consulta de la anterior providencia, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo de febrero veintidós (22) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), la confirmó con las modificaciones de excluir la pena accesoria de suspensión de la patria potestad y de reconocer rebaja de veintiun (21) meses en la sanción de prisión (Ley 48 de 1987).

Interpuesta casación por el acusado y cumplidos los trámites pertinentes se procede a decidir.

En su concepto la Procuraduría Segunda (2ª) Delegada en lo Penal solicita negar las peticiones contenidas en la demanda.

Hechos:

Los resumió el Juzgado del conocimiento en los siguientes términos:

"...El veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y tres, alrededor de las ocho de la noche, en el municipio de La Palma (Cundina-

marca), José Islaín Alvarez Alvarez llamó a la puerta de la casa en que habitaba Angela Alvarez Garzón, su parienta, con la cual había mantenido relaciones amorosas. Al abrirla aquella, disparó con arma de fuego que portaba contra Jorge Eliécer Useche, novio de Angela y quien se encontraba con ella, ocasionándole heridas, habiendo éste último emprendido la huida. Enseguida disparó contra Angela Alvarez Garzón, quien poco después murió en el lugar de los hechos. Seguidamente, se ausentó precipitadamente del lugar, sin que se lograra su captura..."

Actuación procesal:

Practicó las primeras diligencias e inició la investigación el Juzgado Promiscuo Municipal de La Palma, cumpliendo este despacho con las actuaciones ordenadas por el funcionario cognoscente, sin que pudiera aprehenderse durante esta etapa al acriminado José Islaín Alvarez Alvarez, a quien le resultaba acusación directa vistas las manifestaciones del lesionado Jorge Eliécer Useche quien declaró que aquél fue el autor de los hechos por haberlo reconocido, amén de aparecer en contra del inculpado declaraciones de diferentes personas en cuanto a sus relaciones amorosas con la occisa y las amenazas de muerte dirigidas a la mujer con ocasión del rompimiento de aquellas.

Perfeccionada la investigación y declarado contumaz Alvarez Alvarez, se cerró y calificó con auto enjuiciatorio por homicidio voluntario y lesiones personales en las personas ya mencionadas. Ejecutoriada esta providencia, dentro del término probatorio se solicitó por la Fiscalía pruebas para la determinación de los perjuicios, lográndose en este momento la captura del acusado cuando acudió a las oficinas del "DAS"; se le oyó en declaración injurada dentro de la cual afirmó encontrarse en Bogotá para la fecha de los acontecimientos y en las últimas horas de la tarde haber viajado a Guaduas (Cundinamarca) y no haber padecido ni sufrir enfermedades mentales aunque sí algunos de sus familiares.

Cumplidas las pruebas ordenadas y antes de la celebración de la audiencia, el Ministerio Público solicitó se sometiera al procesado a examen médico psiquiátrico en atención a las manifestaciones de éste de hallarse afectados de anormalidad mental algunos de sus consanguíneos, solicitud negada por el Juez al estimar que no existía fundamento para disponer tal prueba. Interrogado en la audiencia el procesado reiteró sus manifestaciones de no padecer anomalía psicológica alguna, sin insistir el Fiscal en su inquietud inicial, atendido lo expuesto por el acusado. El Jurado de Conciencia respondió afirmativamente los cuestionarios que se le sometieron sobre la responsabilidad de aquél; se dictó la sentencia condenatoria de primera instancia, confirmada por el Tribunal al resolver la consulta mediante el fallo recurrido en casación.

La demanda:

Previa referencia a los antecedentes procesales y a las reiteradas aseveraciones del procesado de no padecer enfermedad o anormalidad

psíquica alguna, el actor invoca contra la sentencia la *causal cuarta* de casación —por nulidad— conforme al anterior estatuto procesal (art. 500; conc. art. 677 del C. de P. P. vigente) y propone con este soporte los cargos que se analizan:

Primer cargo: Con fundamento en norma constitucional (art. 26), lo radica en que por no haberse decretado el reconocimiento médico psiquiátrico al acusado (art. 411 del C. de P. P. derogado) "... no obstante que existían elementos de juicio que permitían suponer fundadamente la existencia de un trastorno sico-somático en el agente coetáneo con los hechos que se imputan...", se violaron las formas propias del juicio y los derechos del procesado.

Transcribe el artículo 411 del anterior ordenamiento procesal y anota que según éste, es imperativo someter a examen médico a un acusado cuando por el conocimiento que se tiene del mismo en el trámite y según las pruebas, se estime que pudo obrar bajo cualquier circunstancia que permita calificarlo como inimputable. Insiste en que existían indicios o señales de anormalidad en el acriminado que requerían tal examen, negado —no obstante la insistencia en ello del Ministerio Público— hasta último momento; omisión que determina nulidad, respecto a lo cual evoca jurisprudencia (Sentencia de julio 9 de 1986, Magistrado ponente doctor Dávila Muñoz).

Anota que uno de los elementos más ilustrativos para establecer la salud mental del reo es la indagatoria, en la cual se incluyen los antecedentes personales y familiares, habiendo informado allí Alvarez Alvarez que tres (3) de sus hermanos han padecido enfermedades mentales, lo que motivó la reiterada solicitud de la Fiscal de procurar acopiar estudios médicos, sin poder compartir el criterio del Juez de que aquello no significaba que el procesado estuviera también afectado de dolencia similar; y no es posible un juicio válido de responsabilidad, sin establecer previamente la imputabilidad como capacidad de discernimiento en el momento de consumación del hecho para poder determinarse, admitida en este caso por el juzgador de instancia atendidas las afirmaciones del acriminado, prescindiendo de dar aplicación al artículo 355 del Código de Procedimiento Penal en cuanto a establecer las circunstancias favorables al mismo, habiéndose limitado el funcionario a admitir sus aseveraciones, incurriendo así en invalidez de la actuación a partir de la clausura del ciclo investigativo.

Segundo cargo: Lo hace consistir, con apoyo en la misma norma constitucional, en torno a la celebración de la audiencia pública, por no haberse determinado la normalidad mental del acusado, sustrayendo así su juzgamiento a sus jueces ordinarios (art. 11 del C. P.) y al procedimiento especial previsto en el artículo 34 del anterior estatuto procesal para inimputables (art. 31 del C. P.).

Alvarez Alvarez —concluye— fue enjuiciado y condenado como sujeto imputable frente a la ley penal y de determinarse situación

contraria, se originaría nulidad, porque su procesamiento en tal caso se sometería a otro procedimiento; por todo lo cual impetra la nulidad.

Concepto de la Procuraduría Segunda (2ª) Delegada en lo Penal:

Previa observación de que los dos cargos son en realidad uno solo, partiendo el que se presenta como segundo de una base hipotética, pues se apoya en situación no demostrada, destaca en cuidadoso estudio de la acusación que el examen médico sólo procede, según las normas respectivas, cuando pueda suponerse seriamente que el procesado actuó en estado de trastorno sico-somático, lo cual exige un tratamiento especial acorde con la ley, tratándose, por tanto, de prueba que no queda al arbitrio del Juez y que sólo tiene cabida cuando existen indicios suficientes de perturbación o anomalía; hace referencia al proceso para señalar como el acusado se ausentó del lugar y capturado cinco (5) años después, dió la explicación ya conocida, circunstancia que indica su anomalía; la petición de la Fiscal originó la expectativa de nulidad en que se apoya la demanda, pero sin poder omitir que la responsabilidad penal es individual y que no basta conforme a jurisprudencia la simple afirmación de la anomalía psíquica para disponer el examen psiquiátrico. Por todo ello solicita no casar el fallo referido.

La Corte:

I. Los cargos se apoyan en no haberse decretado el estudio médico psiquiátrico al procesado cuando era conducente; y en la invalidez del procedimiento dado que se silenció el señalado por la ley para el caso de la inimputabilidad indicando las distintas consecuencias en una y otra situación fáctica.

Este solo planteamiento —como advierte con todo fundamento la Delegada— implica que sustancialmente se trata de un solo cargo, al corresponderse con situaciones que se integran para constituir unidad; ya que la omisión de la referida prueba, si se admitiera como procedente, determinaría invalidez porque se habría sometido al acriminado a trámite procesal y medidas legales distintas a las que competían.

Por manera que basta con analizar ésta alegación en general, pues la decisión comprende los dos aspectos que se pretenden distintos, observando si que la segunda posición presupone partir de un supuesto no demostrado como es el de que realmente se requería la prueba dicha.

II. *De conformidad con el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal derogado, el Juez debe disponer el examen psiquiátrico del acusado en el momento que observe que éste presenta indicios de hallarse en estado de perturbación o anomalía mental.*

Constante y pacífica ha sido la jurisprudencia de la Corte —que en esta se reitera— en predicar que la pretermisión de la prueba dirigida a establecer las características propias del psiquismo del acusado en el momento en que realza la acción, es causal de nulidad constitucional si la realización de la pericia psiquiátrica se impone

con todo rigor en presencia de motivos valederos y verosímiles que hagan sospechar estados psíquicos anormales. Proclama el legislador la manifestación no de cualesquier indicios sino de aquellos que de manera atendible y positiva permitan inferir que el agente al momento de la conducta ejecutada actuó en situación de inimputabilidad. Aquellos deben estar revestidos de fundamento, fuerza y seriedad suficiente para concluir en la necesidad de un análisis científico tal pues sólo en esta forma puede admitirse que se han violado las garantías sustanciales del acusado como son las de que en dicha situación se someta a procedimiento y tratamiento especiales que no son otros distintos a las medidas de seguridad (art. 12 del C. P.).

III. En el asunto a estudio, aunque el acriminado en su indagatoria afirmó la existencia de anomalías o perturbaciones mentales en tres (3) de sus hermanos, fue claro al sostener desde un principio, no obstante la información o reconocimiento mencionado, su total normalidad psíquica, reiterando en forma enfática y constante a través de sus intervenciones en el decurso del proceso y especialmente en la audiencia pública —donde fuera interrogado varias veces al respecto— que "...nunca he sufrido de enfermedades de la mente, estoy bien, no soy un loco..." (fl. 161, cuaderno 1).

Por otra parte, las respuestas del mismo sujeto ante las preguntas formuladas sobre los hechos, sus antecedentes y manifestaciones en términos generales, permiten deducir sin duda alguna que se trata de persona lúcida y con suficiente coordinación, no infiriéndose de ello irregularidad alguna en su psiquis y personalidad como él mismo afirma. Basta anotar en cuanto a los sucesos materia del proceso que si bien admite su parentesco con la occisa niega lo de las relaciones y explica que al tiempo de la consumación del delito se encontraba en otro lugar.

IV. La sola petición de la Fiscalía sobre la práctica de la prueba, de la cual desistió finalmente dadas las circunstancias ya expresadas, no constituía base suficiente, como lo pretende la actora, para disponer tal examen. Ciertamente que —como juiciosamente anota el Ministerio Público— no se puede desconocer el factor herencial o familiar en algunas enfermedades mentales, pero estas deben traducirse en hechos o manifestaciones de la conducta humana que den apoyo a la afirmación de existir tal clase de anomalías en un sujeto o en un caso concreto y determinado.

V. La jurisprudencia invocada por la libelista no tiene aplicación en el asunto sub júdice, ya que como se ha dicho, parte de la existencia de indicios suficientes de anormalidad o perturbación mental en el procesado, lo cual no ocurre en el caso de la especie, por las razones ya consignadas las que resultan acordes con lo que en reciente providencia expresó esta Sala:

"...El cargo se dirige a afirmar el quebrantamiento de las formas propias del juicio y consecuentemente del debido proceso, por haberse omitido practicar al procesado examen médico psiquiátrico que según el actor resultaba imprescindible dadas sus manifestaciones y el dicho de testigos de encontrarse en estado de embriaguez en el momento de los hechos".

"...El artículo 411 del anterior Código de Procedimiento Penal imponía al Juez o al funcionario de instrucción el disponer examen médico del sindicado, desde el momento de su captura, cuando advirtiera en éste indicios de encontrarse en estado de anormalidad mental o de perturbación transitoria. La jurisprudencia de la Corte ha sido clara en que cuando existe prueba suficiente y se omite el examen referido, se incurre en nulidad de carácter constitucional, toda vez que se ha pretermitido una garantía sustancial con el efecto de someter a un procesado incapaz de determinarse, dadas sus condiciones personales de anormalidad, a las penas previstas por la ley para quienes son imputables..."

"...Sin embargo, también ha sido clara esta Sala Penal en cuanto a que sólo cuando existan pruebas bastantes o indicios que permitan llegar a la conclusión indicada con bases suficientes procede la invalidación para el procedimiento sin jurado y aplicación de medidas de seguridad. Reiterando tal jurisprudencia expresó en siguiente fallo:..."

"...La imposición que el artículo 411 del estatuto procesal al Juez sólo se hace obligatoria, como inveteradamente lo ha sostenido la Sala, cuando el funcionario directa o indirectamente encuentre razones valederas para someter al acusado a examen médico que indique su estado de salud mental, sea para el momento del delito, o durante el término del proceso. No practicarlo cuando falte fundamento empírico para ello no afecta en nada el debido proceso y no puede, por tanto, generar nulidad supralegal..." (*Sentencia de julio 1º de 1987, Magistrado ponente doctor Giraldo Angel*)..."

"...Se hace así necesario por consiguiente, examinar en cada caso los elementos de juicio existentes para llegar a la expresada determinación, o sea, si es o no pertinente el examen psiquiátrico del procesado..." (*Casación de febrero 9 de 1988, Magistrado ponente doctor Dávila Muñoz*) (*En el mismo sentido sentencia de agosto 11 de 1989, Magistrado ponente doctor Duque Ruiz*).

De conformidad con lo expuesto no procedo la nulidad alegada y por lo mismo no prospera la acusación.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Desechar el recurso de casación.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION

La causal del numeral 1º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal no se refiere a los eventos en que, por interpretación de las normas o de los hechos, se considera que en una determinada conducta no se puede predicar la coautoría

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E.,
ocho de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 08.

Examinado, como lo ordena el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, el escrito contentivo de la solicitud de revisión presentado a nombre del co-sentenciado *José del Carmen Aguilera*, a quien se condenó por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito en la persona de Luis Felipe Rodríguez, en proceso que en segunda instancia falló el Juzgado 4º Superior de Bogotá el 12 de octubre de 1989, encuentra la Sala que no reúne los requisitos de forma de que trata el artículo 233 *ibidem*, específicamente en cuanto concierne a lo previsto en los numerales 3º y 4º de esta norma.

La causal que invoca el recurrente es la consagrada en el numeral 1º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que habrá lugar a revisión “cuando en virtud de sentencia contradictoria hayan sido condenadas dos o más personas por un mismo delito que no hubiere podido ser cometido sino por una, o por un número menor de las sentenciadas”.

Es claro que esta causal sólo opera en los eventos en que empíricamente están demostradas las condiciones que obligan a afirmar que el delito fue cometido por una sola persona, o por un número inferior a las sentenciadas, como lo dice la norma. Tal sería el caso en que probatoriamente se establece que en el sitio de los acontecimientos sólo estaban el agresor y su víctima, y se condenan dos personas como autores materiales del homicidio de ésta. Pero esta causal no se refiere a los eventos en que por interpretación de las normas o de los hechos, el recurrente considera, disintiendo del razonamiento del Juez que profirió la sentencia, que en una determinada conducta no se puede predicar la coautoría, pues este debate se tiene que dar en las distintas etapas del proceso, o en la Corte, pero sólo en sede de casación, y como violación directa o indirecta de la ley sustancial, según el caso.

En su demanda el recurrente se circunscribe a afirmar que la sentencia es contradictoria porque en ella se condenó a su poderdante y a otra persona como coautores de delito culposo por haber causado lesiones a un peatón cuando iban compitiendo por una de las calles de esta ciudad, conducta que en su opinión sólo podía calificarse como concurso de causas independientes.

Como se puede observar, la demanda no encaja dentro de los supuestos normativos de la causal invocada, pues ella no plantea la imposibilidad empírica de que el delito pueda haber sido cometido por dos personas. Por el contrario, acepta esta eventualidad, aunque atribuyéndola a ambos procesados a un título distinto del acogido por el Juez que dictó la sentencia.

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

Resuelve:

Rechazar in limine la solicitud de revisión presentada a nombre de José del Carmen Aguilera, a la cual hace mérito esta providencia.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edguy Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO

La observancia plena de las prescripciones pertinentes, no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar la norma

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 08 de febrero 7 de 1990.

Vistos:

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el denunciante contra el auto inhibitorio proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha junio siete (7) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), mediante el cual esa Corporación negó la apertura de investigación penal en contra de la doctora *Luz Mary García Téllez*, a quien por algunas actuaciones suyas como Juez Civil del Circuito de Gachetá, denunció Héctor E. Acosta Neira.

I. Los hechos:

Los resume con fidelidad el *a quo* como sigue:

“El doctor Héctor E. Acosta Neira, en escrito presentado ante el Tribunal el 6 de febrero de 1989, estima que la doctora Luz Mary García Téllez, como Juez Civil del Circuito de Gachetá, ha incurrido en conducta prevaricadora al proferir providencia imponiéndole la obligación de acreditar la calidad de heredero del cesionario de derechos herenciales y en virtud de no haberle concedido recurso de apelación contra tal decisión”.

II. Los cargos imputados a la funcionaria:

En términos concretos el abogado denunciante consideró que la Juez acusada profirió decisiones manifiestamente contrarias a derecho, como quiera que:

“1º Ante el Juez Civil del Circuito de Gachetá, cursa el proceso de sucesión intestada de la señora Julia Rebeca Neira vda. de Acosta, Juzgado que es regentado por la doctora Luz Mary García Téllez.

"2º Dentro de esta actividad judicial, se solicitó el reconocimiento del señor Antonio Acosta Bejarano en su calidad de cesionario de algunos derechos herenciales, y para obtenerlo se allegó la respectiva escritura pública que, al acreditarlo como tal, entra a reemplazar a los herederos cedentes o vendedores, conforme lo establece el artículo 1967 del Código Civil.

"3º Para acceder al decreto de reconocimiento del precitado comprador, el Juzgado la condicionó a la aportación de algunos registros civiles de los vendedores-cedentes, sin que tal exigencia se halle consagrada en norma alguna dentro de nuestro sistema jurídico, pues el numeral 5º en armonía con el 6º del artículo 590 del Código de Procedimiento Civil, no hacen referencia o relación al allegamiento de esas probanzas.

"4º Las normas que acaban de citarse se circunscriben al hecho de que el interesado no aporte la prueba de la calidad con la cual obra, y, como el señor Acosta Bejarano compareció en su condición de cesionario y lo demostró con su pertinente escritura, la Juez no podía abstenerse de cumplir con uno de sus deberes como directora del proceso.

"5º Al insistirse sobre la viabilidad de este reconocimiento, la misma citada funcionaria volvió malintencionadamente a fusionar las calidades de heredero con las de comprador-cesionario porque, recavó sobre la necesidad de cumplir su caprichoso mandato de demostrar un parentesco que no se exige acreditar para el reconocimiento del adquirente que, por ende, viene a reemplazar a los vendedores herenciales, sin ninguna otra ligazón.

"6º Una vez interpuesto recurso de reposición, con apelación subsidaria, en contra de semejante determinación ilícita, el Juzgado pronunció el auto de fecha 12 de diciembre del año inmediatamente anterior, en donde la Juez mantiene su determinación de no reconocer al cesionario mientras no se lleven los registros ya conocidos, y, lo más grave aún que denegó el recurso de alzada cuando este principio o medio de impugnación se encuentra perfectamente autorizado para los terceros por el numeral 2º del artículo 351 en concordancia con el numeral 7º del artículo 790 (sic) del Código de Procedimiento Civil".

III. Concepto de la Delegada:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal emitió su interesante concepto en el cual pide la confirmación del auto apelado, al considerar la legalidad de la actuación cumplida por la doctora Luz Mary García Téllez, como Juez Civil del Circuito de Gachetá en el juicio de sucesión de la señora Julia Rebeca Neira vda. de Acosta.

IV. Consideraciones de la Sala:

Comparte esta Corporación integralmente el criterio plasmado por el Tribunal Superior de Bogotá en la providencia inhibitoria de investigación penal, lo mismo que los serios argumentos expuestos por el Procurador Delegado al impetrar la confirmación del auto

atacado por el denunciante, por cuanto de la lectura y evaluación de los plurales elementos de juicio que fueron aportados, surge como única e incontrovertible conclusión, de que la Juez de Circuito denunciada en sede criminal, ajustó en todo momento su comportamiento a la normatividad que regula el proceso de sucesión.

En efecto, en relación con el primer cargo, esto es, supeditar, no dejar, el reconocimiento del cesionario a la demostración probatoria de la calidad de los cedentes, que no estaba acreditada en el proceso, sostiene el colaborador fiscal, con lo cual está de acuerdo la Sala lo siguiente:

"Es cierto, como lo enfatiza el recurrente, que los arts. (sic) 1967 del Código Civil no exigen que junto con la escritura pública que prueba la cesión de derechos herenciales se alleguen los registros civiles de los herederos con los cuales se demuestre su calidad en el juicio de sucesión, pero de ahí no puede concluirse, indubitadamente, que el Juez deba reconocer al cesionario sin haber establecido que los cedentes son titulares de la correspondiente vocación hereditaria, pues, no se trata de la venta que cualquier persona realiza de bienes inmuebles, muebles, créditos, etc., sino de la cesión de los derechos y acciones, como universalidad de bienes, que hace el cedente respecto a aquellos que le correspondan en la sucesión, lo cual sin ningún esfuerzo mental y por el contrario, con la mayor lógica interpretativa, implica que el vendedor deba ser titular de esa calidad y probarla en el juicio". Veamos:

De conformidad con el artículo 1967 del Código Civil: "El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado, sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario" y por disposición del artículo 590.5 del Código de Procedimiento Civil: "El adquirente de todos o parte de los derechos de un asignatario podrá pedir, antes de que se ejecutorie el auto que decreta la partición o adjudicación de bienes, que se le reconozca como cesionario, para lo cual acompañará a la solicitud la prueba de su calidad y el comprobante de pago de los impuestos, sino obra en el expediente".

Es decir, que se trata de dos titulares diferentes y diferenciales; la del heredero y la del cesionario de los derechos herenciales, pues si bien al cesionario de una herencia le competen los mismos derechos y obligaciones que el cedente de ella, porque la venta no hace sino cambiar la persona del heredero, esto no significa que se transmite el título y la calidad de tal, por ser estos inherentes a la persona, de ahí que como ha afirmado la Sala de Casación Civil, impera tener en cuenta para el análisis de estos institutos, que: "El cesionario de derechos hereditarios no es causahabiente del causante" (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de mayo de 1953, LXXV, 193).

Por tanto no admite duda alguna, que deben demostrarse una y otra, que como es apenas obvio, no pueden concurrir en cabeza de la misma persona frente a la misma universalidad de bienes, remitiéndose el análisis a establecer cómo y ante quién debe probarse.

No pudiendo existir cesionario sin heredero cedente, también impera precisar que para que pueda cumplirse esta relación, el cedente

debe tener capacidad legal para "ceder", pues de lo contrario no podía jurídicamente vender unos derechos que no pueden transferirse y esta capacidad legal para ceder debe ser consecuencia de la vocación hereditaria, la cual a su turno, para casos como el presente, requiere la demostración del parentesco con el causante.

Consecuentes las anteriores argumentaciones del señor Procurador Delegado con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación que señala que el artículo 149 del Código Penal, define el delito de prevaricato por acción como la conducta del funcionario que profiera resolución manifiestamente contraria a la ley, esto es, no observen plenamente las prescripciones pertinentes, existiendo evidente ánimo de apartarse de los límites fijados por el legislador, sin que de lo anterior implique que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales del derecho y con las pruebas sometidas a su estudio, es por lo que la Sala, atendiendo además a una correcta interpretación de las normas por parte de la funcionaria acusada, manifiesta que su comportamiento traducido en la decisión de no reconocer al cesionario hasta tanto no se allegara la prueba de la calidad de los cedentes, como en efecto se cumplió, de manera alguna resultó ser contrario a derecho, no siendo entonces más, que una legal previsión, atendible por los fines perseguidos.

En relación con la negativa de la funcionaria denunciada, de no conceder el recurso de apelación contra la decisión anteriormente comentada y que se refería a la aportación de la prueba que demostaba la calidad de los cedentes, entiende la Sala la opinión de su delegada, puesto que ella reconoce la legalidad de la actuación criticada, como quiera que resulta atendible la explicación de la doctora García Téllez, en cuanto que sería susceptible del recurso de apelación alegado, únicamente en el evento en que se decidiera aceptado o rechazado al cesionario, conforme lo prescriben los artículos 351-2 y 590-7 del Código de Procedimiento Civil, pero como quiera que la decisión no apuntaba a resolver "su petitum", sino a decretar de oficio la aportación de unas pruebas necesarias para darle certeza al proceso, las normas citadas por el denunciante no podrían ser aplicadas, siendo en consecuencia, jurídico recurrir a lo prescrito en el artículo 179 ibídem, que precisamente señala que la decisión mediante la cual son decretadas pruebas de oficio no son susceptibles de recurso alguno.

Las anteriores argumentaciones imponen la confirmación del auto recurrido por el denunciante.

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

Resuelve:

Confirmar el auto inhibitorio apelado.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Rutz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael Cortés Garriga, Secretario.

APELACION. AUTO INHIBITORIO

Por virtud de lo normado en el vigente Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), hoy por hoy, es imperioso sustentar el recurso de apelación, inclusive cuando se interpone contra el auto inhibitorio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 07 de febrero 7 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en determinación de octubre 3 del año próximo pasado, se abstuvo de iniciar investigación penal contra la doctora *Ana Milena Velasco Roldán*, en su demostrada condición de Juez Cuarto Civil Municipal de Tuluá, Valle, y por los hechos denunciados por el doctor *Jaime Antonio Alvarez Pedroza*, constitutivos de un presunto delito de prevaricato. Contra esta determinación el mismo doctor *Alvarez* interpuso recurso de apelación.

Aconteció que, en el Juzgado Primero Civil Municipal de Tuluá cursó el proceso abreviado de lanzamiento de arrendatario promovido, mediante apoderado, por *Luis Heberth Peláez Lozano*, contra *Jaime Antonio Alvarez Pedroza*, el que culminó con sentencia de marzo 10 de 1986, dando por terminado el contrato de arrendamiento, decretando el lanzamiento del local denominado "La Campiña" y condenando en costas al demandado. En firme el fallo, se obtiene copia del mismo, al igual que del contrato de arrendamiento y con tales documentos como base de recaudo se instaura proceso ejecutivo para el cobro de los cánones de arrendamiento adeudados y las costas del proceso anterior, cuyo trámite correspondió por reparto a la hoy juez acusada.

"El motivo de mi denuncia —afirma el doctor *Alvarez P.*— radica en el hecho de que la Juez Cuarta Civil Municipal de Tuluá, condena al suscrito a pagar cantidades de dinero después de retirar el demandante el dinero del Banco, sancionando al suscrito con el pago de intereses, por unos dineros que anticipadamente se habían consignado en el Banco a nombre del demandante y regulándolos desde 1985...

mi inconformidad la hago resaltar en el hecho de condenarme a pagar \$ 48.000.00 y unos gastos procesales, arguyendo que se causaron agencias en derechos”.

Obligado como estaba el denunciante, en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, a sustentar el recurso de apelación, presentó un escrito que, en sentir del Tribunal, cuando concedió el mismo, “no critica la providencia del Tribunal, en sus fundamentos jurídicos, sino que se limita a hacer un recuento histórico de las gestiones judiciales”.

Y el Tribunal concede el recurso “en el entendimiento de que el impugnante no está obligado a sustentar su alegato en los términos en que si se le exigiría a un abogado y sobre todo para brindarle la oportunidad a que tiene derecho como desfavorecido con la decisión de primer grado, dentro de los parámetros de una adecuada y pronta justicia”.

La Delegada, a su turno, señala: “En el memorial sustentatorio de la apelación, el recurrente Alvarez Pedroza no hace ninguna crítica, ni relación a la providencia del Tribunal, se desconocen los motivos de su inconformidad, ya que se limita a hacer una relación al tratamiento dado a los dos procesos civiles que ha dado origen a estas diligencias, para plantear en cada una de ellas aspectos que ya fueron valorados y decididos en su debida oportunidad”. Con todo, conceptúa en el fondo, solicitando confirmación de la providencia, afirmando entre otras cosas: “...La actuación procesal surtida en el ejecutivo de marras, en la forma como se ha dejado reseñado, permite establecer la certeza e imparcialidad como se adelantó, la aplicación correcta de las normas pertinentes, la participación extrema dada a cada una de las partes intervinientes, la resolución juiciosa de cada una de las peticiones que le fueron hechas y el otorgamiento de los recursos que le fueron incoados, en cuanto los consideró pertinentes, son prueba de la garantía dada a las partes”.

Breves consideraciones de la Sala:

1. Esta Corporación, siendo Magistrado ponente quien ahora cumple igual cometido, en determinación de octubre 9 de 1985, señaló:

“Tiene, pues, esta etapa preliminar o pre-procesal (art. 320 bis, C. de P. P.) unas características propias que no sólo gramatical, sino jurídicamente, la diferencian de la etapa procesal propiamente dicha. Como adjetivo, preliminar es lo que sirve de prólogo o proemio para tratar sólidamente una materia. El prefacio está antes de la materia misma, EL PROCESO. Lo preliminar apunta a limpiar, previamente, de dudas los hechos, para ver si ellos se acomodan o no a un tipo penal, y poder o no entrar a proferir, con fundamento, auto cabeza de proceso. Si efectivamente éste se dicta, jamás podrá decirse que las diligencias preliminares constituyen la antítesis del proceso. Cuando culminan con auto inhibitorio, éste sí es, per se, lo opuesto de aquél. Y es contra éste —que se dicta, obviamente, cuando aún no existe proceso— que se interponen y proceden los recursos ordinarios,

por ser providencia de fondo, como quiera que resuelve, por fuera del proceso, aspectos fundamentales que tocan con el ejercicio de la acción penal, la autoría y la existencia misma del delito.

"El legislador ha sido claro al decir que 'quien interponga el recurso de apelación en PROCESO civil, penal o laboral, deberá sustentarlo...'

"Es indiscutible que, el proceso penal, nace con el auto cabeza de proceso (de ahí este nombre) y que, antes de él, no en él, en derecho procesal penal existe lo que el mismo legislador ha denominado 'indagación preliminar', la que tiene una significación distinta a proceso. Inclusive, cuando las diligencias preliminares terminan con auto inhibitorio, ésta se constituye en la negación del proceso mismo.

"... Interpretando, pues, literalmente, la norma en cuestión se desprende que, cuando se interpone el recurso de apelación, de manera principal o subsidiaria, contra el auto inhibitorio, no hay necesidad de sustentarlo, por cuanto ella —art. 57 de la Ley 2ª de 1984— se refiere, en forma expresa y diáfana, es a aquellos eventos en los cuales se ha introducido en el proceso, el cual es, exactamente, antípoda del auto inhibitorio".

Pero deviene en indiscutible, por virtud de lo normado en el vigente Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), que, hoy por hoy, es imperioso sustentar el recurso de apelación, inclusive cuando él se interpone contra el auto inhibitorio. Efectivamente, el artículo 203 del mencionado estatuto señala: "Salvo disposición en contrario, el recurso de apelación procede contra la sentencia y los autos interlocutorios de primera instancia". A su turno, el artículo 205 ibídem indica los efectos (suspensivo, diferido y devolutivo) en que tal recurso se surte; y el 206 determina cuáles providencias son apelables y en qué efecto, y allí, en el numeral 6º se dice que el auto inhibitorio lo es y en el efecto suspensivo. Y, sin hacer ninguna distinción, el artículo 207 eiusdem, manda: "SUSTENTACION. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el Juez que profirió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concederá. Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, la apelación se entenderá sustentada con los argumentos que sirvieron de fundamento al recurso de reposición". El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia, se interpondrá y sustentará oralmente".

Lo anterior, claramente está significando que ya no es posible, para determinar la necesidad o no de la sustentación, hacer distinciones entre la etapa preliminar y la procesal propiamente dicha, y que para estos efectos, nada importa que el auto inhibitorio sea la antípoda del proceso, pues es voluntad expresa del legislador que, cuando se interponga el recurso de apelación, se sustente, tratándose o no de proceso. Ya no caben, se reitera, diferenciaciones en este sentido, porque la ley, en su tenor literal y diáfano, no las tolera.

2. Si, como resulta evidente, el escrito contentivo del recurso de apelación y de sustentación del mismo, no es esto último, por cuanto

no hace ninguna crítica, ni relación a los fundamentos jurídicos de la determinación presuntamente impugnada, desconociéndose así los motivos de su inconformidad con la misma, se impone colegir que uno de los requisitos sustanciales en orden a la procedencia del recurso, no se ha satisfecho. El Tribunal, entonces, no ha debido concederlo, como lo ordena el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, igual que para la Delegada era imperioso no conceptuar sobre el fondo del asunto, limitando lo suyo a impetrar la improcedencia del recurso, y, por ende, solicitar la inhibición.

Que no se le pueda exigir al denunciante apelante que no es abogado que sustente el recurso como si lo fuera, es verdad de perogrullo. Lo lógico y jurídico es a cada quien lo suyo, según su leal saber y entender. Pero quien no es profesional del derecho debe al menos, de alguna manera, señalar el desacuerdo con los fundamentos de hecho y/o de derecho tenidos en cuenta por el jugador. Si en el fondo no manifiesta su inconformidad, si no concreta siquiera un argumento que apunte a atacar los motivos que llevaron al funcionario a asumir la decisión, rejulge que no se está en presencia de una impugnación, esto es, que el recurso cae por su base.

Y esto es, exactamente, lo que acontece en el evento sub *exámine*, donde inclusive en el memorial de "sustentación" se afirma que la Juez acusada actuó ceñida a derecho, en unas oportunidades y, en otras, acatando lo decidido por su superior, lo que comporta que el recurrente está de acuerdo con lo decidido por el Tribunal. La verdad es, también, que el "impugnante" quiso aprovechar el recurso para referirse a otros funcionarios que tuvieron que ver con la marcha de los procesos civiles y con cuya acusación no está de acuerdo, pero que ya fueron denunciados, igual que el demandante Luis Heberth Peláez L., y para que la Corte "tome nota de cómo funciona de mal la justicia en esta ciudad de Tulúa". Definitivamente, así es imposible predicar que el recurso de apelación haya sido sustentado, como lo exige la ley. Y el derecho del denunciante a que la determinación que le es contraria sea revisada por el superior está supeditado al cumplimiento de tal requisito, no como lo entendió el Tribunal que, a pesar de la no sustentación, concedió la alzada.

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

Resuelve:

Inhibirse de conocer del presente asunto, por cuanto debiendo sustentarse el recurso de apelación contra el auto inhibitorio, no se cumplió con este presupuesto *sine qua non*.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Muntilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

CULPABILIDAD

Es imposible imaginar que sobre comportamiento autorizado por la ley, se pueda involucrar un error de interpretación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 08 de febrero 7 de 1990.

Vistos:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, profundamente impresionado por los salvamentos de voto de los Magistrados Guillermo Duque Ruiz y Edgar Saavedra Rojas, quienes se separaron de la decisión tomada por la Sala el 15 de agosto del año próximo pasado y mediante la cual se negó la apertura de investigación contra el *General Manuel Jaime Guerrero Paz*, en relación con la captura de Ligia Cáceres Díaz, intenta se reponga este proveído para que se asuma una de estas dos conclusiones:

a) Si el inhibitorio se funda en un fenómeno de inculpabilidad, esta solución no es posible en el actual Código de Procedimiento Penal, pues el artículo 34 al contemplar el fenómeno de la atipicidad, no puede involucrar un error de apreciación jurídica como el que pudo padecer el denunciado y que la investigación debe clarificar; y,

b) De insistirse en el mantenimiento del proveído, debe declararse en forma expresa, para bien de la doctrina, que la comentada causal de inculpabilidad forma parte del tipo penal como tipo subjetivo.

La Delegada, en denso y sesudo estudio, tiene ocasión de exteriorizar su conformidad con el contenido de los criterios expresados por los Magistrados Duque y Saavedra y de allí que haga "propios... aquellos agudos salvamentos de voto"; además, con acierto destacable, anota las vicisitudes de la doctrina y de la jurisprudencia, en cuanto a no promover una acción penal por razón de la atipicidad, remontándose a Binding sobre sus distinciones entre norma y ley; lo que se entendía por delito en la definición carrariana de "infracción a la ley del Estado", en la cual necesariamente se integraban todos sus elementos objetivos y subjetivos; el pensamiento dominante en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal de 1936 y 1938, al respecto, y la tendencia última de distinguir entre lo atípico (con estructura exclusivamente objetiva)

y lo antijurídico (con estructura subjetiva), a partir del Código de Procedimiento Penal de 1937, dándose así aplicación a la "Teoría causal del delito".

También, en este primer gran segmento de su escrito, el recurrente afirma la improcedencia de lo que entrevé como posición de la Sala Mayoritaria, de una "tipicidad conglobante" —Zaffaroni—, fundamentada en el principio de la unidad jurídica. Su renuencia a admitir este enfoque la cimenta, obviamente, en los referidos salvamentos y en la distinción de que "una cosa es ser titular de la facultad para ordenar la captura y otra muy distinta, tener facultad para ejecutar la captura. Este Decreto (el 2200 de 1988) está autorizando a los representantes del Poder Ejecutivo quienes le sirven en los Departamentos, Intendencias, Comisarias y Municipios para que puedan ordenar la captura de quienes en los términos de disposición pretendan el cese total o parcial, continuo o escalonado, de las actividades normales de carácter laboral o de cualquier otro orden.

"Ninguna duda existe en estas diligencias, que ni el Gobernador de Cundinamarca ni el Alcalde de Bogotá dieron esa orden; por tanto, quien la dio, tal como se lee en la comunicación enviada al Director Nacional de la Policía, fue el General Guerrero Paz como Comandante de las Fuerzas Militares, careciendo de facultad legal para ello.

"En estas condiciones, también se debe precisar que si admitiese, como se lee en el proveído impugnado, que por tener conocimiento el General Guerrero Paz de la actividad represible que algunas personas realizaban, entre ellas Ligia Cáceres Díaz estaba a su cargo, y con ello no incurría en delito alguno; disponer su captura, equivale a reconocer o que a este General se lo asimila a Gobernador, Intendente, Comisario o Alcalde, lo que no es posible, o que se atribuyó facultades que no le correspondían, que fue lo que sucedió.

"Si el Gobierno Nacional limitó esta facultad al Ejecutivo Departamental, Comisarial, Intendencial y Municipal, es porque la gravedad del cese de actividad lo entendió como un conflicto político-social y por allí concentró la decisión; de no ser así o no profiere el Decreto o incluye a otras autoridades.

"Ahora, considerar que el General Guerrero Paz no ordenó las capturas referidas, y específicamente la de Ligia Cáceres Díaz, sino que transmitió la orden por los informes de inteligencia conseguidos, al Director de la Policía, quien la trasladó a un organismo muy vinculado a la aplicación del Decreto 2200 de 1988, como lo fue la DIJIN", se desvirtúa del propio texto de la comunicación, en el cual expresa, textualmente, que las personas relacionadas deben ser capturadas al recibo de la presente orden; entonces no es que la transmitió sino que la dio..."

Todo esto le permite sostener la principal de sus peticiones, o sea, la apertura de la investigación, puesto que lo relativo a la "atipicidad", que debe entenderse en su plano objetivo, se encuentra ausente de la conducta del General Guerrero Paz.

En cuanto a la solicitud subsidiaria su motivación la cife a la teoría del "tipo complejo" y a este efecto comenta: "...La acción..."

siempre es evidente, por utilizar la conocida expresión de Welzel, o lo que es lo mismo, siempre estará dirigido por la voluntad y ésta siempre tenderá a un fin determinado; como lo sintetizó este autor, 'mientras la causalidad es ciega la finalidad es evidente'.

"En todo comportamiento humano, entonces, el individuo se fijará un propósito del fin a ejecutar, para ello elegirá los medios idóneos necesarios, previo conocimiento de la causalidad material y de las circunstancias concomitantes a su futuro actuar; agotada así la etapa interna, aparecerá la externa, la cual se concreta en la exteriorización del comportamiento.

"Como esta estructura concurre en toda conducta y el Estado sólo puede prohibirlas y no crearlas, se concluye que cuando se concretan en los tipos penales no pueden ser modificadas en su contenido óntico, ya que el legislador lo único que ha hecho es prohibirlas pero, se insiste, no crearlas.

"En estas condiciones, la conducta prohibida en el tipo penal sigue caracterizándose por sus aspectos subjetivos y objetivo y no sería legítimo suprimirle lo subjetivo para traspasarlo a la culpabilidad, pues, no es real entender una conducta sin este contenido, o sea, meramente objetiva.

"El tipo, en este esquema, queda integrado por lo objetivo y lo subjetivo, habiéndose entonces, de un 'tipo complejo'. Incorporado el contenido de la voluntad con que se realiza la conducta al tipo dejando a la culpabilidad en reprochabilidad puro y por tanto el dolo y la culpa al tipo, como estructuras típicas diferentes, se elabora el concepto complejo del tipo penal, redondeado por Welzel en los años 30, a partir de la afirmación de que la conducta no puede ser separada de su contenido, es decir, de su finalidad.

"Ubicado, entonces, el dolo en el tipo subjetivo, 'hoy no se acepta que tipicidad y antijuricidad sean elementos objetivos y la culpabilidad exclusivamente subjetiva, pues doctrinalmente poco se discute y se da como un avance admitido, la incrustación del dolo en el tipo, los elementos subjetivos de la antijuricidad y la culpabilidad normativa', así entre nosotros se trate de ver como algo exótico y de 'última moda', a pesar lo pretérito de su formulación.

"Este enfoque dogmático no vuleve al cuestionado conceptualismo penal, criticado por su falta de relevancia práctica, como se puede pensar, pues como las demás concepciones dogmáticas, también foráneas, por la vía de análisis establecen un concepto teórico de delito, cuya practicidad y utilidad o rechazo debe ser demostrada en su aplicación, pero de todas maneras, de necesaria consideración, pues como lo afirma el penalista Enrique Bacigalupo, la teoría del delito, en cualquier esquema, corresponde al mecanismo imprescindible para solucionar en forma coherente los casos prácticos y sin ella imposible resultaría hablar de dogmática penal, y el caos pragmático sería inevitable.

"A pesar de ser prácticamente desconocido en nuestro ámbito penal este concepto de tipo que transformó la estructura 'tradicional

del delito, que es la mayoritariamente acogida entre doctrinantes y jueces patrios, a pesar del notorio abandono en el saber penal universal, no ha faltado quienes, así sea en forma parcial, por los fines perseguidos con sus escritos, la apliquen, como sucede entre otros, con el actual Magistrado de esa Sala de Casación, doctor Jorge Enrique Valencia, en varios ensayos ahora compilados en sus «Estudios de Derecho Penal Especial» o las reflexiones que sobre este tópico expusiera el comentarista Alvaro Orlando Pérez Pinzón en su interesante ensayo sobre la cesación de procedimiento frente al Estatuto anterior, en el que proponía la admisión de este esquema del delito para solucionar la problemática que se presentaba frente al artículo 163 cuando concurría una causal de justificación o de inculpabilidad, que si para ese momento era posición insular, ya sabemos que el Código actual en el artículo 34 lo autoriza' (Estudios de Derecho Procesal Penal. 1985 Capítulo II).

“La importancia de esta teoría, se encuentra en la posibilidad de solucionar los casos prácticos con fundamento en un esquema conceptual que corresponda a lo real y no idealice la modificación del objeto por medio del método, pues éste tiene que supeditarse a aquél.

“Al reconocer el ‘error de apreciación, en punto de tipicidad, como lo hace la Corte en su decisión mayoritaria, está aplicando la teoría del tipo complejo’, ya que se estaría reconociendo la existencia del tipo subjetivo junto al objetivo, lo cual además de ser plausible abriría un importante camino a la evolución de la teoría del delito en nuestro país...”

Consideraciones de la Sala:

Para responder a esta pretensión cabe señalar, de entrada, que muchas de las brillantes consideraciones de la Delegada, con las cuales incluso se está de acuerdo en su plano teórico, no atraerán una respuesta pormenorizada porque la índole de la impugnación no amerita ni permite una respuesta amplia y completa de todos los puntos.

De ahí que se diga:

1. Nadie está autorizado, así se trate del colaborador fiscal, para impugnar una decisión de mayoría con base en lo que fue tesis de los salvamentos de voto. Debe recordarse que el recurso se orienta a presentar argumentaciones que no fueron consideradas en el proveído del cual se discrepa, las mismas que de haberse conocido y valorado en debida oportunidad, hubieran llevado a conclusión distinta, lo cual se pretende con la reposición. Pero si la resolución asumió esos puntos de vista y no lograron obtener asentimiento de quienes la profirieron, mal puede volverse a su reiteración, aunque se presente con mayor sistematización científica o más amplio análisis. Se trata, en el fondo, de volver sobre la misma situación fáctica y apreciativa, lo que repugna a la naturaleza de esta especial forma de impugnación. Lo que se dijo por algunos, al momento de emitirse el pronunciamiento, no puede ganar mayor mérito porque lo digan otros con distinta función dentro del proceso o porque se les atribuya una exposición más lúcida o se pueda reclamar una mayor jerarquía intelectual de

parte de quien la suscribe de último. La situación sigue siendo la misma y sobre esta identidad no es posible admitir ni el planteamiento ni la solución del recurso. Menos que se tenga que afrontar la respuesta a los argumentos presentados, pues la vigencia de estos es la misma de la inicial y controvertida decisión. No es asunto de ampliaciones, de profundizaciones, o de más rica temática expositiva, lo cual está reservado a otros estadios procesales, a otras iniciativas y a otras controversias.

2. La definición de este caso no se concreta a lo que quieran ver los respetables Magistrados que salvaron su voto, con raciocinio elevado, sino lo que se dijo concretamente en la misma.

Porque de no, bien fácil queda una refutación o el señalamiento de un desacerto, si para introducir aquella o fijar éste, no se limita el discurso a lo resuelto por la mayoría, así como sus motivaciones, sino a lo que se cree haber dicho o se entendió por afirmado. Se estaría empleando un distinto idioma o pautando un diálogo de sordos. No es dable analizar un distinto caso o señalar ficticios o artificiales pronunciamientos.

El caso del General Guerrero Paz nada tiene que ver con un evento como el que de manera preponderante escoge, para ejemplificar su censura, el Magistrado Duque Ruiz, o sea, el artículo 28 de la Constitución Nacional, que exhibe una órbita muy propia, muy conocida y suficientemente aplicada, frente a un evento bien diverso como el afrontado por el denunciado, diferente en su naturaleza, aspectos fácticos y jurídicos. Ni tampoco para entender, dentro de las observaciones del Magistrado Saavedra Rojas, que en el caso *sub iudice* se rompen todos los perfiles democráticos y republicanos de nuestras instituciones y se abre paso a la arbitrariedad.

Si se juzga con ponderación el hecho, justipreciándose la situación que vivía el país desde el punto de vista del orden público y de la normatividad especial que lo enmarcaba, así como la actitud en sus precisas lindes, del General Guerrero Paz, se arribará a conclusión bien distinta, llegándose, entonces, a entender la corrección del procedimiento censurado. Verdaderamente, conforme a la cita final de su distanciamiento conceptual, no está la Sala avalando una fuerza sin derecho sino más bien evitando un derecho sin fuerza, que, en momentos de graves conmoción y de aguda perturbación de orden público, puede llevar al país a consecuencias impredecibles y fatales. Todo porque sigue siendo verdad que un "*sumum jus*" no pasa de ser más que una "*suma injuria*".

3. Si la decisión de mayoría afirmó que para sopesar el comportamiento del General Guerrero Paz, no podía atenderse cerra y exclusivamente a la equivocada cita de los artículos 40 y 41 del Decreto 180 de 1988, está bien que un salvamento de voto diga lo contrario, pero no que se vuelva sobre el mismo tópico en una reconsideración por parte del Ministerio Público. Es la repetición de un aspecto fáctico y jurídico que tuvo en cuenta el pronunciamiento y que se trata de restaurar indebidamente en esta clase de recurso. Y otro tanto cabe anotar respecto de si la parte de fuerza pública denominada ejército podía disponer la captura de Ligia Cáceres, en las

excepcionales condiciones de su actividad sindical, del ordenamiento jurídico aplicable y de las funciones propias de esa institución militar. Que no se está de acuerdo con esta presentación es cuestión que tal como se ha presentado, nada agrega en contra de lo que dijo la Corte en mayoría de Sala, ni en favor de lo apuntado sugestivamente por los dos Magistrados que salvaron su voto. Lo que se ha escrito posteriormente por el Ministerio Público, sobre estos puntos, constituye apenas la reiteración por parte suya de una interpretación que no logró imponerse y que carece de bases para lograrlo ahora.

4. La Corte insiste en señalar que el Decreto 2200 de 1988, al señalar las autoridades del Poder Ejecutivo que deban conocer de la contravención allí prevista, para efectos de *sancionarla* o dejar de castigarla (Gobernadores, Intendentes, Comisarios, Alcaldes Municipales y Alcalde de Bogotá), no está excluyendo la intervención de los organismos de investigación (DAS, Cuerpo Técnico de Policía Judicial), ni menos la de los cuerpos armados, cuando estos, llámense policía, ejército, etc., se limitan a la captura de personas sorprendidas en la realización de la conducta (y la forma como se supo inicialmente que intervenía la señorita Cáceres y las previsiones punitivas del mencionado decreto, no es ajena a esta hipótesis, la misma que no ha merecido ninguna vidente conceptualización del Ministerio Público), o sobre las cuales se da una sindicación concreta que, por las características de esa normatividad de estado de sitio y la solución que ofrece, determinan una actuación drástica, inmediata y temporal. O se pensará acaso que la captura sólo pueden realizarla quienes están asignados por el decreto para imponer la sanción?; o, que la investigación total se reduce a lo que ellos hagan, sin que puedan llevarles noticia de antecedentes y acciones, la policía, el ejército, los organismos de seguridad, los cuerpos judiciales, etc.?

La previsión legal, específica y manifiesta en cuanto a los titulares del poder de sanción, no fue desconocida ni se pretendió desconocerla en momento alguno por parte del General Guerrero Paz. Pero aquella no descarta la participación policivo-militar o de organismos de investigación, en cuanto a suministrar informes o llevar ante las autoridades competentes (las de plena competencia) a los implicados en estas conductas. El aislamiento que se quiere hacer de estas instituciones, no lo determina ni insinúa el referido decreto, ni se compadece con las normas del estado de sitio y menos con las especialísimas circunstancias en que se produjo el Decreto 2200 de 1988, ni los efectos que debía precaver. Todo este espacio político-jurídico, máxime cuando la conducta se inserta en una contravención relacionado con el estado de sitio, permite advertir la posibilidad legal de utilizar todos los efectivos de la fuerza pública, cualesquiera sea su denominación, características, objetivos, etc. Es lamentable advertir la contradicción flagrante entre una realidad social y unas normas jurídicas que destacan un dramático trastorno institucional, que permiten tomar parte en su restablecimiento a la fuerza pública, y lo que algunos pretenden tolerar a estas, en el campo de sus ejecuciones inmediatas, preventivas y pasajeras, que no buscan excluir o menguar la intervención del organismo administrativo de conocimiento pleno, sino darle eficacia. Que esto puede dar lugar a situaciones de riesgo, es verdad de perogrullo, pero el suceso tiene otros correctivos penales o disciplinarios, etc., y no

el de su inhabilitación que da al traste con la previsión legal ideada para conjurar una grave situación de orden público. El argumento es igual para los casos en los cuales la autoridad legitimamente constituida y munida de instrumentos legales, desvía su alcance o aplicación. La medrosa reflexión nada dice en contra de la interpretación que la Sala Mayoritaria le diera al Decreto 2200 de 1988 y a la actuación del General Guerrero Paz.

5. Cuando la mayoría de la Sala afirmó un error de apreciación, no quiso resolver el asunto por la vía de la inculpabilidad. Se enfatizó en que el General Guerrero Paz, al actuar como actuó, lo hizo en ejercicio de función legítima, puesto que el Decreto 2200 de 1988 no impone una prohibición como la que se ha querido deducir. De ahí que sobre la consideración de su naturaleza, las características del estado de sitio, el fenómeno contravencional contemplado, los términos de la conducta de la capturada, etc., esa parte importante de las Fuerzas Armadas si está llamada a servir en ese cometido.

Este punto no implica una equivocación de criterio, una duda sobre los alcances de una normatividad, ni confusión en el manejo de los hechos y de su correspondiente legislación. El fenómeno de la errada interpretación, se ha traído a colación para desechar la referencia que contiene el oficio en el cual se mencionan los artículos 40 y 41 del Decreto 190 de 1988. Esta desacertada invocación, puesto que ya se había declarado su inexecutable y no era la única y exclusiva fórmula legal que validaba la forma de participación en la efectividad del Decreto 2200 de 1988, es un traspies en la respuesta dada a los requerimientos de la Procuraduría, pero no fijan el marco total del análisis de la cuestión por parte de la Sala. *Aquí puede admitirse un error de apreciación del General Guerrero Paz, pero esto no establece ni en ello se apoyó la atipicidad de su conducta. Valga volver a repetir el punto de esencia: El poder policivo insito en algunas actuaciones del ejército, durante el estado de sitio, puesto que no es ajena su supremacía (recordar Decreto 2335 de 1971 —defensa nacional—) ni menos la necesidad y realidad de sus actuaciones en este campo. Será ajena a esta función, v.gr., su control de manifestaciones públicas durante la aplicación del artículo 121 de la Constitución Nacional? Esta meditación fue lo que llevó a ver como legítimo el comportamiento censurado y por tanto sin nexos con un actuar delictivo (atípico). En este punto, que para la mayoría de la Sala es una realidad de interpretación, no es dable hablar de errores, equivocaciones, desaciertos de buena fe. De ahí la improcedencia de trasladar o extenderse el fenómeno de la inculpabilidad. Es imposible imaginar que sobre comportamiento autorizado por la ley, que la Sala reconoce como tal en su combatida interpretación, se pueda involucrar un error de apreciación. Si el denunciado no apoyó en tal forma su conducta, deducida si por la Corte en el estudio integral del tema, mal puede entenderse que ésta se refiera a situaciones de inculpabilidad. De no ser esto así, se tendría que llegar al absurdo de recrear el delito imposible, ya no en su forma de relativa o absoluta ineficacia de los medios empleados, sino sobre la base de una normatividad jurídica invocada con manifiesta torpeza, según la cual, con prescindencia de otros preceptos que alimentan y dirigen la conducta en*

sentido distinto, sería delictuosa la conducta realizada. Sería tanto como estimar delincuente a quien estando legitimado para actuar según la normatividad A, deja de lado su invocación y acude más bien a la referencia inadecuada de la normatividad B, que no vienen al caso. Si la preceptiva B fuera la única que permitiese esa actuación, indudablemente que su impertinencia, abriría el campo a la figura de la inculpididad, pero quedando el otro contenido normativo (A) que legitima el comportamiento, así en éste no haya pensado el denunciado, por ignorarlo, pero rigiendo todo el caudal y contenido de su obrar, debe entenderse que ha actuado conforme a derecho, no de acuerdo a sus convicciones y conocimientos, sino atendiéndose a la realidad legislativa que gobierna la conducta y sobre la cual debe hacerse el juicio. No es dable pensar, ni por asomo, que si el procesado invoca la legítima defensa, pero se trata del cumplimiento estricto de un deber legal, el juez deba reducirse a la legítima defensa y deducir un fenómeno de inculpididad (creyó obrar en el esquema de la legítima defensa) cuando lo reconocible era la otra causal de justificación. Tampoco podría asumirse criterio de inculpididad y menos abrir proceso, porque el funcionario militar, para el cual contase la vigencia del Decreto 2103 de 1989, se entregase a la torpeza de invocar, para un registro domiciliario, porque ese fue su convencimiento y conocimiento, los artículos 40 y 41 del Decreto 180 de 1988.

Por esto, insistirle a la Corte en lo del error de apreciación y derivar la situación hacia la inculpididad, con la secuela de hacerse necesaria la apertura de sumario para establecer la realidad, admisión y alcance de ésta, es distorsionar el criterio de la Sala que ha visto en el estado de sitio, en las características del Decreto 2200 de 1988, en la intervención de la fuerza pública en este especial cometido, un poder de policiva intervención que así no lo indicase el denunciado, es imprescindible tenerla en cuenta y asumir las pertinentes consecuencias, ajenas a errores de apreciación en cuanto al aspecto jurídicamente válido de su conducta.

6. De lo anterior fluye la improcedencia de hablar del fenómeno de la atipicidad conglobante o de la unidad del sistema jurídico, cualquiera sea su especialidad, pues para advertir la legitimidad del procedimiento de la conducta del General Guerrero Paz, no se hace necesario, en su caso, entrar a determinar lo que ordenamientos diferentes del régimen contravencional y la intervención de la que cumple en el mismo la fuerza pública, pues en este mismo campo jurídico se encuentra la justicia y legalidad de su intervención.

Lo anterior es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelva no reponer, en ninguno de los sentidos que depreca el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la resolución que él impugna, señalada ya en su fecha.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Con salvamento de voto; Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia M.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

AUTO INHIBITORIO (SALVAMENTO DE VOTO). TIPICIDAD (SALVAMENTO DE VOTO)

El auto inhibitorio es procedente por razones de atipicidad pero no por motivos de imculpabilidad o justificación

Referencia: Radicación número 3799. Única instancia. General Manuel Jaime Guerrero Paz. Auto de 15 de agosto de 1989 (Aprobado: Acta número 43 de agosto 9 de 1989). Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Como no estoy de acuerdo con la decisión tomada por la mayoría de la Sala, pues considero que la captura de la señorita Ligia Cáceres Díaz, cumplida en obediencia de una orden impartida por el señor General Manuel Jaime Guerrero Paz, en su calidad de Comandante General de las Fuerzas Militares, constituye un hecho típico y que por lo mismo debió ser objeto de investigación penal, con todo respeto expongo las razones que fundamentan mi convencimiento.

Antecedentes:

El día 25 de octubre de 1988 el señor General Manuel Jaime Guerrero Paz, en su condición de Comandante General de las Fuerzas Militares, envió un oficio al señor Director General de la Policía Nacional en el cual le ordenaba la captura de diez personas, señaladas por él de ser los "principales líderes sindicales y extremistas" del paro del 27 de octubre y pertenecer al grupo "a luchar": *"Adjunto al presente se envía —reza el oficio— al señor General Director General de la Policía Nacional, la relación de personas que deben ser capturadas al recibo de la presente orden, en procura del mantenimiento del orden público"* (sin subrayas en el original; fl. 15). En esta relación figuraba el nombre de la señorita Ligia Cáceres, quien según lo afirma, fue aprehendida en las horas de la mañana del 25 de octubre subsiguiente por "un grupo de agentes de la DIJIN y dos agentes de la PM", que la obligaron a entrar en un jeep y la condujeron a la "sala de capturados" de la DIJIN, donde permaneció incomunicada. En las horas de la tarde de ese mismo día, agrega la señorita Cáceres Díaz, "estando en el calabozo llegó, metralleta en mano, el Capitán Galindo diciéndome que le acompañara, pregunté que dónde, respondió: A la Brigada de Institutos Militares para hablar con su General... Estando en la Brigada esperé que el Capitán Galindo hablara con el General, transcurrieron alrededor de 30 minutos en las instalaciones de la Brigada con mucha desazón, inquietud y temor... Nuevamente el Capitán me

pidió que le acompañara a la DIJIN. . . Allí permanecí hasta las 11:00 p.m. del día miércoles. Ante el Mayor Galán di declaraciones sobre lo sucedido y me trasladaron a la 'sala de capturados'. En la mañana del jueves 27 regresé a la DIJIN donde permanecí hasta las 11:00 a.m. El Mayor Galán me llevó al DAS en Paloquemao. Luego de cumplir algunos trámites fui conducida a una celda ubicada en el tercer piso. Fui reseñada con fotografía, datos personales y huellas dactilares. . . La noche del día jueves y viernes la pasé en el DAS; en la mañana del sábado, con una orden de remisión me condujeron a la cárcel Distrital. . . El sábado 29 rendí indagatoria ante la Inspectora 15 D. . ." (fls. 44 y ss.).

Iniciada oficiosamente la investigación administrativa por el Procurador General de la Nación, doctor Horacio Serpa Uribe (folio primero), se pidió al señor General Guerrero Paz que explicara su conducta en relación con la captura de la señorita Cáceres Díaz, y respondió el 28 de febrero del año en curso, lo siguiente:

"Con ocasión del anunciado paro nacional promovido por la Central Unitaria de Trabajadores CUT para el día 27 de octubre de 1988, se intensificaron las actividades de inteligencia a efecto de tomar las medidas preventivas, tendientes a garantizar el orden público gravemente amenazado.

"Con base en lo anterior y teniendo en cuenta lo normado en el artículo 16 de la Constitución Política, se tomaron varias medidas precautelativas, tales como: Acuartelamiento y alistamiento de tropas, intensificación de patrullajes, incremento de las actividades de inteligencia, control de la población civil, etc.; fue así como se impartieron instrucciones para neutralizar la acción de personas comprometidas en el planeamiento y ejecución de actos terroristas.

"La ciudadana Ligia Cáceres Díaz fue capturada el 26 de octubre de 1988 y dentro de las 24 horas siguientes puesta a órdenes del Juez de Orden Público de Reparto, el cual remitió el caso al Juzgado Décimo de Orden Público. Ese mismo día pasó a la Sala de capturados del DAS por cuenta de ese Juzgado.

"Como queda dicho, las órdenes de captura se emitieron con base en el artículo 16 de la Carta, 40 y 41 del Decreto legislativo 180 de 1988.

"Debo señalar señor Procurador, que la actitud del suscrito en su condición de Comandante General de las Fuerzas Militares, estuvo orientada a salvaguardar el orden público y la paz ciudadana, teniendo como consideración la obligación impuesta por la propia Constitución a las autoridades, de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, y una de las formas de ejercer esa protección, son precisamente las medidas preventivas, cuando hay indicios de que un grave e inminente peligro se cierne sobre la comunidad, pues de no ser así, se llegaría al extremo absurdo de que sólo se puede actuar cuando la colectividad ya ha sido agredida." (Sin subrayas en el original).

De las explicaciones brindadas por el señor General Guerrero Paz, se desprende que él obró, al expedir la captura de la señorita Cáceres

Díaz, con el fin de "garantizar el orden público gravemente amenazado", y que dicha medida la tomó con base en los artículos 16 de la Constitución Nacional y 40 y 41 del Decreto 180 de 1988.

De conformidad con el texto constitucional citado (artículo 16): "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas (incluida la señorita Cáceres Díaz, agrega el suscrito) residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Fácil es advertir que el transcrito artículo no le confiere a las autoridades, so pretexto de proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes, facultades distintas de las que con fundamento en esta norma desarrollan las leyes de la República.

El artículo 41 del Decreto legislativo 180 de 1988, como puede apreciarse de su simple lectura, no le otorga ninguna facultad a las autoridades para disponer la captura de nadie, pues únicamente se limita a señalar unos "términos para la práctica de pruebas por la Policía Judicial".

Y en cuanto hace al artículo 40 del precitado Decreto, es cierto que sí concedía a "cualquier miembro de las Fuerzas Militares, Policía Nacional, Policía Judicial y del Departamento Administrativo de Seguridad" facultad de "aprehender sin orden judicial a persona o personas indiciadas de participar en actividades terroristas", pero esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 3 de marzo de 1988, que el señor General Guerrero Paz no podía desconocer.

En relación con la facultad de aprehender y practicar registros sin orden judicial que en los literales a) y b) del artículo 40 se otorgaba a las autoridades citadas en el párrafo anterior, dijo el más alto Tribunal de Justicia de Colombia al declarar su inconstitucionalidad, lo siguiente:

"La Corte considera que estos literales del artículo 40, violan lo dispuesto por el artículo 23 de la Carta. Ciertamente esta garantía constitucional es fundamento supremo de la libertad, de la intimidad y de la inviolabilidad del domicilio que no se pueden desconocer por la ley. Conviene transcribir esta disposición de la Carta, que dice: 'Artículo 23. Nadie podrá ser molestado en su persona o su familia ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino a virtud del mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes'.

"El Decreto que se revisa —continúa afirmando la unanimidad de los Magistrados de la Corte, en este fallo— en las disposiciones que se han señalado, permite a cualquier miembro de las Fuerzas Militares, Policía Nacional y Departamento Administrativo de Seguridad en caso de urgencia o fuerza mayor, aprehender sin orden judicial a persona o personas indiciadas de participar en actividades terroristas y practicar registros en donde se presume se encuentren terroristas o, que se haya cometido actos encaminados a consumar un delito. Estas normas están desconociendo el requisito del mandamiento escrito de autoridad com-

petente que precisa la Constitución como necesario para aprehender a cualquier ciudadano y registrar su domicilio ya que dentro de las facultades de los literales glosados para que cualquier miembro de las Fuerzas Militares, de Policía o del Departamento Administrativo de Seguridad pueda cumplir una de tales funciones, basta la existencia de un indicio, o de una presunción. El indicio es un elemento probatorio de difícil valoración por cualquier funcionario, mucho más si éste no tiene la formación profesional idónea y adecuada para adoptar un juicio en esta materia; por lo tanto, en ningún momento puede reemplazar la orden escrita de autoridad competente y sin que se esté frente a la hipótesis de flagrancia que tampoco puede, bajo ninguna circunstancia, sustituirse por causales como las de 'urgencia o fuerza mayor'.

"Además, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado con precisión que el 'mandamiento escrito de autoridad competente' que exige la Carta para los efectos previstos por el artículo 23, se refiere a la orden judicial, que constituye la garantía de las personas cuando se trate de limitar la libertad personal y física y la inviolabilidad de su domicilio.

"En estos eventos, el mandamiento escrito de autoridad competente, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, presupone la presencia del Juez con sus competencias jurisdiccionales, previamente definidas por la ley e indica que se ha iniciado un proceso, o cuando menos sus etapas preliminares, ante la ocurrencia de un hecho delictivo y que éste se dirige contra las personas a quienes se les sindicó de ser autores o partícipos del mismo. Entonces, conforme a la Constitución, no se puede prescindir de la orden judicial, como aparece en los literales a) y b) del artículo 40, que por tal motivo se declaran inexequibles.

"Por eso es evidente que tales disposiciones desconocen el derecho a la libertad e intimidad de las personas, y de la inviolabilidad del domicilio, principios que son esenciales dentro del estado de derecho y por ende violan en consecuencia la Constitución Nacional cuya integridad debe mantenerse aún bajo el imperio del estado de sitio".

Por último, es importante destacar que la Constitución Nacional reserva al Gobierno, cuando existan "graves motivos para temer perturbación del orden público" la facultad de aprehender y retener a las "personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública", "previo dictamen de los Ministros" y concepto del Consejo de Estado (arts. 28 y 141.1).

Si el Presidente de la República dispusiera la captura de una persona por existir contra ella graves indicios de que atenta contra la paz pública y para prevenir la perturbación del orden público, sin escuchar previamente a sus Ministros ni oír el concepto del Consejo de Estado, obviamente que estaría violando la Constitución y cometiendo un delito, no obstante ser él el "Jefe de los Ejércitos de la República" y el encargado por la Carta de "conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado" (art. 120, ordinales 7º y 8º).

Cómo aceptar, entonces, con la mayoría de la Sala, que si el Comandante de las Fuerzas Militares usurpa la función gubernamental

precitada, lo que sería delito en el Presidente de la República no lo sea en él, que es un funcionario que le está subordinado?

Para terminar, agréguese que si el mismo General Guerrero Paz citó el Decreto 180 de 1988 (arts. 40 y 41) como fundamento legal de su actuación, no es posible, contradiciéndolo a él mismo, como lo hace la decisión mayoritaria no compartida, sostener que su conducta se ajustó a las normas contempladas en el Decreto 2200 del 25 de octubre de 1988, máximo cuando este estatuto ninguna facultad de capturar otorga a las Fuerzas Militares y cuando asigna la competencia para conocer de los hechos en él prescritos a los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y Alcaldes. Y adviértase al respecto que el señor General, una vez producida la captura de la señorita Cáceres Díaz, no ordenó remitirla a las autoridades precitadas, sino a los Jueces de Orden Público, que eran precisamente los competentes y a quienes se debía remitir todas las personas aprehendidas en virtud de lo dispuesto por el artículo 41, en su literal a), que como ya se dijo, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia.

Que el señor General Guerrero Paz ignorara la decisión de la Corte que declaró inconstitucional los literales a) y b) del artículo 41 del Decreto legislativo 180 de 1988, es posible, como también lo es que erróneamente creyera que el artículo 16 de la Constitución Nacional le otorgaba facultades más amplias que aquellas que la misma Carta le confiere al Presidente de la República. Pero para establecer estos aspectos u otros que pudieran demostrar su irresponsabilidad penal, era preciso iniciar la investigación, porque, al suscrito no le queda la menor duda, el hecho investigado si es típico, y el auto inhibitorio sólo es procedente por razones de atipicidad pero no por motivos de inculpabilidad o justificación (art. 352 del C. de P. P.).

Estas son las razones que, lo digo con respeto, no me permitieron acompañar en su decisión a mis distinguidos compañeros de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Guillermo Duque Ruiz.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Radicación número 3799. Única instancia. General Manuel Jaime Guerrero Paz. Auto de 13 de febrero de 1990 (Aprobado: Acta número 08 de febrero 7 de 1990). Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez.

Disiento del criterio mayoritario de la Sala por las mismas razones expresadas en mi salvamento de voto a la decisión inhibitoria objeto del recurso de reposición que ahora se resuelve (fls. 25 a 29).

Gillermo Duque Ruiz.

Fecha *ut supra*.

PENA. Circunstancias

Los límites primitivos de las disposiciones penales se ven afectados por las circunstancias tanto agravantes como atenuantes, consagradas en la parte especial del Código

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 10.

Vistos:

La Corte mediante auto de 16 de junio de 1989 declaró admisible el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Patricio Quiñones Alegría* y una vez presentada la correspondiente demanda, en providencia de 22 de agosto siguiente, se declaró ajustada a derecho y se dispuso el traslado a las partes no recurrentes.

Considera el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que por tratarse de un delito de abuso de confianza cuya sanción máxima es la de cinco (5) años de prisión, si se tienen en cuenta las circunstancias de agravación punitiva por cuantía del ilícito y atenuación por restitución del bien objeto de la infracción, la sanción máxima imponible sería la de tres (3) años y nueve (9) meses, es decir, no se hallan presentes los requisitos previstos en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal anterior que rige este asunto, razón por la cual solicita de la Corte se inhíba de conocer del recurso interpuesto.

Consideraciones de la Corte:

Asiste razón al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando solicita de la Sala abstenerse de considerar el recurso de casación interpuesto por el apoderado del procesado *Patricio Quiñones Alegría* y declaró admisible por la Sala mediante providencia de 16 de junio de 1989.

En efecto. *El artículo 358 del Código Penal tiene prevista para el delito de abuso de confianza una pena mínima de un (1) año de prisión y un máximo de cinco (5) años de la misma calidad.*

Estos límites punitivos de la disposición penal se ven afectados por las circunstancias tanto agravantes como atenuantes consagradas

en la parte especial del Código, es decir, aquellas específicas, para determinar finalmente un mínimo y un máximo que debe el juez respetar para dosificar la pena que le corresponde a cada procesado por su concreta conducta. Además, para la fijación de la sanción, el juzgador deberá considerar la modalidad del hecho y grado de participación del procesado en el delito, esto es, si se trata de una tentativa o de una complicidad (arts. 22 y 24 del C. P.) sin que importe para los efectos del recurso extraordinario, el concurso de hechos punibles (art. 26 ibidem) pues ello incide únicamente en la tasación de la pena concreta a imponer y no en el máximo o mínimo de la respectiva disposición penal.

Tan cierto es ello, que el Juez podrá imponer a un procesado una pena mayor de la prevista en su máximo para el delito más grave, desde luego sin exceder a la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles (art. 28 del C. P.). Así mismo, la consideración de los agravantes y atenuantes específicos, cuentan para determinar el máximo de la pena imponible por cada infracción para los efectos de la prescripción de la acción penal (art. 89 ibidem).

En el caso concreto, necio sería sostener que para los efectos del recurso de casación, el delito de abuso de confianza previsto en el artículo 358 del estatuto punitivo, agravado por la cuantía (art. 372 ibidem) y atenuado por la restitución del objeto materia del delito o su valor y la indemnización de perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado (art. 374) tuviese recurso de casación por cuanto la pena máxima prevista en la respectiva disposición sea la de cinco (5) años, sin tener en cuenta las agravantes y atenuantes específicas concurrentes y, para los efectos de la prescripción de la acción penal hacer otra clase de consideraciones y cálculos.

Por ello, la pena máxima prevista por el legislador para la conducta del procesado sería la de tres (3) años y nueve (9) meses como lo apunta la Delegada, es decir, que contra la sentencia de segundo grado no resulta procedente el recurso extraordinario de casación impetrado.

Cabe agregar que, es evidente que las circunstancias anotadas modifican los límites punitivos previstos genéricamente para cada disposición penal, pues, no podría sostenerse que la pena mínima que corresponde a Quiñones Alegría es la de un (1) año de prisión. Tanto el Juzgado de primera instancia como el Tribunal, dieron aplicación a las normas ya citadas para concretar la sanción privativa de la libertad en sólo cuatro (4) meses de prisión.

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

Resuelve:

1º Declarar la nulidad de la actuación de la Corte a partir, inclusive, del auto de 16 de junio de 1989 por medio del cual se declaró admisible el recurso precitado.

2º Declarar inadmisibles el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Patricio Quiñones Alegría contra

la sentencia de fecha 13 de marzo de 1989, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de abuso de confianza.

3º En firme esta providencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Dague Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Sauvedra Rojas.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEBIDO PROCESO

El principio del debido proceso mira a aquellas irregularidades que se presentan en las "normas propias del juicio"

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 010 del 14 de febrero de 1990.

Vistos:

Mediante fallo del dieciocho de abril de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Superior de Montería confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, en la cual se condenó al ciudadano *Roberto Rafael Bustos Bettin* a la pena principal de dos años de prisión como responsable del delito de homicidio culposo.

Esta determinación del Tribunal fue recurrida por el defensor del procesado, y concedida la impugnación la Sala de Casación Penal de la Corte declaró admisible el recurso extraordinario mediante providencia calendada el once de julio de mil novecientos ochenta y nueve.

Presentada la demanda, se declaró ajustada a las exigencias legales y por ello corresponde ahora pronunciarse sobre ella, luego de hacer la síntesis de los siguientes

Hechos:

El día cinco de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco, aproximadamente a las cinco y cuarenta y cinco minutos de la tarde, en la variante que del municipio de Chinú se comunica con Lórica y otras localidades del Departamento de Córdoba, se desplazaba el señor *Roberto Rafael Bustos Bettin* conduciendo un campero identificado con las placas PV-3238.

En el sitio indicado cruzó la calzada el señor *Pedro Rafael Ruiz Ruiz*, quien se interpuso en el camino que llevaba el vehículo y resultó golpeado por éste, de lo cual se derivó su muerte.

Actuación procesal:

Con base en las diligencias adelantadas por la Inspección Departamental de Tránsito y Transportes de Chinú en el sitio del accidente,

el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal inició la respectiva investigación penal el día siete de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco. Dentro de ella, se escuchó en indagatoria al sindicado, a quien se decretó su detención preventiva con beneficio de excarcelación mediante proveído fechado el diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Con auto del veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y seis se declaró cerrada la investigación penal correspondiente, y se procedió luego a su calificación el dieciocho de marzo del citado año, mediante auto de llamamiento a juicio por el delito de *homicidio*, que fue confirmado por el Tribunal correspondiente en decisión del treinta y uno de julio siguiente.

Celebrada la audiencia pública de juzgamiento, el jurado de conciencia contestó por mayoría afirmativamente sobre la responsabilidad penal del enjuiciado, y así el Juzgado, acogiendo la veredicción, dictó sentencia condenatoria el día veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete, la cual fuera anulada posteriormente por el Tribunal Superior en auto de seis de abril del año siguiente.

Se repuso entonces la actuación y se procedió al pronunciamiento de la sentencia por parte del Juzgado Segundo Superior con fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, la que así mismo fue anulada por el Tribunal en decisión del quince de septiembre del mismo año.

Finalmente, el diecisiete de noviembre del año anteriormente citado, el mismo Juzgado hizo pronunciamiento condenatorio contra el procesado, el cual al ser apelado recibió confirmación por parte del Tribunal, y es ahora objeto del recurso extraordinario que se resuelve.

La demanda de casación:

Un solo cargo se presentó contra la sentencia proferida en este asunto, orientada a la casación de la sentencia con base en el numeral cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal aplicable en este asunto.

Considera el defensor del procesado en su libelo que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad en la medida en que se dictó, al momento de la calificación del sumario, un auto de llamamiento a juicio cuando ha debido pronunciarse un sobreseimiento de carácter definitivo, según lo acreditan las pruebas obrantes en la etapa de investigación. Por ello, deduce el censor, se violó el principio fundamental de observancia de las formas propias del juicio.

En un esfuerzo por demostrar el cargo, el demandante acude al análisis de varias de las pruebas que se recaudaron en el expediente, tratando de desvirtuar los fundamentos de la acusación y llegando incluso a plantear violación de la ley por error de derecho en el auto calificadorio, en tanto que en dicha pieza el Juez dio a la confesión del

procesado un valor diverso del que señala el artículo 264 del Decreto 409 de 1971, según el cual dicho medio de convicción se presume verídico mientras no se pruebe lo contrario.

Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal rindió su concepto en el sentido de solicitar a la Sala que no case la sentencia. Estimó el colaborador Fiscal que el libelista equivocó el contenido de las formas propias del juicio, al asumir como una de ellas una correcta valoración de los medios de convicción y de consiguiente una adecuada calificación del mérito del sumario.

Acertadamente lo señaló, además, que la demanda contiene alegaciones propias de la causal primera de casación y no de la cuarta, mecanismo al cual hubo de acudir el censor para atacar los medios probatorios en un asunto que no permite tal impugnación porque al haber intervenido en él el jurado de conciencia, es su propia valoración la que cuenta y no los señalamientos que al respecto pueda hacer la ley procesal.

Finalmente el Procurador Delegado afirmó la observancia plena de las formas propias del juicio y el respeto del derecho a la defensa, por lo cual solicita que no se case el fallo recurrido.

El escrito de la parte civil:

Dentro del término correspondiente, el apoderado de la parte civil presentó alegato solicitando se rechace la demanda presentada, por no adecuarse a los requerimientos técnicos del recurso. Retomó algunos de los planteamientos del señor Procurador Delegado en lo Penal, agregando que el libelista —pese a tales yerros— tampoco logró demostrar la existencia de un vicio del procedimiento que permita anular la actuación, limitándose a poner de presente a la Corte situaciones que debieron ser rebatidas y que fueron discutidas en las instancias.

Consideraciones de la Sala:

El artículo 26 de la Constitución Nacional dispone textualmente:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (Subraya la Sala).

Con base en este fundamento constitucional, y en la previsión legal del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal aplicable a este asunto según el cual es procedente el recurso extraordinario de casación cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, pretende el actor la ruptura de la sentencia de segundo grado.

Con miras a lograr su pretensión, empero, equivocó el camino al dar un alcance que no tiene el principio del debido proceso puesto que, lejos de argumentar, para presentar las violaciones que en su criterio se causaron y determinar la incidencia de ellas en la validez del juzgamiento, se trasladó al problema de la valoración probatoria con el pretexto de derivar de allí en una actuación que no admite el fundamento de su alegato, una causal de anulación.

En efecto, la nulidad invocada, desde un principio, estuvo enfocada sobre el error de valoración probatoria, esto es, en un vicio *in iudicando*, puesto que se argumentó por el libelista: "El mérito del sumario fue calificado con un auto de proceder, en lugar de haberse expedido un auto de sobresesamiento definitivo en favor del doctor Roberto Rafael Bustos Bettin"; y a partir de allí, desarrolló el demandante una serie de ataques dirigidos todos a demostrar que las pruebas fueron valoradas erróneamente por el funcionario que dictó el proveído calificadorio, para concluir que —según lo deduce la Sala— la forma propia del juicio que se vulneró fue la de haberse dictado un auto diverso al que correspondía de conformidad con los análisis hechos por el defensor.

Pero, como atrás se mencionaba, el cargo resulta fallido. Es en verdad principio constitucional, como fue el presupuesto de la censura, el del debido proceso de acuerdo a lo señalado en el artículo 26 de nuestra carta fundamental, el cual no hace relación, no obstante, a los vicios *in iudicando* en que pueda incurrir el fallador, sino que mira a aquellas irregularidades que se presenten en las "FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO", como reza el texto transcrito.

Tales formas son aquellos señalamientos que el legislador hace en cada tipo de proceso y que siendo de obligatoria observancia para el funcionario director de la actuación y las partes que intervienen en la relación jurídico-procesal, no pueden ser dejadas al acuerdo entre las partes y los funcionarios del Estado que intervienen en ella. El principio del debido proceso apunta, pues, a la reglamentación procesal que con base en leyes preexistentes hace el Estado para asegurar que los procedimientos tengan un curso determinado, que una acción preceda lógicamente a otra, que la sentencia sea el resultado de una labor inicialmente investigativa de recopilación de pruebas y luego de discusión de los medios de convicción y valoración de ellos por parte del funcionario que producirá la decisión, que se establezcan pasos y formas tendientes a garantizar tanto al procesado como al perjudicado la demostración de sus derechos y pretensiones, y al órgano jurisdiccional la posibilidad de comprobar plenamente los aspectos objetivos y subjetivos de la infracción; que se admitan en el curso de la actuación solamente los actos propios de ella sin injerencias de asuntos extraños a los que motivaron la puesta en marcha de la acción jurisdiccional, y en fin, todos aquellos aspectos que se refieren a los requisitos externos o aspectos de expresión en los actos judiciales.

Así, la observancia de las formas propias del juicio no puede ser entendida como el necesario pronunciamiento de una decisión en lugar de otra, cuando él obedece no a requisitos externos señalados para la misma, sino a situaciones intrínsecas de ella, como son la valoración de los medios de prueba allegados durante la etapa de investigación.

Vale decir que, en el caso que es materia de este recurso, no cabe duda alguna que lo procedente luego de cerrada la investigación era el producir un auto calificadorio del mérito del sumario, como así efectivamente se hizo con respecto de las formalidades señaladas en la ley procesal, sin que se diera origen a ningún vicio in procedendo al actuar de esa específica manera.

De lo anterior resulta indudable, como bien lo pone de presente el apoderado de la parte civil, que el lema de la apreciación probatoria en el auto calificadorio del mérito del sumario ha debido debatirse —como efectivamente se hizo— en el trámite propio de las instancias, sin que sea posible revivirlo a nivel de la casación so pretexto de encontrar en él un motivo de anulación por inobservancia de las formalidades del proceso, que en este punto concreto están regidas por el artículo 483 del Decreto 409 de 1971 y las cuales fueron acatadas por el funcionario que realizó el enjuiciamiento, tal como lo resalta el señor Procurador Delegado en lo Penal.

Surge claro, entonces, que el censor presentó su libelo sin acoger los criterios técnicos que gobiernan el recurso en tanto que, con fundamento en la causal cuarta de casación, pretendió la anulación de la actuación con argumentos propios del primero de los motivos del recurso extraordinario, esto es, recurriendo a presentar a la Sala una violación indirecta de la ley sustancial que no precisó y la cual resulta improcedente, como muchas veces lo ha expresado la Corte, en procesos en los cuales interviene el jurado de conciencia porque éste no está sometido más que a su propio criterio en la estimación de los medios de convicción.

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 impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Ciraldo Ángel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael Cortés Garrica, Secretario.

JURISDICCION PENAL MILITAR CONSEJO DE GUERRA VERBAL

Ni en ley especial ni dentro del Código de Justicia Penal Militar se estableció como presupuesto de la función judicial de los Presidentes de los Consejos de Guerra Verbales, la previa posesión de los mismos ante autoridad competente

NULIDAD. RESOLUCION DE ACUSACION

Insistentemente precisó la Corte frente al motivo de nulidad de haberse calificado erróneamente los hechos que motivaron el juzgamiento, que lo que ha de examinarse no es la precisión de la norma específica cuya autoría se imputa al procesado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 010 del 14 de febrero de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior Militar, con fecha doce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, confirmó la sentencia de primera instancia que dictara el Presidente del Consejo Verbal de Guerra el día catorce de junio del mismo año, por medio de la cual se condenó al exagente de la Policía Nacional *Wilson Patiño Pérez* a la pena principal de ocho años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio.

Contra dicha sentencia interpuso, en tiempo oportuno, el recurso extraordinario de casación el defensor del sentenciado.

El mismo fue declarado admisible por la Corte con auto calificado el trece de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, y luego de presentada la demanda fue considerada ajustada a las prescripciones legales tal como se reconoció en proveído del veinticinco de septiembre próximo pasado.

Corresponde ahora a la Sala de Casación Penal de la Corte, resolver lo que fuere pertinente respecto de la impugnación.

Hechos:

El día primero de febrero de mil novecientos ochenta y siete, cuando el agente de la Policía Nacional Wilson Patiño Pérez se encontraba prestando sus servicios en compañía de sus compañeros Faber Antonio Zuleta Patiño y Omar Sánchez Vizcaya, patrullando la calle décima entre carreras primera y quinta de la ciudad de Santa Marta, escucharon una serie de detonaciones, procedentes del sector. Luego de ello, vieron cuando un automóvil de servicio público ohaba marcha atrás, por lo cual el procesado Patiño Pérez les dirigió una voz de alto.

Detenido el automotor, el sindicado se acercó al mismo y se percató de que dentro de él se hallaban varias personas, una de las cuales portaba un arma de fuego. En tales circunstancias, el agente Patiño Pérez, pensando en que iba a ser agredido —según dijo posteriormente—, disparó su arma de dotación contra los ocupantes del vehículo, causando la muerte a la señora María Sonia Acevedo, esposa de otro agente de la Policía quien también iba dentro del taxi y a quien pertenecía el revólver que el sindicado viera dentro del automotor.

Actuación procesal:

Correspondió iniciar la investigación al Juzgado Quinto de Instrucción Criminal Radicado en la ciudad de Santa Marta, con auto del primero de febrero de mil novecientos ochenta y siete. De allí, por tratarse de un procesado perteneciente a la Policía Nacional en desempeño de sus funciones, el asunto fue remitido al Juzgado Sesenta y Ocho de Instrucción Penal Militar, el cual continuó con el trámite de la investigación.

El día dieciocho de febrero de mismo año, fue escuchado en indagatoria el agente de la Policía Nacional Wilson Patiño Pérez, quien en aquella oportunidad narró los hechos en forma similar a los reseñados atrás, aduciendo que al acercarse al automóvil vio que una de las personas que lo ocupaban estaba apuntándole con un revólver, por lo cual gritó que por qué estaban armados; al no recibir respuesta alguna y darse cuenta que el conductor nuevamente engranaba el taxi en reversa, disparó con el ánimo de protegerse y causar la menor lesión posible a sus ocupantes, pese a lo cual se produjo la muerte de la señora María Sonia Acevedo. Luego, otro agente de la policía reconoció a uno de los ocupantes como miembro del mismo cuerpo armado, razón por la cual cesó el procedimiento policial.

Perfeccionada en lo posible la investigación, el proceso pasó a la Auditoría Auxiliar de Guerra número 46 del Departamento de Policía Magdalena, funcionario que rindió concepto para que se convocara al procesado a Consejo Verbal de Guerra.

El Comandante del Departamento de Policía Magdalena, quien actuara como Juez de Primera Instancia, produjo Resolución número 007 de 1988 (21 de mayo), por medio de la cual convocó en dicho

Departamento un Consejo Verbal de Guerra presidido por el Capitán Alberto Osorio Arciniegas, para que juzgara al procesado Patiño Pérez por el delito de *homicidio*.

Celebrado el mismo, el día treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, por mayoría los vocales afirmaron la responsabilidad penal del inculpaado.

Acorde con el veredicto de los Vocales, el Presidente del Consejo dictó la sentencia el día catorce de junio del año anteriormente citado, y condenó al exagente a la pena principal de ocho años de prisión, como responsable del delito que motivó el juzgamiento, fallo éste que fue confirmado con alguna modificación por el Tribunal Superior Militar.

Demanda de casación:

El defensor del procesado, con fundamento en la causal tercera de casación establecida en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, formuló dos cargos contra la sentencia de segunda instancia. El primero de ellos, al considerar que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, en tanto que el Presidente del Consejo Verbal de Guerra no tomó posesión de su cargo, lo que produjo como consecuencia que no hubiese adquirido la competencia y jurisdicción necesarias para proferir el fallo.

Como argumentos sustentatorios de este cargo, sostuvo el libelista que si bien el Presidente del Consejo Verbal de Guerra fue designado de acuerdo con la ley, éste sin embargo no tomó posesión de su cargo ante el Comandante del Departamento de Policía Magdalena, quien lo designó, sino que, una vez instalada la audiencia de juzgamiento, por sí y ante sí prestó juramento de cumplir cabalmente las funciones para las cuales fue nombrado.

De esta forma, en concepto del demandante, se violaron normas procesales por entonces vigentes, que determinan las formalidades previas al juramento y a la posesión de los funcionarios (arts. 415 y 416 del Código de Justicia Penal Militar), con lo cual se produce la inexistencia del acto procesal y por tanto, el Consejo Verbal de Guerra se desarrolló presidido por un funcionario que no había adquirido la calidad de tal, lo que conduce a la nulidad por falta de competencia establecida en el numeral 1 del artículo 441 del mismo estatuto atrás citado.

El segundo cargo lo fundó el libelista en la nulidad del proceso por haberse incurrido en la convocatoria al Consejo Verbal de Guerra y en los cuestionarios correspondientes, en error relativo a la denominación genérica de la infracción.

Para su demostración, acudió el defensor a variados argumentos perfectamente ubicados dentro de la equivocada valoración probatoria, arguyendo que los hechos —que no discute— se han debido encuadrar dentro del artículo que consagra el delito de homicidio culposo, y no del homicidio simplemente intencional. A más de ello, consideró el demandante que en los autos obra suficiente prueba para que se reconozca la existencia de una defensa putativa. Pese a ello,

estima que se calificaron erróneamente los hechos, con lo cual pretende la nulidad del procedimiento desde la convocatoria al Consejo Verbal de Guerra.

La opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Delegado para la Policía Nacional es de la opinión que la sentencia no puede casarse.

Frente al primero de los cargos, dijo el colaborador fiscal que el estatuto de Justicia Penal Militar bajo el cual se agotó el procedimiento no exigía, como el recientemente entrado en vigencia, la posesión del Presidente del Consejo Verbal de Guerra, por lo cual la irregularidad anotada por el casacionista no es más que una informalidad procesal que no acarrea el vicio alegado por el recurrente.

En relación con el segundo de los cargos, estimó el Procurador Delegado que éste tampoco está llamado a prosperar, toda vez que en primer lugar adolece de fallas de técnica que impiden su consideración, puesto que al amparo de la causal tercera —nulidad— esboza argumentos propios del primero de los motivos de casación —infracción indirecta de la ley—, sin notar que en los juicios en que intervienen los vocales está vedado adentrarse en estos análisis.

Por lo demás, dijo el Fiscal de la Corporación, el cargo fue correctamente formulado en cuanto que recogió los hechos que se probaron dentro de la investigación y observándose un procedimiento acorde con la naturaleza misma del juzgamiento.

Consideraciones de la Sala:

Cargo primero:

Estudiando cuidadosamente la actuación surtida dentro del Consejo Verbal de Guerra, y en especial el Acta de la diligencia central del mismo, efectivamente se observa que el Presidente de dicho acto si bien prestó el juramento de cumplir con sus deberes, no lo hizo ante funcionario alguno diverso de él.

Este hecho, sin embargo, no puede entenderse como constitutivo de una irregularidad que amerite la anulación de la actuación, tal como lo plantea el censor en el texto de su demanda. En efecto, la nulidad alegada está fundada en la ausencia de competencia del funcionario que presidió el Consejo, la cual deviene —según los términos del libelo— de la ausencia de posesión como tal.

Sobre este particular, es preciso enfatizar que la competencia no es factor que provenga en forma alguna de un acto procesal sino que de conformidad con las modernas teorías del proceso, es una facultad derivada de la jurisdicción, esto es, de la potestad que con base en la soberanía se otorga a algunos funcionarios del Estado para resolver los conflictos de conformidad con las normas preestablecidas dentro de un estado de derecho, como lo es el colombiano. Así, se ha entendido que la jurisdicción es única, pero que ella genéricamente entendida es "potencia", a la par que la competencia es "jurisdicción como

acto", al decir de algún autor, esto es, como facultad ya concretada para un asunto específico. La competencia es, en consecuencia, la atribución que la ley hace a una autoridad, para conocer en forma excluyente de un trámite procesal, con independencia de los demás funcionarios facultados para asumir el conocimiento del mismo o de similares asuntos.

No depende ella, en consecuencia, del cumplimiento de requisitos administrativos o procesales por parte de quien debe encargarse del juzgamiento, salvo los que específicamente, y para los casos perfectamente reglados, haya señalado la ley, como es el caso de la posesión de los jueces, quienes deben demostrar ante la autoridad estatal el que reúnen las calidades mínimas exigidas para desempeñar el cargo, y luego tomar posesión del mismo con las formalidades pertinentes. Estas acciones meramente administrativas, no son en sí mismas las generadoras de la competencia, sino procedimientos de forma que resultan necesarios para acreditar cabalmente la vinculación del designado a la administración pública, y son garantía para los ciudadanos de que quien ejerce tales funciones es un idóneo representante del Estado.

Así como en el caso de los jueces de derecho la ley ha establecido determinados actos para que puedan entrar a ejercer el cargo, en otras eventualidades la propia ley ha señalado el cumplimiento de otras exigencias para similares efectos, como en el evento de los jurados de conciencia en el anterior procedimiento penal, y de los vocales en los Consejos Verbales de Guerra. Pero, con la misma fuerza con la que la ley estableció para tales ocasiones los presupuestos mencionados, consideró que en los Consejos Verbales de Guerra no era necesario exigir tales ritualismos, habida cuenta de la calidad especialísima del procedimiento respectivo, pensado fundamentalmente para situaciones excepcionales en las cuales los Jefes Militares deban adelantar el juzgamiento de sus subordinados, con asidero en la previsión constitucional de la jurisdicción penal militar del artículo 170.

De esta forma, ni en ley especial ni dentro del Código de Justicia Penal Militar se estableció como presupuesto de la función judicial de los Presidentes de los Consejos Verbales de Guerra, la previa posesión de los mismos ante autoridad alguna, sino que se le facultó a ejercer sus cargos con el único requisito de la designación que debe hacerles el Juez de primera instancia en la Resolución de convocatoria, tal como se desprende del contenido del artículo 570 en concordancia con el canon 416 del estatuto de Justicia Penal Militar.

En la primera de estas dos normas, se dice que: "El Presidente, los Vocales, el Fiscal, el Asesor Jurídico y el Secretario prestarán las promesas de cumplir bien y fielmente sus deberes, en la forma establecida por este Código y el Presidente declarará instalado el Consejo" (Subraya la Sala). Empero, el artículo 416 que se ocupa de la fórmula de juramento, no dispone en modo alguno cómo tomar juramento a un Presidente de un Consejo Verbal de Guerra, ni los diversos eventos allí contemplados permiten asumir fórmula alguna para tales casos. Por otra parte, ninguna de las normas establecidas en la misma codificación exigen la previa posesión ni establecen ritualismos especiales para el acto que es materia de la impugnación.

De esta forma, fácil resulta concluir que en el presente caso, al no haberse posesionado el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, no se contrarió norma alguna, por ello, no se está en presencia de una causal de nulidad o inexistencia y por tanto, el cargo enfilado contra la sentencia no puede prosperar.

Sobre este mismo punto, tuvo oportunidad la Sala de pronunciarse en sentencia de fecha doce de diciembre pasado con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Valencia Martínez (Acta número 077 de 1989), en donde, recogiendo el criterio del Procurador Delegado, se afirmó:

"...En el específico evento que nos ocupa, es la Carta Fundamental y el Decreto 0250 de 1958, los ordenamientos legales que otorgan jurisdicción a determinados jefes militares, quienes en ejercicio de esa facultad, pueden señalar competencia a personal castrense, mediante una resolución, donde se hace la respectiva convocatoria al juzgamiento, a través del trámite especial de los Consejos Verbales de Guerra u Ordinarios.

"Así las cosas, es preciso concluir que la posesión del cargo tiene consecuencias administrativas, pero no puede afectar ni la jurisdicción ni la competencia. Tanto ello es así, que en nuestro ordenamiento jurídico se reputan válidos los actos cumplidos por el funcionario legalmente designado, así no haya tomado posesión del cargo.

"Pero lo más significativo de todo esto es que en las normas que regulan la Justicia Penal Militar no se contempla la formalidad de la 'posesión' del cargo como requisito indispensable para desempeñarlo y a lo sumo, prestar juramento de cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo, precisando así fórmulas sacramentales para cada uno de ellos (art. 416 del C. P. M.)".

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Cargo segundo:

No corre con mejor suerte el libelista cuando plantea una causal de casación con base en la pretendida nulidad de haberse calificado erróneamente los hechos que motivaron el juzgamiento. Ello, porque lo discutido en la demanda apunta a demostrar que la conducta del procesado Patiño Pérez no se adecuaba típicamente al delito de HOMICIDIO VOLUNTARIO del artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar, sino al de HOMICIDIO CULPOSO del canon 200 del mismo estatuto.

Pero olvidó el libelista, sin embargo, que insistentemente precisó la Corte en múltiples oportunidades, que frente a este motivo de anulación lo que ha de examinarse no es la precisión de la norma específica cuya autoría se imputa al procesado, sino la determinación del delito correspondiente a través de su designación por el Título o Capítulo correspondiente del ordenamiento sustancial, como en realidad se hizo dentro del proceso materia de este estudio, en donde se consignó que el hecho por el que debería responder el procesado era el HOMICIDIO.

Sobre este punto y por todas las oportunidades en que la Sala se ha ocupado del tema, baste citar la decisión de fecha diez de mayo de 1974 con ponencia del doctor Luis Enrique Romero Soto, en donde con absoluta claridad se precisó:

"La errónea denominación jurídica del delito hecha en el auto de proceder y que el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal eleva a la categoría de nulidad procesal, se refiere, como claramente lo expresa esa disposición, al '*nomen iuris*' de la conducta ilícita es decir a aquella calificación que el legislador le ha dado en el correspondiente título o capítulo del Código Penal.

"Así tiene que ser en un sistema legal penal sustantivo en que el legislador ha agrupado las distintas conductas delictuosas con base, por una parte, en los bienes o intereses jurídicos que se pretende tutelar y por la otra, en las formas de ataque a esos derechos.

"Dentro de un sistema semejante, viene a ser grave error confundir un bien con otro o una modalidad de agresión con otra diferente porque quien tal hiciera, estaría apartándose de esos fundamentos de nuestro sistema punitivo sustancial.

"Eso explica la exigencia del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal de que, en la parte resolutive del auto de proceder, se haga el llamamiento a juicio, calificando la conducta con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo capítulo o en el correspondiente título cuanto éste no se divida en capítulos.

"De esta manera se consigue una concreta individualización del bien jurídico vulnerado por el agente y de la forma como lo lesionó y se presentan los cargos con la nitidez que requiere el derecho de defensa del procesado.

"Pero no exige esa norma que se mencione en la parte resolutive del auto de proceder las modalidades del hecho punible, o sea aquellas circunstancias que lo convierten en una especie dentro del correspondiente género delictivo o en una modalidad del tipo básico.

"En consecuencia, no hay nulidad, ni de grado procesal ni de rango constitucional cuando en la parte resolutive de la mencionada providencia no se hace mención de las circunstancias modificadoras del tipo básico como v.gr. la sevicia ya que en nuestra legislación el asesinato no es una '*specie iuris*' distinta del homicidio sino una modalidad de éste.

"Menos puede decirse, como hace el demandante en el presente caso, que se ha incurrido en nulidad, no ya por no mencionar dicha característica en la parte resolutive del auto vocatorio a juicio sino porque, según piensa, no se encontraba probada.

"Abundantemente ha reiterado esta Sala y repite una vez más, la afirmación de que en los juicios por jurados no se puede proponer como motivo de casación, la falta de apreciación o la

indebida valoración de las pruebas, porque si el jurado declara, como en el presente caso, la existencia de una conducta delictuosa o de una modalidad de la misma, sólo el Juez de la causa y el Tribunal tienen la facultad legal de examinar ese veredicto para ver si se conforma o no con la evidencia de los hechos y hacer la declaración pertinente”.

Estos contundentes argumentos son base suficiente, de por sí, para que la Sala rechace el cargo formulado contra la sentencia en el presente evento, obviamente haciendo los señalamientos del caso como es la necesidad de precisar que tanto el Código Penal como el Código de Justicia Penal Militar contemplan dentro de un mismo título y capítulo las diferentes modalidades de HOMICIDIO, que el análisis de la situación se hizo en vigencia del Decreto 409 de 1971 que contemplaba aquella causal de nulidad, y que la imposibilidad de los ataques por falta de apreciación o indebida apreciación probatoria son predicables no solamente de los juicios en que intervenía el jurado de conciencia, sino también de aquellos procedimientos en los que los Vocales ejercen similares funciones.

Debe adicionarse a lo anterior, que en su afán de demostrar la pretendida nulidad, el casacionista argumentó fundamentalmente que los medios probatorios reflejaban una realidad diferente a la establecida en el proceso, esto es, que consideró que las pruebas fueron equivocadamente valoradas, con lo cual está contrariando la técnica misma del recurso al confundir en un mismo cargo varias causales, a más de que la infracción indirecta, como se ha dicho, no es admisible en tratándose de procesos en los que los jueces populares deben emitir su fallo en conciencia.

En consecuencia, 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 y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garriga, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

Tratándose de pruebas como la confesión, el testimonio y los indicios sometidas en su valoración al sistema de la persuasión racional o de la sana crítica, difícilmente puede surgir un error de convicción

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 10 de febrero 14 de 1990.

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados *José Alvaro González Victoria, Simón Hernando Paladines Barrera y Arcadio González González* contra la sentencia de cinco de noviembre de 1988, mediante la cual el Tribunal Superior de Buga, los condenó junto con *Reinaldo Sedano Becerra* como responsables de secuestro extorsivo en *Diego León Giraldo Angel* y su sobrino *Héctor Fabio Marulanda Giraldo*.

Hechos y actuación procesal:

Los que dieron origen a la formación del proceso aparecen reseñados por el *a quo*, de la siguiente manera:

“Los hechos ocurridos el 17 de junio de 1987, aproximadamente a las siete de la noche, en los cuales fueron secuestrados el señor *Diego León Giraldo Angel* y su sobrino *Héctor Fabio Marulanda Giraldo*, cuando viajaban por la vía que de Ginebra conduce a la carretera central, para seguir rumbo a Cali, al ser interceptados por un automóvil que los obligó a parar, del cual descendieron varios hombres armados quienes inicialmente fingieron ser miembros del F-2 y posteriormente, dueños ya de la situación, exteriorizaron el propósito que los guiaba, cual era el de secuestrar al señor *Giraldo Angel*, pero como éste les hiciera saber las dolencias que padecía al corazón, fue liberado con la condición de conseguir y entregarles la suma de treinta millones de pesos por el rescate de su sobrino.

“El hecho criminoso fue puesto inmediatamente en conocimiento de las autoridades de Policía de Cali, las cuales en desarrollo de las pesquisas correspondientes montaron el operativo que dio resultados

positivos cuando se capturó a Reinaldo Sedano y a José Alvaro González Victoria, confesando el primero ser uno de los secuestradores, al tiempo que delató como participantes del mismo hecho criminoso a Simón Hernando Paladines Barrera, José Alvaro González Victoria y a un sujeto Orlando apodado 'cochino', éste último encargado de proveer la alimentación del grupo de plagiarios y del secuestrado. Igualmente, Reinaldo Cedano Becerra condujo a los investigadores policivos al sitio donde ocultaban al secuestrado en una región montañosa del corregimiento de Costa Rica, municipio de Ginebra, donde era vigilado por otros sujetos que huyeron al notar la presencia de la policía, y de allí efectivamente, fue rescatado sano y salvo Héctor Fabio Marulanda Giraldo, quien posteriormente al igual que su tío Diego León Giraldo Angel, reconocieron a los cuatro procesados condenados, avalando en esta forma la esencia primordial del informe y de lo declarado bajo la gravedad del juramento por todos y cada uno de los miembros de la institución policiva que intervinieron con éxito en la loable operación de rescate y captura de los autores del plagio, que es motivo de sanción recaída en sus autores".

Iniciada la investigación por el Juzgado Primero Especializado de Buga, con base en el informe rendido por el Jefe de la Policía Judicial del Departamento de Policía Metropolitana de Cali y mediante el procedimiento especial contemplado en el capítulo 2º de la Ley 2ª de 1984, el siete de enero de 1988 se calificó el mérito del sumario con auto de citación a audiencia de Reinaldo Sedano Becerra, José Alvaro González Victoria, Simón Hernando Paladines Barrera, Arcadio González González, Fernando González González y Ricardo Muñoz González, por los delitos de secuestro extorsivo, hurto calificado y porte ilegal de armas, pronunciamiento consentido por los sujetos procesales (fls. 285 y ss. del cuaderno número 2).

Durante la audiencia pública realizada en varias sesiones, los defensores de los procesados González Victoria, Paladines Becerra y González González adujeron como tesis principal de la defensa la nulidad de la actuación por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales violatorias del debido proceso y el derecho de defensa —catorce en total—, las que fueron examinadas y negadas por el Juzgado del conocimiento en la sentencia con la cual se finiquitó la primera instancia condenando a los nombrados a la pena principal de 84 meses de prisión cada uno, y a Sedano Becerra a 56 meses de prisión, como autores responsables de doble secuestro. El mismo fallo absolvió de todo cargo a Fernando González González y Ricardo Muñoz González y a los demás procesados, por los delitos de hurto calificado y porte ilegal de armas (fls. 87 a 172 del cuaderno número 3).

Apelada dicha sentencia por los defensores que alegaron la invalidación del proceso y sustentado debidamente el recurso, el Tribunal Superior de Buga le impartió confirmación mediante la suya de 5 de noviembre de 1988, que es objeto del recurso de casación.

Previamente, el Tribunal Superior se negó a pronunciarse sobre las nulidades propuestas, conforme a esta argumentación:

"Dado que en los memoriales por los cuales los defensores recurrentes apelan y coetáneamente sustentan el recurso se refieren, prin-

principalmente, a relieves presuntas irregularidades que, según ellos, vician de nulidad el proceso, sea lo primero expresar, que al tenor de lo normado en el artículo 25 de la Ley 2ª de 1984, por la cual se procede: 'En los procesos que se adelanten conforme a lo establecido en este capítulo (II: secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo), sólo podrán alegarse nulidades durante la *audiencia pública* y se resolverán en la *sentencia de primera instancia*'. Por manera que en acatamiento de este mandato legal la Sala queda relevada de considerar las argumentaciones de los defensores en lo referente a esas pretensas nulidades, puesto que el *a quo* ya negó su existencia y la única que puede alegarse en cualquier estado del proceso es la causal por 'incompetencia del Juez' y es irrefragable que ésta en manera alguna se vislumbra porque los Jueces Especializados a que se refiere la citada Ley 2ª de 1984 son competentes para investigar y fallar los procesos por delitos de secuestro extorsivo, extorsión terrorismo y los conexos con estos (art. 12, inciso 3º) siendo éste uno de los mencionados en dicha norma y además, también le compete por el factor territorial, porque el secuestro extorsivo se agotó en jurisdicción del municipio de Ginebra que pertenece a este Distrito Judicial" (fls. 212 y vto. del cuaderno número 3).

Demandas de casación:

Serán relacionadas en el orden en que fueron presentadas así:

Demanda a nombre de los procesados Simón Hernando Paladines Barrera y José Alvaro González Victoria.

Con fundamento en las causales tercera y primera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, se formulan los siguientes cargos a la sentencia impugnada:

Causal tercera:

Nulidad del proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación y consiguiente excarcelación de los recurrentes porque el Tribunal Superior haciendo una interpretación equivocada del artículo 25 de la Ley 2ª de 1984 se negó a examinar y pronunciarse sobre las nulidades planteadas por la defensa durante los debates de audiencia pública, como si lo hizo el Juzgado de primera instancia aunque con razonamientos inadmisibles, negativa que en opinión del impugnador configura nulidad por inobservancia de una de las formas del debido proceso, como lo es, la doble instancia y correlativo desconocimiento del derecho de defensa.

Afirma el censor, que: "El Tribunal en el fallo impugnado, interpretó la norma antes transcrita (art. 25 de la Ley segunda) de manera equivocada, pues el artículo no dice nada, ni de su texto se puede deducir, que la indecisión del Juez de primera instancia tomada en la sentencia, y alegadas las causales 2ª y 3ª del artículo 305 antes citado (del C. de P. P. se aclara) sea *inapelable* o de única instancia. Es más, la norma primeramente citada dice que la decisión que se tome por auto sobre la causal primera (incompetencia del Juez), es apelable ya que ésta se puede pedir, aún en la etapa del sumario. En derecho penal o procesal penal, no hay sentencias inapelables. Por eso, peca

contra las normas de la hermenéutica jurídica, la interpretación que dio el Tribunal, cuando dijo en el fallo cuestionado (aquí el pasaje ya transcrito)".

Agrega, que tan desavenida interpretación "viola los principios del debido proceso, el derecho de defensa y la doble instancia, consagrados en el Código de Procedimiento Penal" configurando manifiesto error de derecho y transcribe a continuación, in extenso, los catorce motivos de nulidad junto con los argumentos expuestos ante el funcionario de instancia reclamando la invalidez del proceso.

Causal primera:

Refiriéndose a las pruebas tenidas como fundamento fáctico de la sentencia de condena, comienza por manifestar que algunas de ellas fueron erróneamente apreciadas como la confesión calificada vertida por el sindicado Reinaldo Cedano Becerra en la que aceptó su participación en el hecho y delató a otros compinchos, explicando haberse visto obligado a hacerlo por la coacción y amenazas de que fue objeto por parte del sujeto Silvio Velásquez (alias "machete" o "cuchillo"), la que fue caprichosamente dividida por el sentenciador aceptándola en lo que le perjudica y rechazándola en lo que le favorece cuando debió ser apreciada en forma indivisible, como un todo armónico y unitario.

Luego, expresa que también fueron apreciadas como pruebas incriminatorias los reconocimientos en fila de personas hechos por los secuestrados Diego León Giraldo Angel y Héctor Fabio Marulanda Giraldo en los que señalaron como secuestradores a José Alvaro González Victoria y Reinaldo Sedano Becerra a pesar de haber sido producidos contrariando los ordenamientos legales que regulan su aducción, puesto que las víctimas del delito habían manifestado no encontrarse en condiciones de reconocer a sus secuestradores, la diligencia contenida en una sola acta tuvo lugar varios meses después de los sucesos y uno de los reconocidos no contó con la asistencia del defensor.

Como pruebas no apreciadas por el Tribunal Superior, en la sentencia acusada menciona el demandante las declaraciones rendidas por los esposos Juan Bautista Cruz y María Mazuera de Cruz, dando cuenta que Paladines Barrera era un conocido comerciante ambulante de joyas, lo mismo que los testimonios de Jesús Ospina Gutiérrez, Víctor Hugo Barrochoche y Mireya Rivera demostrativos de que para la noche de los hechos investigados, el mencionado procesado se encontraba en la ciudad de Cali viendo un partido de fútbol.

Del mismo modo, no fueron apreciadas las explicaciones dadas en indagatoria por el sindicado José Alvaro González Victoria, confirmadas con el dicho de varios testigos, en el sentido de haber conocido a Cedano Becerra cuando le transportó en su vehículo unos mercados y encontrarse en la ciudad de Cali presenciando un partido de fútbol entre Deportivo Cali y el Club América, la noche de autos.

La equivocada apreciación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras, configuran en opinión del censor manifiesto error de

derecho, el que debe ser enmendado por la Corte, profiriendo sentencia absolutoria en favor de los procesados recurrentes.

Demanda a nombre del procesado Arcadio González González:

La demanda presentada a nombre de este procesado es reproducción de la anterior, aunque con diferente léxico y presentación, por lo que la Sala se abstendrá de repetir sus planteamientos aclarando eso sí, que el recurrente califica como errores de hecho los distintos yerros de apreciación probatoria, atribuidos al sentenciador de segunda instancia, arguyendo que siete testimonios rendidos por parientes y amigos de su patrocinado, que lo marginan de cualquier participación en el hecho investigado —los que menciona y analiza—, no fueron considerados en absoluto por el Tribunal Superior.

Respuesta del Ministerio Público:

El Ministerio Público representado por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de examinar conjuntamente los cargos formulados, termina solicitando que, no se case la sentencia impugnada en consideración a las fallas de orden técnico de que adolecen las demandas.

Advierte en primer término, que los censores incurren en el desacierto de entremezclar las causales primera y tercera de casación, buscando con ello soluciones contradictorias y excluyentes, puesto que mientras con ésta se persigue la nulidad de lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación, con aquella se admite la validez del proceso procurándose la sustitución del fallo acusado por otro.

Afirma, que la demostración del cargo de nulidad se hace como si se tratara de un error manifiesto de derecho en que incurrió el Tribunal Superior al interpretar equivocadamente el sentido y alcance del artículo 25 de la Ley 2ª de 1984, como si resultara apropiado predicar, como lo hacen los libelistas “que el Tribunal dictó un fallo nulo porque interpretó erróneamente la ley sustancial”.

Refiriéndose al segundo cargo, expresa que su planteamiento y desarrollo no se ajusta a las exigencias argumentales de la violación indirecta de la ley porque no se integró la proposición jurídica completa y los demandantes confunden los conceptos de error de hecho y error de derecho, fallas de técnica suficientes para desestimar el reproche.

Y en el evento de haber sido técnicamente enfocada la censura, tampoco prosperaría, porque no se puede pregonar error de convicción respecto al testimonio por no ser prueba tarifada y porque ambos impugnadores marginaron del ataque a la sentencia, la prueba indiciaria que le sirve de soporte.

Consideraciones de la Corte:

Reiteradamente ha venido exigiéndose al recurrente en casación ajustar su demanda a la técnica del recurso extraordinario, respetando, entre otros, el principio de no contradicción conforme al cual debe cuidarse de no invocar causales o formular reparos incompatibles o excluyentes entre sí, exigencia por demás contenida en el ordinal 3º del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal vigente, norma que no sufrió modificación con el Decreto 1861 de 1989.

Pero la inobservancia de este requisito de orden técnico atribuible a los demandantes al plantear de una parte, la nulidad del proceso por vicios en su formación y de la otra, la sustitución del fallo de condena por uno de absolución, lo que supone su validez, no autoriza *prima facie* el rechazo de la impugnación, puesto que en tal evento la Corte como Tribunal de Casación no podría sustraerse al deber de indagar si alguno de los motivos aducidos configura nulidad insubsanable que deba declarar, o ésta emerge ostensible del proceso aunque por razones diferentes a las contenidas en las demandas actitud conforme con el carácter oficioso de la nulidad en sede de casación, consagrado en el inciso segundo del artículo 227 *ibidem*.

Sentada la anterior premisa, es preciso examinar en primer término, el cargo de nulidad conjuntamente planteado por los recurrentes en casación.

Afirman estos, que el Tribunal Superior haciendo una equivocada interpretación del artículo 25 de la Ley 2º de 1984, se negó expresamente a examinar y pronunciarse sobre las nulidades por ellos propuestas durante la audiencia pública y negadas en la sentencia de primera instancia por el Juzgado del conocimiento, no obstante haber recurrido en apelación contra dicha decisión, negativa que en su opinión, genera nulidad por haberse desconocido una de las garantías del debido proceso como es el principio de la doble instancia, conculcándose de paso el derecho de defensa de los procesados.

La nulidad planteada, ante todo busca la sanidad del proceso y es medida extrema o "heroica", que solamente puede tomarse cuando no exista otro mecanismo procesal que subsane la irregularidad cometida.

Estima la Sala, contrariamente a lo que piensan los demandantes, que no se pretermitió la segunda instancia porque el Tribunal Superior, pese a la advertencia hecha, se pronunció en el fondo sobre lo sustancial de la providencia apelada, impartándole integral confirmación, conclusión a la que no podía llegar, de haber notado la existencia de una protuberante irregularidad constitutiva de nulidad declarable oficiosamente.

Cuando la sentencia impugnada, es confirmatoria de la de primera instancia —como en el presente caso—, las dos conforman una unidad jurídica inescindible.

Entonces, si las múltiples irregularidades denunciadas durante la audiencia pública como constitutivas de nulidad —catorce en total— fueron separadamente examinadas y rechazadas por el juzgador de primera instancia mediante sentencia, cuyas conclusiones aparecen

siendo compartidas en su integridad por el *a quo*, no resulta procedente acudir al remedio extremo de decretar la nulidad del fallo emitido por el Tribunal Superior para que se ocupe de considerarlas, cuando el vicio que en apariencia lo afectaba, se encuentra subsanado.

Y a pesar, de que los impugnadores, teniendo oportunidad de formular dichas nulidades en sede de casación, no lo hicieron, la Corte al revisar el proceso, no advierte la existencia de protuberantes y sustanciales fallas que afecten el debido proceso o conculquen el derecho de defensa, las que hubiera sido preciso declarar como nulidad en aras de la legalidad del mismo.

En cambio, encuentra puestas en razón las argumentaciones del Juzgado del conocimiento para concluir con él, que ninguna de las irregularidades puestas de presente durante el plenario configura nulidad por inobservancia de las formas del debido proceso o desconocimiento del derecho de defensa pues algunas de ellas, resultaron infundadas, otras afectarían únicamente la validez de las pruebas practicadas y las más, generarían acción disciplinaria contra el funcionario instructor por actos comisivos y omisivos a él atribuidos (Ver folios 10 del cuaderno de la Corte y 177 a 178 del cuaderno número 3, entre otros).

No prospera el cargo de nulidad.

Descartada la nulidad planteada, *procede examinar los cargos formulados bajo el ámbito de la causal primera de casación, los que tampoco están llamados a prosperar, por las siguientes razones:*

Habiéndose acogido expresamente los recurrentes a la violación indirecta de la ley por errores en la apreciación de las pruebas, sin embargo, ninguno de ellos integró la proposición jurídica completa con las normas instrumentales y sustanciales relacionadas con la violación mediata e inmediata a tal punto, que ni siquiera mencionaron como infringida la que describe y sanciona el delito por el cual se produjo la condena, esto es, el artículo 268 del Código Penal, ni expresaron el concepto de la violación, es decir, la forma como dicho precepto penal pudo haber sido quebrantado mediante los yerros probatorios atribuidos al sentenciador (falta de aplicación o aplicación indebida), falta ésta suficiente para desestimar la censura porque la Corte no puede oficiosamente llenar los vacíos o suplir las deficiencias de que adolecen las demandas.

Se ataca la prueba que sirve de soporte al fallo de condena (confesión libre y espontánea rendida por el sindicado Reinaldo Cedano Becerra; el informe policivo y las ratificaciones y ampliaciones de los oficiales y agentes de la Policía Nacional que participaron en el operativo que culminó con el rescate del secuestrado y la captura de los responsables y los reconocimientos que los secuestrados hicieron de sus secuestradores), porque en opinión de los censores, tales probanzas fueron equivocadamente apreciadas por los falladores; pero, el ataque se circunscribe a apreciaciones puramente personales y subjetivas de los impugnadores respecto a la forma como debieron ser valoradas, opuestas a las razonadas y lógicas argumentaciones hechas por los juzgadores en las instancias, sin que de tal confrontación se

evidencie la existencia de un manifiesto u ostensible error de derecho por falsos juicios de legalidad o de convicción.

La simple disparidad de criterios en cuanto al grado de convicción que arrojan determinados elementos de juicio, jamás puede generar el error probatorio exigido en casación, máxime cuando en la apreciación de las pruebas el juzgador goza de amplio arbitrio limitado únicamente por la comisión de errores protuberantes.

Tratándose de pruebas como la confesión, el testimonio y los indicios sometidos en su valoración al sistema de la persuasión racional o de la sana crítica difícilmente puede surgir un error de convicción corriéndose el riesgo —como acontece en este caso— de contraponer a la apreciación del Tribunal la personal y subjetiva estimación del impugnador.

Los indicios incriminatorios que emergen de las pruebas indicadas, valorados en su conjunto, gravedad y correspondencia, como lo hicieron los juzgadores en las instancias, forzosamente conducen a la certeza del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo le cube a los procesados recurrentes, colmándose así los requisitos exigidos por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para condenar.

En cuanto a las pruebas no apreciadas por los falladores, es decir, los testimonios que tratan de probar la coartada presentada por los sindicados Paladines Barrera y González Victoria basta recordar, como lo hace el Procurador Delegado, que tales declaraciones si fueron examinadas en la sentencia de primera instancia y confrontadas con los demás hechos indiciarios, solo que no se les asignó el valor exculpatorio que les atribuye el demandante.

No cabe duda, que los testimonios rendidos por familiares y amigos del procesado Arcadio González González en el sentido de ubicarlo la noche de autos en la ciudad de Pereira presenciando un partido de fútbol, no fueron tenidos en cuenta por los sentenciadores, actuación que a primera vista encajaría en una de las hipótesis del error de hecho. Pero no debe pasarse por alto —como recuerda la Procuraduría— con apoyo en doctrina de la Sala, que en tal evento incumbe al casacionista la obligación de “cotejar la prueba que echa de menos con la que se consideró en el fallo, todo esto con miras a proporcionarle a la Corte una visión nueva y opuesta del panorama procesal, en toda su estructura, poniendo así de resalto la antinomia entre la sentencia y la realidad probatoria, que es la que en definitiva, debe en estos casos servir de fundamento al sentenciador extraordinario para quebrar el fallo” (Sentencia de casación de julio de 1988).

Este requisito de orden técnico fue desatendido por el recurrente en casación que se limitó a mencionar las pruebas omitidas, sacando de ellas sus propias conclusiones, sin confrontarlas con los indicios deducidos en contra del procesado y tenidos como soporte de la sentencia de condena, tales como, ser el propietario o tenedor del automóvil Renault 12, color blanco, que entraba y salía del apartamento, ocupado por el grupo de secuestradores, la amistad con el sujeto

conocido como el "Cochino", jefe de la banda y la mención de su nombre en el lugar de cautiverio, escuchado por el secuestrado Héctor Fabio Marulanda Giraldo.

El error de hecho manifestó —ha reiterado la Corte—, debe ostentar los caracteres de lo evidente, es decir, de lo que se impone a primera vista, sin que su demostración exija esfuerzo dialéctico por parte del censor o de los jueces en sede de casación.

De modo pues, que la falta de apreciación de dichas declaraciones por parte de los sentenciadores, no configura error de hecho manifiesto y trascendente que amerite la remoción de la sentencia acusada.

No prospera la impugnación.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre de los procesados José Alvaro González Victoria, Simón Hernando Paladines Barrera y Arcadio González González, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque, Ruiz, Jaime Giraldo Ángel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

INIMPUTABILIDAD

Para que se abra paso al reconocimiento de un estado de inimputabilidad debe el juzgador columbrar en el proceso bases significativas de probable verdad que lo corroboren

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0010 de febrero 14 de 1990.

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de la acusada *María Rosalba Benavides Maz* contra la sentencia proferida el tres (3) de marzo del año próximo pasado por el Tribunal Superior de Bogotá (fls. 21 y ss., cuaderno 2º), mediante la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado Segundo (2º) Penal del Circuito de Girardot de noviembre veintiséis (26) de mil novecientos ochenta y ocho (1988) (fls. 171 y ss., cuaderno 1º), que impuso a la acriminada la pena principal de cuatro (4) años de prisión y multa de doscientos cincuenta y seis mil trescientos setenta y cuatro pesos (\$ 256.374.00) (equivalentes a diez —10— salarios mínimos en aquél entonces), más las accesorias de rigor, como infractora de la Ley 30 de 1986.

Dentro del trámite se recibió concepto de la Procuraduría Segunda (2ª) Delegada en lo Penal con solicitud de rechazar las peticiones incoadas por el actor.

Hechos:

Fueron resumidos por el Tribunal en el fallo recurrido así:

“...El día cinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, en el terminal de transportes de Girardot, fue aprehendida la mujer *María Rosalba Benavides Maz*, en cuyo poder fue encontrada una maleta con doble fondo dentro de la cual escondía 175 gramos de cocaína. Según el informe de la Policía, la acusada se disponía a viajar a Bogotá, en el momento de ser aprehendida...”

Actuación procesal:

Con base en el reporte referido, se inició la investigación por funcionario de instrucción y oída en indagatoria la acusada —quien afirmó

no haber sufrido enfermedades ni tener vicios— y cumplidas varias diligencias se dispuso su detención preventiva. Prosiguió la actuación con la práctica de otras pruebas, entre estas, las declaraciones de quienes efectuaron su captura, enviándose luego el asunto al Juzgado Especializado donde se ordenó reconocimiento médico a la implicada para establecer si era drogadicta; se recibió, además, ampliación de su declaración injurada donde reitera no haber padecido enfermedades ni ser adicta a los estupefacientes. Cerrada la investigación por el Juez del conocimiento, se decretó citación a audiencia y la revocatoria de la libertad provisional que se le había otorgado, efectuándose nuevamente su captura. Cumplidos los trámites pertinentes, se realizó la audiencia —dentro de la cual de nuevo amplía su indagatoria— dictándose luego la sentencia de primera instancia que consultada confirmó el Tribunal Superior de Bogotá mediante el fallo recurrido en casación.

La demanda:

Previa referencia a los antecedentes procesales, invoca el actor contra la sentencia la *causal tercera* del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por haberse dictado la decisión en un *juicio viciado de nulidad*.

Consiste el *cargo único* en que por haberse incurrido en anomalía que afecta el debido proceso, como lo contempla el artículo 305, numeral 2º "*ibidem*", ya que no se dispuso examen psiquiátrico de la mujer acusada para determinar si era drogadicta, se incurrió en invalidez que debe declararse a partir de la apertura del juicio a pruebas.

Afirma el libelista que en el trámite no se observaron las formas propias del juicio al omitirse el análisis indicado tendiente a establecer la adicción de la inculpada y consecuentemente si podía entender la ilicitud de su conducta y determinarse según esa comprensión, desconociéndose "la integración" de lo determinado con las normas pertinentes. Se trata de irregularidad que no puede sanearse, es error "*in procedendo*" que afecta la legalidad y validez del juzgamiento.

Se anota en la demanda que en el sumario se ordenó el reconocimiento médico en últimas no cumplido y que de resultar imputable la procesada "... su conducta no violaría la salubridad pública, sería inculpable..." De otra manera —aduce el actor— no se consultaría la intención del agente cuando porta dosis superiores para su consumo y "... tal posición presume la culpabilidad del adicto por el hecho de portar droga que supera la dosis personal..."; y la presunción se dirige a una responsabilidad objetiva, sin que el criterio pueda ser otro que el considerar la intención del agente al conservar la sustancia, pues si es de consumirla, no se podrá presumir que se trata de traficar con la misma y lo que señala el carácter delictivo del porte "... es su preordenación para el tráfico..." y, así, ignorándose si se trata de narcodependiente no se podría condenar como traficante ya que en el primer caso debería afirmarse que no hubo dolo y entratándose de satisfacer el vicio no se aplicaría pena sino daría lugar a otro tratamiento.

Es irregular —expresa el actor— que no se comprobara previamente el estado mental de la acusada y la imputabilidad, como se

ordenó en la instrucción; cita fallo de esta Sala (noviembre 23 de 1988, Magistrado ponente doctor Carreño Luengas; octubre 12 de 1982, Magistrado ponente doctor Velásquez Gaviria) y solicita invalidar el fallo impugnado decretando nulidad de la actuación desde la apertura a pruebas.

Concepto de la Procuraduría Segunda (2ª) Delegada en lo Penal:

En ponderado análisis de la acusación, solicita desechar el recurso por encontrar claramente infundada aquella. Examina la procedencia del dictamen médico y anota que cuando existen bases suficientes en el proceso para ordenarlo, ha lugar a ello, lo cual no ocurre en este caso, dados los antecedentes establecidos y sin que por lo mismo se insistiera en su práctica por el funcionario que lo dispuso ni se formulara objeción alguna al respecto en el período del juicio; destaca el error del demandante, pues de la sola adición no puede predicarse que el sujeto activo obró en estado de inimputabilidad ni de esto último pueda desprenderse que el acto no sea típico ni antijurídico. Solicita declarar la legalidad del proceso y, por tanto, no invalidar la sentencia recurrida.

La Corte:

I. *El cargo radica bastantemente en que al no haberse dispuesto examen médico psiquiátrico a la procesada se vulneraron los formas propias del juicio —nulidad contemplada expresamente por normas positivas— incurriéndose en causal de invalidez cuya declaración por consiguiente se solicita.*

Aunque no existe disposición manifiesta en el actual ordenamiento procesal como la contenida en el anterior (art. 411 del C. de P. P. derogado), es de toda verdad que la evaluación médica indicada resulta inexcusable cuando en el expediente subsisten indicios que patentizan que el acriminado pudo encontrarse o se hallaba al momento de realizar el injusto en estado de perturbación o anomalía psíquica, dado el diferente tratamiento legal que debe aplicarse en uno y otro supuesto lo que traduce —en caso de establecerse la inimputabilidad— la aplicación de medidas de seguridad de muy diferente naturaleza y fines al régimen ordinario de sanciones (art. 12 y conc., C. P.).

La consecuencia de omitirse una prueba tal —cuando existe sostén suficiente para disponerla y realizarla— no es otra que la de nulidad dirigida a preservar los derechos del inculgado y a que se aplique consecuentemente el tratamiento legal que corresponde a su estado una vez se demuestre que efectivamente se hallaba en situación de anormalidad mental y, por ende, de inimputabilidad.

Por el contrario, no puede existir irregularidad ni generarse invalidez, cuando del proceso no resulta indicio o fundamento alguno para disponer tal prueba que de realizarse constituiría una forma de actuación innecesaria, dado que no se ha puesto en entredicho la total normalidad del procesado.

II. *En este comentado sentido es clara y reiterada la jurisprudencia de la Corte —concretada en innumerables fallos de casación—*

entre los que se destacan los citados tanto por el recurrente como por el Ministerio Público. A fin de cuentas para que se abra paso el reconocimiento de un estado de inimputabilidad debe el juzgador co- lumbrar en el proceso bases significativas de probable verdad que lo corroboren. Con lo cual se atisba una postura más que correcta.

No ocurre lo propio en el acto *sub exámine* —como acertadamente lo destaca la Delegada, previo acopio de razones similares a las anteriormente esbozadas— porque a través del expediente y de las propias intervenciones de la sentenciada, no se infiere en manera alguna que padecía de anomalía o perturbación psíquica al momento de perpetrar la conducta prohibida, pues que contrariamente, desde su indagatoria, en la ampliación de la misma y en la audiencia, ante interrogantes en este sentido es enfática y terminante en poner de relieve su normalidad y su no adicción a sustancia estupefaciente. Sin que resulte inane agregar que la motivación inicial del instructor para ordenar la prueba cuando la indagación se hallaba aún en ciernes y sin base ninguna para disponerla, no puede erigirse a la hora de ahora como razón para alegar que se han desconocido las garantías constitucionales.

III. Todo lo anterior conduce a concluir que el susomontado medio de convicción se ordenó por cuanto así, inicialmente, lo consideró el instructor a reserva de entender que su consideración carecía de apoyo y estribo en la realidad del proceso y porque sin disputa posible, nada autorizaba a suponer la necesidad de practicar aquella probanza debiéndose reconocer a la postre que el mismo funcionario que la había ordenado no la reiteró ulteriormente ni que tampoco ninguno de los sujetos procesales pero especialmente la defensa propuso o formuló censura o reproche alguno en redor de este asunto como hubiese resultado lógico entenderlo así de considerarse que la dicha inquietud tenía motivos suficientes para su adelantamiento.

IV. *En fallo reciente advirtió la Sala lo que en seguida se anota y que reitera su jurisprudencia en relación a dictamen médico-psiquiátrico:*

“... En vigencia del Código de Procedimiento anterior al actual, la Corte, con apoyo en el artículo 411 del referido estatuto, siempre mantuvo su jurisprudencia de que cuando existían indicios de una posible inimputabilidad del procesado, el no sometimiento de éste a un examen médico generaba una violación del debido proceso y por ende se configuraba una nulidad de carácter suprallegal...”

“... En el nuevo Código de Procedimiento Penal, a pesar de que no se hubiera consagrado de manera expresa en ninguna de sus normas la obligación de la pericia médica, cuando existieran indicios suficientes que permitieran inferir que el procesado al momento de ejecutar el hecho típico se encontraba en situación de inimputabilidad, ésta sigue siendo una ineludible obligación del Juez, que aunque no tiene anclaje en una norma que de manera específica la consagre, surge con claridad de la estructura misma del hecho punible, de sus consecuencias y de la naturaleza y fines del proceso. Por estas razones no era necesario que el nuevo Código de Procedimiento Penal reiterara el contenido del artículo 411, que dentro de esta perspectiva resultaba absolutamente superfluo y por ello también la omisión de la experticia

médica en las condiciones ya indicadas sigue implicando una violación del debido proceso y por tanto da lugar a la nulidad de la actuación..."

"...Pero, es preciso destacar, que la omisión de la pericia médica únicamente constituye causal de nulidad, como reiterada y pacíficamente lo ha sostenido esta Sala, cuando existen indicios serios sobre la inimputabilidad del procesado al momento de ejecutar el hecho típico. En ausencia de estos indicios, debe considerarse que el acusado cuando realizó la conducta criminosa estaba en pleno goce de sus capacidades para comprender la ilicitud de su comportamiento y para determinarse de acuerdo con esa comprensión; por ello resulta innecesario ordenar el reconocimiento médico de todo procesado, y por la misma razón el omitirlo, en estas circunstancias, jamás puede considerarse como una violación al debido proceso..." (*Sentencia de agosto 11 de 1989, Magistrado ponente doctor Duque Ruiz*).

V. Lo anterior basta y sobra para concluir en la falta de total sustentación del cargo en el proceso y, de paso, en su improsperidad, pues no se produjo quebrantamiento alguno de los derechos de la acusada ni de las formas propias del juicio.

VI. No está demás anotar que en la demanda el actor incurre en una serie de imprecisiones e inconsistencias conceptuales que no pueden pasarse en silencio.

El solo hecho de la adición de un sujeto a los estupefacientes no presupone que al momento de ejecución del injusto se encuentre aquél en estado de inimputabilidad que no le permita comprender la criminalidad de los actos o de dirigir sus propias acciones. Una cosa es que legalmente se demuestre que el procesado es drogadicto y otra muy distinta que haya actuado sin facultades para discernir y para elegir, esto es, sin capacidad de culpabilidad. Tampoco tiene sentido aseverar que entratándose de inimputables "hay que desechar todo peligro para el bien jurídico tutelado", como si estos sujetos no estuvieran en capacidad de lesionar o poner en peligro mediante conducta típica, intereses o valores penalmente resguardados por el legislador. Lo que no puede hacer es actuar con culpabilidad pues que necesita comprender en el momento del hecho la antijuridicidad de su comportamiento y autodeterminarse conforme a esta comprensión. Ello es muy otra cosa.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; oído el concepto de la Procuraduría Segunda (2º) Delegada en lo Penal y de acuerdo con el mismo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Negar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Jaime Giraldo Angel, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Sampedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ESTAFA

Pasan al campo penal la mentira y el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Rodolfo Mantilla Jácome.*

Aprobado: Acta número 071 de noviembre 21 de 1989.

Vistos:

El Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá mediante fallo de 18 de mayo de 1988, condenó a los procesados *Oscar Restrepo López* y *José Luis Cárdenas*, a las penas privativas de la libertad de dieciséis (16) y ocho (8) meses de prisión, respectivamente, como autor y cómplice del delito de estafa en contra del patrimonio económico del Banco Industrial Colombiano y el Tribunal Superior de la misma ciudad en providencia de 10 de agosto siguiente aumentó las mencionadas penas, en el sentido de imponerles, previo reconocimiento de la rebaja prevista en la Ley 48 de 1937, la de veinte (20) meses de prisión para Restrepo López y dieciséis (16) meses y veintidós días para José Luis Cárdenas y les negó el beneficio de la condena de ejecución condicional que les había otorgado el Juzgado de primera instancia.

Hechos y actuación procesal:

Se sintetizaron en el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

“Acaecieron en los meses de enero y febrero de 1984 cuando Oscar Restrepo López, a la sazón cuenta-corrientista del Banco Industrial Colombiano, sucursal calle 24, solicitó por el sistema de remesas, le fueran negociados tres cheques correspondientes a su cuenta corriente número 785 de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Baraya (Huila), por un valor total de \$ 4.380.000.00 negociación aceptada por la entidad bancaria, teniendo en cuenta la antigüedad del cliente y la solvencia moral y económica del mismo, según los informes que del mismo dio José Luis Cárdenas, como Jefe de Cuentas Corrientes de la referida sucursal”.

“Acreditado el dinero en su cuenta corriente, Oscar Restrepo López, procedió a retirarlo y abandonó la ciudad residenciándose en la ciudad de Cali (Valle). Una vez hechos los trámites correspondientes

al Banco Industrial Colombiano le fue informado por parte de la Caja Agraria de Baraya, la carencia de fondos en la cuenta del citado Restrepo López y además de lo anterior se dio cuenta la entidad que el mismo, teniendo Tarjeta de Crédito BIC, con un cupo autorizado de cien mil pesos, utilizó el instrumento de crédito por valor cercano a los quinientos mil pesos".

El Juzgado 71 de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación penal y luego de haber practicado algunas pruebas, remitió la actuación al Juzgado 87 de la misma categoría que finalmente avocó el conocimiento del proceso y una vez agotado el término instructivo, remitió el expediente al Juzgado 21 Penal del Circuito de Bogotá a quien correspondió por reparto. Se clausuró la correspondiente investigación y se calificó el mérito del sumario mediante proveído de 4 de febrero de 1986 con llamamiento a juicio para Restrepo López, pero el Tribunal Superior en auto de 25 de abril siguiente declaró la nulidad del mismo.

Subsanadas las irregularidades anotadas por el Tribunal, se calificó nuevamente el mérito del sumario con llamamiento a juicio para Restrepo López por el delito de estafa y se sobreesayó temporalmente a los sindicados Tony de Jesús Sánchez Toro, Alejandro Cuervo Carvajal y José Luis Cárdenas, los tres últimos exfuncionarios del Banco Industrial Colombiano.

Revisado el proceso por vía de apelación, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el auto calificadorio, con excepción del sobreesimiento decretado en favor de José Luis Cárdenas, que lo revocó y en su lugar residenció en juicio criminal como cómplice en el delito de estafa atribuido a Restrepo López en su condición de autor.

Agotada la etapa de la causa y celebrada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado 21 Penal del Circuito en fallo de 18 de mayo de 1988 les impuso como penas privativas de la libertad las de 18 y 8 meses de prisión, respectivamente y les otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de 10 de agosto del mismo año, modificó el fallo recurrido en el sentido de imponer a los acusados 20 y 16 meses de prisión, respectivamente y revocarles el subrogado concedido por el Juzgador de primera instancia.

La demanda:

Primer cargo:

La sentencia de segundo grado es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal, en razón de los manifiestos errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador, por vía indirecta, ya que según los hechos investigados, no se tipificaba el delito de estafa al no estar presentes los elementos del provecho ilícito para sí o para tercero con perjuicio ajeno.

Aduce que el procesado entregó una suma superior a los tres millones ochocientos mil pesos y que el saldo, fue debidamente garan-

tizado por él y su señora esposa con firma de un pagaré en blanco, estando por ello presente la figura de la *novación* que consagra el Código Civil en su artículo 1687, situación confirmada por la funcionaria del Banco Industrial Colombiano María Ximena Obando de Vásquez quien en su ampliación de denuncia así lo afirma.

Por ello, el sentenciador incurrió en errores de apreciación probatoria en la indagatoria de Restrepo López y el desconocimiento de los documentos aportados por la Superintendencia Bancaria con motivo de la averiguación disciplinaria allí adelantada contra los funcionarios del BIC, ya que estos con desconocimiento de las normas internas de la entidad bancaria, autorizaron la negociación de los títulos valores que consignara el procesado en su propia cuenta corriente. Por ello, considera la censora que ningún artificio o engaño realizó su mandante ya que la Gerencia de la Zona de Bogotá había impartido órdenes precisas respecto de tales negociaciones, las cuales fueron desconocidas por los funcionarios del BIC, sucursal calle 24 de Bogotá. Que al haberse aceptado por el Banco el pago en dinero y con bienes de la sociedad conyugal del procesado y respaldado la diferencia con un pagaré a favor de la entidad crediticia, se extinguió la inicial obligación de Restrepo López, esto es el capital y los posibles perjuicios originados por el sobregiro en su cuenta corriente.

Segundo cargo:

La recurrente expresa que: "Por técnica dentro del recurso extraordinario de casación un cargo de tal naturaleza (error en la denominación jurídica de la infracción) contra la sentencia debería presentarse al estudio de la honorable Corte dentro del ámbito de la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pero en razón de que la honorable Corte afirmó que se presentaba ostensible discordancia entre un cargo de tal naturaleza, pues si se afirmaba que el proceso era nulo con fundamento en un cargo formulado a través de la causal de casación y otra censura contra el fallo con fundamento en la causal 1ª de casación, donde se afirmaba que la ley sustancial había sido vulnerada, no se podía predicar a la vez nulidad del proceso y aplicación indebida de la ley sustancial".

"En consecuencia para tratar de salvar esta antinomia el cargo enunciado me permito presentarlo al estudio de la honorable Corte Suprema dentro del ámbito del motivo segundo de la causal primera, prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por violación indirecta de la ley sustancial y por error de derecho en la apreciación de la prueba".

Considera la actora que el haber violado los directivos del Banco las instrucciones precisas de la Gerencia de la Zona de Bogotá en el sentido de no autorizar negociaciones sobre remesas superiores a los \$ 200.000.00, el posible delito que pudo haber cometido su mandante, sería el previsto en el artículo 357 del Código Penal, mas nunca el de estafa que le fuera deducido por los juzgadores de instancia. Al no haber calificado la conducta en la forma reseñada, se incurrió en vio-

lación del principio de favorabilidad y, además, por ser esta norma (el artículo 357 del C. P.) la que más se acomoda a la evidencia de los hechos.

Remata el cargo con la transcripción de una decisión de esta Sala de fecha 7 de abril de 1981 (Magistrado ponente doctor Alvaro Luna Gómez) en la cual, no obstante haberse invocado la nulidad del proceso con apoyo en la causal distinta de la cuarta, casó el fallo recurrido y la decretó por ser un imperativo constitucional en defensa del derecho de defensa, la legalidad del delito, de la pena, del procedimiento y el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.

Tercer cargo:

Error en la denominación jurídica de la infracción referente a la tarjeta de crédito, ya que ello podría dar lugar a un posible abuso de confianza y no al delito de estafa como fuera calificado por los juzgadores de instancia. Además, el Tribunal desconoció el documento visible a folio 362 del cuaderno original número 1 que contiene la constancia de la entidad bancaria sobre el estado de cuenta de Restrepo López respecto de la tarjeta de crédito y cuenta bancaria con sobregiro.

Si el Tribunal hubiese apreciado dicha prueba, su fallo hubiese sido absolutorio, razón por la cual, al no haber apreciado dicha prueba, incurrió en error de hecho y de derecho que lo llevó a la aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal.

Cuarto cargo:

Afirma la libelista que el Tribunal sentenciador incurrió en manifiesto error de derecho al negarle a su patrocinado el subrogado de la condena de ejecución condicional. Aduce que los mismos errores en que incurrió al atribuirle el delito de estafa por maniobras engañosas de parte de Restrepo López, las cuales no existieron o por lo menos no tienen comprobación en autos, lo llevaron al desconocimiento de la norma indicada (art. 68 del C. P.) ya que al valorar el hecho probatorio, le otorgó mérito superior al que realmente le correspondía, es decir, violó la ley sustancial por falta de aplicación del mencionado artículo del Código Penal.

Quinto cargo:

El Tribunal Superior de Bogotá infringió, por falta de aplicación del artículo 374 del Código Penal, al no tener en cuenta la restitución de los dineros del sobregiro que realizara el procesado, lo que originó un error de hecho manifiesto ya que de haber apreciado las pruebas obrantes a folios 341, 353 y 365 del cuaderno original número 1, hubiera aplicado la rebaja de pena prevista en la citada disposición. Solicita, en consecuencia, que se case el fallo recurrido y en su lugar se absuelva a su representado Oscar Restrepo López.

Concepto de la Delegada:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita en primer término el rechazo de la demanda presentada por la apoderada de Oscar Restrepo López, por desconocimiento de la preceptiva que

gobierna el recurso extraordinario de casación ya que los presupuestos aducidos en los cargos 1, 2 y 3, resultan incompatibles con los de los cargos 4 y 5. En los primeros pregona la ilegalidad de la sentencia y en los segundos su conformidad con la ley y solamente discute el *quantum* de la pena y la procedibilidad del subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

No obstante ello, como segundo podimento la Delegada impetra la nulidad del proceso a partir, inclusive, del auto de apertura de investigación, por los siguientes motivos:

"Cuando el doctor Oscar Restrepo López, en los días 16, 20 y 29 de febrero de 1984, giró en favor del Banco Industrial Colombiano, sucursal de la calle 24 de Bogotá, tres cheques contra su cuenta corriente de la Caja Agraria de Baraya (Huila), sin suficiencia provisión de fondos, encuadró su conducta en el marco del artículo 357 del Código Penal".

"La circunstancia de que para efectuar esta operación hubiera aparentado Restrepo López calidades y condiciones que no tenía, no desintegra este reato".

"Sin embargo, el 9 de marzo de 1984, antes de que se hubiese abierto formal investigación penal, el doctor Restrepo López en las instalaciones de la Asociación Bancaria en la ciudad de Cali pagó el valor de los cheques por él girados contra su cuenta corriente de la ciudad de Baraya (Huila)".

"Ya vimos como en aquella oportunidad, el BIC aceptó para cancelar las obligaciones a cargo de Restrepo López varios abonos dando por saldada la cuenta correspondiente a los dos primeros cheques, quedando pendientes para su pago, un cheque por \$500.000.00 aún no devuelto por la Caja Agraria de Baraya".

"Para asegurar el pago de este instrumento negociable el BIC aceptó un cheque girado por Restrepo López más que todo en garantía de la deuda, pues los contratantes bien sabían que el dicho título carecía de fondos suficientes en el momento de su emisión".

"Pero además, el BIC se sintió suficientemente amparado en sus intereses con la suscripción por parte de los esposos Restrepo Céspedes de cinco pagarés en blanco".

"La novación al decir del artículo 1625 del Código Civil, es una forma de extinguir las obligaciones".

"Así las cosas, por mandato expreso del mismo artículo 357 del Código Penal, la conducta de Restrepo López quedaba por fuera del ámbito penal desde ese mismo instante".

"Así lo entendieron los representantes del BIC cuando demandaron a Restrepo López ante el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá para la cancelación del saldo a deber".

"No obstante lo anterior, a pesar de hallarse suficientemente acreditada en autos con numerosa prueba documental y testimonial, la anterior causal de improcedibilidad, la acción penal continuó hasta

llegar al estudio donde nos encontramos, habiendo pasado por la etapa de las sentencias de condena para los acusados, a quienes se impuso pena privativa de la libertad”.

“Pacientemente la honorable Corte Suprema de Justicia en guarda de la integridad de la Carta Fundamental, ha consagrado como garantía fundamental para el procesado, la legalidad de la jurisdicción que entiende su caso”.

“El debido proceso sólo puede darse cuando el acusado ha sido sometido a jurisdicción que legalmente le corresponde”.

“Es evidente entonces, que se vulneró este principio cuando habiendo cesado la acción penal, por mandato expreso de la ley, se continuó accionando esta jurisdicción, cuando legalmente correspondía a la justicia civil definir la controversia”.

“Más por sobre todo, se conculcó el mandato constitucional recogido en el inciso único del artículo 23 de la Carta Magna”.

“En cuanto a las controvertidas tarjetas de crédito, el Ministerio Público debe señalar que se trata de una forma especial de crédito otorgada por un banco a su cliente, a través de un formato especial conocido como tarjeta de crédito”.

“Esta operación financiera estará regulada por un contrato suscrito previamente entre la entidad crediticia y el beneficiario de la tarjeta”.

“Ese tipo de contratos se estipula en una de sus cláusulas que en caso de sobrepasar el tenedor de la tarjeta el cupo de crédito asignado ‘... a más de las sanciones penales...’ se dará por terminado el respectivo contrato. Esta cláusula tiene mucho de intimidatorio y poco legal, pues las partes no pueden —así lo hayan estipulado— erigir una conducta determinada en tipo delictual, pues es esta facultad exclusiva de la ley”.

“Estas breves consideraciones le permiten a esta Procuraduría afirmar que cuando Restrepo López abusó del crédito otorgado por el BIC a través de una tarjeta, no cometió delito alguno, pues esta conducta no se encuentra erigida en la ley como punible y además, porque a través de un contrato mercantil se tiene establecido, que al producirse esta situación para el abusivo tenedor de la tarjeta, no es otra cosa diferente que la terminación del contrato”

Consideraciones de la Sala:

Como se dejó consignado anteriormente, la Delegada solicita la nulidad del proceso desde el auto de apertura de investigación al considerar que el Banco Industrial Colombiano equivocó la vía para obtener el pago total de sus acreencias tanto del sobregiro como del uso de la tarjeta de crédito otorgados al procesado Restrepo López.

Para dar respuesta al Ministerio Público y parcialmente a la demanda de casación, la Sala se remite a su fallo de fecha 23 de junio de 1982 que versa sobre la violación del equilibrio de las partes frente a este tipo de contratos.

"Sea lo primero decir que tomando en perspectiva el asunto desde el ángulo del derecho civil, debe tenerse en cuenta que esta Rama del orden jurídico que hasta ahora se ha visto como normadora exclusiva de intereses individuales, ha venido experimentando una notable transformación al proyectarse sobre ella, en forma decisiva, la consideración de que también dentro del derecho privado deben tenerse en cuenta los intereses públicos o colectivos, esto es, que los negocios y demás relaciones jurídicas entre particulares no sólo tienen importancia para estos sino que sus actuaciones deben ser reglamentadas y aún limitadas con base en los intereses sociales que, casi siempre, comprometen.

"De ahí que vaya perdiendo vigencia la concepción de lo que sucede dentro de un contrato, sólo interesa al derecho civil y para nada a las demás Ramas del orden jurídico, menos que a todas al derecho penal.

"Todos saben bien, dice un autor, como los profundos cambios ocurridos en el ámbito de las estructuras negociales como consecuencia de ese rápido proceso receptivo de principios sociológicos, económicos y políticos en este campo, ha contribuido sensiblemente a transformar de raíz los fundamentos de su reglamentación jurídica. Si es innegable que la mutación de la sociedad, las transformaciones de la vida económica y la necesidad de una más diversificada y moderna concepción del Estado, en el cual han confluído numerosas funciones que antes eran ejercidas por los particulares en el ámbito de su propia iniciativa, han contribuido decisivamente a determinar, con repercusiones advertidas en todo el derecho, la desvalorización del elemento individualista en el campo del fenómeno jurídico, es, de otra parte, innegable, que la nueva organización económico social de los intereses ha llevado, de modo ineludible, a modificaciones sustanciales en la estructura de las categorías negociables, a saber, la emersión de un interés social, más general, de que es portador el ordenamiento jurídico y por cuya presencia los intereses de los particulares resultan absorbidos por la preeminencia de los colectivos" (Giorgio Sanmarcos, *La Tuffa, contractual, pág. 15*).

"Por lo tanto es pertinente desde el punto de vista social examinar lo que sucede en el campo de un contrato para ver si las vicisitudes que las partes corren en el mismo, han sido de tal naturaleza y magnitud que resulta de interés general considerarla como delito.

"A este propósito debe advertirse que es imperativo por lo que hace al buen orden y corrección en que deben desenvolverse, en general, las actividades sociales, exigir a las partes que intervienen en un contrato que procedan de buena fe.

"La conducta fraudulenta dentro del negocio no sólo lesiona el derecho de libre disposición de la contraparte sino que perturba el orden jurídico y atenta al normal desenvolvimiento de la economía no únicamente la privada sino también la pública o colectiva y por este

aspecto interesa primordialmente al derecho penal. No hay que olvidar que ésta, la economía colectiva, reposa tanto como aquella sobre la libre determinación de la voluntad.

"No se puede hacer de lado, ciertamente que en el mundo de los negocios es admisible que exista una cierta 'lucha de astucias', como algunos la llaman, es decir un juego de posiciones no explícitas de los contratantes que buscan el beneficio de cada uno aún con mengua de los intereses del contrario.

"Y que no es fácil determinar en forma genérica cuando ese 'juego de astucias' se mantiene en los límites de la moral y cuando los traspasa para caer en lo indebido y aún en lo delictuoso. Estos límites, ciertamente, varían con el tiempo y el lugar de la negociación y con la naturaleza de la misma. Pero de todos modos existe una norma ética, una regla moral que subyace, como una imperiosa exigencia, en el campo de las obligaciones.

"De ese trasfondo moral hace parte importante el respeto que se debe observar por los contratantes a las normas de corrección no sólo de las fases fundamentales del contrato sino aún en las preliminares y, sobre todo en las de la ejecución de las obligaciones contrarias.

"La violación del equilibrio que debe haber entre las partes en el contrato tiene que proyectarse, cuando adquiere contornos de lesión a los interesados colectivos, sobre el plano del derecho penal para que sean sancionados los abusos unilaterales de una de ellas sobre la otra.

"No significa lo anterior que no haya lugar en juego de astucias que se deja mencionado aún a que, dentro del mismo y como procedimiento, si se quiere usual, en los negocios, se echa mano de mentiras. Si el agente no tiene la obligación de decir la verdad, la mentira y con mayor razón, el silencio, no constituyen siempre un engaño.

"Ya Manzini hablaba, en tales circunstancias, de la 'mentira agresiva' o sea en la que se dice para crear en la otra parte motivos de actuar o de omitir. Y de la 'mentira defensiva' que es la tendiente a ocultar los propios intereses legítimos.

"Si ninguna de las dos traspasa ciertos límites sociales especialmente si la contraparte no tiene el derecho de conocer la verdad no hay en ello delito y todo hace parte de ese fenómeno general que se llama 'la competencia en los negocios', o, como dice algún autor: 'La característica competitividad individualista de los negocios'.

"Pero pasan al campo penal la mentira y el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato, por ejemplo, la existencia de una contraprestación, porque esta es la causa misma del acto o contrato según el derecho civil.

"Si una parte engaña a la otra, por ejemplo, sobre su capacidad de pagar haciéndole creer que la tiene cuando, en realidad, carece de ella, bien sea de modo absoluto o en forma que, de saber su situación, la otra no hubiera contratado, o cuando calla estando obligada a manifestar su incapacidad de pagar, ya no se trata de un silencio o de una mentira lícita, sino plenamente delictuosa.

"Estos principios están directamente relacionados con los demás elementos de la estafa. Entre ellos con el concerniente a la calidad del sujeto pasivo del engaño, que no siempre, como se sabe, es el del daño.

"De acuerdo con la concepción clásica del contrato, que se decía era siempre en interés privado, particularmente de las partes contratantes, estas debían estar sujetas a las vicisitudes del convenio pactado, entre las cuales se contaban las que dependían de la condición particular de cada uno de los contratantes.

"Así, si uno de ellos confiaba excesivamente en la buena fe del otro, o si era demastado ingenuo, o si desconocía las costumbres comerciales del medio en que actuaba y a causa de esas circunstancias era engañado y sufría un perjuicio económico, debía soportarlo porque, el derecho no protege a los que se descuidan ('de durmientibus non curat jure').

"Esa situación ha cambiado. Sin dejar de admitir que en los negocios pueda haber sutilezas, malicias, y reticencias como se deja dicho atrás, ellas tienen límite social, vale decir, se admiten mientras no hayan comprometido gravemente la voluntad del contratante engañado y no salgan de lo comúnmente aceptado en el medio en que se actúa.

"Porque, como dice un autor: 'El derecho interviene para castigar los abusos que desvían la autonomía privada de su función social. Esta es la lógica de un ordenamiento legal que reconozca a los particulares una esfera de autonomía pero que debe exigir una cierta medida de «jair play» porque, de otra manera, el sistema consagraría el triunfo de la superioridad injusta. La búsqueda de la propia conveniencia no debe desencadenar una competencia sin freno. Por el contrario, debe corregirse con un mínimo de respeto por los intereses ajenos' (Pezzani, Inganno e errores ne delitti contro il patrimonio, pág. 204).

"De acuerdo con estas ideas, no es de recibo el argumento del actor ya transcrito atrás en el sentido de que 'si alguien por mala información o por ignorancia del desarrollo que siguen los acontecimientos externos, procede, según sus propias percepciones sólo él debe culparse. Es el exclusivo autor del percance, ya que su buena fe no estuvo interferida por la falacia del otro'.

"Viene al caso sobre este particular, lo dicho por Manzini para quien '... la circunstancia de que el sujeto pasivo no haya ejercido o lo haya hecho mal o tardamente un control o algún otro comportamiento debido o acostumbrado, no excluye al delito de estafa...' Tal el caso de que el estafado no hubiese sufrido daños si hubiese observado, según su deber, normas prescritas por leyes, reglamento, órdenes o disciplinas v.gr. si se le paga con un cheque cruzado que, como se sabe, sólo puede ser cobrado en una cuenta bancaria" (Tomo IX, págs. 616 y 617).

"La confianza es ciertamente, como dice el actor, un sentimiento y, como todo estado de ánimo, de carácter subjetivo. Pero es además, una manifestación de buena fe, de la creencia en la honestidad de la contraparte. Ella, de acuerdo con lo que se deja dicho, sobre el equilibrio de las partes en el contrato y el significado social de éste, no debe ser defraudada.

"Sólo si adquiere limites extremos, pasando al campo de lo anormal, en forma que se tenga como victima incapaz de la más elemental labor critica, podría decirse que no hay estafa. Pero entonces es posible que exista otro delito, por ejemplo, una defraudación" (Magistrado ponente doctor Luis Enrique Romero S.).

En tales condiciones no existe la nulidad planteada por la Delegada ya que la conducta desplegada por Restrepo López, se encuadra en el tipo penal deducido por los juzgadores de instancia, razón por la cual, los pagos efectuados por el inculcado, sólo pueden ser considerados como reintegro de las sumas apropiadas y la indemnización de perjuicios generados por su conducta.

En esta forma queda contestado el primer cargo de la demanda presentado por la defensa ya que se apoya en la inexistencia del delito de estafa por pago de los dineros adeudados al Banco Industrial Colombiano y los posibles perjuicios ocasionados por Restrepo López.

Segundo y tercer cargo:

Indica la recurrente que los juzgadores de instancia incurrieron en error en la denominación jurídica de la infracción al considerar como constitutiva del delito de estafa la conducta del procesado. Y para evitar el rechazo de la demanda por parte de la Sala, presenta la acusación por la vía de la causal primera prevista en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal anterior.

Debe recordarse a la casacionista que cuando se aduce que el fallador al calificar el mérito de sumario equivocó el *nomen iuris* de la infracción, debe probar dos aspectos fundamentales: En primer término que el delito por el cual se le radicó en juicio criminal al procesado, no se tipifica; y segundo que es otro muy distinto el que aparece probado en el proceso.

Y esta acusación debe presentarse por la vía de nulidad ya que de aceptar los planteamientos de la defensa tendría la Corte que dictar fallo de sustitución, siendo absolutamente imposible absolver por la infracción deducida y condenar por otra que no ha sido considerada por los juzgadores de instancia y mucho menos controvertida por las partes.

Siendo así que la demandante incurrió en errores de técnica en la presentación de la acusación, los cargos deben ser desechados como lo solicita la Delegada.

Cuarto cargo:

Tampoco encuentra claro la Sala cómo pueda acudirse a la violación o infracción de la ley, por error manifiesto de derecho, respecto de una situación que como la regulada en el artículo 68 del Código Penal, deja al prudente juicio de los jueces la facultad de negar la suspensión de la ejecución de la sentencia, si según su criterio o convicción íntima, no se dan los presupuestos para otorgarle el subrogado allí previsto, es decir, para suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario.

En otras palabras, la condena condicional prevista en el artículo 68 del Código Penal, confiere al Juez la facultad de suspender la cje-

cución de la pena impuesta en la sentencia, cuando se hallen presentes los requisitos enumerados en la referida disposición, pero en el otorgamiento de esa gracia, la ley atribuye al juzgador una facultad amplísima ya que, en último término somete a la convicción de éste, la solución de concederlo o negarlo, es decir, a algo muy subjetivo de él, que rara vez podrá la Sala desconocer.

No prospera el cargo.

Quinto cargo:

Razón le asiste a la demandante cuando afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta la restitución de los valores adeudados al Banco Industrial Colombiano, sucursal calle 24 de esta ciudad por concepto de los sobregiros que obtuvo ilícitamente y el uso desmedido de la tarjeta de crédito otorgada a él.

Dice el artículo 374 del Código Penal:

“Reparación. El Juez podrá disminuir las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

Tal como lo destacó la Delegada, Restrepo López al ser localizado en la ciudad de Cali y conducido a las oficinas de la asociación bancaria y en presencia de Oscar Estrada Vélez y Elkin Fernando Peláez Moreno, altos funcionarios del Banco Industrial Colombiano, se llegó a un acuerdo entre las partes, es decir, que el procesado para cancelar el importe del sobregiro abonaba \$ 1.700.000.00 tomados de la cuenta de ahorros que tenía en la Corporación Las Villas de Cali; \$ 41.200.00 de la cuenta de Conavi de la misma ciudad; un campero Mitsubischi de propiedad de la doctora Marina Céspedes, su cónyuge, recibido por el BIC por la suma de \$ 1.745.00 y un cheque a favor de Restrepo Londoño girado por Luis Cárdenas por la suma de \$ 400.000.00. Con ello, estimaron los funcionarios del Banco Industrial Colombiano que con estos valores quedaban saldados parcialmente los créditos otorgados al procesado y que para garantizar el saldo, recibieron un cheque girado por éste por valor de \$ 830.000.00, respaldado con un pagaré en blanco para ser llenado en su oportunidad en caso de incumplimiento de lo pactado.

Quiere decir lo anterior que el Banco aceptó como restitución del dinero y reparación de los perjuicios los valores antes anotados, es decir, antes de dictarse sentencia de primera instancia como lo consagra la disposición citada, razón por la cual, la acusación está llamada a prosperar, para deducir la sanción impuesta a la sentencia recurrida en la mitad.

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

Resuelve:

1º *Casar parcialmente* el fallo recurrido.

2º *Imponer* al procesado Oscar Restrepo López de condiciones cívicas y personales conocidas en autos, como autor responsable del delito de estafa diez (10) meses de prisión.

3º Se confirma en lo demás el fallo recurrido.

Cópieso, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

HURTO. DAÑO EN BIEN AJENO. CONCURSO

Si la destrucción o el daño del artículo 370 del Código Penal forma parte de otro, como la violencia que no tipifica el hurto sino que le incrementa la pena, el concurso es de mera "apariciencia"

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 12.

Por vía de apelación revisó la Sala el auto de 30 de agosto de 1989, mediante el cual, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al calificar el sumario, cesó procedimiento respecto de la doctora *Ana Hilda Gudziol de Támara*, Juez Séptima Penal del Circuito de Cali, sindicada de prevaricato.

Antecedentes:

1. Finalizado un proceso ejecutivo promovido por *Julio César Rincón Bonilla* contra *Isidoro Díaz Roa*, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali dispuso que las mejoras (plantaciones) existentes en el predio "El Encanto" (paraje La Luisa, del Municipio de Cali) le fueran entregadas al cesionario de Díaz Roa, *Germán Rincón Bonilla*, quien posteriormente cercó esas mejoras con alambre púa.

El 26 de agosto de 1986 el ingeniero *Ramiro Sinisterra Barberena*, dueño del citado predio (cuya posesión también alega *Germán Rincón Bonilla*), destruyó esa cerca (38 postes que la sostenían) y se llevó el alambre para su residencia.

Germán Rincón Bonilla formuló entonces denuncia penal contra *Sinisterra Barberena* por los delitos de daño en bien ajeno y hurto calificado, con base en la cual el Juzgado Décimo Penal Municipal de Cali abrió investigación, constituyéndose el quejoso-ofendido en parte civil mediante apoderado y reclamando perjuicios materiales por \$40.000.00 y morales por \$10.000.00.

En indagatoria *Sinisterra Barberena* aceptó el hecho aduciendo que el predio donde se construyó la cerca es de su propiedad, predio sobre el cual, además, se practicó inspección judicial con intervención de perito, cuyo dictamen rendido el 25 de noviembre de 1986 fijó en \$30.250.00 el valor de los daños "materiales" ocasionados (fls. 38 y 74-2).

El 2 de febrero de 1987 el Juzgado Décimo citado cesó procedimiento con el argumento de que la cerca accedía al predio del sindicato Sinisterra Barberena, dueño del mismo, motivo por el cual no existía delito (fl. 114), providencia que, apelada por la parte civil, fue revocada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito a cargo de la doctora Ana Gudziol de Támara, quien sostuvo la "ajenidad" de la cerca y su "apropiación y destrucción" (fls. 154 y ss.).

Luego de dictarse auto de detención contra Sinisterra Barberena por los delitos de daño y hurto (que fue confirmado por la doctora Ana Gudziol), se calificó el mérito sumarial el 26 de octubre de 1987 con resolución acusatoria por los susodichos hechos punibles, ratificándose de nuevo la libertad provisional del acusado Sinisterra Barberena (fls. 203 y ss.).

Rituada la causa, se profirió sentencia de primer grado, en la cual se hicieron "reparos a la calificación provisional", en el sentido de que, como lo había alegado el defensor en la audiencia, en este caso no era posible predicar un concurso entre los delitos de daño y hurto: El fin no fue el de hurtar, sino el de "destruir", no hubo ánimo de aprovechamiento, consideró el Juzgado Décimo, motivo por el cual arribó a la conclusión de que sólo se daba el delito de daño previsto en el artículo 370 del Código Penal (fls. 302 y ss. del cuaderno número 2).

Respecto de los perjuicios, estimó el mencionado juzgado *a quo* que la condena debe ser en concreto, y su cuantía debe ser la que fije el ofendido, en este caso, \$ 40.000.00, suma que ya fue consignada mediante título judicial, razón por la que no procede condena alguna por este aspecto. En cuanto a la pena, la graduó en un año de prisión y la multa respectiva, pero ateniéndose el Juzgado Décimo a la previsión del inciso 2º del artículo 370 citado, se abstuvo de aplicar esa sanción, justamente, se repite, por estimar que el daño había sido resarcido.

Ese fallo fue apelado tanto por el defensor como por el apoderado de la parte civil: El primero para demandar la absolución; el segundo con miras a que se reconocieran los daños morales y, además, se admitiera la existencia del delito de hurto. Dijo este impugnante que los \$ 40.000.00 se consignaron solamente para obtener el desembargo del automotor del procesado Sinisterra Barberena, y que por ese motivo no se podía hablar de indemnización.

Por medio de sentencia de 4 de abril de 1988, el Juzgado *ad quem* (Séptimo Penal del Circuito, a cargo de la doctora Ana Hilda Gudziol) se mantuvo en su tesis del concurso entre daño y hurto; modificó entonces la sentencia para imponer efectivamente al acusado Sinisterra Barberena pena de 20 meses de prisión. La decisión sobre los perjuicios también la modificó, realizando condena en abstracto, por considerar que la suma de dinero que se consignó sólo comprende "el avalúo o monto comercial de lo apropiado y destruido", pero no los perjuicios materiales ni morales. De otra parte otorgó al procesado la ejecución condicional de la condena (fls. 345 y ss.).

2. El 2 de mayo de 1988, Oscar Sinisterra Arango, hijo del procesado Ramiro Sinisterra Barberena, compareció al Tribunal Superior

de Cali para denunciar penalmente a la doctora Ana Gudziol de Támara por prevaricato "y otros delitos que la justicia se encargará de investigar y sancionar".

Se queja primeramente de que "por el mismo hecho no puede haber daño y hurto agravado, máxime que el artículo 370 que define el primero de ellos dispone que "siempre que el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor", y afirma también que tanto el predio como el cerco destruido son de propiedad de su padre, este último "porque el señor Rincón no lo podía construir".

En cuanto a los perjuicios, acusa a la funcionaria de haber violado el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 106 y 107 del Código Penal, "dándole una nueva oportunidad ilegalmente al señor Rincón Bonilla para que pida la liquidación de perjuicios, cuando ya fueron resarcidos en la cuantía que su apoderado los pidió", y máxime cuando un perito los había avaluado en \$30.250.00. Al ampliar su denuncia refiere que mediante apoderado Germán Rincón Bonilla, valiéndose de la condena en abstracto proferida por la Juez Ana Gudziol, pretende que se lo liquiden más de tres millones de pesos como perjuicios, según demanda que presentó ante la justicia civil.

El Tribunal abrió investigación, escuchó en indagatoria a la Juez y allegó copia del proceso penal objeto de la denuncia, procediendo luego a cerrar el ciclo investigativo:

La Fiscalía Primera de esa Corporación emitió concepto en el sentido de que el concurso entre daño y hurto sí era viable, y que "no hubo ni siquiera error de exégesis, puesto que, como lo explica la Juez denunciada, los ilícitos tuvieron momentos distintos de consumación y una secuencia ininterrumpida, pudiendo obviamente las conductas concursar, por así haberse interpretado las normas y valorado la prueba recaudada. Lo anterior significa que el hecho de haber interpretado las normas en forma diferente a la tradicional, esto es, que el delito que tenía mayor riqueza descriptiva, absorbía al de menor riqueza, no significa que se haya prevaricado, por haberse proferido una sentencia manifiestamente contraria a la ley".

Por lo que hace a los perjuicios dice la Fiscal que la Juez violó la ley, ya que estaba obligada a condenar en concreto y lo hizo en abstracto, "sin tener en cuenta el dictamen rendido por el perito". Pero aclara seguidamente que el dolo no aparece demostrado, ya que no hay prueba del "móvil sentimental hacia alguna de las partes", solicitando, entonces, que se cese procedimiento, pero que se expidan copias de tipo disciplinario porque los hechos indican que "la Juez denunciada ha obrado en el desempeño de sus funciones con negligencia y descuido".

El Tribunal de Cali, dice en primer término que la Juez procedió correctamente al estimar como probado que la cerca era de propiedad de Rincón Bonilla, pues así lo revela el proceso.

En segundo lugar señala que la acusada erró al estructurar un concurso de daño en bien ajeno y hurto, ya que "por mandato del artículo 370 del Código Penal, y por tener mayor riqueza descriptiva

el delito de hurto, aquel comportamiento jamás podría materializarse en la realidad", pero añade que es igualmente "ostensible" que incurrió la Juez en la causal de inculpabilidad contemplada en el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal, por tratarse simplemente de un error en la interpretación de las normas, que —en sentir del Tribunal— aludían en este caso a lo que se conoce como "concurso aparente" de tipos, sin que, por tanto, pueda hacerse derivar un dolo de prevaricación.

Por lo que concierne al punto de los perjuicios, acota el Tribunal que la dificultad en estos temas se introduce con el tránsito de legislación, y especialmente en casos como el presente que buena parte del proceso se adelantó en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1971, que cobijó incluso el peritaje sobre los daños ocasionados, todo lo cual torna difícil la asimilación de las situaciones nuevas frente a las nuevas normas: "No debe sorprender, pues —dice el Tribunal— la comisión por parte de unos y otros (litigantes, jueces, magistrados), de errores como el que ahora ocupa nuestra atención".

Dice que este evento se regía "exclusivamente" por el artículo 364 del nuevo Código de Procedimiento Penal, razón por la cual la Juez acusada estaba obligada a condenar por la suma concreta de \$ 50.000.00, que fijó bajo juramento el ofendido, mas hace ver que ni los apoderados que intervinieron en el proceso, ni la Fiscal del Tribunal se percataron de que esa norma era la que de forma imperativa regía este caso, confusión o desapercibimiento que explica la conducta de la Juez Ana Gudziol, tornándola inculpable por ausencia de dolo.

Respecto de la compulsión para efectos disciplinarios, no la comparte el Tribunal, porque estima que el no haber la Juez tenido en cuenta el peritaje, es indiferente, porque, como se dijo, ha debido aplicar era el artículo 364.

3. De dicha cesación de procedimiento apeló el apoderado de la parte civil, aduciendo que sí existió dolo al configurar la Juez el concurso de daño y hurto, y también al emitir condena de perjuicios en abstracto, porque la ley ya no exige el "a sabiendas" que se echa de menos, aparte de que la "ignorancia de la ley no es excusa para el común de los ciudadanos, mucho menos puede serlo para quien desempeña un alto cargo en la Rama Judicial, como la doctora Gudziol de Támara, quien durante muchos años ha sido Juez. Y lo más triste son las lamentables condiciones que tienen que atribuirsele para eximirla", y se extraña de que en las tres oportunidades que conoció del proceso como Juez de segunda instancia, no haya visto la experticia sobre daños, y finalmente reitera que en el proceso no se probó que la cerca no fuera del procesado Ramiro Sinisterra, a quien se condenó por destruirla.

Solicita entonces que se revoque la providencia y se profiera resolución de acusación contra la doctora Ana Hilda Gudziol, o, por lo menos, se reabra la investigación si la Corte estima que faltan pruebas por practicar.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice que el proceso no revela claramente el "*animus lucrandi*", elemento esencial

del hurto, sino un "acto inequívoco de retaliación" de Ramiro Sinisterra hacia Rincón Bonilla, razón por la cual la sentencia de primer grado acertó al sostener que sólo se daba el delito de daño; e igualmente estuvo atinada al considerar que la condena en perjuicios debía ser en concreto.

La Juez acusada varió esas dos decisiones —dice la Delegada—, pero su indagatoria aparece incompleta, deficiente, ya que no se le preguntó por la no aplicación del artículo 384 del Código de Procedimiento Penal; por las personas que —dijo en su injurada— le "hablaron" sobre el proceso; por qué siendo el delito de daño "un tipo subordinado", aplicó el concurso; "por qué a la desaparición del alambre como elemento constitutivo y complementario del daño en bien ajeno, se le dio forma estructurante de hurto; por qué afirma que no vio el avalúo pericial".

Por ello estima que "no es posible jurídicamente calificar el mérito del sumario por vía diferente a la señalada en el artículo 473 del nuevo Código de Procedimiento", sentido en el cual pide que se revoque el auto recurrido.

Se considera:

La Sala pasará enseguida a examinar los puntos de la providencia que fueron recurridos y sustentados por el apoderado de la parte civil:

Primero: Sobre la ajenidad del objeto material.

Harto se discutió en el proceso penal respectivo sobre si la cerca de alambre con la cual estaban rodeadas las mejoras de Germán Rincón Bonilla eran de éste, o si, por el contrario, pertenecían al ingeniero Ramiro Sinisterra Barberena, quien —como se vio— fue condenado precisamente por haber destruido esa cerca.

Por conducto de una denuncia penal no puede, en principio, revirse un punto semejante: Basta que, como en el presente caso, existan varias pruebas al respecto para que (en eventos como éste, en el que no cabe recurso de casación) esa polémica quede sullada. Sólo en supuestos de ostensible desconocimiento o "invención del material probatorio", sería dable, por la vía de una denuncia penal por prevaricato, pasar revista a tópicos de semejante linaje.

Aquí esos razonamientos cobran más fuerza si se tiene en cuenta que, como lo analiza prolijamente el Tribunal en el auto recurrido, en el proceso existen varias y diversas pruebas que, con razón, conducen a afirmar que la cerca de alambre le pertenecía al dueño indiscutido de las mejoras, por haberla construido para cercar las mismas: Entre los varios testimonios son dignos de relieves los de José Gustavo Paruma y Nemesio Orozco (fls. 30 y 31-2), apoyados por el dicho de Rincón Bonilla, por la inspección judicial practicada al predio "El Encanto", y la diligencia de entrega de las referidas mejoras (fls. 26, 38 y 311-2).

De suerte que, sin más, debe afirmarse que no puede tildarse de prevaricadora a la doctora Ana Hilda Gudziol por haber considerado,

con base en elementos de juicio existentes en el proceso, que la cerca destruida por Ramiro Sinisterra era a su respecto ajena.

Segundo: Acerca del concurso de daño y hurto.

Lo que informa el proceso penal respectivo es que el 26 de agosto de 1986 el señor Ramiro Sinisterra Barberena destruyó las varias veces mencionada cerca. El mismo en su indagatoria lo manifiesta claramente: "Yo si mandé el mes pasado, no recuerdo qué día, a mis trabajadores a que deshicieran un cerco dentro de mi propiedad" (fl. 33), y al preguntarle el Juez qué sucedió con el alambre de púa de la cerca respondió: "Me lo llevé a mi casa el alambre, lo llevé a mi casa porque es de mi propiedad" (fls. cit. vto.).

Ese día —dice el proceso— varias personas llegaron al lugar con el procesado Ramiro Sinisterra y, armados de machetes, procedieron a destruir la cerca, rompiendo los 38 postes de madera que sustentaban la misma, y llevándose el alambre a casa de aquél.

No aparece entonces duda de que se trató de un solo hecho: Mediante violencia (destrucción o daño de 38 postes) se dio el apoderamiento del alambre. Así visto, ese comportamiento se ajusta al tipo de hurto previsto en el artículo 349 del Código Penal, agravado justamente por la violencia de acuerdo al numeral 1º del subsiguiente 350.

En estos casos de unidad de acción, en que uno de los elementos de determinado tipo penal (aquí la destrucción o el daño del artículo 370 que describe el daño en bien ajeno) forma parte de otro conminado con pena mayor, bien en su estructura misma, ora con respecto a un agravante (como sucede aquí con la violencia, que no tipifica el hurto, sino que le incrementa la pena), el concurso entre ellos es de mera "apariciencia", no existe ni naturalística ni jurídicamente, debiéndose entonces optar por la sola existencia del delito "mayor", por así decirlo, en este caso el hurto: Nada en el proceso anula la opinión de la Delegada en el sentido de que respecto del alambre no existió el propósito de aprovechamiento, pues es el mismo procesado Sinisterra Barberena quien confiesa habérselo llevado a su casa para incorporarlo a su patrimonio (no para dañarlo o destruirlo, caso en el cual, es cierto, no existiría sino el delito de daño), por considerarlo de su propiedad.

Es el mismo artículo 370 en mención que describe y sanciona el delito de daño "siempre y cuando el hecho (de destruir, hacer desaparecer, inutilizar o dañar de cualquier modo) no constituya delito sancionado con pena mayor". Este 370 no prevé un tipo subordinado como dice la Delegada, sino un tipo de aplicación residual, o subsidiaria, si se quiere. El tipo subordinado es el que, como su nombre lo indica, no tiene existencia por sí propio, teniéndose que complementar con otro (el básico) para su reconocimiento y aplicación, siendo ejemplos de esta clase el homicidio agravado (art. 324 del C. P.) y —precisamente— el 350 que califica por la violencia el hurto.

Esas consideraciones teóricas, en las cuales, como ha quedado expuesto, no ha habido criterio unánime en este caso, ya que la Juez Décima Penal Municipal de Cali como funcionaria de primera instancia prefirió excluir el hurto y quedarse con el daño; la Juez de segundo grado (la acusada Ana Hilda Gudziol) decidió estructurar el concurso

con la tesis de las "dos intenciones" (la de destruir y la de apropiarse —siempre empleó un verbo rector que no es el del hurto—) y "los dos resultados"; la Fiscal del Tribunal compartió este criterio del concurso; el Tribunal (en sentir de la Sala el único acertado) se puso del lado de la sola existencia del hurto y, finalmente, el Procurador ante la Corte acompaña a la Juez Décima Penal Municipal en la tesis de la sola existencia del delito de daño.

Como se ve, quizás debido a una apreciación superficial del problema, o por falta de una buena formación teórica en estas cuestiones de teoría del delito, las tesis han sido diversas y encontradas: De todos modos la Juez acusada dio razones para apoyar su sabido criterio, que, como resalta el Tribunal en el auto recurrido, la sostuvo por tres veces, cuando conoció del auto que cesó procedimiento, del que dispuso la detención preventiva, y en la sentencia.

Por otro lado, en su indagatoria insistió en sus argumentos que expuso en esos proveídos. "El procesado —dice— procede a destruir, a levantar el cerco, a destruir la estacionadura en que el mismo está sostenido y a llevarse consigo el alambre" (fls. 102-1). Y cuando el Magistrado le pregunta por qué no acogió sólo el hurto, "de mayor riqueza descriptiva" (aquí la indagación que echa de menos la Delegada), responde la doctora Ana Gudziol que el "proceso de adecuación típica" fue el correcto, y "sigo considerando que la misma interpreta objetiva y jurídicamente la realidad de que tuve conocimiento y que valoré tanto desde el punto de vista estrictamente material como subjetivo: A tal punto es mi convicción a este respecto que si de nuevo me tocara evaluar y decidir sobre un comportamiento humano similar, yo estaría decidiendo de idéntica manera" (fls. 104-1), aunque a renglón seguido admite que "por lo que recuerdo la prueba habla de que la secuencia comportamental se cumplió ininterrumpidamente", lo cual debería haberla conducido a estimar (dentro de un proceso de mejor y mayor comprensión jurídica) que no podía haber concurso.

Como el dolo en el delito de prevaricato consiste en saber que se viola abiertamente la ley o se desconoce con igual ostensibilidad la prueba que obra al respecto, conocimiento este unido a la voluntad de llevar a cabo esa transgresión, en este caso resulta obvio que la Juez no actuó dolosamente. El "a sabiendas" que traía el tipo anterior (art. 168 del C. P. de 1936) no constituía sino una vana connotación del dolo, motivo por el cual fue suprimido este término en el nuevo ordenamiento (art. 149), y habida cuenta de que el dolo se definió específicamente en el artículo 36 de este último.

En esas condiciones, por este aspecto tampoco puede atribuirse delito de prevaricato a la Juez.

Tercero: *El tema de los perjuicios.*

Es cierto que en la denuncia y en la demanda de parte civil se cuantificaron los perjuicios en la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00, fls. 1 y 51-2), pero también es cierto que en esos momentos no regía todavía el nuevo Código de Procedimiento Penal que en su artículo 364 dice:

"Avalúo de los bienes en hechos punibles contra el patrimonio económico. En los hechos punibles contra el patrimonio económico, la cuantía y el monto de la indemnización, será la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el Juez decretará la prueba pericial para establecerla".

Nótese cómo la titulación de este precepto se refiere al avalúo de "los bienes", y, además, la impugnación contra el mismo se limita a la etapa de "la investigación", todo lo cual puede mover a pensar (no obstante decir expresamente el texto que el monto de la "indemnización") que no se trata allí de una rigurosa evaluación de los perjuicios, sino de la simple cuantificación (de la "cuantía") del delito, la que se requiere para efectos de la competencia y de los agravantes.

En todo caso, cuando el Juzgado Décimo Penal Municipal de Cali, en desarrollo de la inspección judicial practicada en el predio "El Encanto" (fl. 38) designó un perito, lo hizo para que éste avaluara "los daños materia de investigación", también corriendo el año de 1986 (o sea en vigencia del Código de 1971), el perito rindió un dictamen que involucró solamente el valor del alambre, de las grapas, los postes y el valor de la construcción de la cerca en total (fl. 74-2); lo que está significando que ese peritaje no recayó sobre los perjuicios materiales ni morales causados con la infracción, el cual, por demás, en la legislación para entonces vigente, se practicaba en la etapa de la causa, una vez en firme el auto de proceder y abierto el juicio a pruebas (art. 503 del C. de P. P./71).

Ahora bien: Por la fecha en que quedó en firme el auto de cierre de investigación, a ese proceso le era aplicable el nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual varió este tema de los perjuicios, y, en tratándose de delitos contra el patrimonio económico, consagró esa norma especial del 364 acabada de transcribir, a la cual, en principio se debió acudir en el momento del fallo, para condenar al pago de los \$50.000.00 estimados por el ofendido.

Empero, la Juez de primer grado, puso de presente la necesidad legal de condenar en concreto, y que "se tenga como cierto mientras no se objete el avalúo que el mismo ofendido le otorgue a sus bienes, entendemos que con ello estaría demostrado que el daño material en el caso *sub iudice* asciende a la suma de cuarenta mil pesos" (se subraya), suma que desde bastante antes había sido consignada por el acusado y que finalmente reclamó la parte perjudicada. Por ello, teniendo en cuenta que en la demanda de parte civil los perjuicios materiales se habían tasado en cuarenta mil pesos (\$40.000.00) y por estimar que los perjuicios morales no cabían en esta clase de delitos, la Juez de primera instancia tuvo por pagados los perjuicios, y, por tanto, se abstuvo de hacer condena alguna en ese sentido (fl. 307-2).

A la Juez de segunda instancia, doctora Ana Gudziol, se le acusa de prevaricato por haber revocado esa decisión y, en su lugar, proferir una condena en abstracto. Esa decisión que se le censura la argumentó así en la sentencia:

"Se condenará así mismo al pago de los perjuicios causados con la infracción toda vez que el depósito en dinero que se hizo comprende sólo el avalúo o monto comercial de lo apropiado y destruido; no los perjuicios materiales y morales que toda infracción acarrea y que la legislación ha reconocido expresamente —artículos 103 y siguientes del Código Penal—. Los que entonces no existiendo y no habiendo sido liquidados, procede liquidar en tiempo oportuno" (fls. 353-2).

Parece que la Juez confundió el peritaje (que sólo se refirió al valor del daño de la cerca, como se dijo arriba) con la consignación de \$ 40.000.00 hecha y que correspondía a los *perjuicios* materiales, según estimación del ofendido. Además, también olvidó ella que en virtud de los artículos 186 y 187 del nuevo Código de Procedimiento Penal, tenía que hacerse una condena en concreto.

En suma, para tomar esa decisión la Juez acusada no tuvo en cuenta que regía el nuevo ordenamiento procesal penal: Ello justamente la llevó a condenar "en abstracto" por estimar "incompletos" los perjuicios. Y es que —dentro del anterior ordenamiento, desde luego— no podía acudir a los artículos 106 y 107 del Código Penal, como lo reclama el quejoso, pues estas normas son claras en cuanto a que se aplican cuando el daño moral y/o el material "no es susceptible" de valoración pecuniaria caso que no se presentaría aquí.

En la indagatoria dijo la funcionaria: "Como yo, como Juez de segunda instancia, modifiqué el fallo referido en el sentido de que condené además por el delito de hurto agravado, y los perjuicios por esta conducta generados no habían sido liquidados y tampoco había base para pensar que no eran avaluables pecuniariamente, que era lo que me habría permitido dar aplicación a los artículos 106 y 107 del Código Penal, procedí a la condena en abstracto" (fls. 108-1), agregando luego, ante la insistencia del Magistrado que la interrogaba, que si hubiera visto el peritaje, hubiera condenado en concreto conforme al mismo. "Añado —dice—, yo insisto en que si hubo error de mi parte, fue un error determinado por la buena fe, por el deseo y ánimo prevenido de acertar" (fl. 110).

Ya se vio cómo, razonadamente, el Tribunal puso de relieve la complejidad de este tema de los perjuicios, especialmente de cara al cambio legislativo: Ya se subrayó en líneas atrás la manera en que la Juez Décima Penal Municipal de Cali (primera instancia en el referido proceso) aludiendo (aunque sin nombrarlo) al artículo 364 del Código de Procedimiento Penal, expresa que este avalúo contemplado en el nuevo Código recae sobre "los bienes" del ofendido, interpretación que impediría tener una estimación tal como una estricta valoración de los perjuicios o monto de la indemnización.

No es difícil, pues, errar en aspectos como el que se examina, como lo fundamentó extensamente el Tribunal, para terminar arribando a una falta de dolo en este acto típico (condenar en abstracto, "cuando las normas procedimentales le ordenaban que fuera en concreto"):

"No existió en el ánimo de la Juez —anota el Tribunal— obrar contrariamente a derecho, ni en esa labor tuvo el más mínimo cono-

cimiento de la concreta materialización de aquella conducta, precisamente porque estuvo exenta de dolo..." (fl. 163 del cuaderno número 1).

No es que, como lo sostiene el recurrente, se esté exculpando a la Juez por "la ignorancia de la ley", ya que ésta implicaría admitir que la procesada sabía que estaba violando abiertamente la ley, pero desconocía que esta violación constituyera delito, que configurara prevaricato. No: Lo que la Sala admite con la instancia, es que, al condenar en abstracto al pago de los perjuicios, la funcionaria no tuvo conocimiento de que transgredía la normatividad correspondiente, como que creyó —erróneamente— que, por el contrario, aplicaba las normas correctas, es decir las que el caso concreto que juzgaba demandaba. La jurisprudencia y la doctrina han insistido mucho en que la equivocación en la interpretación de las leyes no puede de suyo configurar delito, no sólo porque las normas (especialmente algunas) son de por sí "interpretables" (es decir abordadas desde diferentes puntos de vista), sino porque de ser así (existencia de una sola hermenéutica) sobraría el principio de la doble instancia y también el recurso extraordinario de casación. En síntesis, el prevaricato se da es cuando hay abierta oposición entre el derecho que se conoce y el que se aplica, si este último deviene también ostensiblemente contrario a la ley: En ello es que se hace radicar la incorrección "moral" del funcionario, y no su mera incorrección "jurídica", incapaz de conformar el mencionado delito contra la administración pública.

Así las cosas, el proveído atacado recibirá aprobación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado,

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Edgar Sacaveira Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

APELACION

El ad quem sólo está obligado a pronunciarse sobre los puntos recurridos y adecuadamente sustentados, sin perjuicio de que si resulta imprescindible, necesario o conveniente, haga lo propio respecto de los aspectos no recurridos o sustentados

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 14.

Por apelación revisa la Sala el auto de 12 de septiembre de 1989, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar se abstuvo de iniciar proceso respecto de los doctores *William Rafael Diazgranados Messino* y *Oscar Enrique Luquez Ditta*, Juez y Exjuez Civil Municipal de Curumani (Cesar), respectivamente, acusados de prevaricato.

Antecedentes:

1. El 26 de noviembre de 1986, *Ciro Martínez López* compró varios muebles en el almacén "Sergo" de Curumani, girando al efecto una letra de cambio por \$ 290.000.00 a favor de dicho almacén "y/o *Ernesto Quintero Quijano*", y como el pago no se cumplió en la forma pactada en ese título valor, *Quintero Quijano* endosó al cobro el mismo al abogado *Leonidas Méndez González*, quien formuló la demanda de ejecución respectiva en el Juzgado Civil Municipal de la citada población, a cargo del doctor *Oscar Enrique Luquez Ditta*, que el 24 de marzo de 1988 dictó mandamiento de pago (fls. 4-2) y también auto de embargo y secuestro de los bienes muebles de propiedad del demandado *Ciro Martínez López* y de los que integran el establecimiento comercial "Credicir", el cual funciona en el mismo domicilio del ejecutado (fls. 3-3).

Por comisión, la Inspección Central de Policía de Curumani practicó el secuestro de los bienes muebles encontrados en poder del demandado, quien en dicha diligencia manifestó que "Credicir" no era de su propiedad sino de la señora *Nimia Mercedes Araújo Gulloso*. Esos bienes fueron recibidos por el secuestre *Luis Alfredo Santiago Rincón*, a quien no aparece hasta ahora que se le haya exigido prestar la caución que ordena la ley.

Con poder otorgado por la susodicha Nimia Mercedes en su calidad de tercera incidentalista, el doctor Arides Antonio Martínez López promovió incidente de desembargo de los referidos bienes, alegando que los mismos no eran de propiedad del demandado Ciro Martínez López sino de su poderdante, incidente que el Juzgado tramitó y finalmente decidió mediante sentencia de 15 de febrero de 1989 (fl. 53-4), que negó el levantamiento de las medidas previas, por estimar que en esta clase de asuntos no se discute propiedad sino posesión, esta última no probada por la tercerista Nimia Mercedes, quien, por lo demás, estando presente en la diligencia de secuestro, guardó silencio respecto del dominio y de la posesión que ahora dice ejercer, aparte de que, de todos modos, los bienes secuestrados se hallaron en poder del demandado. En este fallo, que figura firmado por el doctor William Rafael Díazgranados Messino como Juez, también se condenó en costas a la incidentalista.

El apoderado de la tercerista recurrió en reposición y apelación el referido fallo, impugnación que le fue negada con el argumento de que el mismo ya habría cobrado ejecutoria (fl. 48-4).

Constituido el doctor Jairo Martínez López como nuevo apoderado de la tercerista, solicitó otra vez el levantamiento del embargo y secuestro, incidente al cual se le dio curso normal, pero el Juez Díazgranados Messino dictó el 13 de junio de 1989 auto por medio del cual se inhibió de fallar el incidente, apoyándose en el artículo 136 del Código de Procedimiento Civil ("preclusión de los incidentes"), según el cual no se admitirá incidente similar "a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad" (fl. 31-5).

2. El 19 del susodicho mes el apoderado Jairo Martínez López presentó denuncia penal en el Tribunal de Valledupar contra los Jueces Luquez Ditta y Díazgranados Messino, por prevaricato activo y omisivo, los cuales hace consistir en:

a) El auto de 24 de marzo de 1988, que dispuso las medidas cautelares, violó los artículos 513 y 515 del Código de Procedimiento Civil, al proferirse sin que previamente se hubiera inscrito el embargo en la Cámara de Comercio;

b) También es prevaricadora la sentencia de 15 de febrero de 1989 que negó el levantamiento de las medidas cautelares, porque se aplicó el numeral 6º del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, que fue declarado inexecutable, parcialmente, en el año de 1982, y que se refería a que las medidas previas se levantarán si un tercero, "que no estuvo presente en la diligencia de secuestro", promueve incidente para que se declare que tenía la posesión material cuando el secuestro se practicó, y la decisión le resulta favorable. Afirma el quejoso, además, que el demandado manifestó en esa diligencia "un mejor derecho" en cabeza de la tercerista Nimia Mercedes, y que el demandante no probó las afirmaciones hechas en la demanda;

c) Que es igualmente ilegal el auto inhibitorio de 13 de junio de 1989, al no tenerse en cuenta que la tercera incidentalista "probó de nuevo" que ella tenía la posesión material de los bienes secuestrados.

Al ampliar su denuncia (fls. 32 y ss. del cuaderno número 1) agrega que se cometió falsedad en la letra de cambio base de la ejecución (agregados y borrados en su texto) y que en la póliza de seguros que se presentó para obtener el decreto de las medidas previas se hizo figurar como demandante al almacén "Sergo" y no al señor Ernesto Quintero Quijano, y acota también que al secuestro no se le ha exigido caución, violándose la disposición legal que así lo ordena. Finalmente denuncia que en la notificación de la sentencia de febrero 15, que negó el levantamiento de las medidas preventivas, se cometieron varias irregularidades, debido a las cuales se le negó la impugnación con el argumento de su ejecutoria.

3. En el fallo inhibitorio que por apelación del denunciante ha generado esta alzada, el Tribunal de Valledupar considera:

a) El auto de 24 de marzo de 1988, dictado por el doctor Luquez Ditta, es enteramente legal, ya que los bienes embargados y secuestrados, por ser muebles, no amcritaban el registro de ese decreto de medidas cautelares;

b) Análoga legalidad cabe predicar de la sentencia de 15 de febrero y del auto de 13 de junio proferidos por el doctor Diazgranados Messino, prohibiendo aquí el Tribunal en su integridad las ya dichas razones que contiene esa pareja de decisiones.

El *a quo*, finalmente, dispuso la expedición de copias en relación con la falsedad que se denunció en torno al título valor base del proceso ejecutivo (fls. 40 y ss.-1).

El denunciante apeló esa decisión inhibitoria, manifestando que no se analizaron a fondo las pruebas, que no se le dio oportunidad a la tercerista para oponerse al secuestro de los bienes, que el Tribunal no se pronunció sobre la omisión consistente en no fijar caución al secuestro, ni tampoco dijo nada sobre la notificación irregular denunciada, y que el ejecutante no demostró que la tercerista no fuera la propietaria y poseedora de los bienes. Pide, entonces, que se revoque la providencia y se abra investigación.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal estimó en esencia:

a) El auto de 24 de marzo es legal, ya que por tratarse de bienes muebles, el embargo no tenía porqué ser registrado. "El hecho de tener registro mercantil el establecimiento donde se hallaron los bienes que fueron objeto de embargo y secuestro, no lo equiparan a una sociedad, ni exige tratamientos especiales no previstos en la ley", acota el Procurador;

b) Tampoco hay reparo que hacer a la sentencia de 15 de febrero, ya que los bienes fueron encontrados en poder del demandado (y lo que cuenta en estos eventos es la "posesión"), y no es que se haya aplicado la norma inexecutable —como afirma el quejoso—, sino que "el Juez consideró el hecho de haber estado presente Nimia Mercedes Araújo en la diligencia de secuestro y no haberse presentado oposición, como un grave indicio indicador de que ésta no ostentaba la posesión de los bienes";

c) Es legal así mismo el auto de 13 de junio, en estricta aplicación del artículo 136 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe promover nuevo incidente;

d) Que si bien en la póliza presentada para obtener el decreto de las medidas cautelares se cometió un error en cuanto a colocar a "Sergo" como demandante, este yerro deviene intrascendente, pues lo que importa es que se prestó la caución que la ley demanda, y se identificó el proceso ejecutivo, no quedando entonces "huérfanos de respaldo los intereses por los que vela la ley en esta clase de acciones".

Por esas razones conceptúa el Procurador que las decisiones de los dos Jueces acusados se corresponden con la ley, atipicidad que obliga a aplicar el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal.

Empero, la Delegada manifiesta que ambos Jueces pudieron incurrir en el delito de prevaricato por omisión (art. 150 del C. P.), al no haber ordenado que el secuestro prestara la caución una vez cumplida la diligencia de secuestro, como expresamente lo ordena el inciso 3º del artículo 683 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual debe revocarse en este aspecto el auto recurrido, el cual debe además adicionarse en el sentido de expedir copias con destino a la Procuraduría Regional de Valledupar, con miras a determinar si en cuanto a la notificación de la sentencia de 15 de febrero de 1989 que negó el levantamiento de las medidas cautelares, "por parte de algún funcionario o empleado del Juzgado Civil Municipal de Curumaní se incurrió en irregularidad".

En alegato presentado en la Corte el recurrente expone:

a) La obligación no cumplía con los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil;

b) La póliza fue mal otorgada y el embargo y secuestro se decretaron "sin caución prestada correctamente", aparte de que ni aún hoy se ha notificado en debida forma el mandamiento ejecutivo;

c) En interrogatorio de parte Ernesto Quintero Quijano admitió que él es el administrador del almacén "Sergo";

d) No hay constancia de que la tercera incidentalista estuviera presente a la diligencia de secuestro, como lo afirma el Tribunal;

e) No se exigió caución al secuestro;

f) La notificación del fallo de 15 de febrero fue irregular, para impedir la impugnación contra el mismo;

g) "No se le prestó atención" a la denuncia por falsedad en la letra de cambio.

Agrega el recurrente que de acuerdo con lo que conversó él con el Juez Díazgranados —"y de lo cual no tengo pruebas", dice—, éste es postulado y amigo del Magistrado Adalberto Márquez Fuentes, quien precisamente actuó como ponente en estas diligencias preliminares.

Señala que habló con el susodicho Magistrado, "quien me hizo una amenaza muy diplomáticamente, al darme a entender que se aplicaría el 167 del Código Penal y podía pasar de denunciante a

denunciado. Con fundamento en mis anteriores fundamentos solicito al señor Magistrado ponente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dictar auto cabeza de proceso y ordene un cambio de radicación, ya que de continuar la investigación en el Tribunal Superior de Valledupar se podía afectar la imparcialidad de la investigación, además que los investigados son naturales y actualmente viven en la ciudad de Valledupar y pertenecen al círculo social del Magistrado en mención".

Se considera:

El artículo 207 del Código de Procedimiento Penal dispone:

"Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación, ante el Juez que proferió la providencia de primera instancia. En caso contrario, no se concederá.

"Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, la apelación se entenderá sustentada con los argumentos que sirvieron de fundamento al recurso de reposición.

"El recurso de apelación contra los autos interlocutorios proferidos en audiencia o diligencia, se interpondrá y sustentará oralmente".

"Sustentar", lo tiene dicho la jurisprudencia —y se desprende de la misma semántica del vocablo— significa suministrar razones, argumentos, tesis, planteamientos, encaminados a "sostener", a "mantener" (es decir a sustentar) la idea que se expresa o el criterio o tesis que se defiende. Ello en general; y concretamente en derecho procesal, en tratándose del recurso de apelación, esas razones, argumentos y tesis (aquí ya obviamente de carácter jurídico) que esgrime el impugnante, tienen que estar encaminados a combatir, a refutar, total o parcialmente, las consideraciones que sirven de soporte a la decisión recurrida.

Dijo al respecto la Sala en auto de 11 de septiembre de 1984 (Magistrado ponente doctor Aldana Rozo):

"La apariencia de requisitos formales del memorial sustentatorio, no debe conducir, sin embargo, a que se desconozca la voluntad del legislador que exige del apelante el deber de sustentar y no simplemente ofrecer una apariencia de sustentación. La formalidad a que se refiere la ley demanda que se señalen los puntos en desacuerdo y las razones de hecho o de derecho sobre las cuales descansan. No constituye, por tanto, sustentación adecuada el empleo de frases o de expresiones en las cuales simplemente se manifieste un desacuerdo genérico, pero no se indiquen en concreto los aspectos que deben ser reformados o revocados por el superior, ni tampoco estará cabalmente sustentado el recurso que carezca de razones, de tipo probatorio o jurídico, que deben llevar a dicha reforma o revocatoria.

"En este mismo sentido se pronunció la Sala Civil en la decisión precedentemente citada, en los términos siguientes: 'Para no tolerar esquinces al precepto legal transcrito y más precisamente para impedir que su razón finalística se quede en la utopía, cree la Corte que no puede darse por sustentada una apelación, ni por ende cumplida la condición que subordina la admisibilidad de este recurso, cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como «si hay prueba de los hechos», «no están demostrados los hechos», u otras similares, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por vaguedad e imprecisión, no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el Juez en su proveído impugnado".

Bajo esos predicados, resulta claro que en el presente caso el denunciante (abogado, por lo demás) no sustentó su recurso sino respecto de dos puntos, precisamente los que fueron soslayados totalmente en el auto apelado: El atinente a la omisión de exigir caución al secuestro, y el relacionado con las irregularidades denunciadas respecto de la notificación de la sentencia que falló el incidente de desembargo. Para probar este aserto de la Sala, se transcribe a la letra el texto de la referida y manuscrita apelación.

"En dicha providencia no se analizan a fondo el carácter probatorio de todas las pruebas que obran dentro del proceso al cual pertenecen las providencias acusadas por el suscrito como son: La diligencia de embargo y secuestro donde no se le dio la oportunidad a la tercera incidentalista para oponerse, la omisión de solicitarle al secuestro caución para su cargo, el poder que da la señora Nimita Mercedes al administrador del almacén Credicor, la versión del demandado y de la tercera incidentalista, la diferencia que hay entre embargo y secuestro, la consecuencia jurídica que trae el inhibirse de fallar un incidente, con lo cual no podía dictarse sentencia, tampoco se tuvo en cuenta la unidad probatoria, es decir que no se analizaron todas las pruebas aportadas dentro del proceso, las cuales por ser tenidas en cuenta o no llevaron al Juzgado Civil Municipal a tomar esa decisión y pasaria (sic) con los bienes de la tercera incidentalista y sus derechos porque ella es la propietaria y poseedora, la parte ejecutante no demostró lo contrario sino que el Juzgado se base en el hecho de que el señor Ciro Martínez estaba en dicho almacén, cuando es lo más lógico, pues era su administrador, por todo lo anterior, solicito que se revoque totalmente la providencia y se dicte auto cabeza de proceso" (fl. 48-1).

Si ya se vio extensamente cuáles fueron los hechos denunciados, qué actuaciones de los acusados fueron objeto de indagación preliminar, y, especialmente, cuáles son las consideraciones en que el a quo basa la providencia inhibitoria apelada, mal puede postularse que semejante escrito acabado de copiar traduzca, pero ni de lejos, una sustentación, como el auto del Tribunal guardó a su respecto silencio absoluto, la sustentación no podía consistir en otra cosa que enunciar dicha falta de consideración y pronunciamiento, exigencia con la cual cumplió el recurrente.

En relación con los demás temas de la decisión, el apelante reservó (y esto muy parcialmente) la sustentación para ante la Corte, lo cual no es posible, toda vez que no existe sino una sustentación, y es la que se debe realizar ante el funcionario a quo, como muy fácilmente se colige del artículo 267 transcrito líneas atrás: Ante el funcionario ad quem opera la facultad de presentar ante él un alegato, si es el propósito del impugnante complementar o mejorar la sustentación, sin que sea permitido alegar extra o ultra petita, con respecto a la sustentación, que fue, entre otras cosas, lo que hizo el actor en este caso, al plantearle a la Corte tópicos que ni él había denunciado y que jamás siquiera se vislumbraron en la etapa de indagación previa.

En ese orden de ideas, y no teniendo la Sala objeción ninguna que proponer a los puntos sobre los cuales se pronunció el a quo y que, como se vio, no fueron blanco del recurso, por no haberse dado sustentación adecuada, sólo se examinarán los dos ya referidos temas: Se aplica así reiterada jurisprudencia en el sentido de que el ad quem sólo está obligado a pronunciarse sobre los puntos recurridos y adecuadamente sustentados, sin perjuicio de que, si resulta imprescindible, necesario o conveniente, haga lo propio respecto de los aspectos no recurridos o no sustentados, ya que según el artículo 538 del Código de Procedimiento Penal (197 bis del anterior estatuto), "el recurso de apelación otorga competencia al Juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada" (Auto de 11 de noviembre de 1986, Magistrado ponente doctor Duque Ruiz). En este caso la Sala no hará uso de esa facultad, pues, como se dijo, no encuentra reparo alguno que hacer en cuanto a los puntos que atacó el apelante pero que dejó de sustentar.

1. Como lo señala la Delegada, es cierto que desde el 6 de abril de 1988 el Juzgado Civil Municipal de Curumaní recibió del comisionado el expediente con la diligencia de secuestro practicada (fls. 3-7); y hasta el 30 de junio (fecha en que figuran enviadas las copias del proceso civil para que hicieran parte de las preliminares penales) no aparece que ninguno de los dos Jueces acusados haya dispuesto que dicho auxiliar de la justicia prestara caución, como lo obliga el inciso 3º del artículo 683 del Código de Procedimiento Civil: "El secuestro deberá prestar la caución que el Juez le fije una vez practicado el secuestro, y si no lo hace en el término que se le señale, será removido".

Esa inactividad por parte de los acusados podría encajar en la descripción que del prevaricato omisivo trae el artículo 150 del Código Penal, para cuyos fines la Sala dispondrá la apertura de investigación, dentro de la cual se recibirá indagatoria a los doctores Diazgranados Mossino y Luquez Ditta, se solicitarán sus antecedentes, y se aportarán los demás elementos de juicio que se estimen pertinentes (art. 360 del C. de P. P.).

En este aspecto el auto, por tanto, sufrirá revocación.

2. La providencia será, además, adicionada, en lo que se refiera a la compulsu con miras a que se determine si existió o no falta o delito en la notificación de la sentencia de 15 de febrero de 1988 (fls. 36 vto. y ss. del cuaderno número 4), tal como lo solicita la Procuraduría.

En su alegación en esta instancia, el apelante plantea una hipotética parcialidad "por amistad y postulación" del Magistrado conductor de este asunto con el acusado doctor Diazgranados Messino, situación que, de darse y demostrarse, daría lugar a una recusación (art. 103 del C. de P. P.), mas no a un cambio de radicación, el cual tampoco cabe pedir al funcionario o corporación que esté conociendo el expediente como *ad quem*, sino que debe acalarse la vía procedimental diseñada en los artículos 78 y siguientes *ibidem*, por lo cual la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre dicha solicitud.

Tampoco es cierto que a la denuncia por falsedad presentada por el recurrente no se le haya puesto atención, pues precisamente el Tribunal dispuso investigar ese hecho, decisión que desde luego se aprobará.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado,

Resuelve:

1. *Revocar* parcialmente el auto recurrido, en el sentido de disponer la *apertura de investigación* respecto de los doctores William Rafael Diazgranados Messino y Oscar Enrique Luquez Ditta, en relación con el posible prevaricato omisivo en que incurrieron al no haberle exigido al señor Luis Alfredo Santiago Rincón que prestara la caución ordenada en la ley. Practíquense las pruebas señaladas en esta providencia y dése aviso al Ministerio Público de la apertura sumarial.

2. *Adicionar* el mismo proveído con la expedición de copias de lo pertinente con destino a la Procuraduría Regional de Valledupar, para los fines expresados en el considerando segundo del presente auto.

3. *Confirmarlo* en todo lo demás.

4. *Abstenerse* de pronunciarse sobre el cambio de radicación solicitado por el recurrente en su alegato.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Mientras los actos o contratos que pueden ser anulables, no se declaren nulos por la autoridad competente, son de obligatorio cumplimiento y pueden ser objeto del delito de falsedad documental.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Las falsedades introducidas en cualquier documento que no tenga valor probatorio con relación a los hechos en él consignados, no pueden ser delictuosas

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiseis de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 14.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso de casación sustentado por el defensor del procesado, doctor *Pablo Abigail Amaya Monroy* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, proferida el 3 de noviembre de 1988 en la cual por modificación de la de primera instancia, se condenó a éste por los delitos de falsedad en documento público, celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales y peculado culposo.

Hechos y actuación procesal:

El doctor Amaya Monroy desempeñó el cargo de Gerente del Instituto de Beneficencia y Lotería de Boyacá durante el año de 1982, término dentro del cual celebró cuatro contratos con el sujeto Fabio Luis Salamanca Medina, quien en ocasiones actuaba como dueño y gerente de una firma de transportes, y en otras como intermediario de la firma "Kentrex de Colombia Limitada". Este sujeto resultó ser un hábil estafador, quien obtuvo que los dineros de los contratos le fueran pagados con cartas de crédito irrevocables hechas a favor de una firma que decía estar domiciliada en la ciudad de Panamá, previo el cumplimiento de ciertos requisitos que demostraran el cumplimiento de los mismos, los cuales acreditó con documentos falsos,

habiendo obtenido el pago de las sumas correspondientes. Por estos hechos fue condenado el mencionado Fabio Luis Salamanca, y el Gerente de la Beneficencia, doctor Amaya.

Contra la mencionada providencia interpuso recurso de casación el apoderado del doctor Amaya, el cual le fue concedido, pero al adelantarse el estudio de la demanda respectiva, la Sala la declaró formalmente ajustada a derecho sólo con relación al delito de falsedad, y desierto respecto de los de peculado culposo y celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, por no reunir estos las condiciones jurídicas para la viabilidad de dicho recurso.

La demanda:

El recurrente formula tres cargos, con base en la causal primera de casación, de los cuales sólo se analizará el primero que se refiere directamente al delito de falsedad, pues los otros dos corresponden a los delitos respecto de los cuales se declaró improcedente el recurso.

En dicho cargo considera que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida del artículo 219 del Código Penal que consagra el delito de falsedad ideológica en documento público, para lo cual razona de la siguiente manera:

Según el Tribunal, en el otro sí del contrato del 27 de abril de 1982 para la compra e instalación de unos analizadores clínicos para química sanguínea, se hacen dos aseveraciones que no corresponden a la realidad: La primera de ellas hacer referencia a que allí se dice "que esos contratos de importancia para la Beneficencia se firmaron en la ciudad de Tunja lo que no ocurrió", y la segunda a que el doctor Amaya "estampó su firma y sello en los documentos anotados sin la presencia de la vendedora de la firma comercial". Estas afirmaciones configuran el delito de falsedad ideológica en documento público, en opinión de dicha Corporación.

Comienza el recurrente por aceptar estos dos hechos como ciertos, para considerar luego que esta conducta es atípica, puesto que ambas aseveraciones son inocuas desde el punto de vista probatorio. Transcribe para sustentar su aserto apartes del concepto emitido por el doctor Luis Enrique Romero Soto con relación a las conductas materia de investigación, cuyos distintos argumentos se pueden sintetizar así:

a) Ambas aseveraciones —haberse celebrado el contrato en Tunja y estar presente la vendedora en el momento en que el Gerente de la Beneficencia lo suscribió—, no pueden tener ningún efecto probatorio, porque como está claramente demostrado en el proceso, el contrato no alcanzó a nacer a la vida jurídica, y "en consecuencia, ninguna de las partes intervinientes podía utilizar ese documento como prueba de sus derechos o para particularizar sus obligaciones". Más adelante transcribe otro aparte del concepto del doctor Romero Soto, en el que se dice:

"Ciertamente que, en algunas ocasiones, es posible falsificar documentos nulos pero se trata, en primer término, de falsedades mate-

riales y, en segundo lugar, de aquellos documentos nulos que tengan alguna parte que no esté afectada de nulidad y sobre la cual, precisamente, recaiga la acción del falsario.

“Pero la falsedad ideológica no es posible en documentos nulos porque son las manifestaciones del autor las que no tienen existencia jurídica por causa de la nulidad y sobre este vacío no puede recaer ninguna falsedad”;

b) En cuanto a la afirmación de que el contrato fue firmado en Tunja, considera el recurrente que es también inocua por cuanto de ella no depende ningún efecto jurídico del contrato. Citando nuevamente el concepto del doctor Romero Soto, dice:

“Pero resulta que ya esto ya había sido dicho en la cláusula décimacuarta del mismo, al expresar que ‘para todos los efectos legales del caso el domicilio es la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá, República de Colombia’.

“De manera que no es posible decir, en vista de esa circunstancia, que la mención final del lugar donde se firmó el contrato, tenía importancia probatoria. Por el contrario, carecía totalmente de ella.

“O sea que la afirmación, parcialmente cierta y parcialmente falsa, de que las partes firmaron en Tunja el contrato, constituye una falsedad inocua por haber recaído (en lo que alteró la verdad) sobre una parte inocua del documento”;

c) En cuanto a la no presencia de la Gerente de la firma vendedora en el momento en que el doctor Amaya suscribió el contrato, considera que la aserción que aparece en el otro sí no tiene ninguna eficacia para probar ese hecho, pues él no está dentro de la función certificadora que corresponde al funcionario público que suscribe un contrato. Citando nuevamente el concepto del doctor Romero Soto, dice así:

“En un contrato administrativo, un funcionario sólo ejerce la función certificadora cuando pone de presente su competencia para pactar y expresa los términos en que ha sido autorizado para ello, esto es, cuando dice en qué calidad actúa, quien lo ha autorizado (si requiere previa autorización) y en qué términos lo ha sido. Esto, desde luego, suele abarcar lo necesario para que el contrato tenga validez por lo que al funcionario respecta.

“Pero en ningún caso el funcionario que interviene en un contrato puede certificar la presencia de las otras partes. En este aspecto, que no hace relación directa con sus funciones, no se diferencia de los particulares con quienes esté contratando. Tampoco a esto se les puede exigir que certifiquen sobre la presencia del funcionario o la de las otras partes”.

Con base en el anterior razonamiento llega a la conclusión de que la falsedad que se le imputa al procesado doctor Amaya al firmar el otro sí mencionado, es absolutamente inocua e ineficaz para probar los hechos en él mencionados, por lo que no se puede tipificar la

conducta delictuosa que se le imputa, e imprecisa que se case la sentencia exonerando a su apoderado de la responsabilidad penal que se le atribuye por ella.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal comparte los razonamientos expuestos por el recurrente, y coincide con él en que se debe casar parcialmente la sentencia.

Consideraciones de la Sala:

La Sala concuerda con el recurrente en que se debe casar la sentencia en lo que al delito de falsedad en documento público se refiere, pero discrepa en cuanto algunos de los fundamentos presentados por el recurrente en su demanda, tal como pasa a exponerlo.

Según la sentencia del Tribunal, son dos los hechos que constituyen afirmaciones falsas hechas por el doctor Amaya en el texto de los contratos, las cuales constituyen el delito de falsedad en documento público que se le imputa. La Sala procederá a analizarlos en forma separada:

1. *Primer hecho:* Según la sentencia, el procesado doctor Amaya incurrió en falsedad al firmar el otrosí, pues en éste se dice que se suscribe en la ciudad de Tunja, cuando una de las partes, la vendedora, no concurrió a dicha ciudad para firmarlo.

El recurrente acepta este hecho como cierto, pero considera que él no puede constituir delito de falsedad por dos razones, que analizaremos en forma separada:

Primer argumento: No puede haber falsedad ideológica en un contrato que no ha nacido a la vida jurídica.

Al hacer el análisis de este cargo, el recurrente considera como de la misma naturaleza dos hechos completamente diferentes: El que el contrato no se haya perfeccionado porque no se cumplieron la totalidad de los requisitos que la ley exige para ello, y el que tenga vicios de nulidad, como el de ser falsa la firma de una de las partes, por ejemplo.

Con relación al contrato que no se ha perfeccionado, es claro para la Sala que éste constituye prueba de todas las obligaciones que de él emanan, como son, por ejemplo, para la Administración las de hacer las correspondientes reservas presupuestales, y para el contratista pagar los impuestos de timbre y publicarlo en el Diario Oficial. Con relación a estos contratos no hay duda alguna que pueden ser objeto de un delito de falsedad documental, tanto material como ideológica, durante su trámite.

No hay la misma claridad con relación al contrato que tiene algún vicio de nulidad, pues como lo considera el recurrente, de acuerdo con el concepto del doctor Luis Enrique Romero Soto allegado al proceso, y de varios tratadistas nacionales y extranjeros citados

por él, parecería que sobre un acto o contrato nulo no puede recaer una falsedad por ineptitud de aquél para producir efectos jurídicos, de acuerdo con la máxima "quod nullum est, nullo habet effectum".

La Sala no comparte este punto de vista, pues en él se parte del supuesto equivocado de que pueden existir actos o contratos nulos en sí, y no como consecuencia de una sentencia judicial. Ellos pueden ser anulables, pero mientras no se declaren nulos por la autoridad competente y previo adelantamiento del trámite establecido por la ley para el efecto, son de obligatorio cumplimiento. Esto es mucho más cierto para los actos y contratos de carácter administrativo, que van acompañados de una presunción de validez mientras el contencioso administrativo no los suspenda o anule. Por consiguiente, prestan mérito probatorio con relación a los derechos y obligaciones en ellos consignados, y por tanto pueden ser objeto del delito de falsedad documental.

La Corte sobre este punto dijo en sentencia de abril 29 de 1980, con ponencia del Magistrado doctor Darío Velásquez Gaviria.

"En el delito de falsedad en documento público hasta, respecto del perjuicio, que éste tenga la aptitud para generarlo, o lo que es lo mismo, que el documento sea potencialmente dañoso.

"Esa idoneidad para causar daño no puede deducirse únicamente de la efectiva realización de éste, aunque no puede negarse que ello constituye su mejor comprobación, sino de la intrínseca aptitud para ocasionarlo, la cual se puede apreciar desde el momento mismo en que el documento es creado.

"Por eso un documento público afectado de nulidad puede ser objeto material de un delito de falsedad, pues en tanto no sea invalidado puede producir, además del daño que entraña a la fe o confianza públicas depositadas en esta clase de documentos y a su valor probatorio, perjuicio a los intereses particulares en él amparados" (Gaceta Judicial, Tomo CLXIII, Número 2402, 1980).

Segundo argumento: Dice el recurrente que en el caso concreto en estudio, la aseveración de que el contrato fue suscrito en la ciudad de Tunja no produce ningún efecto jurídico, por lo que de resultar contraria a la verdad de los hechos, no puede configurar el delito de falsedad en documento.

La Sala comparte este criterio, por las siguientes razones:

El bien jurídico tutelado en el delito de falsedad en documentos es la fe pública de la comunidad en el valor probatorio de los mismos. Por eso las falsedades introducidas en cualquier documento que no tenga valor probatorio con relación a los hechos en él consignados, no pueden ser delictuosas. Tal como ocurre, por ejemplo, en aquellos eventos en que la ley exige ciertos requisitos "ad solemnitatem", como acontecería con las falsedades introducidas en un documento privado en el que se transfiera un inmueble, cuando la ley exige para ello escritura pública otorgada ante Notario. Ellos podrían ser medios para perpetrar algún otro delito si son utilizados para ese propósito, pero no configuran por sí el delito de falsedad en documento.

Por otra parte, no todas las aseveraciones introducidas en un documento que pueda tener valor probatorio pueden dar lugar a la comisión del delito de falsedad, pues el valor propio de cada una de ellas depende del contexto general del mismo, y del fin para el cual haya sido expedido. La aseveración falsa de una persona en un documento, un testimonio por ejemplo, sobre su edad, puede ser absolutamente inocua cuando ese hecho no tiene ninguna relación con los temas sobre los cuales se le llamó a declarar.

Este último evento es el que se da en el caso en estudio. El lugar en donde se suscribe el contrato puede constituir el domicilio contractual, para los distintos efectos jurídicos del mismo. Pero si las partes señalan dentro del contrato la ciudad que debe tenerse como domicilio, carece de efectos jurídicos el sitio en donde él se suscriba, o en donde se afirme haberse suscrito. En el caso en estudio, el domicilio contractual se definió en la cláusula décimacuarta del contrato, que dispuso: "Para todos los efectos legales del caso el domicilio es la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá, República de Colombia". Por consiguiente, la declaración de que el contrato había sido suscrito en la ciudad de Tunja no produce ningún efecto jurídico, y, por tanto, no tiene ninguna eficacia probatoria, por lo que su falsedad no puede configurar conducta delictuosa.

2. Segundo hecho: El Tribunal considera como constitutivo de falsedad el que el Gerente de la Beneficencia, al signar los contratos, "afirmaba la presencia de la Gerente de la empresa comercial en esta ciudad sin que realmente se hubiera percibido su presencia".

El recurrente, siguiendo el concepto del doctor Romero Soto, considera que esta falsedad es también inocua, porque ninguna de las partes en un contrato tiene capacidad para certificar la comparecencia de la otra. La Sala acepta que en este caso tampoco se configura delito de falsedad en documento, pero no por las razones dadas por el recurrente, pues cualquiera afirmación que hagan las partes en un contrato puede dar lugar a él, si ella tiene valor probatorio, dadas las condiciones concretas de cada caso en particular.

Lo que ocurre es que ni en los contratos, ni en el mencionado "otrosí", hace constar el doctor Amaya que la vendedora haya concurrido a la ciudad de Tunja a suscribirlo. Y aún en el caso de que lo hubiera hecho, también es inocua la aseveración falsa que hubiera podido hacer cualquiera de las partes intervinientes en el contrato a que se refiere este proceso, de que la otra estuvo en el lugar en que él se suscribió, porque en el caso en estudio ya hemos visto que el sitio en donde se haya firmado el contrato no tiene ninguna consecuencia jurídica para su ejecución.

Como se desprende del estudio precedente, las aseveraciones que según la sentencia impugnada hizo el procesado doctor Amaya en los distintos contratos, y en el otrosí agregado a uno de ellos, y que son materia de este proceso, de haber sido suscritos en la ciudad de Tunja y de haber estado la vendedora en dicha ciudad cuando se firmaron, la primera de ellas no produce ningún efecto jurídico con relación a aquellos, y la segunda no corresponde a los hechos del proceso, a más de que de ser cierta sería también inocua y, por consiguiente, no tiene

nninguna eficacia probatoria dentro de ellos. No se configura, por tanto el delito de falsedad en documento público, por lo que deberá casarse parcialmente la sentencia.

Sentencia sustitutiva:

Quedan en firme contra el doctor Amaya Monroy los delitos de peculado culposo (art. 137 del C. P.) y celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales (art. 146). De estos delitos el de mayor pena es el último, para el cual ha señalado la ley prisión de seis meses a tres años, mientras que para el primero señala una pena de arresto de seis meses a dos años.

Dada la condición especial del procesado dentro de la sociedad, su ilustración y su cargo, y la gravedad del hecho punible por su cuantía, se partirá para el cálculo de la pena de un año, el cual se incrementará en seis meses más por el concurso con el peculado culposo, para un total de dieciocho (18) meses de prisión. Como el procesado tiene derecho a la rebaja de la sexta parte de la pena privativa de la libertad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 48 de 1987, que corresponde a tres meses, le queda como pena definitiva la de prisión de quince meses.

Se le impondrá igualmente una multa de diez mil pesos (\$10.000.00), que debe ser consignada en el Banco Popular de Tunja en la cuenta de depósitos judiciales del Tribunal Superior de dicha ciudad.

Se condenará a Amaya Monroy a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo de dos (2) años. Se le condenará igualmente en abstracto al pago de los perjuicios materiales y morales causados con la infracción, para cuya liquidación se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal de 1971.

Se dará cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 43 del Código Penal, y el numeral 2º del artículo 614 del Código de Procedimiento Penal actual.

De otra parte, como el aquí condenado Amaya Monroy reúne los requisitos exigidos por el artículo 68 del Código Penal se le otorgará la condena de ejecución condicional. Por tanto, continuará gozando de libertad, previa caución prendaria por la suma de dos (2) salarios mínimos mensuales actuales y suscripción de diligencia de compromiso en los términos del artículo 443 del Código de Procedimiento Penal. Este beneficio no se extiende a las penas de multa y de interdicción de derechos y funciones públicas.

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

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia recurrida en lo que al procesado Pablo Abigail Amaya Monroy se refiere, y en su lugar dictar la sustitutiva en los siguientes términos:

Primero: Condénase al procesado Pablo Abigail Amaya Monroy, de cincuenta y cinco años para la época de su injurada, natural de Chinavita, de profesión abogado, identificado con la cédula de ciudadanía número 130.065 expedida en Bogotá, a la pena principal de quince meses de prisión, y a la multa de diez mil pesos (\$10.000.00), como responsable de los delitos de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y peculado culposo, en hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que constan en el proceso.

Segundo: Condenar al mismo procesado Pablo Abigail Amaya Monroy, de condiciones civiles ya enunciadas a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de dos (2) años, y al pago en abstracto de todos los perjuicios morales y materiales causados con la infracción, para cuya liquidación se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal anterior.

Tercero: Conceder al condenado Pablo Abigail Amaya Monroy, de condiciones civiles ya anotadas, el beneficio de la condena de ejecución condicional. Por tanto continuará gozando de su libertad previa caución prendaria de dos (2) salarios mínimos mensuales actuales, y suscripción de la respectiva diligencia de compromiso. Este beneficio no se extiende a las penas de multa e interdicción de derechos y funciones públicas.

Cuarto: Por el Juez de conocimiento dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 43 del Código Penal y al numeral 2º del artículo 614 del Código de Procedimiento Penal actual.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zuñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

INASISTENCIA ALIMENTARIA. COMPETENCIA

La mutación territorial por la persona a quien se le debe asistencia no puede tener la capacidad de "remover" o "revocar" de suyo la competencia ya fijada

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiseis de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 14.

Resolverá la Sala la colisión de competencia negativa surgida entre los Juzgados Décimo Penal Municipal de Bogotá y Segundo Penal Municipal de Florencia (Cauquetá) en el sumario que, por el delito de inasistencia alimentaria, se sigue respecto de *Humberto Ortiz Castro*.

Antecedentes:

El 25 de noviembre de 1987 la señora Vilma Plazas Molina formuló denuncia contra su marido Humberto Ortiz Castro por el delito de inasistencia alimentaria de que trata el artículo 263 del Código Penal, correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Penal Municipal de Florencia, ciudad donde residía la quejosa en compañía de su hijo menor, de quien afirmó que "hace más de tres años" el denunciado no le proporciona sustento alguno.

Dicho Juzgado abrió investigación, ratificó la queja y escuchó en indagatoria a Ortiz Castro, radicado ya desde hace unos años en Popayán (Cauca). Posteriormente, al citar a la esposa para ampliación de la querrela, se determinó que la misma se había trasladado a vivir a Bogotá (fl. 26), motivo por el cual el Juzgado dispuso la remisión del proceso a esta ciudad, correspondiéndole al Juzgado Décimo Penal Municipal, que luego de oír de nuevo a la denunciante, dictó auto de 12 de mayo de 1989, por medio del cual —al resolver la situación jurídica del indagado— se abstuvo de proferir medida de aseguramiento, y en el que, además, precisó:

"El Despacho, salvo mejor opinión, considera que la competencia en los procesos en general, y en los de inasistencia alimentaria caso que nos ocupa, no cambia por el traslado del titular del derecho a ciudad distinta a donde se inició la acción o a la cual (sic) habitara el titular en el momento en que se cometió la infracción. Tal la base para conceptuar que este Despacho no es competente para continuar

conociendo estas diligencias y por ende ordenará remitir nuevamente el expediente al juzgado de origen, proponiendo desde ya colisión de competencias en forma negativa" (fl. 37).

El Juzgado de Florencia, por su parte, replicó:

"Este Despacho considera que siendo la inasistencia alimentaria un delito que se comete y sigue cometiendo mientras persista la inasistencia económica del sujeto activo, la competencia cambia en la medida en que el titular del derecho cambia de residencia, en consecuencia, si antes la titular del derecho vivía en esta ciudad, este Juzgado era incompetente (sic) para conocer de este proceso, como ahora la titular del derecho vive en Bogotá adquiere competencia para conocer del mismo el Juzgado de la ciudad de Bogotá".

Admitió, pues, el conflicto, y remitió el asunto a la Corte, donde se procede a resolver de plano.

Se considera:

El delito de inasistencia alimentaria objeto de este sumario cuyo conocimiento es materia de pugna entre los jueces colisionantes, se encuentra así descrito en el artículo 263 del Código Penal:

"El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en..."

Como esa "sustracción" puede permanecer en el tiempo, se ha convenido en que tal delito tiene el carácter de "permanente" y también el de ser de tracto sucesivo.

Del verbo núcleo del citado comportamiento, despréndese también que éste entraña una omisión, una de las formas configurantes del hecho punible según el artículo 19 del Código Penal, cuyo artículo 20 en su inciso 2º dispone que "la conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida", la que en este caso sería cuando el sindicado comenzó a dejar de dar a su hijo el sustento económico por ley debido.

Y en cuanto al aspecto territorial, el artículo 13 ibidem señala que el hecho punible se considera realizado "2. En el lugar donde debió realizarse la acción omitida".

El menor en cuestión residía con su madre en la ciudad de Florencia, siendo entonces este lugar donde el acusado estaba obligado a cumplir con su manutención; de ahí que fuera en esa ciudad donde la esposa formuló la correspondiente denuncia, ya que según el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal el competente es "el Juez donde se realizó el hecho punible".

Mas resulta que posteriormente madre y menor emprenden viaje a Bogotá y en esta ciudad establecen su residencia. Para la Sala es claro que esa mutación territorial no puede tener la capacidad de "remover" o "revocar" de suyo, la competencia que por tal factor había

echado raíces en el lugar debido, es decir en Florencia, donde —como se vio— nació y “empezó a permanecer” la acción omisiva que en este proceso se le reprocha al acusado.

Si se pensara de modo diferente, como lo hace el Juez de Florencia, tendría que admitirse que en estos casos la competencia estaría al vaivén o al mero capricho del titular del derecho, y que el procesado tendría que seguir a éste (jurídica y materialmente, por donde quiera que fuere, en una suerte de peregrinaje de verdad inadmisibles).

Estas consideraciones bastarían para no admitir al cambio de competencia alegado por el Juez de Florencia. Empero, en el Código de Procedimiento Penal existe una norma que viene a avalar dichas consideraciones: Según el artículo 75 del referido estatuto, “cuando el hecho se haya realizado en varios sitios”, conocerá de él el Juez del territorio donde primero se formule la denuncia o el que primero haya abierto investigación.

En la actualidad, que es cuando se discute la competencia en este proceso, es perfectamente dable sostener que el presunto delito de inasistencia alimentaria endilgado al señor Ortiz Castro ha tenido ocurrencia en varios sitios (Florencia y Bogotá), y que puede seguir transitando por otros lugares, en la medida en que (subsistiendo el cargo de “sustracción”) el menor acreedor de los alimentos continúe cambiando de residencia.

Esta Sala, al tratar un caso análogo al presente, dijo en auto de 9 de julio de 1989 (Magistrado ponente doctor Martínez Zúñiga):

“En este caso no existe duda 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... La verdad es que ésta (la omisión) continuó, o sea, que ‘el lugar donde debió realizarse la acción omitida, es tanto Barbosa como Bogotá’.

“En estas condiciones, impera acudir, como lo afirmó acertadamente la Juez Penal Municipal de Barbosa, a la competencia a prevención regulada por el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal...”

Así las cosas, repítese, como en Florencia se formuló la denuncia y se inició la investigación, allí ha de quedar radicada la competencia por el aspecto territorial.

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 al Juzgado Segundo Penal Municipal de Florencia, a donde se

devolverá el expediente. Con inserción de este proveído, dése el respectivo aviso al Juzgado Décimo Penal Municipal de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULDADES. INEXISTENCIA

Un acta procesal puede ser simplemente inexistente, sin afectar de nulidad la actuación procesal, y en ese caso la ley sólo dispone que el Juez lo desestime

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 14.

Vistos:

En esta causa, dos de los coprocesados y su defensor común recurrieron en casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga proferida el 29 de febrero de 1988, mediante la cual se les impuso a cada uno de los mencionados la pena principal de prisión de 54 meses, pero como la sustentación del recurso sólo se hizo oportunamente con relación a *Orlando Quintero*, se declaró desierto respecto del otro impugnante. Procede la Sala a resolver de conformidad.

Hechos y actuación procesal:

El 6 de abril de 1987 minutos antes de las tres de la tarde, tres hombres y una mujer se presentaron a la casa de habitación de los esposos Héctor Hernández y Clara Inés Mancipe en la calle 54 número 18-55 de Bucaramanga, y luego de amenazar con armas de fuego a estos y a la empleada del servicio doméstico, se apoderaron de una pistola y de numerosas joyas que estos conservaban por ser su profesión la de comerciantes de estos últimos artículos. Uno de los asaltantes había acudido al hogar de los esposos Hernández Mancipe en dos ocasiones anteriores, pretextando en la primera el deseo de comprar un anillo; y en la segunda (cuando apareció con otro hombre y una mujer), negociar un lote de alhajas que pretendió pagar —sin éxito— con un cheque. En esta última vez fue visto también en el lugar por Helí Pérez, un amigo de los vendedores, que estaba de visita.

La investigación fue iniciada el 9 de abril por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Bucaramanga, despacho ante el cual fueron puestos a disposición el 19 de mayo subsiguiente los sujetos Carlos Arturo Díaz, José Otoniel Torres y Orlando Quintero por la Policía Judicial, que los capturó informada de que presuntamente organizaban

un delito de igual naturaleza del reseñado contra otra vendedora de joyas, y de que pertenecían a una banda especializada en atentados contra el patrimonio económico que tenía sus cabecillas en Florida Blanca y de la cual también hacía parte una mujer que fue capturada por razón de otro ilícito, y quien relató los hechos acaecidos donde la familia Hernández Mancipe.

Vinculados a través de indagatoria, los sindicados Díaz, Torres y Quintero, fueron comprometidos en juicio mediante resolución acusatoria del 24 de septiembre de 1987 por hurto calificado, pues el Juzgado los consideró responsables del ilícito, de acuerdo con los resultados de las diligencias de reconocimiento en fila de personas a que los sometió ante los denunciantes.

En la etapa del juicio, entre otras pruebas, se allegó copia fotostática de la declaración rendida el 29 de abril de 1987 ante la Policía Judicial por Leticia Myriam Hernández Obando, dentro de las pesquisas que ese cuerpo adelantaba respecto de otro hurto, y en el que ésta relató el que se cometió en los bienes de la familia Hernández Mancipe (fls. 181 y ss. cuaderno principal); se practicó reconocimiento en fila de personas de la referida mujer, en diligencia en la que fue señalada por la señora Mancipe de Hernández como quien acompañaba a los vinculados a este proceso el día del hurto en su casa; y se recibieron diversos testimonios, entre ellos el de Heli Pérez, quien fotográficamente reconoció a Orlando Quintero como el individuo que había visto en casa de los comerciantes de joyas (fls. 174-174 vto.).

La audiencia pública se efectuó con la acuciosa participación del defensor, quien señaló, en demanda de la anulación del proceso, una serie de situaciones en su criterio configurativas de causas suficientes para que se decretara, y en defecto de ésta deprecó la absolución de sus clientes por falta de elementos probatorios indispensables para la condena. El Juez de primera instancia condenó a los implicados fijándoles la pena principal de 37 meses y 10 días de prisión, y en auto complementario dispuso la expedición de copias para que se investigara la conducta de la mujer Leticia Myriam Hernández (fl. 221, cuaderno principal), pero el Tribunal, al revisar por apelación ese fallo, lo modificó aumentando la pena para los dos recurrentes. A la decisión de segunda instancia se opone el presente recurso extraordinario.

La demanda y el concepto del Ministerio Público:

I. Dos cargos, ambos bajo el amparo de la causal 3ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal formula el censor a la sentencia del Tribunal, en su confuso y extenso escrito, en el cual afirma que se profirió en juicio viciado de nulidad, y que de acogerse sus planteamientos, debe concederse la libertad provisional para sus patrocinados.

Cargo primero: Se vulneró el derecho de defensa del encausado Quintero por el desconocimiento del debido proceso y de la plenitud de las formas del juicio.

En la antimetódica sustentación de la censura, hace un confuso estudio de lo que es la nulidad en nuestra legislación y de sus distintas

especies; luego centra su análisis en la diligencia de reconocimiento en fila de personas a los encausados, para pregonar que fue un acto procesal inexistente, por lo que se debe declarar la nulidad del proceso. Para fundar su aserto de la inexistencia de la mencionada diligencia, asevera que al ser capturados los procesados el denunciante Hernández compareció al F-2 de la Policía, en donde los reconoció, sin que estos pudieran hablar con un abogado como lo prevé el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, y, según su expresión, "con la seguridad del posterior reconocimiento y aún antes de la indagatoria". Agrega que el 20 de mayo de 1987, ya dentro del proceso y debidamente decretado, el Juzgado practicó otro reconocimiento para verificar la descripción morfológica de los presuntos asaltantes, y que en esta diligencia, que considera elemento probatorio "fundamental y único para el esclarecimiento de los hechos", efectuada en Bucaramanga, los implicados estuvieron asistidos por un empleado público que se desempeñaba como guardián de la cárcel Modelo que fue designado para ese efecto, privándolos así de su derecho de defensa porque no estuvieron asistidos por su apoderado.

Considera que el haber adoptado el Juzgado este procedimiento tornó inexistente el reconocimiento al tenor de lo dispuesto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, y añade que el Juzgado "en un acto de arrepentimiento y corrección" posteriormente, "sin previa fijación en auto", repitió en "aparente forma" un nuevo reconocimiento. Advierte que las aludidas fallas procesales fueron alegadas en el curso del proceso sin ser atendidas por los Jueces de las instancias, y que su reclamo en sede de casación atiende a la facultad del artículo 308 del mismo estatuto procesal.

El actor no especifica desde qué momento procesal habría de invalidarse la actuación, y sugiere a la Corte que haga "la apreciación del estado en que queda el proceso y sobre la reposición..." de la actuación. Concluye como corolario —en ambos cargos— que los implicados deben quedar en libertad provisional según la causal 4ª del artículo 439 *ibidem*. Finalmente considera que podría haberse dado el delito de detención arbitraria por parte de los funcionarios que han intervenido en la tramitación del proceso.

Cargo segundo. También se caracteriza por el desorden en su alegación, pero de su contexto es deducible como acusación al fallo el desconocimiento del derecho de defensa de los acusados, de acuerdo a la precisión que se lee, por la violación de la "plenitud de las formas propias de cada juicio" a cuya garantía tiende el artículo 26 de la Carta.

Dice que el Juzgado interrogó a los sindicados en la diligencia de indagatoria por hechos acaecidos en fecha distinta a la del ataque patrimonial objeto de la investigación, pues éste se perpetró el 6 de abril de 1987, y se les preguntó por sus actividades del 9 de abril, y sobre esa base, desestimando las respuestas recibidas se les dictó auto de detención, en acto consecuente y que refleja de nuevo atropello a los derechos de los implicados, quienes así resultaron sujetos a una medida cautelar basada en hechos desvinculados cronológica y causalmente de los denunciados, a cuya legalización tardía tendió el Juzgado con la ampliación de indagatoria en que se les interrogó por la fecha correcta.

En capítulo que intitula "conclusiones y peticiones específicas", consigna reiterativamente la afirmación sobre la existencia de nulidades supralegales, y sugiere como razón de la libertad que impetra, la invalidez del proceso desde la diligencia de reconocimiento del 20 de mayo de 1937, inclusive, y subsidiariamente, a partir de la indagatoria.

II. El señor Procurador Delegado objeta con severidad la forma del alegato presentado a manera de demanda, y sugiere que se mantenga la sentencia impugnada. Al refutar el primer cargo llama la atención sobre el alcance de la diligencia de reconocimiento de acuerdo al artículo 389 del Código de Procedimiento Penal y a jurisprudencia de esta Sala, para advertir que ni siquiera constituye un medio autónomo de prueba, sino que es "una carga procesal" impuesta al denunciante, y carente de la trascendencia probatoria que se pretende asignarle. Observa que en este caso el reconocimiento se produjo antes de que los acusados fueran vinculados procesalmente, y entonces, si carecían de la calidad de sindicados, "mal podrían estar asistidos por apoderado". A este respecto recuerda que el artículo 390 del estatuto procesal no prevé la presencia del apoderado para la realización de la diligencia; considera más bien que "extremando las garantías" el instructor nombró un apoderado oficioso que asistiera a los reconocidos, y que de todas maneras "esta irregularidad, si la hubo" fue saneada posteriormente al repetirse el reconocimiento, pero ya con la asistencia del apoderado, profesional del derecho, y que por tanto, no se dio la inexistencia procesal que señala el artículo 165 *ibidem*.

Del segundo cargo se ocupa descalificando la argumentación del libelo al recordar que si bien el Juzgado equivocó la fecha de los hechos al hacer una de las preguntas en las indagatorias, el requerimiento para que respondieran se estructuró con base en los hechos realmente ocurridos que se atribuían a los implicados, individualizados por sus circunstancias de lugar y modo, de tal manera que estos no tuvieron razón alguna para confundirse, y su derecho de defensa no sufrió afectación alguna. Que la equivocación fue inocua porque el Juzgado amplió las indagatorias para corregir el yerro. Acogiéndose a la jurisprudencia de la Sala, estima que el error en cuanto a la fecha de los hechos sólo puede atacarse cuando deriva en menoscabo de la defensa del acusado, no cuando es inane e indiferente ante él.

Consideraciones de la Corte:

El recurrente alega la nulidad del proceso, presentando dos cargos que en su concepto ameritan esta sanción procesal, los cuales se analizarán en el mismo orden en que aparecen en su demanda.

Primer cargo: Violación del debido proceso.

Funda este cargo en el hecho de que según él, la diligencia de reconocimiento en fila de personas está viciada de nulidad, por cuanto en ella actuó como defensor de oficio un funcionario público en ejercicio de sus funciones, diligencia que además se llevó a cabo en la ciudad de Bucaramanga, que es cabecera de Distrito, y en donde regularmente ejercen como abogados más de un millar de profesionales.

En su argumentación, es claro que el recurrente confunde entre inexistencia y nulidad. La primera se predica de todo acto procesal al cual le faltan las formalidades esenciales para su validez (art. 310 del C. de P. P.), y las segundas de las actuaciones procesales dictadas por Juez incompetente o que violan el debido proceso o el derecho de defensa (art. 305 ibidem).

Por eso un acto procesal puede ser simplemente inexistente, sin afectar de nulidad la actuación procesal, y en ese caso la ley sólo dispone que el Juez lo desestime. Tal sería el caso de la diligencia de reconocimiento del procesado en fila de personas. Pero en otras ocasiones esa inexistencia puede implicar la violación del derecho de defensa, como cuando se recibe indagatoria al procesado sin la presencia de su defensor, caso en el cual es necesario decretar la nulidad.

Por eso la jurisprudencia de la Sala ha sido constante en el sentido de que las demandas por razón de la simple inexistencia de una prueba por no haberse cumplido los requisitos esenciales para su aducción, no caben dentro de la causal tercera de casación (nulidad), sino dentro del cuerpo segundo de la causal primera (violación indirecta de la ley sustantiva por error de derecho).

En efecto, lo que el recurrente debe establecer en estos casos es que el Tribunal fundó su sentencia en una prueba que no podía tener en cuenta por no haber sido aducida al proceso con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para el efecto, determinando las normas medios violadas en la aducción de ella, las normas sustantivas que se aplicaron indebidamente por esta causa, y las que se debieron aplicar en su lugar.

Nada de esto hace en su demanda, pues se limita a decir que la prueba impugnada la "estimo desde el punto de vista probatorio fundamental y única para el esclarecimiento de los hechos habida consideración del delito de que se trata", sin decir por qué ella es "fundamental y única", qué norma sustantiva se aplicó indebidamente por razón de esta prueba, y cuál sería la aplicable en su lugar. Esto hace que el cargo no pueda prosperar, a más de que ya se había dicho que escogió inadecuadamente la vía de impugnación, alegando una nulidad, cuando se trata de la violación indirecta de la ley sustancial, lo que también hace inane el cargo.

Segundo cargo: Violación del derecho de defensa.

Aunque el recurrente alega nulidad por violación de las formas propias del juicio, la fundamentación del cargo se refiere más al quebrantamiento del derecho de defensa, por cuando ella se basa en que en la indagatoria se le interrogó a los procesados por las actividades realizadas durante el 9 de abril de 1987, cuando los hechos habían ocurrido el 6 del mismo mes y año.

El error en cuanto a la fecha en que ocurrieron los hechos materia del proceso puede afectar el derecho de defensa, cuando realmente él induzca al procesado a una clara equivocación con relación a los cargos que se le formulan. Pero cuando de las demás indicaciones de los hechos éste sabe exactamente cuáles son dichos cargos, no puede hablarse de la violación de dicho derecho.

En el caso en estudio, es muy claro por el tenor literal de las preguntas formuladas, que el recurrente podía conocer con toda nitidez los cargos que se le imputaban. Al procesado Orlando Quintero se le preguntó: "Consta en estas diligencias que el día 9 de abril de este año, estuvo usted en la casa de Héctor Hernández Mateus quien vende joyas, en compañía de los señores Carlos Arturo Díaz y José Otoniel Torres Torres, que después de pedir a la dueña de casa y al dueño que les mostraran las joyas porque iban a comprar unas, los pusieron manos arriba encañonándolos con revólveres, y les hurtaron las joyas que tenían para la venta y una pistola que era de propiedad del señor Hernández Mateus, y que para esta patraña utilizaron una mujer que fue la que primero entró a mirar las joyas. Díganos si es cierto o no lo afirmado. Contestó: Eso es mentira, no conozco a ese señor" (fs. 25 y siguientes).

Con base en esta pregunta, no puede haber para el procesado ninguna duda sobre los hechos por los cuales se le estaba indagando; mal puede hablarse entonces de que se haya violado su derecho de defensa. A pesar de ello, el Juzgado abundando en garantías procesales, en ampliación de la indagatoria que obra a folio 65 del expediente, corrigió el error de la fecha preguntando expresamente al procesado por las actividades por él realizadas durante el día 6 de abril del mencionado año.

No prospera tampoco este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acogido el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

Desechar el recurso de casación a que hace mérito esta decisión. Devuélvase el expediente al Tribunal Superior de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Manilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas, José Ignacio Talero Lozada, Conjuca.

Marino Henao Rodríguez, Secretario.

ACCESO CARNAL ABUSIVO EN MENOR DE CATORCE AÑOS.
ERROR DE TIPO

Es necesario dentro del proceso recaudar y analizar los medios probatorios allegados en cuanto a demostrar cuál era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado, en el momento de las relaciones sexuales

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de febrero de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 012 del 21 de febrero de 1900.

Vistos:

Por sentencia del ocho de noviembre de 1988, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla absolvió a *José de Jesús Parra Santa*, procesado por el delito de acceso carnal abusivo en menor de catorce años. En segunda instancia el Tribunal de este Distrito por providencia del veinticuatro de febrero revocó la anterior determinación y condenó al enjuiciado como responsable del delito por el que había sido llamado a juicio.

Interpuesto el recurso extraordinario, fue concedido y más tarde admitido por decisión de esta Corporación. Presentada la demanda fue declarada admisible. Se escuchó el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal quien solicitó se casara la sentencia y se procediera a dictar fallo de reemplazo, absolviendo al procesado.

La Corporación procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

En las Residencias Confamiliar de la ciudad de Barranquilla, donde vivían *Yenis Altamar Araújo*, menor de quince años en el momento de los hechos, y *José de Jesús Parra Santa*, estos tuvieron relaciones sexuales contra natura, con el consentimiento mutuo de los intervinientes.

La denunciante, la menor y el procesado hablan de una edad de quince años que tenía *Yenis Altamar Araújo* en aquella época; sin

embargo, examinada por los legistas para determinar la edad probable, y teniendo en cuenta el sistema piloso y dental, se determinó como mayor de doce y menor de catorce años.

Desarrollo procesal:

Se abrió proceso penal por auto del 7 de mayo de 1986.

Indagado Parra Santa el nueve del mismo mes y año, se decretó su detención preventiva el trece, modificada a caución prendaria por providencia del diez de junio de 1986.

Por auto del seis de marzo de 1987 se dictó auto de proceder por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Realizada la diligencia de audiencia pública el veinte de octubre de 1988, se decretó su absolución por sentencia de primera instancia del ocho de noviembre de 1988.

Por fallo del 24 de febrero de 1989, el Tribunal Superior de Barranquilla revocó la decisión anterior y condenó al procesado a la pena principal de un año de prisión.

La impugnación:

Acudiendo a la vigencia del Código de Procedimiento anterior, por haberse ejecutoriado el auto de cierre antes de entrar en vigencia el Decreto 050 de 1987, se plantean dos cargos bajo el amparo de una misma causal, al considerar que la decisión que es objeto de impugnación violó indirectamente los artículos 2, 5, 36, 40.4 y 303 del Código Penal, por haber incurrido el fallador en error de derecho dándole al dictamen un valor diferente al que le otorga la ley y porque también cometió error de hecho al ignorar varias de las pruebas existentes en el proceso, conculcando de esta manera los artículos 215, 216, 217, 218, 230, 236 y 261 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Luego hace un análisis de por qué considera violadas las normas del Código Penal que incluye en su libelo, y estima que la culpabilidad debe estar debidamente demostrada y que en el proceso está probado que el encausado actuó bajo una convicción errada e invencible sobre la licitud de su conducta.

Igualmente presentó argumentos para demostrar cómo se forjó la violación de los preceptos procesales, en el sentido de que para proferir fallo condenatorio contra un ciudadano deben estar válidamente comprobados todos los elementos integradores de la ilicitud, incluida obviamente, la culpabilidad.

A renglón seguido, hizo un análisis probatorio del valor de los medios de convicción, y de las exigencias que en tal sentido hace el legislador para que se pueda producir una sentencia condenatoria, para concluir que el fallador le dio al dictamen pericial un alcance que la ley no le otorga.

Más adelante hace un análisis doctrinario sobre lo que se considera como error de tipo, como una de las causales de inculpabilidad,

para entrar un poco después a demostrar por qué el sentenciador de instancia incurrió en un error de derecho. Considera que éste se produjo al haberse cometido un error de valoración o falso juicio de convicción al brindarle al dictamen médico legal un valor probatorio de plena prueba que la ley no le otorga.

Fundamentado en el criterio del tratadista César Augusto Giraldo G. en su obra "Medicina Forense" considera que la determinación de la edad a través del dictamen médico-legal se hace sobre parámetros estimativos y no exactos y que por tanto no podía darle el valor de tal entidad.

Estima el censor que si para proferir sentencia condenatoria de acuerdo a las exigencias del artículo 215 se requiere la prueba plena o completa de la infracción, no podía el fallador tomar tal determinación con base en el dictamen médico-legal que por mandato del artículo 278 no es plena prueba.

Afirma igualmente que se incurrió por el sentenciador en error de hecho al ignorar pruebas existentes en el proceso y apreciar equivocadamente otras, a las que les da un alcance que no tienen y restando a otras el valor que sí tienen.

Para demostrar sus afirmaciones hace una enumeración de las pruebas allegadas que menciona en el siguiente orden: 1. Denuncia de la señora Virginia Altamar Contreras, donde afirma que su hija de 15 años fue violada por el procesado. 2. Informe policivo sobre la captura del sindicado, a quien la madre de la menor le imputa la violación de la misma, de 15 años de edad. 3. Testimonio de la propia ofendida en que manifiesta tener 15 años. 4. Ratificación de la denuncia hecha por la madre donde manifiesta que su hija tiene 15 años. 5. Testimonio de María Mérida Jaramillo Alvarez donde da fe de las frecuentes entradas de la menor en la pieza habitada por el procesado. 6. Injurada del procesado quien niega inicialmente ser el autor, aceptando la existencia de noviazgo, contando con el permiso de la madre de Yenis Altamar, "hasta el punto de que permitió que la menor se mudara a su pieza cuando el padrastro la echó de la que compartía con la madre de ésta". 7. La diligencia de careo donde la menor acepta haber tenido las relaciones contra natura porque su madre la había advertido que no se dejara acceder normalmente.

Sostiene el impugnador que ante tal haz probatorio el sentenciador de segunda instancia se limita a analizar el testimonio de la madre parcialmente, cuando califica a su hija como una niña.

Concluye solicitando se case la decisión impugnada y se dicte la sentencia de reemplazo absolviendo al procesado por los cargos que le fueron formulados.

El concepto del Procurador Delegado.

Sostiene el Colaborador Fiscal que la demanda exhibe un error de técnica referido a la presentación en un único cargo, de dos aspectos que constituyen motivo de alegación por separado, pero que en realidad el impugnante unifica el ataque únicamente en forma nominal

porque su desarrollo se realiza autónoma e independientemente y con la observancia de los demás requisitos formales, tales como el principio de no contradicción, alegación de la causal primera de casación, vía indirecta en sus dos modalidades, pero sobre medios de prueba diferentes y por ello procede a analizar de fondo la demanda.

Considera que la pretensión del impugnante al sostener la existencia de un error de derecho no debe prosperar, porque en realidad el sentenciador no le dio el valor de prueba plena al dictamen médico-legal, sino "un gran valor", analizado mancomunadamente con aspectos circunstanciales de la declaración de la madre, para de allí concluir en la certeza que lo lleva a la decisión de condena.

Estima que la prueba "técnica no reunía los requisitos necesarios como para considerarse soporte de una decisión de condena, aspecto que debió constituir motivo de alegación por separado, en cuanto el sentenciador admitió y le concedió valor probatorio a un hecho aducido al proceso con omisión de los requisitos que la ley exige para su adecuación y posterior valoración (falso juicio de legalidad). El error de derecho hallaría entonces aquí cabal demostración, siendo procedente la admisibilidad de la censura presentada en estos términos. Sin embargo, como ya se dejó expreso, habiéndose escogido como constitutivo del error que se predica un falso juicio de convicción es a esta modalidad que debe sujetar su examen la Procuraduría, para concluir como se dejó visto, que el yerro no se configura".

En relación al error de hecho, acepta que en realidad el sentenciador fundamentó la providencia que revocó el fallo absolutorio en el dictamen pericial y en la demostración de que el sindicado y la víctima nunca hablaron sobre la edad de uno y otro y eso lo deduce de la atestación que en tal sentido hace la madre. Pero acepta que se omitió por el juzgador analizar lo consignado por la menor en cuanto a su edad, y lo afirmado en el informe policivo en relación con el mismo punto.

Concluye consecuencialmente de lo anterior, de esta manera: "Así las cosas, el falso juicio de existencia en que incurre el sentenciador respecto de los elementos de juicio atrás enunciados, es trascendente, como quiera que estos evidencian al unísono una edad superior a la tutelada penalmente, y tal información es sostenida a lo largo del proceso no sólo por el sindicado sino por la presunta víctima y su madre. Desconocer el supuesto de hecho que tales medios de prueba acreditan, es yerro trascendente del fallador, que impide cotejar analíticamente los diversos elementos de juicio y que devienen en consecuencia en la causal de casación que se predica".

"Igual sucede con las aseveraciones de la progenitora de Yenis Altamar; el juzgador no analiza todo el contexto de su testimonio, sino que extrae los aportes que pueden robustecer lo afirmado en el experticio técnico, distorsionando así su verdadero sentido".

Concluye finalmente que si el material probatorio existente no acreditaba claramente la edad de la ofendida, sí produjo una duda razonable, que al subsistir al momento del fallo ha debido determinar la absolución del procesado y consecuente con tales consideraciones pide se case la sentencia y se absuelva al enjuiciado.

Consideraciones de la Sala:

Debe la Corporación resaltar su discrepancia con el Colaborador Fiscal cuando éste anota falta de técnica en la impugnación, al predicar de ella que bajo la nominación de un solo cargo se desarrollan dos. En realidad, ni siquiera nominalmente el demandante alega la existencia de un cargo, sino que alude a que la causal impetrada es única, y ello es cierto puesto que invoca el apartado segundo del motivo primero y dentro de él desarrolla dos cargos, uno por la existencia de un error de derecho y otro por la presencia de un error de hecho.

Considera el Colaborador Fiscal que no es aceptable la existencia del pretendido error de derecho que alega el casacionista, en primer lugar, porque en realidad de verdad el dictamen médico-legal no se le dio en la sentencia recurrida el valor de plena prueba sino de "un gran valor" y la verdad es que le asiste la razón al Fiscal de la Corporación, cuando sostiene que el juzgador de instancia no le otorgó al peritazgo el valor de plena prueba, sino que analizados los otros medios de convicción, le asignó una calidad de mayor importancia a esta prueba técnica, para efectos de rechazar los otros.

Debe recordarse en relación a esta problemática que bajo ninguna perspectiva está descartada la posibilidad que la sentencia pueda tener como única fundamentación una prueba determinada, aunque la verdad es que ello no es lo corriente, porque casi siempre el haz probatorio está integrado por un acervo plural de prueba; pero dicha generalidad no descarta la posibilidad que la sentencia pudiera tener su fundamento en una prueba única.

En relación al problema debatido es claro que el dictamen médico-legal nos da una probabilidad sobre la edad posible de la menor, esto es la edad aproximada que contaba en el momento de los hechos, pero dicho dictamen no prueba que el procesado tuviera el conocimiento en ese instante que esa era la edad real de la menor en el momento del ayuntamiento sexual, porque como se va a demostrar más adelante, otra era la convicción que tenía el procesado, certeza que había obtenido por otros medios probatorios.

Debe igualmente recordarse la certeza de la cita que hace el casacionista en relación al peritazgo, en cuanto a su capacidad probatoria en el concepto del tratadista sobre el tema doctor César Augusto Giraldo, quien con base en su experiencia científica siempre da un conocimiento aproximativo de la edad y que difícilmente podría obtenerse la convicción y la certeza que se exigen como fundamentos sustentatorios de una sentencia.

Con acierto el impugnante, en concepto que es compartido por el Colaborador Fiscal, destaca cómo el sentenciador se abstuvo de apreciar el valor probatorio de pruebas existentes en el proceso y válidamente practicadas y cómo igualmente estimó equivocadamente otras; omisión que evidentemente es relevante para la decisión penal que debía tomarse, razón por la cual el Fiscal de la Corporación solicita se acceda a la petición de casar la sentencia.

La historia familiar que ha sido objeto de investigación en este proceso, es la que cotidianamente ocurre en las vastas zonas depri-

midas de nuestras ciudades; donde en peligrosa promiscuidad viven multitud de personas, en espacios muy reducidos o compartiendo un mismo edificio; personas de manera regular de muy escasa cultura, como en el caso presente, situaciones que necesariamente dan lugar a relaciones sexuales que encuadran dentro de los marcos del Código Penal o que se acercan peligrosamente a sus disposiciones, es lo que aquí ocurrió. Una madre soltera, que vive en relaciones concubinarias con otra persona, existiendo previamente una hija en los albores de su pubertad, que por razones de su trabajo se ve en la obligación de dejarla en las residencias donde habita, donde entra en contacto con personas de mayor edad, y que por motivo de la subcultura en que se vive se adentra en el conocimiento de lo sexual por vías torcidas y de clara inmoralidad; que ubican a la persona tan precoz y torcidamente iniciada con una cultura sexual que dista mucho de la realidad fisiológica y aún más, de los valores morales y culturales propios de una niña que apenas se inicia en su vida sexual.

Está probado que al quedar la menor sola en su habitación de las residencias donde tenía establecido su domicilio, estaba en él hasta altas horas de la noche, con al parecer otro pretendiente que precedió al actualmente procesado; y posteriormente a ingresar reiteradamente a la alcoba del sindicado, situación que llevó a una de las habitantes del edificio a advertirle a la madre que era conveniente que no la dejara sola y que motivó que la estuviera llevando como compañía al lugar de trabajo, sitio donde igualmente era visitada por el procesado y como lo advierte la madre, pudo allí observar "que la niña se recostaba mucho en él y yo la regañaba".

Lugares y zonas deprimidos no sólo en lo urbanístico, sino en lo moral, porque pese a la escasa edad de la ofendida existen pruebas de prácticas sexuales anormales y de una más anormal cultura sexual, que se infieren de la diligencia de cateo con el procesado cuando acepta: "...yo sí quería hacer el amor con él, me propuso hacer el amor, yo acepté hacer el amor con él, salíamos juntos, yo no me lo dejé hacer el daño del lado de adelante porque mi mamá me ha dicho que no me deje hacer el daño del lado de adelante, porque las niñas tienen unas tiritas ahí y si me hubiera reventado las tiritas me hubiera muerto, las niñas lo de adelante lo tienen delicado..." (fl. 38). Terrible reconocimiento, que lleva necesariamente a la conclusión en una autorización tácita de la madre de la aceptación de relaciones sexuales contra natura.

O lo que afirma el procesado, en el sentido de haber sido prevenido por la menor del cuidado que debía de tener de llevar mujeres de la calle, porque "puede que esté enferma y me enferme a mí, eso me decía ella a mí, yo me pregunto qué hace una señorita viviendo en una residencia donde se ven tantas cosas" (fl. 22); o la otra afirmación hecha por él mismo al sostener que "antes de vacilar yo con ella, ésta vacilaba con otro hombre, con respecto a eso hay una persona que se llama Nicolás ese sí la bejorriaba a ella, o se la hacía emocionar, eso me lo contaba la propia mamá, la hija, y un señor..." (fl. 21). *Se comprueba entonces que pese a la menor edad de la ofendida tenía*

unos extraños conceptos y prácticas sexuales no propios de una persona de su desarrollo puberil, que de hecho son circunstancias que han de tenerse en cuenta para analizar la conducta del procesado, porque es evidente que tales conocimientos y prácticas de manera normal son predicables de individuos de una mayor edad que la que pericialmente se le señaló a la menor y que por tanto han debido influir en el error en que incurrió el procesado en cuanto a la verdadera edad de la menor.

Es evidente que el sentenciador omitió la consideración de varias pruebas que existían en el proceso, válidamente practicadas y con las cuales se hubiese podido llegar a decisión diversa de la que ahora es motivo de impugnación, pues es la propia madre quien en la denuncia sostiene que su hija tiene quince años, afirmación que reitera días después al momento de la ratificación de la queja.

La menor en el momento de su declaración afirma "tengo 15 años de edad".

El sentenciador para rechazar las argumentaciones de la defensa dice que no es cierto que el procesado estuviera equivocado sobre la edad de la víctima porque considera que ello "no está demostrado y que contrariamente, nunca ni sindicado ni víctima hablaron antes de sus escarceos sexuales de la edad de uno y de otro..." y la Sala ahora discrepa de la afirmación que hace el Tribunal de instancia, porque en ninguna parte del proceso, por ninguno de sus intervinientes se hace esa afirmación, es decir, que los protagonistas investigados nunca hablaron sobre la edad de la menor, y si por el contrario existen medios probatorios que llevarían a conclusión contraria por simple y elemental inferencia lógica; y no podría llegarse a decisión diversa si resaltamos apartes del careo cuando la menor afirma: "...Yenis quieres vivir conmigo, yo le dije todavía no, espera que yo tenga los 16 años..." y un poco más adelante: "...Yo le dije te esperaré también que tenga 17 ó 18 años" (a fl. 37 vto.); afirmaciones que necesariamente llevan al intérprete a concluir que el tema de la edad sí se tocó, puesto que al decirle que esperara determinado tiempo, era porque necesariamente le había manifestado la edad que tenía en ese momento; y esta conclusión se produce igualmente por afirmaciones del propio procesado cuando afirma: "Cómo le voy a hacer daño a una joven de quince (15) años habiendo tanta mujer en la calle" (fl. 21), porque si sabía cuál era la edad de la menor era porque ésta o su madre se lo había así manifestado.

Todos estos medios de convicción fueron omitidos en sus consideraciones por el sentenciador, de allí que con acierto, impugnante y Fiscal, sostengan la existencia de un error de hecho trascendente en la decisión que finalmente se tomó.

Pero hubo igualmente interpretación equivocada de otras pruebas; y a tal conclusión se debe arribar si se tiene en cuenta cómo el sentenciador de instancia maneja el testimonio de la madre, de manera absolutamente parcial, en cuanto ella insistía ante el procesado que su hija aún era una niña, que analizado de esta manera, sectorizadamente, se puede llegar a decisiones contrarias a las que se podría llegar si se hace un análisis total del testimonio al que se hace referencia en el fallo impugnado. En la parte pertinente de la sentencia se

dice: "... precisamente cuando el encartado le hizo proposiciones amorosas a la ofendida o a su señora madre, ésta siempre le reclamó, que ella era una niña y que aún no estaba para eso"; pero olvida el Tribunal en su análisis destacar dentro de esa misma declaración la afirmación de la denunciante cuando sostiene que su hija tiene 15 años.

Es entendible que para una madre sus hijos, aún los de mayoría de edad, siempre tendrá la tendencia a seguir considerándolos como niños y ello es aún más explicable, si se trata de personas jóvenes, 15 años; pero lo lamentable de la decisión del Tribunal es que si bien es explicable que una menor esté de esa misma manera considerada por su madre, no estaba bien dejar de comentar la afirmación de que tal niña tenía 15 años porque bien se sabe que en el caso específico que se juzga tal edad tiene una profunda relevancia penal, tanta que de ella depende la existencia plena o no del delito por el cual se le formuló acusación al procesado.

Analizados los elementos probatorios consignados en precedencia, se ha de concluir que por las circunstancias ambientales de subcultura en que vivían y en que actuaron los protagonistas de los sucesos investigados, y por los hechos y circunstancias que se han evidenciado con los medios probatorios analizados que el sentenciado incurrió en un error de tipo, en cuanto por información recibida de la madre o de la propia ofendida y por la conducta sexual que ésta desarrollaba antes, actuó con la convicción errada de que la menor tenía quince años en el momento del ayuntamiento sexual. En las condiciones anteriores se da la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 40 del Código Penal y se habrá de revocar la providencia condenatoria, para en su lugar dictar sentencia de absolución en favor del procesado José de Jesús Parra Santa, ordenándose como lógica consecuencia la revocación del auto de detención, la cancelación de las órdenes de captura y la devolución de la caución prestada para obtener la libertad que se le concedió durante la instrucción del proceso.

Debe destacarse finalmente que los medios probatorios antes analizados, no debían de tener como finalidad fundamental demostrar la edad que tenía la menor en el momento de los hechos, aunque también es un objeto de la prueba dentro de este tipo de procesos, sino que básicamente era indispensable recaudar y analizar los medios probatorios allegados que demostraran cuál era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado, en el momento de las relaciones sexuales motivo de investigación, porque es perfectamente posible que por ejemplo con el dictamen médico-legal se haya probado la edad real y probable de la menor en el momento de los hechos investigados, pero con los otros medios probatorios omitidos en su análisis o sólo apreciados parcialmente se tenían los medios de convicción suficientes para llegar a tener el conocimiento sobre la edad que el procesado creía fundadamente que la menor tenía en el momento de las relaciones sexuales, y estos eran evidentemente aspectos trascendentes y desde los cuales se han debido analizar por la instancia la totalidad de los medios probatorios allegados, porque de dicho análisis debía rechazar el error de tipo pretendido, por no haberse incurrido en error en cuanto a la edad verdadera de la menor, o aceptar la causal de inculpabilidad, precisamente, porque el proce-

sado contó con los medios de conocimiento suficientes para creer que la edad de la menor era superior a la que realmente tenía y obviamente para rechazar la existencia del delito por ausencia de uno de los elementos: La culpabilidad.

No puede la Sala dejar pasar por alto, la pobreza de la providencia recurrida, porque la verdad es que el análisis de los medios de convicción allegados al proceso es prácticamente inexistente, limitándose al empleo de una serie de frases de cajón, en el sentido de que está demostrada la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad para concluir que demostrada la responsabilidad se debe dictar sentencia condenatoria, pero con una ausencia absoluta de análisis de los medios probatorios. Debe pedirse entonces a los responsables de fallo de tanta pobreza, que la afirmación sobre la existencia o inexistencia de los elementos integrantes del hecho delictivo surge necesariamente del análisis probatorio y de la convicción que ellos lleven a la mente del Juez para llegar a tales conclusiones; pero lo que no se puede permitir es que se hagan tales afirmaciones sin un detenido y cuidadoso análisis probatorio que las respalden.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo parcialmente con su Colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelta:

Casar la sentencia impugnada.

Revocar la providencia condenatoria dictada contra el procesado José de Jesús Parra Santa, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Absolver al procesado antes mencionado por el delito por el que fue condenado en segunda instancia.

Revocar el auto de detención dictado en su contra y consecuentemente cancelar las órdenes de captura impartidas.

Ordenar la devolución de la caución prestada por el procesado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Rutz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ABANDONO DEL CARGO

Como delito de conducta dolosa exige demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo sin razón valdadera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E.,
primero de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 014 de febrero 27 de 1990.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la solicitud de cesación de procedimiento, formulada por el apoderado del sindicado *doctor Absalón Gartner* Exmagistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda y en la actualidad Fiscal del honorable Consejo de Estado, dentro del sumario que a éste se le sigue por un supuesto delito de abandono del cargo.

Hechos y actuación procesal:

El señor Hernando Sierra Echeverry, dirigió desde la ciudad de Pereira, la siguiente comunicación a la Corte Suprema de Justicia:

"Siempre me he preocupado por mi comunidad y como nadie ha denunciado un hecho insólito por la calidad del denunciado, es por lo que procedo.

"El doctor Absalón Gartner fue nombrado como Consejero de Estado. Aceptó el cargo y se posesionó sin que hubiera nombrado ni se hubiera posesionado la persona que tenía que reemplazarlo en el Tribunal de lo Contencioso de Risaralda.

"Hace quince o veinte (sic) días que esto ocurrió con las consecuencias graves para la administración de justicia.

"Como esto es un delito de abandono del cargo es por lo que pido se inicie un expediente contra el mencionado".

Con base en la anterior denuncia, se abrió la correspondiente investigación y en ella pudo establecerse lo siguiente:

a) El doctor Absalón Gartner venía desempeñándose como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, cargo

para el cual había sido reelegido por el Consejo de Estado y tomado posesión el 1º de agosto de 1985, función que desempeñó hasta el 12 de mayo de 1988;

b) El día trece de mayo el doctor Gartner con un permiso de cinco días que le concedió el Consejo de Estado se retiró de su oficina dejando el despacho de los juicios a su cargo al día;

c) Con anterioridad, desde el 22 de marzo el doctor Gartner había sido designado por el señor Presidente de la República, Fiscal del honorable Consejo de Estado. Por tal motivo, presentó renuncia del cargo de Magistrado que le fue aceptada por el honorable Consejo el 26 de abril de 1988 y nombrado en reemplazo el doctor Enrique Orozco Cardona el 3 de mayo siguiente quien se desempeñaba como Juez Tercero Civil del Circuito de Pereira;

d) Consta finalmente, que el doctor Gartner tomó posesión de su nuevo cargo como Fiscal del Consejo de Estado el día 13 de mayo, mientras el doctor Orozco Cardona, sólo pudo posesionarse como Magistrado en su reemplazo el día 2 de junio.

Objetivamente se concluye que el doctor Gartner estuvo ausente de su despacho como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo desde el 18 de mayo fecha en la cual se le vencía el permiso que le había sido concedido por el honorable Consejo de Estado hasta el 2 de junio cuando su reemplazo tomó posesión del cargo, es decir un lapso de 13 días.

Debe observarse de antemano, que el doctor Absalón Gartner, como lo certifican las Pagadurías respectivas, cobró sueldo como Magistrado del Tribunal Administrativo hasta el quince de mayo y como Fiscal del Consejo de Estado desde el dieciséis del mismo mes, no existiendo en consecuencia la más mínima irregularidad o indelicadeza al respecto.

Descargos del doctor Absalón Gartner:

Expresa el doctor Gartner en su injurada, que desde el año de 1974 se venía desempeñando como Magistrado del Tribunal Contencioso de Risaralda, cuando en el mes de mayo de 1988 fue designado Fiscal Cuarto del honorable Consejo de Estado, cargo que aceptó presentando inmediatamente renuncia de la Magistratura que le fue aceptada el 26 de abril de 1988.

Agrega el acusado, que con el fin de tomar posesión dentro del término legal, solicitó del honorable Consejo de Estado el nombramiento de su reemplazo en propiedad y al mismo tiempo en interinidad para que pudiera tomar posesión dentro del menor tiempo posible, designación que se realizó en las condiciones anotadas, el día 3 de mayo, siendo nombrado el doctor Enrique Orozco.

Que en vista de lo anterior —agrega el doctor Gartner—, se puso de acuerdo con el doctor Orozco para que éste tomara posesión antes del quince de mayo, pues confiaba que el Tribunal de Risaralda, benévolutamente y como siempre lo hacía, al aceptar la renuncia del doctor Orozco, encargaría a alguien en forma inmediata de su cargo, para

facilitar su posesión en la nueva oficina, en la fecha señalada por el señor Presidente de la República. Que confiado en ello, pidió un permiso para ausentarse de su despacho desde el trece de mayo, cuando tomó posesión del nuevo cargo plenamente convencido de que por esa fecha ya su reemplazo había asumido sus funciones y afirma:

"...Total que hubo razones, motivos justos y legales que me obligaron a actuar en la forma que lo hice, confiado, en y por acuerdo con mi sucesor, tal como éste lo declaró en documental que debe obrar en el proceso, que no habría solución de continuidad alguna en el ejercicio de la Magistratura en Pereira, puesto que fundadamente se esperaba que el Tribunal Superior de dicha ciudad al aceptarle la renuncia a mi sucesor, encargaría del despacho al secretario, tal y como siempre había sucedido..." (fl. 96).

El doctor Enrique Orozco expresa bajo juramento (fl. 74) que en realidad entró en contacto con el doctor Gartner y que con el fin de poderlo reemplazar oportunamente, presentó el nueve de mayo su renuncia de Juez, con la esperanza de que fuera aceptada cuanto antes y se encargara a alguien en su reemplazo. Que el Tribunal le aceptó la renuncia el once de mayo pero que procediendo en forma diversa a lo que usualmente acontecía, no encargó a nadie ni le nombró reemplazo, nombramiento que sólo se produjo el dieciocho de mayo, siendo designada la doctora Nidia Muñoz quien por estar desempeñando otro cargo no pudo asumir las nuevas funciones con la prontitud requerida. Que desafortunadamente no pudo informar de estos hechos al doctor Gartner quien sólo vino a enterarse de ellos después de su posesión como Fiscal del Consejo de Estado. A la certificación jurada del doctor Orozco, pertenece este aparte:

"...La elección se produjo por el honorable Consejo de Estado el tres (3) de mayo de 1988, con la especial modalidad de serlo en interinidad y en propiedad, con el fin de facilitar la pronta posesión del nombrado que entraría a desempeñar el cargo en interinidad y posteriormente al ser confirmado nombramiento se posesionaría nuevamente ya en propiedad. Partiendo de ese supuesto en conversaciones con el doctor Gartner le expresé que me posesionaría lo más pronto posible dado su interés en hacerlo en la fecha que habían fijado en la Presidencia de la República ya que en una fijada antes no había podido hacerlo precisamente por no haber sido reemplazado en el cargo de Magistrado que venía ejerciendo. Recibida por mí el nueve (9) de mayo de 1988 la comunicación de mi nombramiento presenté ese mismo día nueve, renuncia de mi cargo de Juez Tercero Civil del Circuito de Pereira. Se había supuesto por el doctor Gartner y yo que el Tribunal Superior al aceptarme la renuncia designaría un Juez encargado que se posesionaría casi que inmediatamente. Pero en este caso no ocurrió así.

"El honorable Tribunal Superior aceptó mi renuncia por Acuerdo 25 de mayo 11. Luego por Acuerdo 26 de mayo 18 designó en propiedad en mi reemplazo a la doctora Nidia Muñoz C. Juez Promiscuo del Circuito de La Virginia; luego por Acuerdo 27 de mayo 25 en reemplazo de la doctora Muñoz C. designó a la doctora Nohora Gabriela Peláez F. Juez Civil Municipal de Dosquebradas. Luego por Acuerdo 28 de junio 1º designó en reemplazo de la doctora Peláez al doctor Alberto

Ruiz M. Al día siguiente, junio 2, se realizaron las posesiones de los nombrados en los Juzgados de Dosquebradas, La Virginia y Pereira, y ese mismo 2 de junio pude posesionarme como Magistrado en interinidad, para hacerlo nuevamente en propiedad el 10 de junio. De manera que mi nombramiento en interinidad y propiedad prácticamente no logró la finalidad de que mi posesión se hiciera pronto.

"En cuanto al conocimiento que el doctor Gartner tuvo de la demora de mi posesión, por no haberse hecho nombramiento en la modalidad de encargo para reemplazarme en el Juzgado Tercero, lo obtuvo cuando su posesión como Fiscal ya se había realizado y había comenzado a laborar como tal, pues el doctor Gartner había viajado a Bogotá días antes de su posesión usando, según lo manifestó él, un permiso que le concediera el honorable Consejo de Estado..."

Certificaciones de las Secretarías del honorable Consejo de Estado y del Tribunal Superior de Pereira avalan todo lo manifestado por el acusado doctor Gartner y corroborado por el declarante Enrique Orozco Cardona.

La Corte considera:

El artículo 156 del Código Penal incrimina al empleado oficial que sin justa causa abandone su cargo, es decir, a quien sin razón que lo justifique deje de atender las funciones que le son propias.

Demostrado está en el proceso que el doctor Absalón Gartner en su calidad de Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento de Risaraldá, abandonó las funciones a él encomendadas al tomar posesión en la ciudad de Bogotá del cargo de Fiscal del Consejo de Estado, sin haber sido reemplazado en su empleo público anterior. Comprobado debidamente se encuentra este abandono desde el punto de vista meramente objetivo.

Sin embargo, para la existencia jurídica del delito contra la administración pública por abandono del cargo, no basta la sola ausencia al lugar del trabajo, que por sí sola no demuestra el propósito de obrar contra derecho, sino que es menester además, como delito de conducta dolosa, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo sin razón valedera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto. No es entonces suficiente la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal que describe el delito, para pregonar la existencia del hecho punible, sino que es necesario establecer el elemento subjetivo que consiste en un abandono caprichoso de las funciones anteponiendo los fines personales a la voluntad de la ley con lesión del interés público.

El doctor Gartner nos dice en su injurada que no obró a sabiendas, contrariamente a derecho, porque se posesionó del nuevo cargo plenamente convencido de que quien debía reemplazarlo se posesionaría el mismo día de acuerdo a lo convenido.

Y agrega, que a ese convencimiento llegó porque su reemplazo doctor Orozco había sido nombrado en propiedad y en interinidad, esto último precisamente para que pudiera tomar posesión del cargo

sin dilación alguna y dicho funcionario le había prometido reemplazarlo antes del quince de mayo. Que estaba enterado que el doctor Orozco renunció al Juzgado que desempeñaba el 9 de mayo con la seguridad de que el Tribunal Superior de Percira al aceptar la renuncia, encargaría rápidamente a otro funcionario como era usual en estos casos. Que sólo después de posesionado vino a enterarse que el Tribunal, si bien aceptó la renuncia el día 11, sólo nombró reemplazo el 18, generando con ello un vacío en el cargo unos días, que el acusado de buena fe creyó que no había de producirse.

Todos los elementos de convicción aportados a los autos —como ya se anotara—, respaldan el dicho del acusado y no aparece prueba que desvirtúe esa buena fe en el obrar.

Puede afirmarse, que el doctor Gartner, fue imprudente o negligente al no constatar con absoluta certeza, antes de posesionarse, si el doctor Orozco estaba en condiciones de reemplazarlo conforme a lo acordado. Pero, la imprudencia o negligencia en el obrar, esa falta de cuidado, cuando ellas conducen al quebrantamiento de la ley penal, sólo pueden generar un hecho punible a título de culpa en los tipos penales que admiten esta forma de culpabilidad, entre los cuales no se encuentra el delito de abandono del cargo que es esencialmente doloso y que demanda en consecuencia para su existencia, el conocimiento de la ilicitud de la propia conducta, es decir, el aspecto cognoscitivo del actuar doloso.

Si el error existió —ha dicho la Corte—, pero culpa de negligencia, descuido o desatención, si el agente debió y pudo haberlo superado, habida cuenta de su condición personal y de las condiciones en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectual de las especificatipicidad de su conducta, pero se abra la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente un deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico. Pero en tal hipótesis, por expresa disposición del artículo 40 del Código Penal el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo, lo que significa que si solamente se admite forma dolosa habrá de reconocerse la exención de responsabilidad (Corte Suprema, auto de mayo 24 de 1983, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).

Se concluye en consecuencia, que aunque se estructura objetivamente un abandono del cargo, esta circunstancia por sí sola no permite pregonar la existencia de un hecho punible, pues está demostrado que el comportamiento del doctor Gartner no fue realizado con el ánimo doloso de abandonar irresponsablemente la función pública a él encomendada, sino la consecuencia de una imprevisión, de una conducta negligente realizada con la mayor buena fe.

Esta ausencia de culpabilidad, desdibuja la conducta punible y hace que a favor del acusado Absalón Gartner se profiera la cesación de procedimiento contemplada en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo el proceder imprudente del acusado debe investigarse disciplinariamente; pero no se ordenan las copias pertinentes, por

existir constancia en este sumario, de que ya se adelanta por la Procuraduría dicho proceso, ante queja formulada por el mismo denunciante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *decreta* la cesación de todo procedimiento a favor del doctor Absalón Gartner, Exmagistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda y en relación con los cargos que le fueron formulados en este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Jaime Giraldo Angel, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

PRUEBAS. Conducencia

La obligación de la investigación integral alude a la necesidad de practicar las pruebas conducentes, en relación con los hechos fundamentales que son motivo de investigación

INIMPUTABILIDAD DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.

También los normales pueden cometer delitos sexuales

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dos de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 014 del 27 de febrero de 1990.

Vistos:

Por sentencia de primera instancia del veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cali condenó a *Walter Alberto Pimienta García*, como responsable de los delitos de acceso carnal violento, acceso carnal abusivo con menor de catorce años y corrupción. La anterior decisión fue confirmada con aumento de la pena prevista en primera por sentencia del veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación en tiempo oportuno, fue concedido y declarado admisible por esta Corporación. Presentada la demanda fue declarada admisible por reunir las exigencias legales. El Procurador Delegado solicitó no se casara.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Se trata de dos procesos acumulados, en los que aparece el mismo procesado, *Walter Alberto Pimienta García*. En el primero de ellos se investiga el acceso carnal abusivo en menor de 14 años cometido en perjuicio de *Jhoana Patricia Oquendo Peña*.

Los hechos tuvieron ocurrencia más o menos entre el veintiséis de marzo de mil novecientos ochenta y siete, hacia las cinco de la tarde, cuando la menor fue abordada por el procesado cuando salía de su colegio y luego de identificarse como miembro del F-2, la condujo a un sitio despoblado donde realizó sobre la menor el ayuntamiento sexual normal y contra natura. En el segundo proceso acumulado se investigó contra el mismo procesado, los delitos de acceso carnal violento y corrupción, cometidos en perjuicio de las menores Olga Lucía Cordero Rivera y Catherine Alzate Rivera, quienes fueron abordadas luego de haber salido de la casa de una tía, a donde habían ido para reclamar un dinero. Fueron conducidas también a un sitio solitario, en el que ejecutó sobre Olga Lucía ayuntamiento sexual y sobre Catherine actos eróticos diversos del acceso carnal, concretamente manipulaciones orales sobre la vagina de la menor.

Las razones del impugnante:

Al amparo de la causal tercera del artículo 226 del actual Código de Procedimiento Penal afirma el haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por haberse conculcado el derecho de defensa.

La afirmación anterior es la conclusión de su aseveración en el sentido de haber solicitado se inquiriera a la Policía Judicial sobre la realidad de la información publicada en el periódico "El Caleño" según la cual un sádico había abusado sexualmente de más de seis niñas y había sido destinada una patrulla policíaca para darle captura a tan peligroso criminal; luego, dicha solicitud probatoria fue nuevamente reiterada en el juicio en el período probatorio. El juzgado ordenó la práctica de algunas diligencias en la audiencia pública, sin que se hiciera ningún pronunciamiento en relación con la publicación.

Con fundamento en Di Tullio pregonar la anormalidad exhibida por la mayoría de los delincuentes sexuales, para a renglón seguido destacar como los psiquiatras de Medicina Legal dictaminaron una situación de normalidad en la persona procesada.

Destaca igualmente el dictamen de los peritos en el que luego de una comparación entre el procesado y el retrato hablado que se realizó por las informaciones de las menores Olga Lucía y Catherine que a pesar de existir similitudes, no se puede afirmar de manera absoluta que se trata de la misma persona. A renglón seguido destaca apartes de la indagatoria del procesado, donde éste sostiene que el verdadero delincuente debe de ser individuo muy parecido a él.

Sostiene igualmente que pidió que se recepcionara el testimonio de la notificadora del Juzgado Doce de Instrucción Criminal, pues cuando realizó una notificación, la madre de la menor había protestado el porqué lo habían dejado en libertad, porque varias personas lo habían visto en la calle, pero que dicha prueba había sido negada por improcedente.

Que las anteriores omisiones probatorias afectaron de manera sustancial su derecho a la defensa y que por tal razón es evidente la existencia de una irregularidad que vicia el proceso.

Al amparo de la causal primera, plantea tres cargos, el primero, por considerar que se incurrió en una violación indirecta de la ley sustancial por error manifiesto de hecho producido por falso juicio de identidad porque "al hecho que recoge la prueba se le da un alcance objetivo que no tiene, o se le otorga por exceso un sentido que no corresponde a su contenido fáctico".

Afirma que el juzgador de instancia concede un excesivo valor a los reconocimientos e imputaciones de las menores cuando es bien sabido que el miedo afecta gravemente la percepción de determinadas actuaciones y que prueba de ello es el testimonio de la menor Pilar Danelly Mejía quien habla de su violador como una persona con rastros de acné en la cara, cuando está demostrado que el procesado no tiene este tipo de cicatrices.

De la misma manera critica el testimonio de la menor, pues el procesado no es de nariz aguileña, sino que ésta es recta. Que se trata de un reconocimiento ilegalmente practicado por parte de los funcionarios policiales, sostiene que es un aspecto que los Magistrados pasaron por alto con detrimento grave del artículo 295 del Código de Procedimiento Penal.

Como segundo cargo, al amparo de la misma causal afirma la existencia de una violación indirecta de la ley por error manifiesto de hecho, por falso juicio de identidad, porque se le da a la prueba un alcance objetivo que no tiene o se le otorga por exceso un sentido que no corresponde a su contenido fáctico. Critica así el reconocimiento que las menores Olga Lucía y Catherine hacen del procesado, porque inicialmente lo vieron en la calle, pero fue imposible capturarlo y que luego lo reconocerían en el momento mismo de la captura y en las dependencias policiales, pero que en ninguno de estos casos se hizo un reconocimiento con las formalidades legales y que en tales condiciones no puede ser una prueba objetiva en su contenido.

Sostiene que el error de hecho se da porque la descripción que hicieron las menores sirvió para la elaboración de un retrato hablado, que no es unívoco para el reconocimiento de una persona y que además no está establecido que la persona vista por las menores fuera la misma posteriormente condenada. Que el reconocimiento callejero y el posterior en las dependencias de la policía no se cumplió con las exigencias de la norma procesal. Que tampoco puede tenerse como medio probatorio el hecho de haber sido capturado el sindicado con prendas deportivas, puesto que tal forma de vestir no es exclusiva de una persona, y menos aún que tales prendas tuvieran una característica muy especial advertida por las menores.

Critica igualmente el carné en el que se advirtió el número 17, porque considera que si bien en el carné de reservista se observa el número 17 del Distrito Militar donde se expidió el documento, tal número se encontrará en las tarjetas expedidas en ese Distrito. Afirma igualmente que en este sentido el testimonio fue mal interpretado puesto que tales tarjetas no son de color verdécito como lo afirma la testigo.

Como tercer cargo afirma la existencia de un error esencial de hecho al no otorgarle valor probatorio a varios elementos allegados

al expediente, indicativos de la buena personalidad del procesado de su ausencia de alteración psíquica y de su estadía en sitios distintos al de los hechos en las fechas en que ocurrieron los que son motivo de investigación.

Argumenta que no es explicable la afirmación del Tribunal cuando sostiene que la responsabilidad penal puede inferirse por la personalidad del autor y su comportamiento en sociedad, afirmación que se hace con desconocimiento de los dictámenes psiquiátricos y de las varias declaraciones que hablan de un comportamiento normal y respetuoso. Sostiene igualmente que se desconocieron las constancias de la Universidad Santiago de Cali y los testimonios de los profesores según los cuales se ha de concluir que el procesado estuvo presente en la universidad el día de los hechos en que fuera violada la menor Oquendo Peña. Finalmente, afirma que se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia al no tener en cuenta los testimonios de varias personas y un documento comercial aportado en la audiencia, de la misma manera que el testimonio de Ernesto Loaiza rendido en dicha diligencia.

Que los errores de hecho destacados "implicaron su desconocimiento indirecto de la situación fáctica condicionante del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal. Además, impidieron que se absolviera al procesado por íntimo convencimiento de su inocencia, ante una prueba que no conduce a la certeza de su responsabilidad por infirmación de la presunción de inocencia que como principio rector lo ampara por mandamiento del artículo 3 del Código de Procedimiento Penal; dando lugar aquí a una violación *idem* del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal". Solicita se infirme el fallo y se dicte la nulidad del proceso o el fallo de sustitución.

El concepto del Procurador Delegado:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ocupa de estudiar en primer lugar el cargo referente a la nulidad de la actuación, aceptando que las normas del Código de Procedimiento Penal imponen al Juez la obligación de evacuar las pruebas que el procesado propusiere para comprobar sus afirmaciones, así como las relativas al esclarecimiento de la verdad y la determinación de los autores o partícipes del hecho, sin embargo de lo cual estima que en el presente evento no se vulneró el principio del debido proceso puesto que la publicación del diario "El Caleño" ni constituye prueba ni puede tomarse como hecho indicador de un contraindicio, a más de que, de haberlo considerado así el defensor, ha debido insistir en ello en la etapa probatoria del juicio. Por otra parte, de haberse aceptado dicho medio de convicción, en nada habría variado la situación del procesado porque éste ya soportaba dos acusaciones sostenidas con pruebas directas de su responsabilidad.

Respecto de la segunda de las pruebas —declaración de una empleada del Juzgado—, sostuvo que tampoco ella era imprescindible por su inconducencia evidente "cuando de ella se pretendía que la empleada identificara a las ofendidas que reclamaban del porqué *Pimental García*

se encontraba libre, situación que de haberse dado, en nada se hubiese modificado la prueba de responsabilidad contra el procesado".

Respecto de la causal primera de casación, el colaborador Fiscal se adentra en el análisis conjunto del primero y segundo cargos resaltando cómo el libelista, ante la imposibilidad de alegar una valoración equivocada de pruebas no sometidas al régimen de tarifa probatoria, opta por presentar el ataque como una distorsión de parte del Tribunal en los hechos que generaron las pruebas base de la condena, lo que en criterio de la Delegada no ha tenido ocurrencia.

Afirma el Procurador Delegado que si bien las víctimas sufrieron alteración de su estado emocional al momento de ser agredidas sexualmente por el procesado, ella no fue de tal entidad que les impidiera reconocer a su atacante, y así lo resulta el fallo, pese a que en este aspecto el censor no toma en su integridad la sentencia.

En referencia al segundo de los ataques de esta misma causal, expresó el Procurador Delegado: "Mezcla el falso juicio de legalidad del error de derecho con los de existencia y de identidad que son propios del error esencial de hecho, al punto de alegar los dos errores sobre una misma prueba cuando, como lo enseña la filosofía, los predicados de existencia y no existencia sobre un mismo objeto son excluyentes".

Critica la demanda cuando ésta alega que los reconocimientos no existen jurídicamente ante la ausencia de requisitos formales, para sostener a renglón seguido un error sobre su apreciación probatoria por parte del fallador.

Al ocuparse del tercero de los cargos fundado en la causal primera de casación, el Agente del Ministerio Público señaló cómo el demandante se limitó a enunciar los medios de convicción que a su juicio no valoró el Tribunal, olvidándose de la obligación que la técnica le impone en precisar cuál era la importancia de los medios desconocidos, la medida en que variaban los hechos considerados, su relación con las demás pruebas y la fuerza probatoria que tiene frente a los que sirvieron para sustentar el fallo.

Así, las pruebas atinentes a la sanidad mental del procesado, como a su buena personalidad, no pueden ser consideradas aisladamente, como no lo hizo el sentenciador, ni tampoco los testimonios en que fundamentó el ataque el casacionista, deduciéndose del análisis que se concretó en el fallo que su valoración fue adecuada y no puede impugnarse ella con la simple enunciación de tales pruebas.

Como consecuencia de lo anterior, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar el fallo atacado.

Consideraciones de la Sala:

Habiéndose planteado la existencia de una posible nulidad, siguiendo reiterada jurisprudencia de esta Corporación se analizará en primer lugar la misma, puesto que de reconocerse su existencia, haría inútil la contestación de los subsiguientes cargos.

Es evidente que el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal determina como un deber imperativo de los funcionarios jurisdiccionales, el adelantar la investigación integral, esto es no sólo los medios de convicción que pudieran llevar a la demostración del hecho ilícito y la responsabilidad del procesado, sino también aquellas que pudieran servir para probar la inexistencia de la infracción o la irresponsabilidad del procesado.

Pero este deber imperativo no hace relación a la obligación que pudiera tener el Juez de practicar todas las pruebas pedidas o insinuadas por las partes, o todas las que pudieran practicarse oficiosamente deducidas de los elementos probatorios existentes en el proceso. No, la obligación de la investigación integral alude a la necesidad de practicar aquellas pruebas conducentes, esto es, hábiles probatoriamente hablando, en relación con los hechos fundamentales que son motivo de investigación. La norma ha de entenderse así, porque si se aceptase un alcance diverso a la misma, se estaría haciendo al Juez esclavo de las peticiones caprichosas de las partes, o de otras, con finalidades eminentemente forcidas para demorar el proceso o para desviar el interés investigativo del funcionario de lo central y protagónico a lo accesorio e intrascendente.

La interpretación que con precedencia se da a la norma que se comenta es acorde igualmente con la realidad del proceso penal, en cuanto a que de la existencia del mismo surgen multitud de pruebas que se derivan de otras practicadas, pero que el Juez no tendría la obligación de practicar porque no tienen una mayor incidencia en lo que se investiga y porque igualmente no van a ser trascendentes en la decisión que finalmente se va a tomar. Lo contrario sería el llevar obligatoriamente al Juez a la práctica de pruebas que si bien surgen de otras existentes en el proceso, pero que por su poca o ninguna importancia en relación a los hechos investigados no deben ser practicadas, puesto que lo único que lograrían sería hacer perder más tiempo a la actividad judicial, demorar el proceso y agigantarlo injustificadamente desde el punto de vista material.

Aclarado conceptualmente el alcance que debe darse al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal se deben analizar cuales fueron las pruebas solicitadas por la defensa y si su no ejecución afectó realmente el derecho de defensa del procesado.

La primera de las pruebas no practicadas fue la solicitud en el sentido de que se inquiriera a la Policía Judicial en relación a una publicación del periódico "El Caleño" según la cual se había designado a una patrulla especial de la Policía para capturar a un individuo que había violado a varias niñas. Esta publicación tuvo fecha del 19 de agosto de 1988. Afirma el casacionista que la petición probatoria fue reiterada en el período probatorio de la causa.

Considera la Sala que con la no práctica de la prueba que se comenta, no se violó el derecho de defensa, pues claramente se concluye de la noticia que fue allegada al proceso, que se trata de un "nuevo psicópata", situación que no es de extrañar, sobre todo en una ciudad que se acerca a los dos millones de habitantes. No había entonces

porqué pensar que se trataba del mismo que por este proceso se encontraba en la cárcel o de los varios más que estaban detenidos y procesados por delitos similares.

Si al hecho anterior se le agrega que la filiación del psicópata al que alude la noticia hace referencia a una persona "medio amonada" es claro concluir que se trata de persona distinta. A la misma conclusión se llega, si se analiza la dinámica criminal con que actúa el de la noticia, que es bien diversa del que está siendo procesado, porque el de la noticia actúa con un afilado cuchillo; a este procesado no se le hace tal imputación. Se identifica como miembro del M-19 que busca una persona para enviar un boletín y pregunta por la virginidad de la presunta víctima y actuaba en zonas distintas de la ciudad. Como se puede observar a simple vista, se trata de una forma de accionar delictiva totalmente diferente al que desarrolla la persona que ha sido investigada por este proceso.

En las condiciones anteriores es evidente concluir que la prueba no practicada no tuvo incidencia en el fallo final que es objeto de impugnación y que por tanto no puede pensarse en la existencia de la nulidad predicada por la defensa.

Demanda igualmente el impugnante que no se hubiera tenido en cuenta el dictamen psiquiátrico, que lo señala como una persona normal desde el punto de vista mental; pero el casacionista parte de presupuestos falsos, esto es que establecida la normalidad psíquica dictaminada psiquiátricamente ha debido llevar al juzgador a descartarlo como posible sujeto activo de los delitos sexuales investigados y es un presupuesto falso, porque no necesariamente este tipo de delincuentes deben ser anormales y prueba de la afirmación que hace la Sala es corroborada con las citas que en tal sentido hace el recurrente, puesto que el citado Di Tullio afirma: "Una vez más larga y vasta experiencia señala, en efecto que en los criminales sexuales se encuentran frecuentemente disfunciones hormonales y neropsíquicas..."; y más adelante en citas posteriores: "Resultó, en efecto, de dicho estudio, que en la anamnesis de los criminales sexuales se encuentra casi siempre una infancia irregular y en su personalidad existen, con grandísima frecuencia, fenómenos de inmadurez y de hipoevolución, lo mismo emotiva que sexual, a los cuales, frecuentemente acompañan perturbaciones psíquicas... los que cometen delitos sexuales, en la gran mayoría de los casos, presentan no sólo anomalías de la vida sexual sino también otras anomalías..."

El autor citado es quien nos lleva precisamente a conclusiones contrarias a las que pretende el impugnante, puesto que se establece claramente que si bien son frecuentes este tipo de anomalías en los delincuentes sexuales, pueden darse manifestaciones de esta delincuencia en personas que carecen de las mismas. Y si esa es la conclusión, evidentemente que el juzgador de instancia no incurrió en irregularidad constitutiva de nulidad como lo pretende el casacionista.

Debe destacar la Sala cómo en la demanda se habla de la existencia de una nulidad por no haberse practicado oportunamente prue-

bas solicitadas, pero en el capítulo destinado a la "incidencia de la prueba omitida en la situación del imputado" la dedica a analizar los dictámenes psiquiátricos sobre la normalidad del procesado que habiendo sido pruebas legalmente practicadas, no caben dentro de la fundamentación de la nulidad alegada, porque si con ello lo que pretende demostrar es que la prueba no fue tomada en cuenta o fue tergiversada por el juzgador, es evidente que el ataque lo ha debido dirigir al amparo de otra causal y no de la nulidad, puesto que estaríamos ante un vicio *in iudicando* y no de uno *in procedendo*.

Igualmente en el mismo capítulo critica la forma de practicar los reconocimientos en los que fuera identificado el procesado, pero igualmente conviene destacar por la Sala que si lo que el impugnante trata de demostrar es la existencia de un error en la práctica de algunas pruebas, no era la causal de la nulidad por donde debía enfocarse el ataque, sino que ha debido ubicarlo dentro de la causal primera de casación.

El debido proceso como garantía de todas las partes y de los intereses públicos que en él se debaten, exige la existencia de unos términos y periodos probatorios o de impugnación que deben ser respetados por todas las partes y si bien es cierto que el juzgador de instancia no ordenó la práctica de una prueba solicitada por el propio procesado, debe destacarse que por auto del nueve de septiembre se había señalado fecha para la realización de la diligencia de audiencia pública para el veintiséis del mismo mes y en ella, la práctica de algunas pruebas solicitadas por el defensor del procesado. Si se tiene en cuenta que el memorial en que se solicita la prueba negada, llega el veintiuno de septiembre se ha de reconocer que era extemporánea y que por tanto la prueba desde el punto de vista legal estuvo bien denegada por el juzgador de instancia por lo cual tampoco aquí habría causal de nulidad y entonces deberán ser denegadas las pretensiones de la demanda.

Al amparo de la causal primera de casación, el impugnante formula tres cargos que serán analizados de manera separada. El primer cargo lo hace consistir en haberse incurrido por el sentenciador en un falso juicio de identidad, porque a la prueba de los reconocimientos efectuados por las menores se les dio un alcance objetivo que no tiene o se le otorga por exceso un sentido que no tiene.

Para la demostración del citado cargo, hace una personal crítica del testimonio de las menores y mediante la cita de un tratadista de pruebas, pretende demostrar que las emociones intensas, entre ellas el miedo, afectan la capacidad de percepción; pero más adelante, dentro de la demostración del mismo cargo, sostiene que los reconocimientos fueron ilegalmente practicados y que por tanto no pueden ser tenidos en cuenta. Claramente se observan aquí los errores de técnica en que incurre el impugnante, porque sobre una misma prueba está alegando al mismo tiempo la existencia de un error de hecho, por tergiversación de su alcance o expresión fáctica; y la existencia de un error de derecho por haberse apreciado una prueba que viola sus propios ritos de formación. La ausencia de técnica es igualmente destacada por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando afirma: "Mezcla el falso juicio de legalidad del error de derecho con los de existencia y de

identidad que son propios del error esencial de hecho, al punto de alegar los dos errores sobre una misma prueba, cuando, como lo enseña la filosofía, los predicados de existencia y no existencia sobre un mismo objeto son excluyentes".

El segundo cargo lo hace consistir en una violación indirecta de la ley por error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad, porque al hecho que recoge la prueba se le da un alcance objetivo que no tiene o se le otorga por exceso un sentido que no corresponde a su contenido fáctico.

Nuevamente critica aquí los reconocimientos realizados por las menores Olga Lucía y Catherine Cordero Rivera, porque considera que no está demostrado que la persona que ellas vieron inicialmente y cuando fue imposible su captura hubiera sido la misma que posteriormente lo fue y que lleva al juzgador de instancia a afirmar que el haberlo visto con anterioridad sirvió para que lo pudieran reconocer; pero a renglón seguido como lo hizo en el cargo anterior, entra a criticar la forma de realización del reconocimiento callejero a que fue sometido sin observarse los ritos señalados en la norma procesal. Es claro que incurre nuevamente en errores de técnica, como igualmente lo predica el Delegado, puesto que sobre una misma prueba afirma la existencia de un error de hecho y de derecho y que necesariamente habrán de llevar al rechazo de las pretensiones de la demanda.

El tercer cargo lo hace consistir en haber incurrido el sentenciador en un error esencial de hecho al no otorgarle contenido probatorio a varios elementos de convicción allegados al proceso, indicativos de la buena personalidad del procesado, de su ausencia de alteraciones psíquicas y de su ubicación en lugares distintos al de los hechos en las fechas en que se sucedieron.

Como se había analizado con anterioridad el hecho de que el dictamen psiquiátrico hubiese demostrado normalidad psíquica, no quiere decir ello, que necesariamente el juzgador por tal circunstancia tuviera que descartar como autor al actual procesado, porque la experiencia demuestra que también los normales pueden cometer delitos sexuales.

Predica la misma existencia de error de hecho al no haber tenido en cuenta el testimonio de varias menores a las que les enseña en sus casas y que hablan de su buen comportamiento; pero es evidente que tales testimonios no pueden tener trascendencia en el fallo definitivo que es motivo de impugnación, porque es bien sabido que de manera regular la declaración de conducta es parcial y eminentemente negativa, es decir declara sobre lo que le consta, que no le ha visto actividades irregulares y es bien sabido que de manera general no se busca ni la luz del día, ni la presencia de testigos para realizar actividades delictivas. Y en este punto es importante destacar que el procesado escoge entre sus víctimas a niñas desconocidas que no lo puedan identificar y fuera de lo común sería la pretensión del impugnante al demandar que ese mismo comportamiento ilícito lo hubiera tenido en casa de sus alumnas, donde era plenamente conocido e identificado, puesto que había sido contratado para enseñar. Entonces se ha de concluir que las mencionadas pruebas no tienen la trascendentalidad que le asigna el impugnante.

Demanda igualmente el casacionista que no se hubieran tenido en cuenta las constancias de la universidad demostrativas de su asistencia el día de los hechos en que resultó afectada la menor Oquendo Peña, al igual que varios testimonios de los profesores en relación con las menores Cordero Rivera.

La situación probatoria que se pretende omitida fue debidamente analizada en la sentencia de primera instancia cuando se dijo: "El acusado Walter Alberto Pimienta, ha negado de una u otra forma ser el autor de los hechos que se le endilgan, y en este caso particular trató de demostrar que el día y hora de los hechos, se encontraba tomando clases en la universidad, y aunque si se logró establecer, que el acusado era estudiante de VI semestre de Biología en la Universidad Santiago de Cali, en el período comprendido de marzo a julio de 1987, y que el 26 de marzo de ese mismo año, se dictaron en su curso clases de cinco y media a seis y media, no se confirmó su presencia por falta de control de asistencia en el lapso de tiempo que la ofendida se agotó el hecho".

Análisis probatorio de rechazo se realizó sobre el mismo medio en la sentencia de segunda instancia cuando se dijo: "De otra parte lo pretendido por la defensa de haberse demostrado que el 26 de marzo de 1987 el procesado se encontraba asistiendo a clases en la Universidad Santiago de Cali, ello en principio puede ser cierto, pero lo que sostuvo la ofendida Johana Patricia era que los hechos habían ocurrido del 26 de marzo de 1987 en adelante y en estas circunstancias el sindicato no ha podido desvirtuar el señalamiento que se le formula. El hecho, como lo puntualiza el señor Fiscal Segundo de la Corporación, de que sus compañeros puedan afirmar que nunca han sabido, de que el acusado haya faltado a clase, es una forma muy general y dilatada de probar una situación ante un señalamiento concreto, más cuando entre el sitio en que se sucedió el hecho y la Universidad Santiago de Cali, sólo dista unas pocas cuadras que factiblemente se pueden recorrer en unos minutos lo que tampoco hace imposible por este aspecto la responsabilidad del sindicato".

En las anteriores circunstancias no puede aceptarse la afirmación de la demanda de que estas pruebas fueron omitidas en su consideración, porque está fehacientemente probado que si fueron analizadas y no se les dio la credibilidad que el impugnante pretende, pero evidentemente en tales condiciones el ataque está indebidamente formulado desde el punto de vista técnico.

Sostiene la existencia de un error de hecho al no haberse apreciado los testimonios de Isaura Chamorro, de Ernesto Loaiza, ni un documento comercial aportado que demuestra que para el día 30 de agosto de 1987 estaba en un sitio diferente al de los hechos.

La afirmación que se hace en relación con el testimonio de Loaiza no es cierta, porque dicho testimonio fue analizado y rechazado en la sentencia de primera instancia cuando se afirmó: "...como tampoco puede darle credibilidad al testimonio de Ernesto Loaiza Contreras, en su testimonio que rindiera en una de las sesiones de la audiencia pública, porque claramente expuso que fue inducido por el procesado Pimienta García a recordar la fecha del presunto viaje que realizaran en conjunto al Lago Calima. No hay modo de crearle a este 'testigo'

dados los enormes lazos de amistad que los unen, y por ello, fácilmente pudo ser inducido por el primero para que creyese como verídica la fecha que aquél le suministraba, o para alterar la verdad en su favor”.

Lo anterior demuestra entonces que la prueba sí fue tenida en cuenta, pero no se le dio valor probatorio, por una serie de consideraciones, que es posible que no sean compartidas por el casacionista, pero que convierte en incorrecto su ataque porque se trata simplemente de una diversa forma de analizar y otorgar valor probatorio a un medio de convicción.

Afirma el recurrente que se desconoció el contenido del testimonio de Isaura Chamorro, y si bien es cierto que en las instancias no se hizo un análisis particularizado del mismo, ello no afecta lo finalmente decidido por los juzgadores, porque la declaración omitida es la de una compañera de estudio que relata su relación con ese amigo, especialmente su deseo de hacer un viaje conjunto al Lago Calima, pero sin poder precisar sobre las actividades que realizara el día de los hechos, porque cuando el investigador la concreta y la interroga para que diga qué hizo el procesado el 30 de agosto de 1987 contesta: “Pues en vista de que yo viajé el viernes por la noche y sólo regresé a los veinte días y ellos se iban el sábado por la mañana entonces yo no comenté con él qué hizo exactamente ese día, pero Ernesto debe saber si ellos se fueron o no”.

Es decir que para efectos de demostrar que el procesado se encontraba en un sitio diferente al de los hechos, el testimonio omitido no es relevante, puesto que en este sentido la testigo no hace ninguna afirmación, sino que por el contrario confiesa desconocer qué ha podido hacer su amigo ese día.

Se afirma igualmente que se desconoció un documento comercial, que efectivamente fue anexado al expediente y que demuestra que en el Almacén Creaciones Wellington se hizo una compra el 27 de agosto de 1987 y si bien es cierto que en las instancias no se hizo ningún análisis en relación con este documento, también lo es, que tampoco es relevante, puesto que ni aunque la compra se hubiese hecho el mismo 30 estaría sirviendo como medio de demostración de que el procesado se encontraba en un sitio diferente del de la ocurrencia de los hechos.

De lo anterior se debe resaltar que el ataque o es equivocado, o lo dirige por vía diversa del que la técnica lo exige, porque como muy bien lo destaca el Colaborador Fiscal en relación con este último cargo, el casacionista “se olvida del deber que impone la técnica de casación, consistente en la necesidad de concretar cuál era la importancia de las pruebas desconocidas, en qué medida variaban los hechos considerados, cuál su relación con las demás, y en especial, qué fuerza probatoria como para desvirtuar los medios que apoyaron y sustentaron el fallo”.

En las condiciones precedentemente analizadas y estando en ello de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal se rechazan las pretensiones de la demanda.

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

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome, Lisandro Martínez Zuñaga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CASACION. PERJUICIOS

No es dable pretender que el auto que fija la cuantificación de los perjuicios "integre" la sentencia ni que se "equipare" a ella, para que, en su contra, quepa el recurso de casación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 15.

El apoderado de la parte civil ha presentado en tiempo demanda de casación en este proceso seguido contra *Sabas Fidel García* por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos.

La Sala resolverá lo pertinente.

Antecedentes:

El Juzgado Primero Superior de Cali acogiendo el veredicto del Jurado condenó, mediante sentencia de 27 de mayo de 1987, al procesado *Sabas Fidel García Polania* a la pena principal de 32 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos en las personas de *Hugo Varela Velásquez* y *Olga Lucía Serma Solorza*. Lo condenó también, en abstracto, al pago de los perjuicios causados con esos delitos, y, finalmente, le otorgó la condena de ejecución condicional (fls. 215 y ss. del cuaderno número 1).

Apelado por la defensa ese fallo, el Tribunal de Cali, mediante el suyo de 31 de julio subsiguiente, le impartió confirmación integral, cobrando ejecutoria el 26 de agosto (fl. 246), y ordenando el Juzgado cumplir con lo resuelto por auto de 11 de septiembre.

El 4 de noviembre de ese año de 1987 (fl. 11-2), el apoderado de la parte civil promovió incidente de liquidación de perjuicios, que, luego de sufrir toda la tramitación de ley, fue fallado por el Juzgado el 18 de enero de 1989, con tasación de perjuicios materiales en \$ 593.000.00, en mil (1.000) gramos oro los morales, y en \$ 25.000.00 los honorarios del perito (fls. 46 y ss.-2).

Inconforme con esa tasación interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte civil, y el Tribunal, por proveído de 19 de julio (fls. 67 y ss.), la modificó para fijar en \$ 280.000.00 los perjuicios materiales y morales, revocando lo concerniente a los honorarios del

perito; mas ante petición de la Fiscalía, corrigió esa decisión, mediante providencia de primero de agosto, en el sentido de excluir de esa suma de \$ 280.000.00 los perjuicios morales, cuya cuantía de 1.000 gramos oro ratificó.

El 3 de agosto el señor apoderado de la parte civil presentó memorial en el que manifiesta que "en cordial discrepancia con la decisión de la honorable Sala, interpongo recurso extraordinario de casación" (fl. 75), que le fue concedido con apoyo en proveído de esta Sala de 2 de julio de 1983 (Magistrado ponente doctor Dante Fiorillo), ya que, dice el Tribunal, "el incidente de regulación de perjuicios ocasionados con la comisión de un delito, constituye desarrollo y parte fundamental de la sentencia que pone fin al proceso penal y, como consecuencia de ello, al apoderado de la parte civil le asiste el derecho de interponer el recurso de casación contra la providencia del Tribunal que, bajo tales parámetros, así lo determina con posterioridad, toda vez que la cuantía de lo pretendido, \$ 19.017.982.90, supera con creces el monto señalado en el artículo 2º del Decreto 522 de 1983, que modificara el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual se concederá el recurso" (fl. 77).

La Corte declaró admisible esa impugnación extraordinaria por auto de 12 de noviembre de 1989 (fl. 2), y, dentro del traslado correspondiente, el actor presentó la demanda de rigor.

Se considera:

La Sala debería entrar a resolver si la susodicha demanda de casación reúne las formalidades de ley, según lo dispuesto en los artículos 576 y 578 del Código de Procedimiento Penal aplicable a este caso (Decreto 409 de 1971); empero, a ello no puede proceder por constatar que el recurso en este caso no es admisible.

En efecto, el artículo 569 ibidem, dice:

"Procedencia del recurso. Habrá recurso de casación en lo penal contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años".

La sentencia de segunda instancia dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali quedó debidamente ejecutoriada sin que contra ella se interpusiera recurso de casación.

Lo que ocurrió fue que casi a los dos meses de su ejecutoria el apoderado de la parte civil presentó demanda de liquidación de perjuicios en los términos y para los fines de los artículos 26 y 30º de los Códigos de Procedimiento Penal y Civil, respectivamente; y contra el auto que resolvió esa liquidación es que se ha interpuesto el recurso extraordinario, que, ya se precisó, no cabe sino contra las sentencias que no estén ejecutoriadas.

El Tribunal concedió el recurso con soporte teórico en una decisión de la Corte atinente a que "el incidente de regulación de perjuicios

ocasionados con la comisión de un delito, constituye desarrollo y parte fundamental de la sentencia que pone fin al proceso penal".

Ese criterio debe rectificarse, porque, de un lado, no es rigurosa afirmación la de que la cuantificación de los perjuicios haga parte fundamental de la sentencia (por lo menos en el Código aplicable aquí, que expresamente permite la condena en abstracto); de otro lado mírese que inclusive en el supuesto de que en la sentencia penal de condena se omite la condenación civil (por error del fallador), siendo procedente ésta, esa omisión sólo puede ser atacada dentro de su término de ejecutoria, y no por vía distinta a la del recurso de casación, si éste es desde luego procedente y teniendo en cuenta que según el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal "la sentencia definitiva no es reformable ni revocable por el mismo Juez o Tribunal que la hubiere dictado, salvo el caso de error aritmético, en lo cual se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil".

Regla tal que también se estaría desconociendo al pretender "integrar retroactivamente" a una sentencia ya ejecutoriada un tópico "nuevo", como el atinente a la liquidación de los perjuicios.

Y es que la mencionada liquidación debe formularse precisamente dentro de los dos meses posteriores a la ejecutoria de la sentencia (art. 308 del C. de P. C.), razón simple y de suyo suficiente para tornar en obvio el aserto de que el auto que resuelve la liquidación es enteramente refractario a la impugnación extraordinaria, teniendo su propio y señalado trámite y su propia forma de contradicción a través de los recursos ordinarios, como proveído interlocutorio que es al resolver "algún incidente o cuestión del proceso" (numeral 2º del art. 169 del C. de P. P.), mientras que la sentencia se define por decidir "sobre lo principal del juicio" (numeral 1º *ibidem*), que, en definitiva, es la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado.

En suma, no es dable pretender que, en esas condiciones, el auto en cuestión "integre" la sentencia, ni mucho menos que se "equipare" a ella, para que, en su contra, quepa el recurso de casación.

Ya desde el 5 de junio de 1987 (Casación de Gilberto Cubides, Magistrado ponente doctor Dávila Muñoz), esta Sala precisó porqué contra el auto que decide la liquidación de perjuicios no se admite recurso de casación. Se dijo entonces, en esencia:

"...Por manera que tratándose de decisiones que si bien estrechamente relacionadas son diferentes, no puede dársele el efecto, ni el carácter de sentencia al auto de liquidación de perjuicios, que es por su naturaleza interlocutorio, sin que en consecuencia tenga cabida contra el mismo el recurso de casación".

Y agregó:

"Por otra parte, admitir lo contrario llevaría a consecuencias inaceptables en relación con preceptos procesales, como sería la de que en el mismo proceso caben dos recursos de casación, uno contra el fallo y otro contra la decisión incidental, y también a que en cuenta a esta última, puede interponerse extemporáneamente en vista de la fecha del fallo y de la respectiva notificación (art. 573 del C. de P. P.)".

La Corte, pues, no debió haber admitido el recurso en este caso, imponiéndose, por tanto, declarar la nulidad del auto respectivo, tal como se decidió en caso análogo mediante proveído de 4 de febrero de 1981 (Magistrado ponente doctor Esquerria Samper):

"Para el caso cabe muy bien aplicar, por tratarse de situaciones conceptualmente idénticas, lo que la Corte en providencia de 19 de agosto de 1977 dijo: 'Ahora bien, como quedó demostrado que fue ilegal el auto admisorio del recurso, la Corte no puede quedar obligada por su ejecutoria, pues los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tienen fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a asumir una competencia de que carece, cometiendo así un nuevo error. En tales circunstancias, advertida la equivocación consistente en declarar admisible sin serlo un recurso de casación, la Corte puede, sin que tenga que decidir de fondo, pronunciarse en la primera oportunidad procesal, de oficio o a solicitud de parte sobre la improcedencia del recurso'.

"De consiguiente, la Corte encuentra ahora que nada tiene que proveer en este proceso, sin que pueda estar vinculada por un auto inocuo como lo fue el que declaró admisible el recurso de casación, ni menos aún por la actuación de igual calidad que se siguió posteriormente".

Se invalidará entonces lo actuado ante esta Corporación y se declarará inadmisibile el recurso.

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

Resuelve:

1. *Decretar la nulidad de la actuación de la Corte en este proceso.*
2. *Declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra el auto de fecha y origen anotados.*

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL

Una vez satisfecho el requisito cuantitativo de la pena, corresponde al Juez analizar no solamente la conducta observada por el procesado durante el tiempo en reclusión, sino sus antecedentes de todo orden y su personalidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 016.

Vistos:

Contra la providencia de fecha 27 de noviembre de 1989 que negó el beneficio de libertad provisional al procesado *Lawrence Steven Zellat*, su apoderado interpuso el recurso de reposición y demanda que la Sala revoque su determinación por considerar que se reúnen a plenitud los requisitos previstos en el artículo 72 del Código Penal para su otorgamiento.

Al recurso se le dio el trámite previsto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte:

La Sala en la providencia recurrida, de acuerdo con los planteamientos del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, negó al procesado *Lawrence Steven Zellat* el beneficio de libertad provisional no obstante acreditar el requisito cuantitativo de la pena que exige el artículo 72 del Código Penal para el otorgamiento del subrogado de la libertad condicional (numeral 2º del artículo 23 del Decreto 1861 de 1989).

Se dijo en dicha oportunidad que: "En cuanto a las demás exigencias de la citada norma, la Sala acoge íntegramente el criterio de la Delegada cuando afirma que 'no se encuentran en el expediente los suficientes elementos de juicio que permitan acreditar su cumplimiento. Así, la buena conducta en el establecimiento carcelario se pretende probar con un formato tipográfico que contiene afirmaciones preimpresas como el «apoyar la solicitud que hace... por considerarse que ha dejado de ser un peligro y estar en condiciones de reintegrarse a la sociedad y serle útil», es decir, que se está apoyando

como en el documento se dice la «calificación de conducta» y no la excarcelación del procesado detenido, como se pretende en este caso'.

"Aparte de estas afirmaciones abstractas y uniformes en nada ayudan al Juez para establecer con claridad si se cumple a plenitud este requisito, la misma ausencia de análisis y la intención de aplicarlas de manera uniforme a todos los casos, no sólo indican su carencia de veracidad sino también muestran su afán de reducir la evaluación a una mera formalidad que se cumple llenando unos espacios en blanco".

"Sobre el tema ha dicho la Corte que: '...las nuevas y rutinarias certificaciones de las autoridades penitenciarias... en las que sus signatarios se han limitado a llenar algunos espacios vacíos de formularios preimpresos en los que aparecen afirmaciones tan genéricamente categóricas y, por lo mismo, desconfiables, como la que el recluso que trabaja demuestra por este solo hecho «que está obteniendo su completa rehabilitación», afirmación que, además, constituye indebida intromisión conceptual en una esfera que legalmente es del exclusivo resorte del funcionario judicial que debe decidir sobre otorgamiento o no de la libertad solicitada, no aportan elementos de juicio que permitan modificar el criterio de la Sala sobre la inconveniencia de disponer en este caso la libertad tan insistentemente reclamada".

"Y es que sin un análisis exhaustivo sobre la vida en cautiverio del procesado, no puede establecerse a ciencia cierta si el proceso de readaptación social ha avanzado hasta el punto de merecer su libertad temprana. La evaluación jamás podrá hacerse con base en formatos preestablecidos pues ellos no tienen la capacidad para informar sobre los progresos del examinado en el estudio o trabajo, sus ocupaciones en los ratos de ocio, su espíritu de colaboración con las autoridades y sus compañeros, su voluntad por superarse a través de actividades como el deporte, las manualidades, la lectura, etc.".

"De otro lado, en lo relativo a su personalidad y sus antecedentes personales, familiares y sociales, el proceso carece de información necesaria que permita realizar un examen global y llegar a la conclusión de que, en su caso, la readaptación social se haya verificado. En este punto debe aclararse al memorialista que en la aplicación del *in dubio pro reo* se realiza en todo lo que tenga que ver con la valoración probatoria al surgir cualquier situación de duda insalvable respecto de los hechos imputados al procesado, como quiera que en el momento de resolver el fallador una situación de fondo, deberá tener la certeza como base de la decisión".

"Finalmente, respecto de los subrogados penales o de los requisitos legales para el otorgamiento del beneficio de libertad provisional, se le recuerda al solicitante que solamente el factor cuantitativo de la pena, resulta igual para todos los aquí procesados para los efectos de la excarcelación provisional, mas no ocurre lo mismo con los demás que exige el artículo 72 del Código Penal ya que ellos son personalísimos y no en todos los casos pueden ser tratados con igual severidad o amplitud. En el caso del procesado Lawrence Steven Zeliat, los factores subjetivos a que hizo referencia la Delegada, no aparecen debidamente establecidos en autos por tener la condición de ciudadano

extranjero, desconociendo la Corte sus antecedentes judiciales, personales y de familia, los cuales no pueden ser suplidos con el comportamiento dentro del establecimiento carcelario y por ello, la Sala habrá de negarle el beneficio solicitado por su apoderado".

El señor apoderado del procesado en su escrito de impugnación se refiere ampliamente al concepto de la Delegada que la Sala acogiera en la forma antes transcrita, al punto de sostener que "Bástame señalar que el señor Procurador Segundo Delegado está seguro de lo que afirma y, en consecuencia, el documento de la autoridad carcelaria que calificó de ejemplar la conducta de mi mandante carece de 'veracidad', estamos frente a una conducta delictiva, que amerita investigación: Falsedad en documento público, cometida por funcionario público. Omitió la Delegada su deber de denuncia?, o se trató de un juicio temerario, en un censurable esfuerzo de sacar adelante un concepto insostenible. ¡Vaya uno a saber!".

A este punto concreto se responde al memorialista que de manera alguna la Delegada y esta Sala al acoger su concepto, han dudado sobre la conducta observada por el procesado en el centro de reclusión "Grado de ejemplar" según el correspondiente consejo de disciplina aportado para acreditar dicho factor subjetivo.

Desde luego que corresponde a las autoridades carcelarias la evaluación periódica de la conducta de los reclusos, pero tal función debe limitarse a ello. Además, les está permitido, mediante resolución, apoyar la petición de libertad, mas no entrar en consideraciones diferentes que sólo corresponden al fallador (art. 628 del C. de P. P.).

Lo extraño para la Delegada y la Corte es que en el Consejo de Disciplina visible a folio 144 del cuaderno original del recurso extraordinario, además de calificarse la conducta como ya se dijo, en su artículo 2º se haya consignado "apoyar la solicitud que hace impetrando *calificación de conducta*, la cual se tramitará ante (espacio en blanco) por considerarse que ha dejado de ser un peligro y estar en condiciones de reintegrarse a la sociedad y serle útil", es decir, que lo anotado a máquina y en mayúscula, no concuerda con lo preimpreso, o sea que no se está apoyando la petición de libertad, por su buena conducta, sino la calificación misma de ella, lo cual, no puede ser aceptado tampoco en esta oportunidad.

En términos generales, lo que la Corte ha dicho desde tiempo atrás, es precisamente lo destacado por la Delegada en su concepto y que ya quedó nuevamente consignado en esta providencia. Ello, con el único fin de que las autoridades penitenciarias comprendieran la necesidad de elaborar dichos documentos de acuerdo con la situación de cada procesado y no, como en el presente caso, llenando los espacios en blanco con expresiones inconcordantes, o lo que es peor, no llenarlos para permitir que personas ajenas al Consejo, incluyan en él documentos conceptos diversos y acomodaticios, estos sí, con intenciones delictivas. Y como no es este el caso respecto del documento aportado, ni la Delegada ni la Corte pueden ordenar investigaciones de ninguna índole.

Dice igualmente el recurrente que "tampoco tiene razón la Delegada cuando pretende supeditar el proceso de readaptación social de

un recluso, a la plena constatación de sus antecedentes personales, familiares y sociales. Y no le asiste la razón porque: El argumento carece de lógica. En efecto. Quien delinque puede llegar a rehabilitarse socialmente, independientemente de que su conducta previa al delito hubiese sido buena o mala (¿peligrosidad?) y de que su familia y los congéneres de su entorno social tengan cinco o cero en conducta. A la rehabilitación no se llega por la vía de los buenos o malos antecedentes, sino por la vía de la expiación, del sufrimiento, del trabajo, del castigo. Qué absurdo suponer que circunstancias antecedentes al delito puedan acreditar un resultado que obedece a factores subsiguientes al reato y que depende, en último análisis, del grado de asimilación de un castigo".

Muy respetables son desde luego las argumentaciones expuestas por el recurrente, pero la Sala no las comparte ya que, la norma que faculta al Juez para el otorgamiento o no del beneficio de la libertad provisional, remite a las exigencias del artículo 72 del Código Penal para el reconocimiento del subrogado de la libertad condicional.

Por ello, corresponde al Juez exclusivamente, una vez satisfecho el requisito cuantitativo de la pena, analizar no solamente la conducta observada por el procesado durante el tiempo en reclusión, sino sus antecedentes de todo orden y su personalidad para llegar a la conclusión de que ha operado en él su readaptación social.

En otras palabras, no es lo mismo que un procesado delinca por primera vez y que su comportamiento en el establecimiento carcelario sea ejemplar, no solamente por haber observado las reglas disciplinarias, sino porque sus actividades permanentes apuntan inequívocamente a esa readaptación, que otro cuyos antecedentes indican su permanencia en el delito y que sus ingresos a los establecimientos carcelarios no han surtido efecto distinto que el de descontar una sanción impuesta por su conducta delictiva.

Tampoco se puede comparar el delincuente que goza de todos los privilegios sociales, económicos, etc. con aquél que su pobreza y medio en que se desenvuelve, para subsistir ha tenido que delinquir.

Es por ello que los antecedentes familiares, sociales, penales y de policía, disciplinarios, etc., resultan fundamentales para poder evaluar la personalidad del reo y así determinar si su readaptación ha operado o por el contrario necesita de tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la pena impuesta por las infracciones que se le imputan y por las que se le halló responsable.

El seguimiento que se hace a un recluso como lo apunta el recurrente, es desde luego un elemento más para considerar por parte del Juez al momento de tomar la decisión, pero tampoco puede aceptarse que factores como los que exige el artículo 72 del Código Penal, sean desconocidos por el solo hecho de que el procesado haya observado buena o ejemplar conducta en el centro de reclusión.

Finalmente cabe recordar al peticionario que han sido muchas las peticiones de libertad que los aquí procesados han elevado y que todas ellas han recibido su respuesta en oportunidad. Y si en la última decisión no se mencionaron circunstancias ya analizadas suficientemente por la Corte en múltiples pronunciamientos en este y otros procesos, no es porque hayan desaparecido y, consecuentemente, perdido su valor.

Resultarían interminables las providencias que recogieran todas las consideraciones anteriores expuestas en las providencias dictadas sobre la misma materia y por ello, la Sala, en la última, sólo hizo énfasis en las irregularidades anotadas por el Ministerio Público.

Finalmente, rechaza la Sala la afirmación del recurrente en el sentido de que la Corte pretenda hacer discriminaciones en la aplicación de la ley respecto de su representado, por el solo hecho de ser ciudadano extranjero. Lo que si está bien claro es, que para demostrar la ausencia de antecedentes, deben aparecer en el proceso las constancias o certificaciones expedidas por las autoridades correspondientes, como ocurre en el caso de los aquí procesados de nacionalidad colombiana. Los dos extranjeros ingresaron ilegalmente al país, razón por la cual bien pueden tener asuntos pendientes por conductas anteriores a la comisión de los hechos que aquí se juzgan. Tan cierto es ello, que su compañero de causa Timothy Allen Crawford, está solicitado por su país y actualmente se tramita en esta Corporación una solicitud de extradición. Y si dichos elementos de juicio no aparecen debidamente acreditados en autos, el Juez no puede formarse un criterio amplio sobre su personalidad y la viabilidad del subrogado penal en comento.

Tampoco resulta cierto que en este caso la duda se esté resolviendo en perjuicio de su representado, pues lo que la norma exige es que todos los elementos de juicio lleven al funcionario la convicción de que el procesado se ha rehabilitado en tal forma que no presenta peligro para la sociedad y que puede reintegrarse a ella para ser útil. Y no, que en caso de duda de esa rehabilitación, deba ser excarcelado, no obstante estén ausentes los requisitos que exige la ley para su liberación.

En tales condiciones el recurso no está llamado a prosperar.

De otra parte, el procesado Timothy Allen Crawford solicita el beneficio de libertad provisional al considerar que reúne todos los requisitos legales exigidos para obtener el subrogado de la libertad condicional. Acompañó a su petición certificados sobre conducta, de varios funcionarios del establecimiento carcelario sobre sus actividades, trabajo y estudio y sobre el reconocimiento del título de bachiller (validación), todo lo cual, acredita, según su criterio, el derecho a su excarcelación.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha emitido concepto favorable para la excarcelación del peticionario, pero advierte que en el evento de ser atendidos sus planteamientos, debe ser puesto a disposición del Ministerio de Justicia para los efectos de extradición.

Se expresa así la Delegada:

"En lo que se refiere al factor cualitativo también obran elementos suficientes que permiten acreditar su verificación. Por un lado tenemos el concepto de la psicóloga al servicio de la penitenciaría en la que afirma sobre las diversas ocupaciones que ha tenido durante el tiempo de su reclusión, su participación en un comité de derechos humanos y su validación del bachillerato académico colombiano, así como el "...buen manejo de relaciones interpersonales...demostrativo de su readaptación y con interés de reubicarse dentro de la sociedad".

"También aparece una constancia de la jefe de trabajo social de la cárcel en la que se destaca su responsabilidad en las funciones asignadas, su dedicación al estudio, su aprendizaje del idioma castellano y su 'madurez psico-social... encontrándose capacitado para resolver sus conflictos internos de un modo más racional y favorable a una buena adaptación social'. De igual manera, en similares términos se refiere la Coordinadora de la sección educativa de la entidad, informando además que adelanta estudios a distancia por intermedio del Instituto de Desarrollo Latinoamericano 'IDEL', lo que arroja muestras inequívocas de una total readaptación".

"Como bien puede verse, el formato del acta del Consejo de Disciplina (fl. 209), genérico y abstracto como corresponde a una forma preimpresa, supera sus limitaciones informativas con los conceptos de varios profesionales que con ocasión de su trabajo en el penal han tenido ocasión de estar en permanente contacto con el procesado. Tal situación los dota de la suficiente autoridad para evaluar su proceso de readaptación social que, en este caso, es positivo para un regreso temprano al seno de la sociedad".

En autos se halla plenamente establecido que el procesado ha descontado en detención efectiva cincuenta y siete (57) meses; por aplicación de la Ley 48 de 1987, se le otorgó una rebaja de dieciocho (18) meses, equivalente a la sexta parte de la pena de nueve (9) años que le fuera impuesta en las instancias y por estudio y trabajo acredita rebajas por un (1) mes y veintisiete (27) días y un (1) mes y ocho (8) días, respectivamente, para un acumulado de *setenta y ocho (78) meses y cinco (5) días*, superiores a las dos terceras partes de la pena privativa de la libertad.

También se halla acreditada en autos su conducta excelente durante el tiempo en reclusión y de acuerdo con las certificaciones comentadas por la Delegada, su esmero por readaptarse socialmente.

Sin embargo, extraña a la Sala que tan intensa actividad de trabajo y estudio, las directivas del establecimiento carcelario certifiquen tan sólo en mínima parte sus actividades, pues, como se consignó anteriormente, solamente tiene derecho a una rebaja de tres (3) meses y cinco (5) días, por este concepto. Las labores que un detenido desarrolla dentro del establecimiento carcelario, tienen una doble función. En primer término el reconocimiento del derecho a descontar un (1) día por cada tres de trabajo (8 horas diarias) o estudio (6 horas diarias) y como factor preponderante para la correspondiente evaluación de su readaptación, en segundo término. Este es el que ha efectuado acertadamente el Ministerio Público que, no puede ser reconocido por la Sala como factor de descuento de pena ya que los conceptos o certificaciones de los funcionarios de la cárcel que diariamente observan sus progresos, no reúnen los requisitos establecidos por la Ley 32 de 1971 y su Decreto reglamentario 2119 de 1977.

Encuentra la Sala que uno de los requisitos que exige el artículo 72 del Código Penal para la procedibilidad de la excarcelación demandada, es la personalidad del agente y, además, sus antecedentes de todo orden. El peticionario se halla actualmente solicitado en extradición por el Gobierno de su país y ello es indicativo de la posible comisión

de otro hecho punible, antes de su ingreso al territorio colombiano. Y no es que la Sala en proveídos anteriores esté imputándole conductas distintas de las aquí juzgadas; simplemente ha considerado su ingreso al país en las condiciones dadas, como un elemento más para calificar su personalidad. Por ello, continúan vigentes los criterios expuestos en providencias anteriores, esto es, que el peticionario no tiene derecho a la excarcelación provisional.

Finalmente, como el procesado Danilo Henao no presentara demanda de casación dentro del término del traslado, se declarará desierto el recurso de casación respecto de él. Y como quiera que las demandas presentadas a nombre de los otros tres procesados reúnen los requisitos formales, se declararán ajustadas y se ordenará correr traslado de ellas a las partes no recurrentes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º *No reponer* su providencia de fecha 27 de noviembre último por medio de la cual se negó el beneficio de libertad provisional al procesado Lawrence Steven Zeliat.

2º *Negar* el beneficio de libertad provisional al procesado Timothy Allen Crawford Sovereign.

3º *Declarar desierto* el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Danilo Henao González.

4º *Declarar ajustadas* a los preceptos legales las demandas de casación presentadas por los apoderados de los procesados Oscar Eduardo Arévalo, Timothy Allen Crawford Sovereign y Lawrence Steven Zeliat. Corrase traslado de ellas a las partes no recurrentes por el término legal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.



NOTIFICACIONES. CLAUSURA DE LA INVESTIGACION

No es aceptable la tesis de la irrelevancia dada la omisión en el requerimiento para la notificación personal al procesado del auto de cierre de investigación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E.,
nueve de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Isandro Martínez Zuñiga.*

Aprobado: Acta número 15 de marzo 6 de 1990.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal de Montería contra la resolución de acusación dictada en contra del *doctor Eduardo Enrique Puche Torres*, Exjuez Promiscuo Municipal de Momil (Córdoba), por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato omisivo.

Hechos:

En comunicación al Presidente del Tribunal de Córdoba el Comandante del Departamento de Policía transcribe el oficio por él recibido de parte del Cabo Segundo Luis Héctor Jaramillo Arias, en el cual atribuye como actuaciones irregulares del Juez Promiscuo Municipal de Momil, las siguientes:

1. Negarse a recibir denuncia a los propietarios de unas reses hurtadas, con posterioridad a su recuperación por la Policía y la aprehensión de los supuestos autores de tal hecho.
2. Disponer la libertad de los implicados.
3. Exigir dinero para la entrega de los senovientes a sus propietarios y,
4. Observar comportamiento inadecuado a la investidura. Embriagarse y dar escándalos públicos.

Actuación procesal:

1. Durante la fase de indagación preliminar dispuesta por el Tribunal de Montería, se recibió declaración a las personas indicadas en el informe de Policía como afectados con las actuaciones del Juez

denunciado, señores Vicente Socarrás Velásquez, Miguel Zárate Castro, Ambrosio Cadavia Calderón y Adolfo Alvaro Luna Sierra.

2. Se practicó inspección judicial en el proceso por hurto en que, según el informe fundamento del averiguatorio, se produjeron las actuaciones del sindicado. Posteriormente, se aportó copia autenticada de la totalidad del expediente.

3. Por auto de 17 de diciembre de 1988, se ordenó la apertura de investigación con base en que, de las diligencias practicadas durante indagación preliminar, no surgía mérito para proferir auto inhibitorio. Consecuentemente, se dispuso oír en indagatoria al doctor Eduardo Enrique Puche Torres y se declaran incorporadas a la investigación las pruebas recaudadas durante la averiguación previa.

4. Mediante auto de 12 de enero de 1989, se cerró la investigación. Fue notificada esta decisión personalmente al Agente del Ministerio Público y por edicto. Durante el término de traslado, con invocación de la causal 3ª de nulidad contemplada en el artículo 305 del Código de Procedimiento, el Fiscal solicita se invalide la actuación "por inobservancia de las prescripciones que obligan a proveer al procesado de la asistencia de un abogado cuando aquél no quiere o no puede designar a uno de su confianza".

5. Al resolver el Tribunal, desestimó la petición de nulidad formulada y calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato omisivo. Acorde con ello, decretó medida de aseguramiento de detención por el primero de los delitos mencionados y conminación por el segundo, disponiéndose la captura del sindicado.

6. Contra esta decisión el Ministerio Público interpuso el recurso de apelación motivo de pronunciamiento por parte de la Sala.

Razones de la impugnación:

Coinciden el Fiscal recurrente y el Procurador Delegado en que la tramitación dada al sumario se encuentra viciada de nulidad. Parten de considerar quebrantamiento al derecho de defensa, la circunstancia de no haber requerido al procesado para que designara un defensor o habérsle designado de oficio si se encontraba en imposibilidad de hacerlo. Estiman que el nombramiento del profesional con el cual se surtió su representación en la diligencia de indagatoria, no trascendía de tal acto. No sólo por los términos en que se produjo la designación, sino por el hecho mismo de haberse practicado fuera de la sede en que se instruye el proceso. En respaldo de su planteamiento, remiten a verificar la ninguna actividad desplegada por el profesional nombrado.

A lo anterior viene a sumarse, consideran, la inobservancia del procedimiento previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento para la notificación del auto que dispone la clausura de la investigación. Son del parecer que una tal omisión, consistente en haber notificado al procesado por fijación en edicto sin citársele para cumplir la notificación personal, no obstante ser conocida en el sumario la

dirección de su domicilio, le privó de la posibilidad de ser enterado de la decisión y, por lo mismo, de presentar algún alegato en pro de sus intereses.

De esta manera, concluye, la tramitación fue cumplida con ausencia de defensa técnica y material, vulnerándose los derechos del procesado y posibilitándose la adopción de decisión perjudicial como ha sido el enjuiciamiento por dos delitos.

Consideraciones de la Corte:

El ejercicio del derecho de defensa, como garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso. De ahí deriva su carácter continuo y unitario. Conforme con él, no puede haber un solo momento de la actuación procesal en que pueda ser restringido o negado. Si así ocurre, hácese ineficaz la relación jurídico-procesal, imponiéndose la declaratoria de nulidad desde el momento mismo en que aparezca afectada la garantía.

Este alcance absoluto que al derecho a la defensa se otorga, no autoriza a tener cualquier irregularidad como constitutiva de su violación. Impera examinar, desde una perspectiva material, los vicios que registre la actuación y sus efectos frente al contenido y observancia de esta garantía. Sólo a partir de entonces, puede establecerse la validez del proceso.

En el presente asunto, encuentra la Corte puestas en razón las argumentaciones del Ministerio Público para demandar la invalidación de lo actuado, a partir del momento anterior al auto que declara cerrada la investigación. Ciertamente, el trámite cumplido no lo fue dentro de los límites propios de la garantía al ejercicio del derecho a la defensa.

En efecto; la circunstancia de no haberse requerido al procesado para que designara defensor, o habérselo nombrado de oficio si no podía o no quería hacerlo y declarar cerrada la investigación, inmediatamente se recibió el proceso, luego de practicada la indagatoria en la ciudad de Barranquilla, constituye compromiso grave para los derechos del procesado. Desde la apreciación concreta de las incidencias procesales, surge con carácter de evidencia que el trámite circunscrito a la fase antes indicada, se surtió con ausencia del defensor. Así debe entenderse, no sólo por lo precario de la designación hecha en la indagatoria, de donde se infiere que ella no trascendía de tal acto, sino de la situación misma que esa diligencia se llevó a cabo en un Distrito Judicial diferente a aquel en donde se tramitaba el proceso. Por esta vía, se ha privado al sindicado, cuando menos, de la posibilidad de solicitar pruebas encaminadas a rebatir las hasta ese momento recaudadas sin su intervención, si se toma en cuenta que el último acto de instrucción fue la indagatoria.

En este punto, importa destacar que, para el caso específico, la omisión antes indicada no se subsana con la presunción establecida por el artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, la designación del defensor en la indagatoria, se entiende hecha hasta la culminación del proceso. Esto, por cuanto tal disposición está

refiriendo un aspecto formal que en nada puede relevar la exigencia de la defensa materia y técnica. La sola presencia nominal del defensor no supe el ejercicio real del derecho de defensa como condición de validez del contradictorio. No basta, por eso, con el solo nombramiento del defensor, es indispensable que a él se otorguen las posibilidades de realizar actos en ejercicio de los derechos correspondientes a su representado. Cosa diferente es que, pudiendo actuar, no quisiera hacerlo. Esta última situación no es la reflejada en el proceso. En ella lo evidente es que no se tomó en cuenta la precariedad de la representación profesional del procesado de la cual dependía el ejercicio efectivo de su defensa técnica.

En situaciones como ésta, ante la constatación por el Juez de la intrascendencia de la designación del defensor en la indagatoria, hecha —como dice el Procurador en su alegato—, para la salvaguardia de las formalidades del momento, se hace imperativa la provisión posterior de un defensor permanente. Es lo consecuente con el carácter continuo y unitario que ha de poseer el derecho a la defensa, antes destacado.

El conculcamiento a esta garantía, para el caso en examen, no se agota en la anteriormente expuesta carencia de defensor. Es mucho más trascendente; sin solución de continuidad, una vez se recibió la indagatoria al procesado, se procedió a dictar el auto declarando cerrada la investigación. Es aquí, donde la afectación a las garantías del juzgamiento se hacen más ostensibles. A pesar que en el proceso aparece registrada la dirección del sindicado, no se le requirió para notificarlo personalmente de la decisión del Tribunal, como lo dispone el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, sino que se procedió a hacerlo por medio de edicto. De esta manera, la clausura de la investigación y la calificación del sumario mediante resolución de acusación, se cumplieron sin que el procesado se enterara. Por lo mismo, tampoco pudo alegar o ejercer acto alguno en pro de sus intereses en tan crucial momento procesal. Es en este nivel, donde el conjunto de omisiones en que incurrió el Tribunal vienen a constituir manifiesto desconocimiento del derecho a la defensa. A la no provisión de defensor para garantizar un efectivo ejercicio de esta garantía, subsiguen actuaciones que requiriendo la presencia del procesado, desde el punto de vista dispuesto por la ley, se cumplen sin él.

Para la Corte, no puede ser aceptable la tesis de la irrelevancia dada la omisión en el requerimiento para la notificación personal al procesado del auto de cierre de investigación, fundada en la discrecionalidad que la parte tiene para la realización de actos posteriores a esa notificación, como serían recurrir el auto o presentar alegatos. Tal manera de pensar, abre la posibilidad para que de manera indiferente se dé aplicación a procedimientos violatorios de garantías, como el señalado. Desde el punto de vista de la oportunidad procesal, el acogerse a la discrecionalidad para el cumplimiento de una actuación, demanda el conocimiento de que se está en tal oportunidad, por parte del facultado para actuar. Ese conocimiento no lo obtuvo el aquí procesado, en cuanto desatando el mandato del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, antes citado, se suplió la notificación personal por una a través de fijación en edicto. Desde el punto de vista del efecto, este irregular proceder privó al sindicado de la posibilidad de realizar actuaciones inherentes al ejercicio de los derechos

que le son propios en su calidad de procesado, o, cuando menos, al amparo de la discrecionalidad decidir no llenar a cabo ningún tipo de actuación. Pero, sea lo uno o lo otro, era imperativo requerirlo para imponerle de la decisión adoptada, personalmente.

En estas circunstancias, resulta evidente la ineficacia de la relación jurídico-procesal cumplida desde el momento anterior al auto de clausura de la investigación. Conforme con ello, habrá de decretarse la nulidad de todo lo actuado. Se dispondrá la reposición del proceso, a partir de ese mismo momento, a fin de que se observe la garantía plena del derecho de defensa.

En razón a que la invalidación del proceso comprende la medida de aseguramiento de detención, con que se resolvió la situación jurídica del procesado, se dispondrá su libertad inmediata.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado,

Resuelve:

1. *Decretar la nulidad* de este proceso, a partir del momento inmediatamente anterior al auto de cierre de investigación. Repóngase la actuación, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

2. Como consecuencia de lo anterior, *decrétase* la libertad inmediata del doctor Eduardo Enrique Puche Torres, Exjuez Promiscuo Municipal de Momil (Córdoba). Librense las comunicaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Curraño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nogués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Sauveñra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Quando diáfaramente emerge lo improcedente del cambio de radicación, es apenas elemental que el funcionario que esté conociendo del proceso, se abstenga de darle curso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 18.

Vistos:

La señora Isabel Merchán de Silva entabló denuncia contra su hija *Cecilia Silva de Prieto* por considerarla incurso en los delitos de falsedad y estafa. El asunto correspondió al Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal, Radicado, del Líbano, Tolima, funcionario que abrió la correspondiente investigación, disponiendo la recepción de la indagatoria de la susodicha sindicada. Para tales efectos, mediante telegrama dirigió al Juez del conocimiento un escrito, solicitándole el cambio de radicación del sumario a esta ciudad capital, por cuanto "mi domicilio y residencia es la ciudad de Bogotá, lugar este en el que vivo y laboro"; o, en su defecto, comisionara para la práctica de la diligencia de marras.

El Juez, entonces, comisionó, y, en el mismo auto en que esto se dispuso, señaló que el cambio de radicación no era procedente "por cuanto los hechos que le son imputados se cometieron en esta jurisdicción y por tal motivo, por factor territorial y funcional, es competente para instruir y calificar el presente proceso; por otra parte, las causales de cambio de radicación del proceso se encuentran taxativamente enumeradas o enunciadas en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal, dentro de las cuales no se encuentra el hecho de que el imputado resida en otra sede distinta de la del juzgado".

Lamentablemente el Juez, posteriormente, decide dejar sin efectos esta determinación y dispone expedir copias de la denuncia y de la ampliación de la misma, igual que de la petición de la sindicada y que sean remitidas a la Corte, por ser ésta autoridad competente para pronunciarse sobre el cambio de radicación.

Desde luego que, cuando el cambio de radicación se impetra de un distrito judicial a otro, es la Corte la llamada a pronunciarse al respecto. Mas como la solicitud respectiva, a voces del artículo 79 del

Código de Procedimiento Penal debe elevarse ante el funcionario que esté conociendo del proceso, el cual está en la obligación de confrontar previamente si la petición es clara, si en ella se indica que el cambio sea dentro del mismo distrito o a uno diferente, si se anexaron o no las pruebas; en fin, si lo elemental se da, para entonces remitir el asunto a la autoridad competente, o abstenerse de darle curso, hasta tanto los requisitos mínimos se satisfagan, refulge que, en un evento en el cual la petición es a todas luces absurda, su obligación es, dando desde luego las razones de su decisión, inhibirse de imprimirle trámite.

Cuando diáfananamente emerge lo improcedente de la solicitud del cambio de radicación porque de bulto aparece que las causales propias a la viabilidad del mismo, son completamente ajenas a las que se presentan en orden a tal cometido es apenas elemental que el funcionario que esté conociendo del proceso, se abstenga de darle curso.

En el evento sub exámine la petición de marras demandaba lo imposible porque sabido es que, el cambio de radicación, tiene por razón de ser la de asegurar una recta administración de justicia o el buen nombre de la misma, trasladando el conocimiento del proceso a otro lugar ya que en donde se está cumpliendo la instrucción o el juzgamiento, existen demostrados factores ambientales que llevan a la sentida convicción de que aquella no se puede impartir normalmente. Y, ni a la mente más obtusa le es dado pensar que, por cuanto el sindicato reside en lugar diferente a aquel en que el proceso se adelanta, se han satisfecho aquellos requisitos sine qua non. Para tal evento, el procedimiento de la comisión surge como noción elementálisima, cuando no se impone, obvio, la captura del sindicato.

Atino, pues, *ab initio*, el Juez Séptimo Penal de Instrucción Criminal del Líbano, más desacertó a la postre, deplorablemente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se *inhibe* de conocer de las presentes diligencias, disponiendo al propio tiempo que regresen al Juzgado de origen, para que se proceda según quedó visto.

Cópiase, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valeneta Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Girardo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Es medida de carácter extraordinario, en virtud de la cual se modifican las reglas que orientan la distribución de la competencia por el factor territorial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Mario Mantilla Nougues.*

Aprobado: Acta número 022 de marzo 27 de 1990.

Vistos:

El doctor Angel Alberto Vera Palomá, actuando como apoderado de Pablo Francisco Pérez Cabrera, procesado en la actualidad por homicidio en el Juzgado Noveno Superior de Barrancabermeja (S), acude por intermedio del Juzgado de conocimiento en solicitud de cambio de radicación del proceso a otro Distrito Judicial.

De plano entra la Corte a resolver el incidente previas las siguientes consideraciones:

Resultandos y considerandos:

1º La causa que se pretende cambiar de radicación se originó en el proceso adelantado en contra de Pablo Francisco Pérez Cabrera por la muerte violenta del ciudadano Manuel Gustavo Chacón ocurrida en la ciudad de Barrancabermeja el 15 de enero de 1988. De la muerte del conocido sindicalista se sindicó al sujeto mencionado y en este momento se procede a la realización de la audiencia pública, con su intervención.

2º En el escrito sustentatorio de la petición, el abogado que representa los intereses de Pérez Cabrera sostiene que se pretende su cambio de radicación ante la existencia de circunstancias que no sólo afectan el orden público de Barrancabermeja, sino que también pueden tener ocurrencia aquellas que afectarían la independencia del juzgamiento, su publicidad, las garantías procesales en procura de una adecuada defensa del procesado e incluso la no existencia de garantías suficientes para la vida del procesado y su defensor.

Argumenta, con prueba documental que acompaña a la solicitud, lo siguiente:

A la muerte del ciudadano Chacón Sarmiento, quien pertenecía a la Unión Sindical Obrera (USO), sindicato de los obreros de ECOPEPETROL, se desató en la ciudad de Barrancabermeja, sede de la agremiación, seria alteración del orden, consistente en un paro cívico por cinco días, durante los cuales se produjeron incendios a los vehículos de servicio público, voladura de oleoductos, paralización de la actividad de producción petrolera, atentados contra las redes de servicios y enfrentamiento de los ciudadanos con la fuerza militar, incluso con la utilización de armas de fuego, produciendo por ello muertos y heridos dentro de la población civil.

Al reclamo que un principio se mostraba justos de las organizaciones gremiales, tales como USO, ANUC, USITRAS y FEDEPETROL en solicitud de garantías para el desarrollo de la actividad sindical y el derecho a la vida, se sumaron la participación de grupos u organizaciones guerrilleras o denominados por el común *miticias*, que haciendo suyas las reivindicaciones alegadas, denominaron a uno de sus frentes con el nombre del sindicalista muerto, para desatar a su vez acciones beligerantes, que reclamaron en nombre del conocido grupo E.I.N.

El grupo con el nombre del sindicalista muerto, como así lo reivindicaron en protesta por el alza de los servicios públicos, quemó el 25 de mayo del mismo año, un bus de transporte sin subsidio, el mismo día, prendieron fuego a una permanencia de Policía, al día siguiente lo hicieron con las dependencias de EMPOSAN y el 27 del mismo mes, se enfrentaron con la Policía Nacional con heridas en un agente de la Institución como resultado de la acción. Panfletos repartidos a la ciudadanía dan cuenta de la autoría de los hechos y las razones de la alteración del orden público.

En el desarrollo del proceso se han presentado hechos que respaldan la petición, como quiera que en su etapa sumarial, y ante el conocimiento del Juez de Instrucción de un posible atentado contra la vida del procesado Pérez Cabrera, fue necesario gestionar ante la Dirección General de Prisiones, por la autoridad judicial, el cambio del lugar de reclusión del sindicado, lográndose que éste fuera trasladado de la cárcel de Barrancabermeja a la Penitenciaría Central de Colombia (La Picota) en Bogotá.

Recientemente y con ocasión de la frustrada audiencia pública en el proceso, el sindicato fue trasladado como medida de seguridad a la cárcel del Distrito de Bucaramanga. Se comenta al respecto que en desarrollo de la audiencia pública, hubo una reacción inusitada de la ciudadanía de Barrancabermeja ante la decisión judicial de suspenderla, presentándose hechos que lamentablemente atentan contra el orden público de la población.

Estas circunstancias respaldadas por el Comandante del Batallón Nueva Granada, por el Secretario de Gobierno Municipal y por el IV Distrito de Policía de Santander Comando de Barrancabermeja, en sendas certificaciones, así como los comunicados de la Alcaldía Municipal con referencia a los hechos de perturbación comentados, como consecuencia de la muerte del sindicalista, hacen aconsejables el cambio de radicación del proceso a un lugar en donde se prescribe la recta

administración de justicia, como quiera que en el lugar en donde se adelanta el juicio no existen las suficientes garantías constitucionales y legales para el procesado y las demás partes que intervienen en el proceso, como tampoco las que requiere la ciudadanía de la capital petrolera del país, zona que de por sí como se conoce, atraviesa por una generalizada alteración del orden público.

3º Reiteradamente ha sostenido la Corte que el cambio de radicación es medida de carácter extraordinario, en virtud de la cual se modifican las reglas que orientan la distribución de la competencia por el factor territorial, buscando que en otro sitio se garantice la imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales o de quienes actúan como tales, y consecuentemente, el adecuado y pleno ejercicio de los derechos de los demás sujetos procesales.

Por prescripción legal, como medida excepcional que es, sólo debe operar cuando las razones que se aducen y que se hallan debidamente acreditadas, son de tal naturaleza que constituyen factores de perturbación, que alteran o pueden alterar de manera importante el recto y equilibrado criterio del Juezador o que impiden o afectan de manera grave el normal ejercicio de los derechos que otorga la Constitución y el ordenamiento procesal a las personas que intervienen en el proceso o que de una u otra manera afecten el orden público del territorio donde se esté adelantando el juzgamiento.

Las serias y argumentadas razones del peticionario, no se pueden desconocer en esta sede, puesto que es cierto que la muerte del sindicalista, como un factor más, ocasionaron destrucción, muerte y desolación en la ciudad de Barrancabermeja, centro al que confluyeron otras circunstancias de perturbación, que encontraron en el hecho criminal de que se acusa al sindicato Pérez una forma más de manifestación del descontento social de la región. No es, como lo sostiene el abogado Vera Palomá, el territorio más adecuado para continuar con el juicio, pues sus resultados como se insinuó al suspenderse la audiencia pública, pueden convertirse en un detonante de males peores, que a toda costa deben evitarse. En efecto, la situación de orden público de la región, de conocimiento nacional, si bien no es sólo producto de la muerte del sindicalista, si por lo menos este factor, es parte integrante del malestar de un gremio reconocido por su activa participación en el desarrollo de las actividades laborales y cívicas, que pendientes del resultado del proceso pueden exteriorizar de distintas maneras su complacencia o descontento con él, al paso que grupos al margen de la ley, como aquellos de que dan cuenta los documentos aportados al incidente y que ya utilizan el nombre del sindicalista muerto, pueden generar acciones de rechazo.

Esta circunstancia por sí sola, es suficiente para que se utilice el mecanismo legal del cambio solicitado, en procura de garantizarse el orden público de la región harto alterado por la muerte de Chacón Sarmiento y por la influencia de los factores de perturbación comentados, incluso, a un lugar distante a la ciudad de Barrancabermeja, que esté libre de cualquier presión que se puede ejercer en el proceso que se adelante.

Sin embargo, no puede pasarse por alto, más, que sería igualmente suficiente para optar por el cambio de radicación del proceso y que se traduce en la necesidad de garantizar la seguridad del procesado, si en cuenta se tiene que ya hubo necesidad de conseguir el traslado del sitio de su reclusión, como quiera que serias circunstancias hacían temer por su vida, lo que obligó a tiempo a buscar por ese medio su protección.

En consecuencia, razón le asiste al peticionario, pues en las circunstancias en que se desarrolla el juicio, no puede haber seguridad de una recta administración de justicia, cuando como en el caso presente, no puede ella garantizar a cabalidad. Por manera que de los elementos de juicio que se dejan relacionados se determina que el medio judicial y social en donde actualmente se desarrolla el juicio contra Pablo Francisco Pérez Cabrera, no es el más propicio, pues aparecen comprobadas condiciones objetivas relativas a la seguridad del procesado y al mantenimiento del orden público de la región, que hacen aconsejable el traslado del expediente a un lugar donde se garanticen los intereses de las partes en el proceso y de la comunidad en general.

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

Resuelve:

Disponer el cambio de radicación del proceso seguido contra Pablo Francisco Pérez Cabrera y ordenar que se continúe con su tramitación en el Juzgado Superior de Bogotá que se designe por reparto.

Envíese el presente diligenciamiento al Juzgado Superior —Reparto— de Bogotá y comuníquese al Juzgado Noveno Superior de Barrancabermeja esta decisión a fin de que se remita el expediente.

Cópiesc, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nogués, Lisandro Martínez Zuñiga, Edgar Suarez de Rojas.

Rafael I. Cortés Garrica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

En forma reiterada ha venido diciendo la Corte que dentro de la demanda no se deben formular cargos contradictorios

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 22.

Vistos:

Procede la Sala a decidir el recurso de casación presentado por el apoderado de la señora *Mónica Esther Annichiarico de Libonaty*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en la cual se le condenó por violación de la Ley 30 de 1986, y porte ilegal de armas.

Hechos y actuación procesal:

Los resume así el señor Procurador Delegado al emitir su concepto:

"El día 23 de julio de 1987, el Juez Tercero de Instrucción Criminal permanente en turno, ante la petición formal presentada por el Subjefe de la SIJIN, Capitán Eduardo Bolaños Montoya, ordenó y practicó allanamiento al inmueble ubicado en la calle 96 número 45B-14 de la ciudad de Barranquilla, lugar en donde se hallaron dos tulas y un paquete contentivos de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares tales como roket antitanques, granadas de fragmentación, proveedores y municiones; armas de uso personal (sic) como dos subametralladoras, revólver magnum, proveedores y municiones; y droga que al ser sometida a la prueba de campo narco-tex arrojó resultados positivos para cocaína (7.430 gramos).

"Por tales hechos se dio captura a Augusto Delgado Rodríguez y Marco Antonio Delgado Chávez, quienes se encontraban en la residencia allanada.

"Indagaciones hechas en el curso de la investigación, permitieron establecer que los elementos incautados fueron llevados al lugar del allanamiento por la señora Mónica Annichiarico, el día 20 de junio de 1987 a eso de las seis de la mañana, para que se los guardaran, a raíz de la muerte de su hermano.

"Adelantó la presente investigación el Juzgado Cuarto Especializado del Distrito Judicial de Barranquilla, en el curso de la cual fueron vinculados mediante indagatoria los capturados y Mónica Esther Annichiarico Santric, a quienes se les decretó detención preventiva que posteriormente fue revocada para los dos primeros.

"Concluido el ciclo investigativo, se calificó el mérito sumarial en providencia de octubre 9 de 1987, mediante la cual se dispuso convocar a audiencia pública a Mónica Annichiarico de Libonaty por los delitos de violación al Decreto 3664 de 1986, artículos 1º y 2º y Ley 30 de 1986, artículo 33, sobreeser definitivamente a los señores Delgado.

"Tramitada en legal forma la causa, concluyó el juzgamiento con el fallo condenatorio a que inicialmente se hizo referencia".

Las causales de casación y el concepto del Procurador:

El recurrente alega tres causales de impugnación de la sentencia, así:

Primera causal: Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho.

Dice el actor que la sentencia incurrió en error de derecho porque en ella se dedujo que la procesada tenía conocimiento de que en las tulas que dio a guardar había armas y cocaína, de hechos indicadores no probados o de los cuales no se infería tal conclusión. Arguye que estos errores son de derecho, porque aunque la ley dio al Juez la facultad para apreciar racionalmente las pruebas, dejó vigentes algunos principios legales cuya violación puede generarlo, como son el de legalidad de la prueba, el de apreciación conjunta de las mismas y el de la estructura de los medios probatorios.

Con relación a este último punto dice que la estructura legal del indicio está integrada por un hecho indicador, el que debe estar probado, y un proceso de inferencia lógica que conduce al hecho que se quiere probar, y considera que como la providencia en algunos casos tomó como probados hechos indicadores que no lo estaban, y en otros se hizo una inadecuada inferencia, se incurrió por ello en error de derecho.

Segunda causal: Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho.

Refiere este cargo al, según él, "abierto e injusto desconocimiento de todos los medios probatorios que evidencian que la señora Mónica Esther Annichiarico de Libonaty desconocía que en las tulas y paquete había armas y estupefacientes; pues suponía que había en ellas sólo el dinero que se le había pagado a su asesinado hermano, y al que le había hecho alusión el señor Edgar Redondo, como aparece plenamente probado dentro del expediente, por los medios que le relacionado a través de todo este escrito, y que resulta innecesario el repetir".

Tercera causal: Violación directa de la ley sustancial.

Por último, considera el recurrente que la sentencia violó el artículo 2 del Código Penal "al imponer una sanción en tratándose de una conducta típica y antijurídica, empero no culpable"; el artículo 5, "al tomar en cuenta una proscrita responsabilidad objetiva", y el 39, porque "en vez de considerar la culpa, consideró el dolo, cuando las pruebas patentizaban incuestionablemente la primera".

El Procurador Delegado considera que la demanda debe ser desechada porque en su elaboración se rompió el principio de no contradicción en dos sentidos diversos, a saber: En primer lugar, porque "en los dos primeros cargos ataca la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial y en el tercero por infracción directa, contradicción clara e insalvable", porque "cuando se invoca la violación directa, se aceptan los hechos y las pruebas tal como fueron apreciadas por el fallador y el ataque se centra en el error que se haya cometido sobre la existencia, en la selección o en la interpretación de la norma sustancial; por el contrario, cuando se acude a la violación indirecta es porque la inconformidad radica en el sustento probatorio de la sentencia". En segundo lugar, el Procurador Delegado considera que "el cuidado de no entrar en contradicción debe observarse también respecto de cada cargo, porque, por ejemplo, la violación indirecta puede darse por error de hecho o por error de derecho, pero los dos obedecen a razones diferentes y excluyentes. El primero lo genera una equivocación sobre la existencia de la prueba o sobre su contenido fáctico; el segundo, considerar una prueba irregularmente aducida al proceso o errar en la valoración de la que fue aportada con las debidas formalidades".

Con posterioridad al recibo del concepto del señor Procurador Delegado, el recurrente presentó un inusual memorial en el que trata de desvirtuar las consideraciones de aquél.

Consideraciones de la Sala:

Es evidente como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Penal, que la demanda no puede prosperar por protuberantes fallas de técnica, que impiden a la Corte entrar a estudiar el fondo de la misma. La casación no es una tercera instancia, sino una demanda en la que se acusa una sentencia por adolecer de uno de los vicios expresamente señalados por la ley, y con sujeción a las reglas estrictas establecidas tanto para el recurso en general, como para cada una de las causales en particular. Las reglas en ellas trasgredidas son las siguientes:

1. Principio de no contradicción.

En forma reiterada ha venido diciendo la Corte que dentro de la demanda no se deben formular cargos contradictorios, pues no se trata de plantear varias hipótesis para que el Juez adopte la que considera más convincente, sino de demostrarle a la Corte que en la sentencia impugnada se incurrió indubitablemente en una de las causales de casación señaladas taxativamente por la ley, para que la Corporación acoja la decisión que el recurrente le propone como sustitutiva de la impugnación. Este requisito de no contradicción ya no sólo es

un imperativo de la lógica jurídica, sino también de carácter normativo, pues el numeral 3º del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal expresamente dispone que no pueden plantearse cargos incompatibles entre sí.

Ella no quiere decir que en la demanda se deba alegar una sola causal, pues es posible que se den varias causales en una sentencia. En el caso en estudio, por ejemplo, bien puede el recurrente alegar, como lo hace, violación indirecta de la ley por error de derecho, al considerar que el fallador valoró inadecuadamente unas pruebas, y violación indirecta de la ley, por error de hecho, al considerar que el fallador además dejó de considerar otras pruebas que obraban en el proceso.

Pero lo que no puede hacer es alegar violación directa e indirecta de la ley con relación al mismo fenómeno jurídico, como lo hace en la presente demanda, cuando en las dos primeras causales considera que hubo errores de hecho y de derecho con relación con la prueba que sirvió de base al Tribunal para decir que su procesada había actuado dolosamente, y luego en la causal tercera afirmar que hubo aplicación indebida de normas sustantivas, porque de acuerdo con las pruebas reconocidas en la sentencia, tal como lo tiene que aceptar al alegar la violación directa de la ley, el comportamiento de su poderdante fue claramente culposos y no doloso. Y es que como alinadamente lo amota el Procurador Delegado, en la violación directa de la ley sustancial lo que se discute es el encuadramiento dentro del ordenamiento jurídico de los hechos que se aceptan como probados, mientras que en la violación indirecta lo que se discute precisamente es la prueba. En sentencia de noviembre 2 de 1982, con ponencia del doctor Alfonso Reyes Echandía, dijo la Corte:

"En reiterada jurisprudencia ha dicho esta Sala que es anti-técnica la simultánea alegación de las violaciones directa e indirecta de la ley, pues a tiempo que aquella supone acuerdo del censor con los hechos procesales y ataque exclusivamente dirigido a la decisión del juzgador frente a la pura normatividad jurídica, ésta implica desacuerdo visible del actor con el tratamiento dado en la sentencia al material probatorio; unie la excluyente fisonomía lógica de estos dos fenómenos, resulta imposible aceptar su coetánea alegación.

"La violación directa de la ley admite tres formas legalmente precisadas, a saber; la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea; se da la primera cuando el juzgador ha ignorado la existencia de una norma jurídica inequívocamente aplicable al caso sub iudice; preséntase la segunda cuando el Juez yerra en el proceso mental de adecuación típica, pues ha decidido que la conducta del procesado se subsume en un tipo legal dentro del cual aquella realmente no entra; la tercera, en cambio, evidencia equivocación del juzgador al desentrañar el verdadero significado de la norma dentro de la cual objetivamente cabe la conducta incriminada. Las indicadas diferencias entre estos fenómenos impide su coetánea alegación".

Este grave error de técnica, que involucra las tres causales alegadas en la demanda, son suficientes para desecharla. Sin embargo, para mayor claridad, conviene analizar también los errores en que se incurre en cada uno de los cargos alegados.

2. En la causal primera el recurrente considera que el Tribunal incurrió en error de derecho, porque violó la estructura legal del indicio, al aceptar como probados unos hechos a partir de los cuales se hizo la inferencia del comportamiento doloso de la procesada sin estarlo, y porque hizo una deducción errada a partir de otros.

En relación al primer evento, dice en uno de los apartes de la argumentación de esta causal: "Si no hay hecho indicador probado, no puede haber inferencia válida y entonces si a un aspecto no probado se le da un alcance, como si estuviera demostrado, se incurre en un defecto de apreciación probatoria..."

Confunde en este caso el actor el error de derecho con el de hecho, pues el reconocimiento como probado de un hecho que no lo está, es del segundo tipo, y no del primero. La Corte dijo sobre esto punto en sentencia de noviembre 9 de 1982, con sentencia del Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía:

"La Corporación ha precisado la nítida diferencia entre los errores de hecho y de derecho en el marco de la violación indirecta de la ley y el desatino lógico de alegarlos simultáneamente.

"En el primero compruébase que el sentenciador aceptó un hecho probatorio que no existe en el proceso, o desconoció el que aparecía en autos o lo desfiguró ostensible e inexcusablemente; en el segundo, en cambio, le negó al hecho el valor probatorio que le correspondía, le dio el que no ameritaba, o admitió una prueba sin el lleno de los requisitos formales".

Con relación al segundo evento, inadecuada inferencia lógica de los hechos que se aceptan como probados, son en realidad errores de valoración de la prueba, y por tanto, podrían constituir errores de derecho, pero bien sabido es que dentro del actual Código de Procedimiento Penal el sistema de apreciación racional de la prueba adoptado por él no permite al recurrente oponer a la valoración que hace el fallador, su propia valoración, como clara y expresamente lo reconoce el mismo recurrente en su demanda.

3. En la segunda causal aducida por el recurrente, violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, se limita a decir que en la sentencia hubo un desconocimiento de todos los medios probatorios encaminados a demostrar que la procesada no sabía que en las tulas incautadas había armas y estupefacientes.

En la formulación de este cargo no se cumple ninguno de los requisitos que se exigen para ello: No dice cuál o cuáles son las pruebas ochadas de menos, cuál es la norma violada indirectamente, cuál es la incidencia de las pruebas omitidas por el fallador en la sentencia, y cuáles serían las normas que debería aplicar la Corte a la luz del nuevo material probatorio.

4. En la causal tercera alegada por el recurrente acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial, arguyendo que en ella se transgredieron los artículos 2, 5 y 39 del Código Penal, pero no dice si esa trasgresión obedece a falta de aplicación de otra norma que era la pertinente para el caso en estudio, o por aplicación indebida o por interpretación errónea de la que en la sentencia aparece, pues estos tres eventos no sólo deben sustentarse de manera distinta en la argumentación que debe aparecer en el cuerpo de la causal, que de paso se anota no existe en el cargo que se estudia, y tiene consecuencias jurídicas distintas en caso de que prosperara el recurso. La Corte distinguió claramente estas tres modalidades de la violación directa de la ley en sentencia de febrero 20 de 1985, con ponencia del Magistrado doctor Fabio Calderón Botero, en la que se dice:

"Los tres sentidos de la violación directa obedecen, cada uno de ellos, a diversos errores de lógica jurídica, así:

"a) En la exclusión evidente de ordinario llamada falta de aplicación, el error del fallador recae sobre la existencia o validez en el tiempo o en el espacio de la norma sustancial que se aplica o que se deja de aplicar, esto es, que en el primer evento la regla general que se aplica no tiene existencia jurídica, y en el segundo tiene plena existencia jurídica, pero se la desconoce o se le niega esta connotación. También ocurre cuando el juzgador deja de aplicar el precepto que corresponde porque objetiva o subjetivamente lo ignora, no sabe o no quiere saber de su existencia;

"b) En la aplicación indebida el error del fallador recae sobre la selección de la norma sustancial aplicada, es decir, en la adecuación de ella al caso concreto por no ser la que contempla o subsume, situación que comporta la inaplicación de la que realmente corresponde;

"c) En la interpretación errónea el error del fallador recae sobre el sentido de la norma sustancial aplicada, o sea, que siendo la que, sin duda alguna, regla el asunto material del juicio, se le da un entendimiento equivocado, y, por consiguiente, se le hace producir efectos de los que carece o que le son contrarios.

"Si estas son, en síntesis las características filosófico jurídicas de cada una de las formas de la violación directa, sus diferencias específicas se edifican sobre estos conceptos: La primera, sobre un error de existencia, la segunda sobre un error de selección, y la tercera, sobre un error de sentido.

"Entonces, bajo estas ideas rectoras no es posible hablar de violación directa por falta de aplicación o por interpretación errónea cuando el sentenciador aplica una regla general creyendo falsamente que en ella se subsume la totalidad del caso concreto y rechaza otra u otras por creer que no pueden contemplarlo o converger, de algún modo, a regirlo, porque en este evento se está siempre frente a una aplicación indebida al ponerse en evidencia el error de selección en que cayó el juzgador".

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto Fiscal,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado. Devuélvase el proceso al Tribunal Superior de origen.

Cópicse, notifíquese, cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougés, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garrido, Secretario.

EXTRADICION. PRESCRIPCION

El Acuerdo sobre Extradición de Caracas, dispone que no se podrá conceder, "cuando, según las leyes del Estado al cual se dirige la solicitud de extradición, hubiere prescrito la acción o la pena a que está sujeto el enjuiciado o condenado"

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 22.

Vistos:

Procede la Sala a emitir concepto sobre la solicitud de extradición del señor *Silvio Tejada Mejía*, formulada por el Gobierno del Perú ante el Gobierno de Colombia, para adelantar su juzgamiento por razón de un delito cometido en dicho país.

Hechos y actuación procesal:

1. El día 12 de febrero de 1979, pasadas las 5 de la tarde, la policía del Perú decomisó en el caserío de Neshuya, en el kilómetro 60 de la carretera de Federico Basadre, un saco tejido en plástico, el cual contenía 50 paquetes de pasta básica de cocaína, con un peso total de 46 kilos. Por estos hechos fueron aprehendidas varias personas, entre ellas el señor *Silvio Tejada Mejía*, quien es pedido en extradición por razón de los mismos (fl. 23).

2. El Juzgado de Instrucción de la ciudad de Pucallpa abrió la correspondiente investigación (fl. 24), habiendo considerado que había mérito para dictar resolución acusatoria contra varios de los inculcados, pero exonerando de toda responsabilidad a otros de los participantes entre quienes se encontraba el señor *Silvio Tejada*, concepto este que coincidió con el dado por el Agente del Ministerio Público ante ese Juzgado (fls. 30 y ss.), habiendo sido puesto en libertad por esta razón.

Sin embargo, el Fiscal ante el Segundo Tribunal Correccional de Huanuco acusó formalmente a todos los partícipes en los hechos ante esta Corporación, la que adelantó juicio contra quienes estaban detenidos, "reservando" la celebración de la audiencia de juzgamiento

contra quienes habían sido excarcelados, y disponiendo la captura de estos, según las normas del estatuto procesal de este país, que impide adelantar juicio en contumacia (fls. 34 y ss.).

Por informaciones de las autoridades policiales de Colombia acerca de que Tejada se encontraba en este país, el Presidente de la Corte Superior de Huanuco ofició a la Corte Suprema de la República la solicitud de trámite de extradición de Tejada Mejía, la que es motivo de estudio por esta Sala en este proveído (fls. 57 y ss.).

3. Recibida la petición con los documentos respectivos por el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, fue enviada al Ministerio de Justicia en diciembre 20 de 1988. En el oficio remisorio se dice que entre Colombia y Perú está vigente el Acuerdo sobre Extradición firmado en Caracas el 18 de julio de 1911, cuyos instrumentos de ratificación fueron depositados por Colombia el 28 de julio de 1914, y por el Perú el 22 de agosto de 1915, aprobado por Colombia mediante la Ley 26 de 1913.

Se aclara en el mencionado oficio que también regula la extradición entre estos dos Estados la Convención Unica sobre estupeficientes de 1961, y su protocolo de modificación hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972, aprobado por Colombia mediante la Ley 13 de 1974, cuyos instrumentos de ratificación fueron depositados por Colombia el 3 de mayo de 1975, y por el Perú el 22 de julio de 1964 y 12 de septiembre respectivamente. En ese estatuto se prevé que los delitos relacionados con el tráfico de drogas se considerarán incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo tratado sobre esta materia celebrado entre las partes.

4. Como de acuerdo con el inciso 3º del artículo 8º del Acuerdo sobre Extradición firmado en Caracas, ésta se debe tramitar según las leyes del Estado al cual se le haga la demanda, el Ministerio de Justicia envió a esta Corporación el expediente respectivo, para efectos de dictar el concepto a que se refiere el artículo 637 del Código de Procedimiento Penal.

5. Por auto del 12 de octubre de 1989, el suscrito Magistrado ordenó correr traslado al ciudadano pedido en extradición para que solicitara las pruebas que considerara pertinentes. Este, en memorial de fecha 24 de noviembre de 1989 pidió algunas pruebas, pero además solicitó que la Sala manifestara su concepto desfavorable a la petición, porque según las leyes de nuestro país la acción está prescrita, siendo este un factor impediante para disponer la extradición, según el tratado suscrito con la República del Perú.

6. La Sala consideró oportuno aplazar la decisión sobre este punto hasta cuando se practicaran las pruebas y así lo dispuso por auto del 16 de enero de 1990. Sin embargo el apoderado del procesado interpuso recurso de reposición contra esta decisión, insistiendo en que la Sala se pronuncie sobre la prescripción de la acción penal, por lo que se entra a decidir sobre el punto.

Consideraciones de la Corte:

El literal "b" del artículo 5º del Acuerdo sobre Extradición de Caracas, dispone:

"Artículo 5º Tampoco se acordará la extradición en los casos siguientes:

"b) Cuando según las leyes del Estado al cual se dirige la solicitud de extradición, hubiere prescrito la acción o la pena a que está sujeto el enjuiciado o condenado".

Igualmente el inciso 4 del artículo 8 del Tratado dispone que "en ningún caso tendrá efecto la extradición si el hecho similar no es punible por la ley de la nación requerida".

El artículo 84 del Código Penal actualmente vigente, dispone:

"Artículo 84. Interrupción del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado.

"Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. En este caso el término no podrá ser inferior a 5 años".

El mencionado artículo 80 establece:

"Artículo 80. 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 ese efecto se tendrá 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".

Aunque la norma parece clara en el sentido de que el término de prescripción de la acción se calculará teniendo en cuenta la totalidad de las regulaciones del país requerido, podría pensarse sin embargo que la pena que debe tenerse en cuenta para computar el término de la misma sea la señalada para el delito en la legislación del país requerente. Sin embargo, la política general que informa el tratado de extradición suscrito con el Perú es la de supeditar esta institución a las previsiones del país requerido. Veamos algunas de sus normas.

En el artículo 1º se dice: "Para que la extradición se efectúe es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar en donde se encuentre el prófugo o enjuiciado, justificarian su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiese verificado en él".

En el artículo 3º se dice: "Cuando el crimen o delito motivo de la extradición se ha cometido, o atentado, o frustrado, fuera del Estado que hace la demanda, podrá dársele curso a ésta, sólo cuando la legislación del Estado requerido autorice el enjuiciamiento de tales infracciones cuando se cometan fuera de su jurisdicción".

Artículo 4º "No se acordará la extradición de ningún prófugo criminal si el hecho por el cual se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él..."

Artículo 8º, incisos 3 y 4: "La extradición de los prófugos en virtud de las estipulaciones del presente Tratado se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda.

"En ningún caso tendrá efecto la extradición si el hecho similar no es punible por la ley de la nación requerida".

Artículo 10: "No se ejecutará la pena de muerte a un reo sino cuando ésta está permitida en el país que lo entrega".

Por eso, cuando el literal "b" del artículo 5º del Acuerdo dispone que no se podrá conceder la extradición "cuando, según las leyes del Estado al cual se dirige la solicitud de extradición, hubiere prescrito la acción o la pena a que está sujeto el enjuiciado o condenado", debe entenderse que dichas normas no sólo se refieren al mecánismo para determinar el tiempo en que prescribe la acción, sino también a las penas que sirven de base para determinar el término en que ella se produce. Esto se hace más claro si se tiene en cuenta lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 8º del Tratado atrás transcrito que prohíbe la extradición cuando el hecho no es punible de acuerdo con las leyes del país requerido, y es la prescripción precisamente una de las causales de extinción de la acción, y como consecuencia de ello, de su punibilidad.

Por otra parte, la extradición tiene como uno de sus fundamentos esenciales la doble incriminación consagrada en el artículo 658 del Código de Procedimiento Penal, por lo que si el hecho deja de ser sancionable en el país requerido, no se podría proceder a ella, así el Tratado no hubiera previsto como requisito el que la acción no estuviera prescrita.

En el caso en estudio, el delito que se imputa al procesado es el tráfico ilícito de estupefacientes, según la correspondiente resolución acusatoria, el cual, según el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, está sancionado con una pena máxima de doce años de prisión. Esta pena se debe incrementar en las tres cuartas partes, por razón de la circunstancia agravante contemplada en el numeral 3 del artículo 43 del mismo estatuto, lo que da un total de veintiún (21) años, los que reducidos a la mitad por razón de lo dispuesto en el artículo 84 del Código Penal atrás transcrito, queda reducida a diez años y seis meses de prisión.

Según el proceso, la resolución acusatoria se expidió el 19 de septiembre de 1979, lo que implica que a la fecha ya ha prescrito la acción, por lo que de acuerdo con el Tratado de Caracas que regula la extradición entre Colombia y Perú, el caso en estudio encuadra en uno de los eventos contemplados en él de no procedibilidad de la misma, y así procede a declararlo la Sala.

Una vez en firme este concepto se devolverá el expediente con todos sus anexos al Ministerio de Justicia, para lo de su competencia

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Veldsquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Suavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garrota, Secretario.

INASISTENCIA ALIMENTARIA

Ningún precepto legal fija al Juez de Menores derrroteros inmodificables en la tarea de cuantificar la cuota alimentaria que se debe por ley a ciertas personas

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengus.*

Aprobado: Acta número 22 de marzo 27 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante providencia de ocho de noviembre del pasado año, se abstuvo de abrir proceso penal al Juez Segundo Civil de Menores de esa ciudad, *doctor Antonio María Rincón Stella* en razón de los cargos formulados por el abogado Jorge Ernesto Salinas Piñeros, decisión contra la cual éste interpuso recurso de apelación que le fue concedido.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita confirmación de la providencia impugnada, por considerarla conforme a derecho.

Antecedentes:

a) La señora María Cristina Duarte, separada de su esposo el doctor Jorge Ernesto Salinas Piñeros, promovió contra éste, ante el Juzgado Segundo Civil de Menores de Bucaramanga un incidente procesal a fin de que le fuera incrementada en un 50% la cuota alimentaria ordinaria de \$24.000.00 y las extraordinarias de \$10.000.00 correspondientes a los meses de junio y diciembre aduciendo entre otras razones, el aumento en los gastos de manutención, vestido y educación de sus tres menores hijos, la devaluación del peso colombiano y la mejoría en los ingresos del padre alimentante.

Agotado el trámite incidental, el Juzgado de Menores a cargo del doctor Antonio María Rincón Stella en providencia de 9 de agosto de 1989 fijó como nueva cuota alimentaria a cargo del demandado y a favor de sus menores hijos Andrés Ernesto, Felipe y Johana Salinas Duarte la suma de \$40.000.00 "incrementada por el mes de enero de cada año a partir de enero de 1990 en un 20%. Así mismo contribuirá con una cuota adicional igual a la mensual por los meses de junio y diciembre de cada año" (fs. 14 a 86 del expediente);

b) Inconforme el demandado con dicho pronunciamiento, no susceptible de recurso, denunció penalmente al Juez de Menores Rincón Stella, atribuyéndole los delitos de prevaricato por acción y omisión: Aquél por haber emitido resolución contraria a derecho y a la realidad procesal al aumentar la cuota ordinaria de alimentos en cuantía superior a la solicitada por la interesada e incrementar oficiosamente en un 300% las cuotas adicionales, sin aparecer demostrada, como debió estarlo, su capacidad económica, para satisfacer dichas obligaciones poniendo en peligro su patrimonio y libertad, y éste, por no haberse esperado a que llegaran los testimonios de sus padres solicitados a un Juez de Bogotá ni haber recepcionado el del señor Jesús Omar Fernández con los cuales pretendía establecer la existencia de otras obligaciones a su cargo, afirmando además, que las declaraciones que obran en autos fueron recibidas sin que el Juez les tomara el juramento a los testigos.

Es enfático en manifestar, que el doctor Rincón Stella evidenció con ello su inocultable propósito de favorecer a la parte demandante;

c) Practicadas por el Tribunal Superior diligencias preliminares, se abstuvo dicha Corporación de abrir sumario contra el funcionario inculcado por atipicidad de la conducta denunciada, argumentando que el aumento en la cuota alimentaria es atribución discrecional del Juez de Menores, preguntándose si la fijación de las mesadas en la cuantía indicada, "constituye una arbitrariedad cuando de cubrir las necesidades de alimento, abrigo, posada, matrícula y elementos de estudio para tres hijos de edades que oscilan entre 10 y 15 años se trata, tanto más si ocupan posición social distinguida, es ir contra la realidad y por ende desatinado fundamento para estructurar el delito de prevaricato, en mala hora endilgado".

Expresa, que de acuerdo a la relación de gastos presentada por el doctor Salinas Piñeros y su aceptación en el sentido de poseer un capital superior a \$ 16.000.000.00 representado en una casa de habitación y un vehículo particular, son "factores que permiten inferir sin vulnerar la dosis de prudencia normal que su situación económica le permitía sufragar la obligación alimentaria en el monto propuesto por el Juez de Menores".

Refiriéndose a los demás cargos imputados, afirma que el Juez acusado no podía entorpecer el procedimiento, ni dilatar los breves términos incidentales a la espera de oír en declaración a los testigos Jesús Omar Fernández y Luz América Castillo Serrano (ésta última citada por la demandante) a quienes se citó en dos oportunidades con resultados negativos, ni esperar a que llegara diligenciado el despacho comisorio con las declaraciones de los progenitores del demandado, cuando se encontraban más que vencidos los términos para dictar sentencia, conforme al artículo 7º de la Ley 83 de 1946 (Orgánica de la Defensa del Niño) constituyendo un dislate elevar a la categoría de prevaricato por omisión la irregularidad procesal consistente en no tomar juramento a los testigos, máxime que el Juez rechaza enfáticamente tal inobservancia. Da cuenta el Tribunal Superior que el querellante promovió ante el mismo Juzgado la reducción de la cuota alimenticia asignada.

Consideraciones:

Ningún precepto legal fija al Juez de Menores pautas o derroteros inmodificables en la tarea de cuantificar la cuota alimentaria que se debe por ley a ciertas personas; por el contrario, las normas que se ocupan de reglamentar dicha prestación, le otorgan un prudente y racional arbitrio en esta materia, teniendo en cuenta, entre otros factores, las facultades del alimentante y sus circunstancias domésticas, lo mismo que las capacidades del alimentario, pudiendo aumentarla o reducirla, cuando cambien las circunstancias que la motivaron (arts. 419, 420 y 423 del Código Civil).

Y por tratarse, de cuestiones de gran contenido social, relacionadas con la asistencia y protección del menor, en las que está de por medio el orden público, el Juez no se encuentra limitado por las pretensiones de los interesados, pudiendo ir más allá de ellas, en guarda de los intereses legalmente protegidos.

De modo pues, que si en el caso sometido a consideración de la Sala, el Juez de Menores de Bucaramanga doctor Antonio María Rincón Stella, aumentó la cuota alimentaria en proporción ligeramente mayor a la inicialmente solicitada por la demandante, en consideración al alto costo de la vida que incrementó los gastos de alimentación, vestuario y educación de los menores hijos, la mejor situación económica en que se encontraba el padre demandado frente a la madre demandante encargada del cuidado personal de sus hijos y contribuyente además en dichos gastos con el aporte de su salario mensual de \$ 58.260.00 y de manera especial al significativo hecho de que las mesadas no habían sido reajustadas en los dos últimos años por la negativa del doctor Salinas Piñeros que alegaba una serie de obligaciones a su cargo, no se vé de qué manera con dicho proceder pudo haber contrariado manifiesta o expresamente la ley, quedando incurso en el delito de prevaricato por acción.

Contrariamente a lo que piensa el denunciante, su determinación en tal sentido se acomoda a la normatividad jurídica vigente sobre el particular haciendo atípica su conducta.

Afirma el querellante, que el Juez inculpaado fundamentó su decisión en simples presunciones incrementando la cuota alimenticia más allá de sus reales posibilidades económicas, con el único propósito de favorecer a la parte actora; pero, resulta que la resolución emitida aparece precedida de un examen crítico de los elementos de persuasión aducidos por las partes en litigio y fundada en hechos, cuya libre apreciación, llevaron al juzgador a dar establecidas las circunstancias que justifican el reajuste ordenado y por ninguna parte se vislumbra siquiera la posibilidad de que el Juez Rincón Stella se hubiera parcializado en favor de la demandante.

La Procuraduría Delegada, refiriéndose a este aspecto, dijo lo siguiente:

"En efecto, de la relación de gastos expuestos por Salinas Piñeros, se infiere como acertadamente lo hiciera el procesado, que forzosamente los ingresos percibidos por el demandado debían sobrepasar los \$ 100.000.00 y además que para el momento de ser sujeto pasivo

de la ley civil, poseía bienes por valor de \$ 16.500.000.00, con una sola hija a su cargo, en tanto que la demandante, tiene tres hijos bajo su responsabilidad, lo que justifica el incremento en la cuota alimentaria".

A las lógicas y razonables argumentaciones que sirven de soporte a la providencia cuestionada de ilícita, opone el acusador sus personales y subjetivas apreciaciones, como la de considerar que la cuota de alimentos debió fijarse con base a "entradas fijas" del obligado sin darle mucha preponderancia al patrimonio, olvidando que la simple disparidad de criterios o de pareceres entre el juzgador y el denunciante sobre temas que fueron materia de debate, no constituye fundamento sólido para predicar una conducta prevaricadora.

Acertó entonces el Tribunal Superior de Bucaramanga al abstenerse de iniciar sumario contra el Juez de Menores de esa ciudad, doctor Antonio María Rincón Stella por atipicidad del comportamiento observado, fenómeno que igualmente se predica respecto a las restantes inculpaciones.

Con relación a estas últimas, la Corte se identifica con los planteamientos de su colaborador Fiscal, quien expresa sobre el particular:

"La Ley 83 de 1946 establece términos perentorios para la tramitación de incidentes como el de incremento de la cuota alimenticia, lo cual impedía al Juez que a su capricho los ampliara indefinidamente hasta que el testigo Jesús Omar Fernández Avellaneda quisiera concurrir al Despacho a rendir su declaración; en dos oportunidades fue citado y en las dos evadió su comparecencia, entonces, cuando menos inaudito resulta que ahora el quejoso venga a afirmar que no se le quiso recibir testimonio a su cuñado".

"Motivos similares a los expuestos, sirven para justificar la no aducción al proceso de los testimonios de los progenitores del abogado demandado y ahora denunciante, pues librado oportunamente el despacho comisorio a Bogotá, estos fueron remitidos al Juez de Menores, días después de que se hubiese producido el fallo".

"Ahora, en lo que atañe a la omisión del Juez de juramentar a los testigos, aparte de que el funcionario afirma lo contrario en la versión que rindiera en estas diligencias preliminares, ningún elemento de juicio, aparte de la aseveración del denunciante, permite darle fuerza al cargo pues no se ha demostrado la falsedad de las respectivas actas y como documentos públicos, están amparados de la presunción de veracidad".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, y de acuerdo con el Procurador Delegado, confirma la providencia inhibitoria impugnada por el denunciante doctor Jorge Ernesto Salinas Piñeros.

Cóplese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Volásquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas,

Rafael I. Cortés Garriga, Secretario.

PREVARICATO

La discrepancia de los litigantes con las decisiones de los Jueces de la República, cuando estas son el fruto del análisis jurídico de las normas imperantes, no puede constituir delito de prevaricato

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 22.

Vistos:

Procede la Sala a decidir sobre la apertura de investigación en contra de los doctores *Mercedes Sulgado de Gutiérrez, Julio E. Correa, Clara González de Barliza, Jorge F. Márquez Puentes, Miren de la Lombana de Magyaroff y César Uribe Botero*, Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por razón de la denuncia que contra ellos instauró el doctor *Alvaro Corredor Contreras*.

Hechos y actuación procesal:

El doctor *Alvaro Corredor Contreras* estuvo vinculado a la empresa *Bavaria S. A.* durante el período comprendido entre el 1º de marzo de 1974 y el 15 de agosto de 1985, cumpliendo funciones de abogado de la mencionada empresa.

Durante este período recibió poder para iniciar una demanda de nulidad contra la liquidación del impuesto de renta de la empresa, correspondiente al año de 1978, el que le fue conferido por el representante legal de la misma.

Al retirarse de la empresa le fue revocado el poder, habiéndose nombrado otro apoderado en su reemplazo, razón por la cual el doctor *Corredor* presentó al Tribunal una petición para que se le regularan los honorarios correspondientes a su actuación profesional dentro del proceso.

El Tribunal decidió el incidente en forma negativa para el peticionario, considerando que el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, norma que había servido de base a la petición de *Contreras*, preveía la regulación de honorarios cuando estos se hubieran pactado

previamente, y que este supuesto no se había demostrado dentro del proceso. Esta decisión motivó la denuncia penal por parte del doctor Contreras contra la totalidad de los Magistrados integrantes de la Sección Segunda de esa Corporación, la que luego hizo extensiva a los Magistrados que integran la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la diligencia de ratificación de la denuncia, por haber confirmado la providencia de aquella.

El Consejo de Estado en su providencia no sólo acogió el razonamiento hecho por el Tribunal, sino que además puso de presente como el doctor Corredor, so pretexto de lograr la regulación de unos honorarios no pactados, lo que estaba buscando era el reconocimiento de una pretensión de carácter civil frente al mandante con el objeto de que éste le reconociera unos honorarios por el trabajo realizado, debate que debió plantear ante la jurisdicción laboral, y no dentro del proceso adelantado ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Consideraciones de la Corte:

Desde el punto puramente jurídico la Sala ha sido muy reiterante en afirmar que la discrepancia de los litigantes con las decisiones de los Jueces de la República, cuando estas son el fruto del análisis jurídico de las normas imperantes, no puede constituir en ningún caso delito de prevaricato. En múltiples sentencias, de las cuales se transcribe la del 22 de mayo de 1981, con ponencia del doctor Alfonso Reyes Echandía, se dice lo siguiente:

"La conducta descrita como prevaricato en el artículo 149 del Código Penal consiste en proferir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, es decir, auto, sentencia, decreto, resolución propiamente dicha o cualquier otro acto oficial mediante el cual el funcionario decida o emita opinión sobre asunto de su competencia, que evidencien ostensible ilegalidad; no basta, pues, una discrepancia conceptual entre funcionario y alguna de las partes sobre aspecto fáctico o jurídico, o interpretación normativa diversa de la predominante, o determinación judicial o administrativa revocada luego en instancia superior por incorrecta, para concluir que se está frente a un prevaricato; hechos confusos, material probatorio que apunta en opuestas direcciones, normas oscuramente redactadas o susceptibles de diversas interpretaciones por su complejidad, pueden dar lugar a decisiones variadas y en veces contrapuestas respecto de situaciones fácticas similares, sin que por ello pueda afirmarse siempre que se ha incurrido en prevaricato, y esto porque son hombres y por lo mismo sujetos fallibles quienes asumen la responsabilidad de interpretar la ley y de resolver con fundamento en ella los conflictos que se les planteen; también por eso el sistema jurídico ha creído los mecanismos de la doble instancia y de los recursos ordinarios y extraordinarios para cerrar en lo posible la brecha de injustas decisiones; así pues, solamente aquellas determinaciones oficiales de una marcada y protuberante ilegalidad asumen la categoría defectiva de prevaricación".

Pero lo que preocupa a la Sala es que un número creciente de abogados litigantes estén recurriendo a la denuncia penal sin que tengan fundamentos serios para ello, lo que puede implicar falta contra el respeto debido a la administración de justicia, máxime cuando como en el caso presente se utilizan términos irrespetuosos contra los miembros de la Corporación, por lo que se ordenará que por la Secretaría se compulsen copias de los siguientes documentos con destino al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que adelante la investigación correspondiente: Denuncia presentada por el doctor Alvaro Corredor Contreras (fls. 14 a 25); fotocopia del auto del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en donde se decide sobre el incidente de regulación de honorarios (fls. 33 a 37); fotocopia del auto del Consejo de Estado en donde se confirma la decisión del Tribunal (fls. 39 a 56), ratificación de la denuncia por parte del signatario (fls. 190 a 194), y copia de esta providencia.

Como el denunciante también acusa a los doctores Jaime Abella Zárate, Guillermo Chaín Lizoano, Gilberto Arango Londoño y Consuelo Sarria Olcos, Consejeros de Estado, por razón de la providencia confirmatoria de la del Tribunal, por la Secretaría se expedirá también copia de los mismos documentos atrás enunciados, con destino a la honorable Cámara de Representantes, Comisión de Acusaciones, para que por esa Corporación se decida lo pertinente.

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

Resuelve:

1. *Abstenerse* de abrir investigación penal contra los doctores Mercedes Salgado de Gutiérrez, Julio E. Correa Restrepo, Clara González de Barliza, Jorge E. Márquez Puentes, Miran de la Lombana Magyaroff y César Uribe Botero, por los hechos a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

2. Por la Secretaría expídanse las copias correspondientes con destino al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y a la honorable Cámara de Representantes, Comisión de Acusaciones.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Jaime Giraldo Angel, Mario Mantilla Nogués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA. DEFENSOR

La rica temática subyacente en la defensa penal corresponde siempre y en todo caso, por su lado formal o técnico al defensor, quien para su correcto ejercicio goza de la más amplia e integral autonomía

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 022 de marzo 27 de 1990.

Vistos:

Con sentencia de febrero dos (2) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Tribunal Superior de Orden Público confirmó el fallo proferido por el señor Juez Sexto (6º) de la misma jurisdicción radicado en Medellín el tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), mediante el cual se condenó a *Juan Carlos Varela Osorio* y *Luis Albeiro García Díez* a la pena principal de diez (10) años de prisión y multa equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos, a cada uno, como autores responsables de la conducta prevenida en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Contra la decisión del Tribunal, Varela Osorio y García Díez interpusieron el recurso extraordinario de casación. Únicamente el primero de ellos a través de apoderado especial presentó la correspondiente demanda que fue declarada ajustada a derecho y agotada como está la tramitación respectiva, procede la Corte a resolver lo que sea de ley. El señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal solicita no casar el fallo impugnado.

Hechos:

Los sucesos que originaron la investigación penal sobre la cual se produjo la decisión condenatoria, se narran de la siguiente manera en la sentencia recurrida:

“... En cercanías de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, fueron observados durante varios días, sujetos sospechosos que merodeaban como a la espera de alguien por lo cual los vecinos avisaron al DAS habiéndose organizado una labor de seguimiento de

los individuos que culminó con la captura, el 13 de mayo del año pasado, en la avenida La Playa con carrera 40, de Juan Carlos Varela Osorio, en poder de quien fue hallada una pistola, de Luis Alberto García Díez, a quien le fue hallada una tula dentro de la cual guardaba una subametralladora. En la misma esquina pero hacia el norte fueron aprehendidos Héctor Cárdenas Galvis y Víctor Oswaldo Berrío Gil, portador de la motocicleta Yamaha, placas CBW-65 blanca de 175 cc..." (fl. 17, cuaderno 2º).

Actuación procesal:

Los hechos precedentemente relacionados dieron lugar a que el Juzgado Cuarto (4º) Especializado de Medellín dispusiera la apertura de la correspondiente investigación penal. Fueron indagados Víctor Oswaldo Berrío Gil, Luis Alberto García Díez, Héctor Cárdenas Galvis y Juan Carlos Varela Osorio. En su oportunidad se dictó auto de detención contra García y Varela, absteniéndose el instructor de hacerlo respecto de los demás inculcados. Dentro de la etapa investigativa se practicaron numerosas diligencias y se recaudó diversa prueba testimonial, pericial y documental.

Tras algunas incidencias procesales se determinó que la competencia del caso *sub iudice* correspondía al Juzgado Cuarto (4º) Especializado con sede en Medellín. Posteriormente y posesionados los funcionarios de la jurisdicción especial de orden público correspondió a estos conocer del asunto, concretamente al Juzgado Sexto (6º) de tal categoría, radicado en la misma ciudad. Agotada la etapa del juicio, este despacho judicial condenó a García Díez y Varela Osorio a la pena principal de diez (10) años de prisión, multa de cincuenta (50) salarios mínimos y las accesorias de rigor, absolviendo a los restantes acriminados. Al conocer el Tribunal de Orden Público por vía de apelación de dicho fallo lo confirmó integralmente al hallarlo ajustado a derecho mediante la sentencia que fue objeto del recurso extraordinario y que se desata a través de esta providencia.

La demanda:

Con fundamento y amparo en el tercer motivo de casación (art. 226 del C. de P. P.) el recurrente propone dos (2) cargos a la sentencia impugnada.

Primer cargo: "... La sentencia se dictó en un proceso objetable, viciado por la violación del derecho a la defensa, nulidad legal consagrada en el artículo 305 del Código Procedimental, causal tercera, en efecto..."

"... Juan Carlos Varela no tuvo defensor durante todo el accidentado trámite del proceso que culminó con sentencia en su contra. Al defensor designado, en documento que corre a folio 84 frente, jamás se le dio posesión. La ausencia de defensa formal y material es ostensible. Esa falta de posesión tornaba nugatorios los actos de notificación. Un procedimiento abreviado, como el que consagra el

estatuto defensa de la democracia, exige a lo menos que se cumpla a cabalidad el principio de contradicción, es decir, que haya acusación y que haya defensa. La primera la ejerce el Ministerio Público, la segunda la defensa Ietrada. Si el principio de contradicción es inherente a la noción de proceso, ese principio adquiere mayor importancia en una estructura vital que recorta al máximo, las garantías procesales. Si se presenta la acusación y falta la defensa, no hay relación jurídico procesal, no hay contradicción, no hay lealtad, no se cumple la finalidad del procedimiento, no hay debido proceso. La sentencia que se dicta allí, como ocurrió en el presente caso, se edifica en un proceso viciado de nulidad..." (fls. 16/7, cuaderno 3º).

Segundo cargo: En la formulación de éste, es claro advertir la existencia de cinco (5) censuras o reparos a cual más sustancial según léxico del recurrente. Las enuncia de la siguiente guisa:

"...*Primera.* El Juez especializado adelantó la investigación, sin proferir previamente auto cabeza de proceso, cimiento estructural del mismo. Ese auto es el que legitima desde el punto de vista de la publicidad y la contradicción, la práctica de pruebas. Considero, que sin ese auto, los medios de prueba aducidos, lo son irregularmente, ya que no se cumple el principio de legalidad de la prueba (fls. —sic— 252, C. de P. P.)..."

"...*Segunda.* La colisión de competencias entre el Juez Especializado y el Juez de Instrucción, incidente que resolvió el Tribunal Superior de Medellín, era una auténtica colisión de jurisdicciones, conflicto que debía resolver la Corte Suprema de Justicia. El honorable Tribunal resultó otorgando competencia cuando no tenía ninguna facultad para hacerlo..."

"...*Tercera.* El proceso se falló, preexistiendo, el cierre de investigación ejecutoriada (sic), aplicando el procedimiento de la Ley 2ª de 1984. Se hizo uso de una estructura procesal irregular donde se asimilaba el auto de cierre con el auto de traslado para alegar del procedimiento de orden público (fl. 120 fte.)..."

"...*Cuarta.* El dictamen pericial sobre la naturaleza de las armas jamás fue puesto en conocimiento de las partes. Dicho dictamen fue rendido sin posesión previa del perito como lo exige el artículo 271 del estatuto procesal penal..."

"...*Quinta.* Los actos de notificación al defensor, en el procedimiento especial de orden público, son perentoriamente personales ya que no puede proferirse sentencia sin alegato previo de la defensa. En el presente caso, el defensor de Varela Osorio, no fue notificado personalmente del auto corriendo traslado para alegar..." (fls. 17 a 19, cuaderno 3º).

Concepto del Ministerio Público:

Trás examinar los fundamentos del proceso y la demanda de casación presentada, el Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal —en un jurídico examen de las cuestiones debatidas— critica los razonamientos expuestos por el actor, refutándolos victoriosamente.

Con estribo en dichas reflexiones solicita a la Corte no casar el fallo impugnado (Ets. 35 y ss., cuaderno 3º). En su oportunidad y de una u otra manera la Sala volverá a ellas.

La Corte:

A. Primer cargo.

Sostiene en este departamento el recurrente que el procesado careció de defensa adecuada por cuanto "... durante todo el accionamiento trámite del proceso..." al defensor designado no se le dio posesión de ese cargo tomando "...nugatorios los actos de notificación..." Pero, además, afirma que hubo ausencia de defensa formal y material.

Veraz y atendible es la glosa que apunta la demanda en cuanto que el defensor oficioso asignado por el Juzgado no se posesionó de su destino. Empero, una tal informalidad —que resulta imposible desconocer— carece de mayor significación cuando bien se medita que al profesional encargado de la prolección jurídica de la persona acusada y de sus intereses, en momento alguno se le impidió la defensa, la que ejerció a plenitud, con absoluta libertad de acción sin vailadares ni obstáculos. La ausencia del acto formal de posesión adviene así irrita y vacua más que por su inanidad porque al letrado actuante se le brindaron las condiciones y garantías necesarias para el ejercicio de su ministerio en las oportunidades marcadas por el Código de la materia.

El perfil técnico jurídico del derecho de defensa depende en rigor del defensor quien en cumplimiento de la actividad de asistencia jurídica debe abordar —en su más amplio sentido y con el debido acento— el patrocinio profesional del interés del imputado ya complementando sus iniciativas, ora representándolo en las ocasiones que fuere menester, bien alegando en las instancias, incluso asumiendo una actitud pasiva e indiferente. Su desarrollo es amplio y vario sin definidos límites ni obligados contornos. En su doble función de asistencia y representación y de frente a las vicisitudes particulares del proceso igual da que se muestre precavido y cauto o por el contrario diligente o aplicado y aún sigiloso si en estos supuestos persigue fortalecer la defensa según su cometido y estrategia y todo esto —claro está— acorde con su capacidad, experiencia, luces y conocimiento.

En suma y brevemente, la rica temática subyacente en la defensa penal que como bien se ha dicho es a la vez un derecho, un poder y una actividad corresponde siempre y en todo caso por su lado formal o técnico al defensor quien para su correcto ejercicio, completo enfoque de su misión y entendible mejoramiento de la situación procesal del sujeto judicialmente perseguido goza de la más amplia e integral autonomía en orden a asegurar el ejercicio técnico del derecho de defensa restringido sólo por los fines de la justicia y los patrones éticos impuestos por la ley.

Una y otra vez ha dicho la Corte que no basta con señalar, en abstracto, ausencia de defensa o perjuicio evidente en los derechos fundamentales del imputado pues que se hace imprescindible acre-

ditar cuales pruebas dejaron de practicarse y en qué grado y de qué manera la dicha omisión repercutió en la solución final del proceso. Y con relación a las tesis jurídicas también ha enseñado la Corte que no basta tildar de inadecuada la defensa sino que se debe señalar cuál es el criterio jurídico que la defensa hubiera podido exponer a efecto de que la justicia, al tenerla en cuenta, falte en favor del acusado o acuerde una rebaja a la pena imponible (cfr., cas., marzo 30 de 1975), precisiones sin las cuales no es dable examinar el cargo de ausencia de defensa de un imputado.

Por cierto que en el caso de autos el defensor no solamente tuvo una actuación solícita y diligente en la audiencia sino que con claro sentido del deber profesional apeló de la sentencia condenatoria de primera instancia sustentando el recurso con respetables y consistentes argumentos. Cosa diferente fue que su criterio sobre ausencia del elemento subjetivo en el delito reprochado (carencia de finalidad terrorista) no tuvo éxito ante el Tribunal de Orden Público que en la materia siguió la tesis dominante en la Corte.

No procede la tacha examinada.

B. Segundo cargo.

En la formulación de la presente acusación, cinco (5) irregularidades sustanciales señala el actor. Para mayor claridad y respetando el "ordo temporum" en que las enlista, la Corte habrá de referirse por separado a cada uno de ellos.

Primero: En la enunciación de este reproche agita el censor la idea de que el proceso se adelantó sin auto cabeza de proceso y que los medios de prueba aducidos lo fueron irregularmente al no cumplirse el principio legal de la prueba.

En el acto *sub exámine* evidentemente se dictó providencia que ordenó abrir investigación y que a la letra dice:

"... Juzgado Cuarto Especializado... Medellín, mayo diecisiete de mil novecientos ochenta y ocho... Con base en las presentes diligencias, declárase abierta la correspondiente investigación penal —arts. 354 y 358 del C. de P. P.—... En consecuencia, practíquense todas las diligencias de que trata el artículo 360 *ibídem*, las que de estas surtian y demás que se estimen conducentes al total esclarecimiento de los hechos delatados... Déncse los avisos a las autoridades competentes... Radíquese y cúmplase... El Juez... El secretario... (hay firmas)..." (fl. 4, cuaderno 1º).

Y también es cierto que se observó de manera real e incontrastable tanto la ritualidad como el contenido material del artículo 360 del ordenamiento procesal, cumpliéndose de esta manera las reglas de la legalidad de la prueba (art. 252 del C. de P. P.).

Por este aspecto no prospera, pues, cargo alguno contra la sentencia.

Segundo: El recurrente alega la nulidad del proceso porque quien dirimió la colisión de competencia fue el Tribunal y no la Corte. La nulidad por falta de competencia que establece la ley es la del Juez

que conoce del proceso y no de quien dirima los posibles conflictos que por esta materia se susciten, máxime cuando la verdad jurídica indiscutible es que el conocimiento de los hechos corresponde privativamente a los Jueces de Orden Público, tal como lo señaló el Tribunal al zanjar la pugna referida.

Empero, este error de dicha Corporación no tuvo consecuencias que afecten la validez del trámite.

En condiciones tales le resulta a la Corte imposible elevar esta irregularidad a la categoría de vicio sustancial, mayormente cuando aquella no ha desquiciado la actuación cumplida, ni afectado la estructura misma del proceso. Sin piso, pues, el reproche.

Tercero: Obligada se vé la Sala a poner en relieve —para rechazar el cargo— que la equivalencia realizada por el Juez del conocimiento entre el auto que clausura la investigación (correspondiente al proceso ordinario) y la providencia que corre traslado para alegar (decisión propia de la jurisdicción de orden público) aún calificándose de anti-técnica no ha afectado —ni por asomo— el debido proceso de ley, ni tampoco, extremando las cosas, los intereses individuales del sujeto procesado frente al expediente. Todo lo contrario: La conjunción que ahora se critica permitió amplificar las garantías de la defensa, hasta el extremo de que todos los titulares del derecho de defensa, pero especialmente el recurrente, tuvieron ocasión para imponerse de un hecho esencial y preparar así una adecuada defensa; La notificación que los enteró de la oportunidad para presentar sus alegaciones.

No sale avante la acusación.

Cuarto: Tampoco esta censura encuentra respaldo ni consonancia en los folios. Su planteo en los términos que se conocen está muy lejos de corresponder al conocimiento que se tiene del proceso. Sencillo es aducir que la inspección judicial y el peritazgo sí fueron puestos en conocimiento de los sujetos procesales a tenor con lo prevenido por el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal, conforme se repara a folio 83 del primer cuaderno. En condiciones tales ninguna respuesta de orden legal tiene la Corte que ofrecer al libelista, a no ser la de rechazar su tesis por irreal e inexistente.

Hásc de agregar —aunque ello de suyo resulta conocido— que aún de frente a la realidad de la hipótesis denunciada, la informalidad no configura por sí misma nulidad ni legal ni constitucional "... a menos que en el caso concreto se demuestre que por esta vía se conculcó sustancialmente el derecho de defensa..." (Corte Suprema de Justicia, febrero 28 de 1984) (fl. 41). Lo que no ocurrió en el acto *sub examine*, como bien se sabe.

No prospera el cargo.

Quinto: En este punto y puesto que la discusión gira sobre el derecho que tiene el defensor de presentar concepto de fondo una vez perfeccionada la investigación y la obligación de correrse traslado para ello, débese aclarar que cuando el artículo 46 del Decreto 180 de 1988 estableció ese traslado no lo hizo de manera imperativa y en consecuencia no es esa una necesidad perentoria ni una carga de

exigible cumplimiento. Soberanos son los sujetos procesales para decidir si omiten o presentan el dicho discurso. Razones de defensa pueden inclinar una tal abstención. Por otra parte, es de observar que el auto que corre traslado para alegar se notifica personalmente al defensor si éste concurre a la secretaria del despacho dentro de los términos de ley; en el evento contrario la notificación se surtirá por anotación en estado.

No es de recibo, entonces, esta final imputación.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, acorde con el concepto del Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Rutz, Jaime Girardo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zuñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONCUSION

El aprovechamiento económico es en el delito de concusión un mero ingrediente subjetivo, que debe existir en la mente del sujeto agente en el momento de realizar la conducta

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 023 de marzo 28 de 1990.

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior Militar la sentencia del veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, por medio de la cual se condenó al Exteniente *Julio Aurelio Caicedo Vivas*, a la pena principal de treinta y siete (37) meses de prisión como autor responsable del delito de "concusión", según hechos ejecutados a mediados del año de 1985.

También se condenó al Exteniente Caicedo a las penas accesorias de pérdida del empleo oficial y prohibición de ejercer la profesión de abogado por cinco (5) años.

Se negó al sentenciado el beneficio de la condena de ejecución condicional.

La sentencia anterior, tiene el grado jurisdiccional de consulta de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 434 del Código de Justicia Penal Militar, en armonía con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal.

Ya de este proceso había conocido la Corte, cuando revisó en apelación y confirmó la resolución de acusación proferida contra el acusado. En esa ocasión se acogió la reseña que de los hechos hiciera el señor Fiscal del Tribunal, así:

"...De los autos se desprende, que el Teniente Caicedo Vivas se desempeñaba como Auditor Décimo de Guerra de Medellín, para los meses de junio y julio de 1985 y que abusando de esa situación hizo exigencias de dinero al señor Rafael Elkin Rendón Lotero quien a la sazón se hallaba detenido por cuenta de la Cuarta Brigada por infracción al Decreto 1188 de 1974.

"Como contraprestación a su pedimento, el Oficial le ofreció la libertad y efectivamento, por intermedio de su hermano, Rendón le hizo llegar días después, la suma de dos millones de pesos.

"Como quiera que el Oficial fue trasladado a otro cargo dentro de la Justicia Penal Militar en el Departamento del Caquetá, no pudo cumplir con lo pactado, lo que motivó a Rendón Lotero a solicitarle la devolución de su dinero sin resultado alguno, razón por la cual optó por darle poder para cobrar al doctor Mario José Barrero Acosta, quien en desempeño de esa misión se entrevistó en Florencia con el Teniente Calcedo. La gestión según el profesional del derecho, fue infructuosa puesto que el Oficial si bien le aceptó no solamente la deuda sino su origen mismo, se negó enfáticamente a devolverla y muy por el contrario, procedió a formular denuncia contra Barreto sindicándolo de extorsión y ante esta situación, éste en su diligencia de injurada lo acusó por el delito de *concusión* a que me he referido".

Concepto de la Procuraduría Delegada:

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, en meritorio concepto y después de agotar el análisis del caudal probatorio, encuentra debidamente acreditado en autos el hecho punible y la responsabilidad del acusado y solicita a la Corte la confirmación de la sentencia con la modificación de sustituir la pena accesoria de pérdida del empleo oficial, que no está contemplada en la justicia castrense, por la de separación absoluta de las Fuerzas Militares, y revocar la prohibición del ejercicio de la profesión de abogado que no estaba consagrada en la jurisdicción penal militar, vigente para la época de la consumación del delito.

Se considera:

Dijo la Corte en pasada ocasión, que la concusión que tipifica el artículo 140 del Código Penal y reproduce el artículo 198 del Código de Justicia Penal Militar, es un abuso de autoridad del funcionario público que suscita en la víctima un temor o también un error que la lleva a dar o prometer aquello que no debe

Se afirmó igualmente que la concusión es un comportamiento de acción que ha de realizar persona investida de la calidad jurídica de funcionario público, quien hace valer el constreñimiento, la inducción o la solicitud para injundir en la víctima un temor, una alteración del ánimo, el "metus publicae potestatis" que la lleva a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad no debidos.

Tanto en la resolución de acusación dictada por el Tribunal, como en la providencia por medio de la cual esta Sala, confirmó la vocación a juicio y lo mismo en la sentencia consultada que en el concepto de la Procuraduría se reconoce que se han establecido en el presente proceso los elementos objetivos y subjetivos que configuran el delito de concusión, a saber: La calidad de empleado público del señor Julio Aurelio Calcedo, no sólo como miembro de las Fuerzas Armadas en su calidad de Teniente, sino además como Auditor Auxiliar de Guerra, cargo que desempeñaba por la época de los hechos; el abuso de sus

funciones al constreñir al señor Elkin Rendón, en las diversas visitas que practicó a donde éste se hallaba detenido para que le entregara la cantidad de dos millones de pesos si deseaba quedar en libertad, pues está demostrado que condicionó la libertad de Rendón a que éste le entregara previamente la referida suma de dinero, que recibió finalmente de manos de un hermano del detenido, el señor Jorge Rendón.

En efecto:

Está demostrado en autos, que el Teniente Caicedo desempeñaba las funciones de Auditor de Guerra en Medellín en los meses de junio y julio de 1935, cargo para el cual había tomado posesión el 26 de febrero de dicho año y que fue retirado "por desconfianza en el desempeño de sus labores".

Se acreditó que por esa época, se hallaba detenido Elkin Rendón sindicado por un delito de tráfico de estupefacientes y por cuenta del Auditor de Guerra.

Se sabe fehacientemente, por las declaraciones del perjudicado por el delito, Elkin Rendón, de su hermano Jorge, de Jhon Jairo Osorio, la doctora Consuelo Robledo de Zapata y la propia declaración de la abogada Inés Vélez apoderada del detenido, que el acusado en frecuentes visitas a la cárcel amenazó a Rendón para que le entregara los dos millones de pesos, si no quería permanecer en prisión por un lapso de cuatro a cinco años. Se sabe además, que en la oficina de la doctora Robledo de Zapata, el Teniente Caicedo recibió el dinero de manos de Jorge Rendón, razón por la cual la doctora Vélez apoderada de Elkin Rendón le renunció el poder.

Está igualmente establecido, que en esos días, un hermano del Teniente Caicedo, Mario Enrique, llegado a Medellín de Popayán con tal fin, adquirió de contado un vehículo marca Mazda, en la cantidad de \$ 1.990.000.00, automotor que entregó al Teniente quien lo tuvo a su servicio ya que su hermano regresó a Popayán.

José María Barreto, abogado en ejercicio, afirma bajo juramento que en principio el Teniente Caicedo aceptó en su presencia haber recibido el dinero, pero que más tarde se negó a restituirlo, afirmando ser víctima de un chantaje.

Finalmente, Martha Cecilia Plazas, también bajo juramento, afirmó haber escuchado cuando Miroslava N. esposa del Teniente Caicedo, le expresaba al abogado Barreto, que Caicedo no devolvía el dinero y que "hiciera lo que quisiera". Sobre estos hechos y circunstancias, debidamente probados no se ha esbozado duda alguna por los diversos funcionarios que han conocido del proceso.

Empero, en el curso del Consejo de Guerra, el abogado defensor, solicitó la absolución del acusado, movido por la consideración de que la prueba aportada a los autos no demostraba claramente que Caicedo hubiera recibido los dos millones de pesos.

Sobre el particular, esta Sala observa, que la prueba directa y la indiciaria aportada a los autos y analizada a la luz de los principios de la sana crítica, permiten deducir con inmensa fuerza de convicción,

el recibo de estos dineros y la realización posterior de una serie de maniobras ficticias encaminadas a ocultar la procedencia ilícita de los millones que fueron adquiridos.

Pero, aún aceptando en gracia de discusión, que no estuviese plenamente probada la obtención del lucro económico, tal circunstancia en nada modifica la situación, porque sabido es que el aprovechamiento económico es en el delito de concusión un mero ingrediente subjetivo que debe existir en el ánimo, en la mente del sujeto agente en el momento de realizar la conducta y el delito se considera consumado cuando con tal fin el delincuente constriñe, induce o solicita el dinero o cualquier otra utilidad, siendo indiferente que obtenga o no dicho beneficio.

Por eso con acertado criterio jurídico el Tribunal Superior Militar en la sentencia consultada, responde así a las argumentaciones de la defensa:

"Tratemos en primer lugar lo relativo al delito de CONCUSION. Para que haya adecuación típica, no requiere del agotamiento obteniendo el beneficio del dinero ya que el tipo penal sólo exige que el empleado oficial abusando del cargo o sus funciones constriña para que le den, que es la forma explícita o que induzca o solicite, que son las formas implícitas, vale decir, que para consumarse el tipo sólo se requiere de la acción. Ocurre que tanto el anterior defensor como ahora el de oficio, han querido convertirlo en un delito de resultado, es decir, que si no se obtuvo el dinero no hay adecuación típica y por tal razón se creó el artificio de hacer figurar al hermano del acusado como adquirente del vehículo. En tratándose de un delito per se o de mera conducta, basta que se hagan la insinuación o el constreñimiento, es el 'sacudir el árbol para hacer caer los frutos' es decir, que el Teniente agotó la figura delictiva cuando se acercó a ELKIN en la cárcel y le constriñó o instigó que le diera los dos millones de pesos para poder obtener su libertad. De ahí en adelante, que se haya obtenido el beneficio y que se haya acudido a probar que fue cierto o no, ha servido para poner de presente sobradamente la representación mental del sujeto agente que quería concusionar".

Resulta entonces imperativo, dado lo que se deja dicho, confirmar la sentencia del Tribunal Superior Militar que encontró responsable del delito de concusión al Exteniente Julio Aurelio Calcedo Vivas y por los hechos de que da cuenta este proceso.

Comparte igualmente la Corte, la dosimetría que de la pena principal hiciera el Tribunal. La sanción mínima de prisión de dos años que contempla para la concusión la ley anterior como el nuevo Código de Justicia Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), fue incrementada en trece meses más, por las múltiples circunstancias de agravación punitiva que militan en contra del acusado para una pena definitiva de treinta y siete meses de prisión.

En relación con las penas accesorias, asiste razón al señor Procurador en relación con la condena a la pérdida del empleo no contemplada en el Código Penal Militar anterior y que debe sustituirse por la separación absoluta de las Fuerzas Armadas, de acuerdo a lo dis-

puesto en los artículos 41 del Código de Justicia Penal Militar y el Decreto 2550 de 1988, nuevo estatuto de la justicia castrense. Del mismo modo, se revocará la sanción de prohibición del ejercicio profesional que no estaba contemplada en la ley vigente para la época de los hechos y que se sustituirá por la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

Con estas modificaciones, se confirmará la sentencia consultada.

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, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público,

Resuelve:

1º *Confirmar* la sentencia consultada en cuanto condena al Exteniente Julio Aurelio Caicedo Vivas a la pena principal de treinta y siete (37) meses de prisión como responsable del delito de concusión.

2º Revocar la pena accesoria de pérdida del empleo y en su lugar se condena al sentenciado a la separación absoluta de las Fuerzas Armadas.

3º Revocar la pena accesoria de la prohibición del ejercicio de la profesión y en su lugar se le impone la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

4º Confirmase en todo lo demás la providencia consultada y ordénase repetir nuevamente las órdenes de captura.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NULIDADES

No conservar la unidad del proceso, no controvierte la garantía constitucional, punto que se hace más claro a la luz del artículo 14 del actual Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 23.

Vistos:

Se decide el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena expedida el 10 de noviembre de 1988, interpuesto por el defensor de *León Guillermo Muñoz Buitrago*, a quien, por confirmación de la de primera instancia, se condenó a la pena principal de 28 meses de prisión y multa de dos mil pesos, como responsable de estafa y de la defraudación conocida en el Código Penal de 1936 como abuso de firma en blanco.

Antecedentes:

1. En septiembre de 1980 Aristides Newball solicitó al Banco del Comercio sucursal San Andrés (Isla) un crédito por el sistema de carta de crédito, por US\$ 197.000 con el fin de importar maquinaria de Miami (E.E.U.U.), para cuya concesión el gerente de la entidad Luis Guillermo Muñoz Buitrago le exigió garantías consistentes en hipoteca de bienes raíces constituidas a favor del Banco, y un pagaré; y para cumplir el requisito el solicitante, previa autorización obtenida en legal forma, dio en hipoteca unos lotes de terreno de su amigo Rojostvenski Mc'Nish Ben, y firmó una hoja de papel sellado en blanco, destinada a ser llenada con el texto del pagaré con Carlson Hooker como su fiador. Este mismo pagaré lo hizo firmar igualmente de la representante legal de la "San Andrés Export and Import Company", haciéndole creer que era para garantizar unos intereses de un crédito vencido que tenía la firma a favor del Banco. Como pasara el tiempo y nada se le decidiera, el 17 de noviembre de 1980 le pidió por escrito al mencionado gerente que levantase la hipoteca, sin que después de varios meses se le informase al respecto, logrando enterarse de que el espacio en blanco de la hoja para el pagaré había sido llenada con el contenido de un compromiso de pago al Banco de una crecida suma

do dinero que le adeudaba la firma "San Andrés Export and Import Company", de la cual era presidente el mencionado Carlson Hooker, y en el que se hizo figurar a Aristides Newball como fiador y obrando en nombre y representación del dueño de los terrenos que dio en garantía de su fallido crédito. Se enteró igualmente de que este título valor se había hecho valer judicialmente en perjuicio del patrimonio del dueño de los lotes, porque se hizo efectiva la garantía hipotecaria.

2. El proceso para la investigación de los hechos reseñados fue iniciado por el Juzgado Penal del Circuito de San Andrés, y a él vinculados el gerente y el subgerente de la entidad crediticia Banco del Comercio sucursal San Andrés, señores León Guillermo Muñoz Buitrago y José Alejandro Pacheco Salgado; éste fue sobreseído temporalmente y aquél enjuiciado por estafa y la defraudación abuso de firma en blanco. La sentencia del Tribunal recurrida en casación confirmó la condena que, previa la cuidadosa adecuación del tipo penal de la dicha defraudación por razón de la sucesión de leyes dada la derogación del Código Penal bajo cuya vigencia sucedieron los hechos, hiciera el Juzgado de primera instancia, y que recayó sobre el primero de los citados funcionarios bancarios.

*La demanda, el concepto del Ministerio Público,
y la parte civil.*

I. Como previa aclaración, débese tener en cuenta que, desconociéndose el delito contemplado en la sentencia que sería objeto de la impugnación, el recurso extraordinario fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte; mas como, una vez presentada la demanda, su revisión formal revelara que los cargos se extendían a los dos delitos imputados, al recurso sólo se le dio procedibilidad por el delito que lo admitía según el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal de 1971 por razón de la pena señalada en la ley penal. Así pues, se ocupará la Sala de los dos cargos referentes al delito de estafa, desechando el correspondiente al delito de abuso de firma en blanco.

Primero: Se dictó en un proceso viciado de nulidad constitucional por desconocimiento del debido proceso (causal 4ª, art. 580 del C. de P. P. de 1971). Se hace consistir la causal en que no se vinculó al denunciante Aristides Newball a la investigación, pues, según el censor, y quien se acoge a un concepto fiscal que destaca la conducta de éste, su comportamiento se excedió del mandato recibido de quien se lo había concedido, y que no era otra persona que el dueño de las tierras que él dio en hipoteca al banco, señor Rojestvenski McNish Ben, que fue la persona que recibió el perjuicio económico, gracias a las maniobras del denunciante.

Segundo: La sentencia es "violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida" del artículo 408 del Código Penal anterior.

Admite que hubo perjuicio económico de un tercero, pero que el medio por el cual se derivó no fue ilícito, ya que resultó de la "ejecución ante el incumplimiento de las obligaciones de carácter civil", que es legal y diariamente aplicado por los Jueces, es decir, no existió el delito de estafa. Esta misma premisa le sirve al actor para afirmar

que el hecho fue alíptico, pero centra este último aserto en que no hubo artificios o engaños para la inducción en error como exigencias del tipo delictivo, porque, en sus palabras, "el proceso muestra a través de los diferentes medios probatorios... que el gerente... hizo suscribir a aquellas personas pagarés en espacios en blanco, pero ellos iban acompañados de la correspondiente carta de instrucciones, donde se anotaba la forma en que debían ser llenados y cuya confección se ejecutó conforme a las instrucciones allí indicadas..." Para rematar el cargo dice: "...el delito de estafa brilla por su ausencia o mejor, los hechos denunciados no constituyen esa infracción penal".

Como conclusión, deprecia que la Corte se pronuncie de conformidad con el cargo que resulte demostrado.

II. El señor Procurador Primero Delegado Penal sugiere la no casación del fallo porque la impugnación está antitécnicaamente sustentada. Encuentra en sus términos incompatibles la demanda, y por consiguiente imposible de ser considerada, pues los cargos se oponen entre sí y se destruyen recíprocamente debido a que en uno aduce la nulidad del proceso y en el otro pregona su validez para proponer la expedición de una sentencia absolutoria.

III. Por su parte el representante de la parte civil, no sólo se sujeta a la misma objeción del Ministerio Público, sino que desentraña las fallas también de técnica que vician cada una de las censuras. Advierte que la fundamentación de la que se apoya en una nulidad de carácter constitucional es deficiente porque no precisa el concepto de la violación, y que la misma falencia acusa el cargo en que se acude a la causal 1ª, el cual además carece de razón.

Consideraciones de la Corte:

El fallo impugnado no puede ser removido con base en la demanda que contra él se ha presentado, y que como lo advierten los no recurrentes, adolece de serias faltas de técnica frente a la sistemática legal y jurisprudencial que gobierna la casación.

En efecto: Pretender en un cargo que se anule el proceso porque dejó de vincularse a una persona que en criterio del actor debió también ser investigada, y en el otro, acoger la validez de la actuación pero impugnar la sentencia porque el hecho no es constitutivo de delito, son cargos incompatibles que hacen caso omiso de la prohibición del segundo aparte del numeral 3º del artículo 224 del actual Código de Procedimiento Penal, pues es principio universal el de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista: O el hecho es constitutivo de delito y a él se debe vincular otra persona, o no lo es y debe cesarse el procedimiento por ser atípica la conducta.

Sin embargo, el hecho de que haya sido formulado un reproche por nulidad basado en la eventual violación del debido proceso lleva a la Corte a la situación de oficiosa revisión del punto, y aunque lo encuentre deficiente en su demostración en la demanda, de encontrar probada la situación invalidante declararla de oficio. Así se infiere

del segundo aparte del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal, y jurisprudencialmente lo había venido acogiendo la Sala en vigencia del Código de Procedimiento Penal derogado, bajo cuyo imperio se tramita este asunto.

DE LA NULIDAD. En materia penal la responsabilidad es individual, de manera que la no vinculación a un proceso de una persona que bien pudiera estar comprometida en un ilícito por el cual se juzga a otras igualmente comprometidas, no cambia la situación de estas, ni altera la legalidad del trámite que se imparta a la actuación. La unidad del proceso no es premisa invariable en la medida en que sea dable individualizar la responsabilidad, previa la tipificación de los hechos que motivan una investigación, y no conservarla, no controvierte la garantía constitucional que ceba de menos el casacionista, ni ninguna otra, más aún si se tiene en cuenta que la persona que se supone en la demanda afectada con la conducta del no investigado, bien pudo promover la investigación para evitar la impunidad, de considerar que ella se dio.

Este punto que ya había sido definido claramente por la jurisprudencia de la Corte, se hace más claro ahora a la luz del artículo 14 del actual Código de Procedimiento Penal que en su última parte dice textualmente que "la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa", punto este último que ni siquiera menciona el recurrente.

DE LA CAUSAL PRIMERA: La censura adolece de insalvable falla metodológica. De su enunciado parece desprenderse el ataque a la sentencia por violación directa de la ley sustantiva en razón a la aplicación indebida de la norma tipificadora de la estafa; esto supone que el recurrente acepta incondicionalmente los hechos asumidos por la sentencia como probados. Sin embargo el supuesto fáctico que toma para sustentar el cargo es el de que la conducta realizada por el gerente es lícita, porque se limitó a llenar los pagarés de acuerdo con las precisas instrucciones acordadas con los signatarios del mismo, aserto radicalmente opuesto a lo que afirma el Tribunal en su sentencia, que la funda precisamente en que tales pagarés fueron diligenciados contrariando explícitamente tales instrucciones. El recurrente debió entonces impugnar la sentencia por violación indirecta de la ley, porque su discrepancia radica en la distinta apreciación del material probatorio que obra en el proceso.

Como se ve, el casacionista entremezcla indebidamente las nociones de violación directa e indirecta de la ley sustantiva, pues al no aceptar los hechos materia de la sentencia en la forma en que el fallador los plasma, para así inferir la errada aplicación del artículo 408 del Código Penal de 1936 por yerro en la adcuación típica de la conducta, y cuestionar el aspecto fáctico que es el que se puede censurar en su apreciación a través de la violación indirecta, incurrió en contradicción fundamental, que hace inane el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougues, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garrido, Secretario.

TESTIMONIO

En materia testimonial rige la valoración científica de la relación sujeto-objeto, lo cual le permite al Juez apreciar en mejor forma su credibilidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de marzo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: Doctor Mario Mantilla Nougués.

Aprobado: Acta número 023 de marzo 28 de 1990.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Oscar Jaime Gallego Anzola*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual confirmó la de primera instancia que condenó al procesado a la pena principal de trece (13) meses y diez (10) días de prisión, al pago en abstracto de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción y a las accesorias de ley, como responsable del delito de estafa, en contra del patrimonio económico de *Ferretería Latina*.

Hechos:

Oscar Jaime después de haber permutado un bus por la camioneta de placas NP-3585 con Moisés Moreno dio en venta este vehículo al representante de la "Ferretería Latina" Edgar Gómez Pinto, el día 15 de noviembre de 1983, recibiendo \$ 1.200.000.00 en efectivo y el saldo de \$ 400.000.00 una vez se realizará el correspondiente traspaso. Como esta diligencia no se efectuó y Gómez Pinto en la ciudad de Tulúa tuvo conocimiento de un proceso que por contrabando cursaba contra la camioneta, de inmediato entró en contacto con el sentenciado, quien no obstante haberle manifestado que sortearía el problema, por el contrario procedió a formular denuncia penal por tal hecho ante la jurisdicción de aduanas contra Moisés Moreno.

De esa manera, ante la imposibilidad de obtener la legalización del vehículo Gómez Pinto procedió a devolvérsela al vendedor, extigiéndole la entrega de la parte del dinero cancelado, circunstancia que aprovechó Gallego Anzola para obtener la retención de la camioneta por las autoridades aduaneras, obteniendo de esa forma la resu-

lución del contrato de permuta, recibiendo de Moreno el bus y la suma de \$ 180.000.00, mientras que él no hizo lo mismo, por encontrarse la camioneta a órdenes del Juzgado de Aduanas.

Actuación procesal:

Con base en la denuncia formulada por Edgar Gómez Pinto (fl. 1), se inició la correspondiente investigación, en donde después de haber oído el Juzgado instructor en injurada al procesado, quien excepciona su inocencia frente al delito imputado, se decretó su detención preventiva, no sin antes allegarse a los autos fotocopias tanto de la permuta celebrada entre Moisés Moreno y Oscar Jaime Gallego (fl. 46), como del contrato de compraventa entre éste y Edgar Gómez Pinto (fl. 47).

También se allegaron a los autos, copias de las providencias del Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Cali y del Tribunal Superior de Aduanas de octubre 28 de 1981 y febrero 2 de 1982 (fls. 115 y 125) respectivamente, donde se precisa entre otros, que la camioneta tipo van, modelo 1979, color gris oscuro con franja marrón, motor número C97138095 no es de contrabando.

De esa manera el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá llamó a responder en juicio de tramitación ordinaria a Oscar Jaime Gallego Anzola por el delito de estafa, agravado por razón de la cuantía, toda vez que el bien mueble materia del punible supera ampliamente la suma de \$ 100.000.00.

Tramitado el plenario con las formalidades de ley se llegó a la diligencia de audiencia pública, donde el defensor del procesado demandó su absolución al considerar que la conducta de su patrocinado en todo momento estuvo ajustada a derecho.

El Juez del conocimiento dictó sentencia condenatoria contra Gallego Anzola, que fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Bogotá, sentencia que es materia de impugnación ante esta Corporación.

La demanda de casación:

La sentencia de segunda instancia es impugnada con fundamento en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, causal 1ª, inciso 2º, por infracción indirecta de la ley sustancial, en cuanto el juzgador de segunda instancia incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas, cargos que se pueden sintetizar así:

Primer cargo: Error de hecho por apreciación errónea del contrato de permuta celebrado entre Moisés Moreno y Oscar Jaime Gallego, por haberle otorgado la "cualidad de habilidoso", artificioso, engañoso, para inducir en error a la "víctima" al carecer aquél del año y el lugar.

Segundo cargo: "Error de hecho por suposición de la prueba, al suponer gratuitamente que Oscar Jaime Gallego Anzola elaboró el contrato de promesa de permuta celebrado entre el comerciante de

vehículos Moisés Moreno y Oscar Gallego". Fundamentó el cargo en que sin prueba se le imputa al procesado la elaboración del contrato, cuando por el contrario existe prueba de que éste fue elaborado por Moisés Moreno.

Tercer cargo: "Error de hecho por falta de apreciación de todas las pruebas que demuestran que Edgar Gómez Pinto fue informado en detalle de los pormenores del negocio que celebró Oscar Gallego Anzola y Moisés Moreno", precisa el cargo en la falta de apreciación del testimonio de Edgar Gómez y el informe policial donde Moreno acepta haber conocido los detalles del negocio celebrado entre Gallego y Gómez.

Cuarto cargo: Error de hecho por falta de apreciación del testimonio de Edgar Gómez, quien al viajar a Tuluá tuvo conocimiento de los problemas que tenía la camioneta en un Juzgado de Aduanas de Cali, siendo éste el que informa a Gallego, de donde se tiene una errada apreciación al considerar el Tribunal que las denuncias presentadas por Gallego y la posterior resolución de los contratos fueron maniobras engañosas.

Quinto cargo: Error de hecho por interpretación errónea de unas constancias sobre el proceso aduanero, en donde se consigna que el vehículo de placas NP-3589 "no es de contrabando". En ese orden considera el impugnante, se le otorgó a las citadas constancias un valor que no tienen, al haber deducido de ellas el dolo, cuando dicho informe lo trajo Gómez Pinto al proceso.

Sexto cargo: "Error por falta de apreciación cronológica de los hechos y secuencias del proceso", en cuanto no valoró el testimonio de Edgar Gómez, y por tanto consideró que los problemas aduaneros denunciados eran fruto de la mente de Gallego y que estos hechos como las resoluciones de los convenios fueron maniobras engañosas para defraudar a Edgar Gómez.

Séptimo cargo: Insiste el impugnante en el "error de hecho por falta de apreciación de todas las pruebas, del perjuicio recibido en estas transacciones fallidas, por el señor Oscar Gallego Anzola". Considera los perjuicios, toda vez que él le entregó el bus en permuta a Moisés Moreno por la camioneta y este vehículo en venta a Edgar Gómez, por lo que el uso que estos individuos le dieron a los mencionados vehículos constituye el perjuicio que sufrió Gallego Anzola.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, emitió en su concepto un serio y ponderado estudio, en donde considera que al omitirse el lugar y año en el contrato celebrado entre Gallego y Moreno, tal irregularidad bien pudo obedecer a "una mala elaboración del documento", y estima que esta no fue la razón que llevó tanto al juzgador de primera como al de segunda instancia a proferir fallo condenatorio, dado que a él se llegó por la existencia de otras pruebas, como la celebración de un contrato posterior entre Gallego y Gómez, recibiendo de aquél la suma de \$ 1.200.000.00, junto con la demanda que presentó por el delito de contrabando del vehículo que le había

entregado a título de venta y que en ese orden recibió en permuta de Moisés Moreno. Además porque ante el hecho de que Gómez le devolvió la camioneta exigiéndole la entrega del dinero, aprovechó esta circunstancia para obtener la retención del automotor citado por las autoridades aduaneras. De esa manera estima la Delegada, que al no tener en cuenta el impugnante estos elementos, el cargo se presenta de manera incompleta "porque necesario resulta para que pueda prosperar, desestimar no sólo todos los elementos de apoyo contenidos en la sentencia, sino los que puedan servir de base y fundamento, para que la Corte pueda mantener en vigencia el fallo condenatorio. Tal situación no la salva el hecho de que el censor en los reparos subsiguientes haya efectuado el ataque contra algunos de ellos, porque ni abarca la totalidad de estos, ni están llamadas a prosperar las pretensiones con ellas relacionadas como se verá posteriormente".

En este mismo orden, estima el Ministerio Público que si bien en la sentencia de segunda instancia se afirma que el contrato elaborado por Gallego sin que exista prueba cierta de tal hecho, no se puede pasar por alto la calidad de parte del procesado en el contrato, por lo cual considera que por "elaborar también se entiende la actividad intelectual desplegada por una persona en orden a obtener un producto, en el caso en estudio, un documento, en donde se hace constar un contrato".

Del mismo modo desestima los cargos 3, 4 y 6 en donde se afirma que el sentenciador de segunda instancia no apreció el testimonio de Edgar Gómez, ni los contratos celebrados entre Moreno y Gallego y de éste con Gómez, como los pactos resolutorios efectuados posteriormente entre estos; anotando por el contrario que el fallador tanto de primera como de segunda instancia realizaron un amplio análisis probatorio, otorgándole el valor de rigor.

Frente al cargo quinto, por la valoración equivocada de las constancias expedidas por el Juzgado Superior de Aduanas de Cali, precisa que éste adolece de falta de técnica, en cuanto debe estudiarse por otro factor de impugnación, como es el error de derecho originado en falso juicio de convicción. Finalmente considera la Delegada que la prueba se valoró en forma integral, por lo que solicita la desestimación de la demanda presentada.

Consideraciones de la Sala:

El impugnante en la demanda se acogió a la causal 1ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la que atañe a la violación indirecta de la ley sustancial. Se parte en ella, de que el error en que incurrió el juzgador obedeció a una defectuosa apreciación de la realidad probatoria.

En ese orden, el impugnante en el cargo primero, considera como un error de apreciación el hecho de que el juzgador de segunda instancia le hubiera otorgado al contrato celebrado entre Gallego y Moreno, la calidad de medio habilitado por carcer el documento del año y lugar del contrato.

Frente a lo anotado, son de recibo las consideraciones de la Delegada, en el sentido de que si bien ello pudo obedecer a un error en la elaboración del documento, la convicción del sentenciador surge del análisis en conjunto de la realidad probatoria que obra en el proceso y que refleja la maquinación, el artificio y el engaño, cuando mediante este convenio dio un bus a Moisés Moreno y de él recibe la camioneta más \$ 500.000.00, \$ 260.000.00 en efectivo con un saldo a su favor de \$ 240.000.00 pagadero por mensualidades; vehículo que sin obtener el correspondiente traspaso lo entregó en venta al representante de Ferreteria Latina por \$ 1.600.000.00, recibiendo \$ 1.200.000.00 y el saldo al legalizar la pertinente documentación. De estos hechos fácil es deducir el ánimo de obtener un provecho ilícito, con mayor razón cuando ante las evasivas que recibió Edgar Gómez frente al traspaso del vehículo y ante los problemas de que tuvo conocimiento sobre la posible procedencia ilícita del automotor que le comentó al procesado, éste de inmediato formuló la denuncia ante la justicia aduanera contra Moisés Moreno, consiguiendo con estos hechos, tal como lo anota el Tribunal, dos efectos: "Armedrantar a Moreno lo cual dio resultado, pues logró el 'destrate' en las circunstancias tan ventajosas como se anotan y, de otra aparición ante Edgar Gómez como una 'víctima' de la estafa de la cual lo había hecho objeto Moisés Moreno" (Véase copia de la denuncia al folio 73).

Con relación al segundo cargo, en cuanto en el proceso no existe prueba que acredite con certeza la elaboración del documento por Callego, no es menos cierto, como lo apunta la Delegada, su interés de parte en la elaboración del contrato, especialmente cuando del proceso se deduce el incumplimiento del procesado frente a los convenios, al no efectuar los traspasos y fundamentalmente cuando sin realizarse la legalización pertinente dio en venta la camioneta, recibiendo por ella una suma considerable de dinero.

Carecen de validez los cargos 3, 4 y 6 que el censor formula, por no haberse valorado la totalidad de las pruebas que demuestran que Edgar Gómez fue informado de los pormenores de los contratos celebrados, la falta de apreciación de este testimonio y el haber supuesto el juzgador que el problema suscitado ante la justicia aduanera fue un invento de Callego, cuando por el contrario se tiene que el sentenciador estructuró el delito de estafa en sus requisitos esenciales y llegó al convencimiento cierto de la responsabilidad del acusado, después de un análisis de la totalidad de la prueba arrojada al proceso, de tal suerte que, en la apreciación de la prueba testimonial se rigió por los principios de la sana crítica, donde el juzgador tuvo en cuenta: "Las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las personales y sociales del testigo, las circunstancias en que ha sido percibido el hecho y en que haya rendido la declaración", artículo 295 del Código de Procedimiento Penal.

Bien es sabido que en materia testimonial rige el sistema de la persuasión racional que permite al juzgador una más amplia evaluación, no sólo como sujeto desde el punto de vista de las condiciones personales y sociales del testigo, sino también respecto del objeto

material del testimonio, situación que permite una valoración científica de la relación sujeto-objeto, lo cual le permite al Juez apreciar en mejor forma su credibilidad.

No se puede perder de vista, que cuando la ley no le señala a determinados medios de prueba el valor de tarifa legal, y por el contrario deja a criterio del juzgador su valoración, de acuerdo a los principios de la sana crítica, no por ello se puede afirmar que el funcionario dejó de apreciar determinadas pruebas o las valoró erradamente. De esta manera los cargos del impugnante en el sentido de que Edgar Gómez fue informado de todos los pormenores del contrato de permuta entre Moisés Moreno y Gallego Anzola, o que no se apreció el testimonio del primero, en el sentido de que fue él quien le informó al sentenciado sobre el proceso aduanero que cursaba en contra del vehículo, no son cargos distintos a la crítica que el censor formula a la prueba pero que en ningún momento logra desvirtuar el análisis probatorio efectuado por los juzgadores, toda vez que estos hechos fueron los que precisamente tuvieron en cuenta tanto el Juez de primera como el de segunda instancia al momento de fallar. De esa manera los errores en la valoración de la prueba en que incurrió el fallador, a términos del casacionista, no son cuestiones distintas a suposiciones subjetivas que no tienen la capacidad de desvirtuar el poder de convicción que el material probatorio analizado en conjunto le permitió deducir al fallador la responsabilidad del acusado frente al delito imputado. Por esa razón los cargos no prosperan.

En cuanto al quinto cargo, en verdad existe un error de técnica en su formulación, por cuanto, si el valor otorgado a las constancias expedidas por el Juzgado Superior de Aduanas de Call se apreció en forma errada otorgándole un alcance que no tiene, el cargo ha debido formularse por error de derecho y no de hecho, toda vez que aquel radica: a) Cuando se le niega a una prueba el valor que la ley le otorga; b) o por el contrario, cuando le otorga a una prueba valor tarifario que la ley no le da y c) cuando le otorga valor probatorio a una prueba irregularmente allegada al proceso. Sobre esto punto la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

"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 se 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" (Magistrado ponente doctor R. Mantilla J., junio 14 de 1989).

No prospera el cargo.

Finalmente frente al séptimo cargo, similares consideraciones hace la Sala, en cuanto el impugnante afirma que no se tuvo en cuenta los perjuicios que sufrió su poderdante ante el usufructo del bus por Moisés Moreno. El cargo de igual manera carece de sustento jurídico, cuando por el contrario fue Gallego Anzola quien recibió un provecho

ilícito tanto en el contrato de permuta cuando obtuvo, no sólo la devolución del bus y de \$ 108.000.00, sino también respecto del contrato de compraventa de la camioneta, cuando por ella recibió \$ 1.200.000.00, dinero que según se deduce con certeza en el proceso no devolvió a Gómez Pinto, estructurándose de esa manera la obtención de un provecho ilícito para sí o para otro, requisito esencial del delito de estafa.

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 recurrido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Lisandro Martínez Zúñiga, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

**REVISION
DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA**

Si se busca remover la intangibilidad de la cosa juzgada, en delitos contra la asistencia alimentaria acudiendo a la causal 2ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, es menester que la prescripción de la acción o la falta de querrela, aparezca como un hecho cierto, en cuanto al momento en que se inicia el incumplimiento de la obligación

*Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E.,
tres de abril de mil novecientos noventa.*

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 23 de marzo 28 de 1990.

Vistos:

Concluida la correspondiente tramitación, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de revisión, propuesto mediante apoderado especial por *Rafael Caicedo García*, contra la sentencia de segunda instancia, de mayo 19 de 1988 emitida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá, en la cual se le condenó a la pena principal de seis (6) meses de arresto y multa de mil pesos (\$1.000.00) como autor responsable del delito de inasistencia alimentaria y a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal y a la suspensión de la patria potestad. Además, al pago de dos millones cuatrocientos treinta y seis mil pesos (\$2.436.000.00) a favor de la querellante, por concepto de daños materiales y morales, ocasionados por el hecho punible.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros los consigna la sentencia de segunda instancia, así: "Refieren los autos que entre denunciante y sindicado existieron relaciones íntimas, hasta el punto que *Gabriela Vallejo Peña* resultó en estado de embarazo como consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con su ocasional compañero *Rafael Caicedo García*, habiendo dado a luz un niño el diecisiete (17) de abril de mil novecientos setenta y cuatro (1974), el que fue registrado con el nombre de *Carlos Andrés Caicedo Vallejo* el tres (3) de abril de mil novecientos setenta y seis (1976) ante la Notaría Primera del Circulo de Bogotá, previo el reconocimiento que de él hiciera su padre ante el

Juzgado Segundo Civil de Menores. La denunciante y madre del menor enfatiza que Caicedo García desde el mismo momento del nacimiento de éste, se sustrajo sin justa causa a la prestación de la asistencia moral y económica requerida para el sostenimiento y crianza a la que por ley estaba obligado, hasta cuando fue compelido por el Juzgado Tercero Civil de Menores de Bogotá, a donde debió concurrir para obtener que fuera obligado a cumplir con sus obligaciones como padre del hijo concebido en las circunstancias ya conocidas".

El 31 de octubre de 1984 se presentó la querrela por inasistencia alimentaria por parte de la Vallejo Peña contra Caicedo García. El proceso se radicó bajo el número 14342 en el Juzgado 44 Penal Municipal de Bogotá, y el 13 de marzo de 1985 se practicó la diligencia de indagatoria, cobijándose a Caicedo G., con auto de detención el 9 de julio del mismo año y concediéndosele la excarcelación al tenor de lo dispuesto en el artículo 44-1 de la Ley 2ª de 1984, previa diligencia de compromiso. La investigación se cerró en abril 30 de 1986 y por auto de junio 3 del mismo año se calificó el mérito del sumario, llamando a responder en juicio criminal a Caicedo García por delito contra la asistencia alimentaria, determinación que, al ser recurrida, halló confirmación por el Juzgado 15 Penal de Circuito (septiembre 4 de 1986). Posteriormente se tasaron los perjuicios materiales y morales, \$ 2.340.000.00 y 30 gramos oro, respectivamente, dictamen que fue aclarado a petición del defensor resultando un total de \$ 2.436.000.00, quedando en firme la pericial, según informe de Secretaría obrante al folio 335, al no ser objetada. El 9 de marzo de 1988, se celebró la audiencia pública y el 23 del mismo mes y año, el Juzgado 44 Penal Municipal, profirió sentencia absolutoria, la que fue revocada por el superior, el Juzgado 15 Penal del Circuito, para en su lugar, condenar a Caicedo García, determinación esta, como quedó visto, que es la objeto del recurso de revisión.

La demanda:

1. Se fundamenta el recurso en la causal 2ª del artículo 231 del vigente Código de Procedimiento Penal, la que se considera norma aplicable a pesar de lo dispuesto por el artículo 677 *ibidem*, por cuanto es más favorable al condenado, lo que comporta su aplicación preferencial y excluyente (arts. 26 de la C. N. y 5 del C. de P. P.). Busca, pues, el recurrente que se declare sin valor la sentencia condenatoria proferida en contra de su mandante Rafael Caicedo García, para que en su lugar se ordene la cesación de procedimiento "por falta de querrela válidamente formulada o en subsidio por la caducidad de la querrela que Gabriela Vallejo Peña presentó el día 17 de octubre de 1984".

2. Según el artículo 267 del Código Penal, en los delitos contra la asistencia alimentaria es requisito de procesabilidad entablar querrela por quien ostente la calidad de querellante legítimo o por su representante legal. Y, por mandato del artículo 24 del Código de Procedimiento Penal vigente (324 del anterior), la querrela debe presentarse dentro del término de 6 meses, contados a partir de la comisión del hecho punible, so pena de caducidad.

3. De acuerdo con el artículo 236 del Código Penal, el reato de inasistencia alimentaria se tipifica cuando el agente se sustrae, sin justa causa, a la prestación de alimentos legalmente debidos. Y, según el artículo 421 del Código Civil, "los alimentos se deben desde la primera demanda y se pagarán por mesadas anticipadas". De ahí que Gabriela Vallejo Peña ejercitó la querrela penal de modo irregular mediante formulación indebida por cuanto demandó primero por la vía penal, para, a los 2 meses, acudir a la vía civil, en procura del mismo objetivo. Esa tardía querrela, formulada después de 8 años del reconocimiento del menor, hubiera sido válida en la medida en que Rafael Caicedo García, se hubiera sustraído a la prestación de los alimentos que decretó el Juzgado Tercero Civil de Menores, no como en el presente caso, pues su prestación antecedió a la demanda y al mandamiento civil.

4. El doctor Alfonso Reyes Echandía, en su obra sobre los "Delitos contra la asistencia familiar", página 125, expresa: "En consecuencia, el lapso de 6 meses para presentar la querrela empieza a correr el día en que el sujeto activo del delito reanuda el cumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar que venía transgrediendo. Si el interesado deja correr dicho término sin formular querrela, caduca su derecho y la acción penal no puede ya iniciarse".

"Con el respeto que nos inspira el profesor desaparecido, creemos que la proposición es corta y la solución incompleta, puesto que parte de la base del interrumpido incumplimiento del obligado. *Contrario sensu*: De la observancia de los deberes de alimentante, así sea reanudación fugaz o transitoria. Pero, si tal evento no ocurre? Si el sujeto activo del reato nunca interrumpe su incumplimiento, no hay lugar a la caducidad de la querrela? Respuesta que niegue, rotundamente, la posibilidad de ese fenómeno jurídico llevaría a la idea de inequidad, por más que algunos doctrinantes vernáculos prediquen la 'permanencia' del delito. La querrela caduca en tratos sucesivos contados de a seis en seis meses, háyase o no prestado alguna asistencia alimentaria, pues solución distinta convertiría en irrita e inaplicable la norma procesal penal.

"4.6. Siguiendo el orden que nos hemos impuesto, diremos que cuando Gabriela Vallejo Peña se querelló contra Rafael Caicedo García no se podía estar refiriendo a hechos sucedidos desde el día 17 de abril de 1974 (fecha del nacimiento de su hijo) hasta seis meses antes del 17 de octubre de 1984 (fecha de formulación de la querrela). De acuerdo a las tesis del profesor Reyes Echandía, la acción penal no podía iniciarse, en vista de que Caicedo interrumpió el incumplimiento, al atender urgencias que padecía el menor, así haya sucedido dos años antes de la demanda alimentaria. Conforme a la tesis que estamos planteando, la querrela tenía que estar referida a hechos transgresores ocurridos dentro de los seis (6) meses inmediatos al escrito que dio impulso al poder coercitivo penal. Hechos no englobados en dicho lapso necesaria y jurídicamente, se borrarón por el transcurso del tiempo. En síntesis, doña Gabriela no podía formular una querrela que activara y proyectara al futuro, sin escisión de ninguna especie, conductas pretéritas que no era dable enlazar o atunar con presuntas omisiones de reciente data. Al hacerlo, configuró un

todo imposible e ilimitado, cuya sanción legal tiene que ser el reconocimiento de la caducidad decretada. De lo contrario se estaría dando relevancia procesal penal a un 'integrum' acomodaticio y hasta caprichoso.

"4.7. Algo similar acontece con la sanción indemnizatoria.

"Si Caicedo García fue condenado civilmente a mesadas anticipadas de \$ 25.000.00, es absurdo que, a la hora de la condenación, la cuantía de los perjuicios materiales haya rebasado una cantidad de \$ 150.000.00, o sea, la equivalente a seis (6) mesadas las que, en gracia de la discusión, sumadas a los \$ 96.000.00, en que el perito evaluador estimó los perjuicios morales, subirían al tope de \$ 246.000.00 y no a la cifra astronómica por millonaria que ordenó la sentencia recurrida. Un vicio trajo aparejado otro y una enfermedad jurídica se ligó a su precursora".

Alegato de la parte civil:

En el caso particular ha debido aplicarse el Decreto 409 de 1971 y no en el Código de Procedimiento Penal vigente. Los hechos se cometieron durante su vigencia, se instruyeron bajo dicho estatuto y para el 19 de mayo de 1986 el auto de cierre de la investigación ya se hallaba ejecutoriada, circunstancia que según lo dispuesto por el artículo 677 del Código de Procedimiento Penal, demandaba la aplicación del estatuto procedimental anterior.

En cuanto al aspecto de la caducidad de la querrela se sostiene que las obligaciones alimentarias a cargo de Rafael Caicedo G., nacieron naturalística y legalmente a partir de la fecha en que fue registrado el menor y durante todo ese tiempo el padre no cumplió con ninguna de las obligaciones propias a tal condición; así fue como durante todos estos años se causaron obligaciones y se acumularon los perjuicios por incumplimiento.

La inasistencia alimentaria "es un delito de comisión por omisión de carácter permanente. El hecho punible se considera realizado en el momento en que debió tener lugar la acción omitida". El condenado Caicedo en ningún momento anterior a la denuncia suministró dinero para la subsistencia de su hijo menor. La acción penal, de oficio o ya por querrela de parte, se inicia para investigar hechos pasados y no futuros; luego si el padre fue compelido civilmente a cumplir con sus deberes alimentarios, con ello no destruye el delito de inasistencia en que había incurrido de manera permanente y continua hasta fecha, inclusive, posterior a la denuncia.

Como la obligación alimentaria es de tracto sucesivo, su no cumplimiento hace que se infrinja la ley de manera permanente, igualmente en tracto sucesivo, por el solo hecho de la omisión, y mientras no se cumpla la obligación no se interrumpe la comisión delictiva. Cumplida la prestación alimentaria, por orden judicial o voluntad propia, tal acto no borra el delito "y la acción penal no desaparece sino cuando han transcurrido 6 meses del incumplimiento que se endilga, y sólo así se puede hablar de la caducidad de la querrela".

La petición de alimentos ante la jurisdicción civil no es un presupuesto de fondo para la legitimidad de la acción penal o una condición de procedibilidad, pues el ilícito surge desde el momento mismo en que existiendo para el agente el deber alimentario, deja de satisfacerlo, injustificadamente, siendo diferente en consecuencia el instante en que nace la obligación alimentaria y aquel en que tal deber es judicialmente declarado. Cita en tal sentido doctrina del tratadista Alfonso Reyes Echandía, la que por cierto ya había sido mencionada por el Juzgado del Circuito.

Breves consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1. Indudablemente que como se ha planteado si por haberse tramitado el proceso contra Rafael Caicedo G., con sujeción al anterior Código de Procedimiento Penal, el demandante podía acudir o no al vigente estatuto, para con base en el artículo 231-2 ("Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción o por falta de querrela válidamente formulada"), intentar la remoción de la cosa juzgada, es este el punto que *prima facie* importa considerar.

Se afirma de una parte que, no obstante lo normado por el artículo 877 del actual Código de Procedimiento Penal, por razones de favorabilidad debe aplicarse el nuevo estatuto, en tanto que, de la otra, se sostiene que aceptar la interposición del recurso con fundamento en una causal contemplada en la codificación actual, comporta una mixtura inadmisibles procesalmente, pues se estarían aplicando diferentes estatutos sobre un mismo asunto, uno para la interposición del recurso y otro para su tramitación. Mas acontece que, como bien lo anota el Ministerio Público, "el recurso de revisión, extraño al proceso y que persigue remover la cosa juzgada, tiene lugar una vez agotadas las instancias, el proceso y se dirige a desvirtuar la presunción de veracidad y acierto que encierra el fallo. Como tal y por ser un medio de impugnación extraordinario ajeno al proceso, no exige para su tramitación o invocación la aplicación de la ley procesal que orientó el juicio, sino la vigente al momento de interponer la impugnación, como normas de orden público que son y de efectos generales e inmediatos. Esta la razón por la cual consideramos innecesaria la invocación en este punto del principio de favorabilidad, como que la ley procesal llamada a regentar el recurso extraordinario de revisión es la vigente al momento de su interposición (Decreto 0050 de 1987). El legislador determinó cuál era la ley aplicable a los procesos en razón del tránsito de legislación, pero culminados, definidos estos, nada se opone a la vigencia inmediata de la ley procesal actual".

Importa recordar que, la Corte, el 1º de septiembre de 1987, acordó aplicar el anterior Código de Procedimiento Penal únicamente a las demandas de revisión presentadas con anterioridad al 1º de julio del mismo año, fecha en que empezó la vigencia del actual ordenamiento procedimental penal, porque resultaba clara la obligatoriedad de la aplicación inmediata de este estatuto, al respecto.

De otra parte, no es cierto que, como lo alega el representante de la parte civil, así se esté oficializando una repelente mixtura, aplicando

diversas disposiciones sobre un mismo asunto. Refulge que al proceso, en cumplimiento de lo mandado por el artículo 677 del Código de Procedimiento Penal vigente, se aplicó en su integridad el estatuto derogado. Pero como él culminó con la sentencia de segundo grado, que, adquirió el carácter de cosa juzgada la aplicación ahora, para el trámite del recurso extraordinario de revisión, que busca precisamente remover aquella *res judicata*, no comporta mezcla alguna, pues este último rito se ha cumplido con sujeción estricta al nuevo estatuto procedimental.

2. Así enfoca la Delegada el meollo del asunto: "Ahora bien, en cuanto al aspecto de fondo alegado como causal de revisión, y que hace relación a la invalidación de la sentencia condenatoria para en su lugar proferir auto de cesación de procedimiento, por falta de querrela válidamente formulada o en subsidio por la caducidad de la querrela que Gabriela Vallejo Peña presentó contra Rafael Caicedo García, la Procuraduría Delegada estima que es el propio recurrente quien se encarga de diferenciar estos dos fenómenos (querrela válidamente formulada o en subsidio por la caducidad de la misma), cuando alude a ellos como situaciones distinguibles.

"Ciertamente, los artículos 321 y 322 del Código Procesal anterior, vigente para la época de los hechos denunciados, regulaban lo relativo a la querrela, estableciendo como querellante legítimo únicamente al sujeto pasivo de la infracción. Si este era incapaz o una persona jurídica, la querrela debía ser presentada por el representante legal.

"Así pues la querrela debe entenderse como una manifestación de voluntad del sujeto pasivo y a la vez un acto de disposición de capacidad jurídica que da lugar a la iniciación del proceso penal.

"La querrela legítima hace pues relación a dos aspectos, voluntad y capacidad civil. El Ministerio Público entiende que es a esta situación a la que se refiere la causal segunda de revisión invocada por el demandante, siendo improcedente hacerle derivar por vía de interpretación a otros efectos que la ley no contempla como supuestos de legitimidad.

"Aceptamos sí, que la querrela es una condición de procedibilidad como lo es el que ésta no se encuentre en situación de caducidad. El artículo 324 del Código de Procedimiento Penal establecía como término para su presentación los seis (6) meses siguientes a partir de la comisión del delito. Sin embargo, el artículo 325 consagraba como deber para el funcionario de instrucción el examinar una vez presentada la querrela, si ésta procedía de querellante legítimo; en caso afirmativo 'procederá a instruir el correspondiente sumario si hubiere mérito para ello'. El examen sobre la oportunidad de la querrela, aunque no se menciona de manera expresa como condición para la apertura del proceso, indiscutiblemente debe ser tenido en cuenta por el funcionario al momento de la apertura de la investigación. La revisión ha de constituir entonces la verificación de la fecha del último acto constitutivo de falta (delito permanente de omisión), para contar a partir de allí el término consagrado en la ley.

“Por ello, porque en la denuncia se afirmaba la comisión del delito por parte del imputado hasta el momento de la denuncia, omisión que se prolonga inclusive hasta luego de presentada la demanda de alimentos, el funcionario procedió de conformidad hallando mérito para el adelantamiento de las diligencias.

“La anterior postura procesal es legalmente válida si se tiene en cuenta que el Juez adoptó para su decisión el criterio de no pocos tratadistas y jurisconsultos acerca de la intención del legislador por brindar a la familia una mayor protección y tutela, sancionando penalmente (sin sujeción alguna por disposición de la misma ley) a quienes incumplan el deber de asistencia a que están obligados legalmente. La normatividad penal no sujeta la naturaleza de la acción a un requisito o antecedente de carácter civil sobre alimentos. Los efectos de la omisión (que se sanciona penalmente) se prolongan en el tiempo y sólo se suspenden en la medida en que el imputado interrumpa su cumplimiento.

“La decisión acerca de la existencia o no del delito sobre el supuesto de la exigibilidad de un pronunciamiento civil sobre alimentos es cuestión que puede ventilarse válidamente dentro del proceso, ya que constituye además el otro punto de vista sostenido con argumentos igualmente valederos, pero que no guarda directa incidencia con el fenómeno de la caducidad como presupuesto de procedibilidad ni menos constituye por este aspecto causal de revisión del proceso.

“En las instancias se discutió ampliamente el tópico, fue materia de decisión en las providencias de los Juzgadores... ..

“En punto a este aspecto, que desde ya advertimos deslindamos del fenómeno de la caducidad, para relegar válidamente al debate en las instancias, afirmó el extinto honorable Magistrado Alfonso Reyes Echandía: ‘...’

“La discusión en torno a la existencia o no del delito, esto es respecto de la tipicidad, la diferenciación del fenómeno de la caducidad, inclusive quienes se muestran partidarios de la exigencia del requerimiento judicial previo, cuando advierten que si la querrela penal no tiene el antecedente de una demanda ante un Juez civil municipal o de menores, los alimentos debidos se cuentan a partir del día en que se cumplió con dicha condición de procedibilidad. ‘La duración, característica y consecuencias de la inasistencia alimentaria con anterioridad a la primera demanda ante Juez penal, civil o de menores contribuirán a formar juicio sobre el elemento doloso, la personalidad del procesado y la integración de los efectos indemnizatorios’ (Delitos contra la asistencia alimentaria, honorable Magistrado Gustavo Gómez Velásquez).

“Lo anterior está significando la admisión o aceptación del procedimiento adelantado hasta el momento del requerimiento civil, presupuesto que según el sector de la doctrina que sostiene la tesis del pre-requisito, permite contabilizar los alimentos, los cuales empiezan a deberse a partir de ese momento, planteamiento que excluye por sí la caducidad.

"El siguiente aparte del mismo autor, evidencia también la validez del planteamiento anterior:

"A. Omite la prestación alimentaria debida a B. su cónyuge. No media pronunciamiento civil, el Juez penal ha señalado una prestación alimentaria de \$200.00 mensuales. Durante este trámite ocurre una decisión civil que rebaja, aumenta o desconoce la obligación. Automáticamente el Juez penal acoge la corrección que implica esta resolución como delictiva. Sus funciones se acomodan al contenido y efecto de esta providencia civil que ha surgido durante el trámite del proceso penal'.

"Este punto de vista es admitido igualmente por el recurrente quien con el objeto de sostener la caducidad de la querrela, llega a afirmar que no se trata de un delito permanente, por cuanto tal situación sería inequitativa al impedir la preclusión de la oportunidad para querellar. Por ello expresa que ésta caduca en *tratos sucesivos* contados de a seis meses y este el motivo para que la denunciante no pudiera referirse en su totalidad al lapso de omisión. Al hacerlo 'configuró un todo imposible, cuya sanción debe ser el reconocimiento de la caducidad'.

"Recurrir a esta singular modalidad de caducidad para contrariar la naturaleza misma del ilícito (delito permanente de omisión), es apartarse sin razón de la opinión dominante en la doctrina: Punible monosubjetivo, con sujeto activo y pasivo calificado, de tipo alternativo, *permanente*, *doloso*, de *pura omisión* y de peligro abstracto.

"El tipo de conducta es permanente, se desenvuelve en el tiempo, se inicia en la fecha del incumplimiento y se prolonga mientras éste persista, es decir, hasta el día en que se asuma la asistencia alimentaria. A partir de ese momento comienza a correr el lapso prescriptivo permanente.

"Por ello Graciela Vallejo Peña podía aludir válidamente en la querrela a todo el tiempo en que el padre del menor injustamente se sustrajo a la obligación alimentaria, sin que consecuentemente tal postura constituya 'un todo imposible' sólo subsanable a través de la declaratoria de la caducidad".

3. Así analiza las cosas la Corte: *El fallador, obligado como estaba a determinar si se trataba o no de querellante legítimo y si el fenómeno de la caducidad de la querrela se había o no presentado, encontró que evidentemente Graciela Vallejo Peña, en su condición de madre del menor satisfacía a plenitud el primer requisito, como quiera que, según lo dispuesto por el artículo 322 del Código de Procedimiento Penal anterior, vigente para la época de los hechos, la querrela podía ser presentada únicamente por el sujeto pasivo de la infracción (titular del derecho de la pensión alimentaria) y si éste era incapaz por su representante legal; si carecía de éste, la querrela podía formularla el incapaz con la coadyuvancia del defensor de menores y, en su defecto, con la del agente del Ministerio Público. Sobre este punto no hay, pues, discusión. En cuanto al fenómeno de la caducidad de la querrela o inoportunidad de la misma por falta de requisito previo de la demanda civil, que es la materia de desacuerdo, el juz*

gador no usó un criterio arbitrario, inconsulto, sino que, como bien la anota la Delegada, compartió la opinión de un sector respetable de la doctrina que señalaba que el ilícito de inasistencia alimentaria era "de carácter permanente por cuanto se está cometiendo mientras no se ejecute la acción debida, dependiendo del culpable para hacer cesar ese estado de permanencia, llevando a cabo la conducta a que está obligado. Empero, esa situación se interrumpe por medio de una sentencia ejecutoriada en que se reconoce la existencia del delito, la responsabilidad del obligado y se le impone una pena. Si a partir de la ejecutoria de esta sentencia el obligado sigue incumpliendo su obligación, recomienza el ilícito hasta que la cumpla o se produce una nueva sentencia". Magistrado ponente doctor Luis E. Romero Soto, agosto 23 de 1979, ver artículo 265 del Código Penal; o "...hay que tener en cuenta, como lo ha sostenido esta Sala de la Corte, que este ilícito de inasistencia familiar, se prolonga en su consumación en el tiempo, lo que indica que se sigue cometiendo mientras persiste esa situación anómala que lo tipifica" (Magistrado ponente doctor Alvaro Luna Gómez, agosto 28 de 1980); o "de otra parte, como el de inasistencia alimentaria es un delito de carácter permanente y de trazo sucesivo en cuanto su proceso consumativo, que comienza con el incumplimiento de la primera mesada debida, se prolonga durante todo el tiempo de la omisión, 'el momento de cometerse la infracción' mencionado por el artículo 663 del Código de Procedimiento Penal ha de entenderse como todo el período durante el cual el alimentante ha incumplido su obligación legal alimentaria, pues mientras ello ocurre el hecho punible se está cometiendo" (Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echanúa, enero 18 de 1983).

No fueron ni son pocos los juriconsultos que sostuvieron y sostienen que la normatividad penal no sujeta la naturaleza de la acción a un requisito o antecedente de carácter civil sobre alimentos y que cuando el legislador alude a "alimentos legalmente debidos" (Terminología actual: art. 263 del C. P.), o a "obligación legal alimentaria" (Ley 75 de 1968, art. 40), en fin, no está significando que deba existir una previa demanda de alimentos, sino que se trata de obligaciones legales por tener su fuente en la ley misma, como propias de un orden legal de la familia, el que no es solamente particular o privado, sino esencialmente social (el Título XXI del C. C. precisamente tiene por encabezado "De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas"). Al respecto señaló la Corte: "...3. Para iniciar proceso penal por inasistencia familiar económica, no es necesario que se haya adelantado previamente acción civil de alimentos ni que en tal sede se fije el monto de las mesadas que ha de pagar al alimentante; pero cuando ello ocurre, el Juez penal deberá atenerse a la determinación tomada por la jurisdicción civil o de menores, según el caso, porque son las llamadas preferencialmente a decidir sobre estas cuestiones. Si eso sucede, y el alimentante considera que el monto de las mesadas es excesivo en razón de su precaria disponibilidad económica, ante aquellas jurisdicciones ha de acudir para impetrar su rebaja y no ante el Juez penal que conoce del respectivo delito. Este solamente se ocupará de fijar el monto de las mesadas cuando tal determinación no haya sido tomada por el Juez civil ordinario o de menores y sea indispensable para conocer y decretar las medidas

de suspensión de la acción penal, libertad provisional o condena de ejecución condicional en cuanto ellas exigen que el procesado garantice el cumplimiento de aquellas obligaciones alimentarias cuya violación generó el delito (arts. 660 y 661 del C. de P. P.). Compete al Juez penal desde luego, examinar en su oportunidad si el incumplimiento de la obligación alimentaria tiene o no fundamento en justa causa, que bien podría ser insolvencia económica insuperable (Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía, Abril 17 de 1980).

Esta tendencia doctrinaria, seguida por el Juzgador de ese entonces, consideraba muy sensatamente, que sólo a partir del momento en el cual se asumía el cumplimiento de la obligación alimentaria, empezaba a correr el periodo prescriptivo de la acción penal en tratándose del ilícito que se comenta o el de caducidad de la querrela respectiva. Y como con anterioridad a ésta e inclusive con posterioridad a la misma, el incumplimiento era una realidad insoslayable, en ese orden de ideas, nada se oponía a tener la querrela como válidamente formulada en todos los sentidos, y a computar como periodo propio de la vulneración al bien jurídico protegido todo el tiempo en el que el padre del menor, sin justa causa, se sustrajo a la satisfacción de su obligación alimentaria sin que ello signifique, dentro del marco de la tesis jurídica a que se acogió el fallador, se reitera, que se estaba dando "relevancia procesal penal a un 'integrum' acomodaticio y hasta caprichoso", como lo asegura el recurrente.

En la sentencia condenatoria de segunda instancia, se trae a colación un aparte doctrinario del doctor Reyes Echandía, en su obra "Delitos contra la asistencia familiar", que es reproducido por la Delegada así:

"A partir de uno cualquiera de los momentos precedentemente señalados puede iniciarse el incumplimiento de la obligación alimentaria y, por ende, el reconocimiento judicial por la vía civil del débito económico en el monto que corresponda a la respectiva situación; la no cancelación de las mesadas, provisional o definitivamente decretadas por el Juez civil o de menores, ubica al incumplidor en el marco de este tipo penal; lo que no significa que la configuración del hecho punible dependa de la declaración judicial de alimentos o del no pago de las mesadas decretadas, pues él surge realmente desde el mismo día en que existiendo para el agente la obligación alimentaria deja de satisfacerla, independientemente de que una decisión judicial haya reconocido la existencia de aquel deber y haya decretado el monto de las mesadas. Necesario es entonces distinguir el momento en que nace para el agente la obligación de suministrar alimentos y aquél en que tal obligación es judicialmente declarada; si bien la exigibilidad civil de aquella nace a partir de este segundo momento, la configuración material del hecho punible emerge desde el primero, porque es el que naturalísticamente corresponde a la omisión del deber legal de asistencia económica o que el legislador quiso penalmente sancionar. Para despejar cualquier equívoco sobre este punto, dispone el inciso final del artículo 663 del Código de Procedimiento Penal, que para iniciar acción penal por este delito no se requiere previa demanda de alimentos".

Se reitera, contra tal parecer doctrinario, otros presentaron opinión distinta; pero ello mal puede conducir a remover decisiones con carácter de cosa juzgada. La intangibilidad de ésta no puede estar supeditada a tal acaecimiento, pues así se destruiría la seguridad jurídica porque como es sabido el derecho es campo fértil para la discusión doctrinaria. Con razón se ha dicho: "El derecho no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemáticas: Su naturaleza teleológico-valorativa enseña que es mecanismo creado por el hombre para dar una solución a sus conflictos de intereses y que tanto sus cláusulas como las conductas que regula deben ser objeto de interpretación.

"Interpretar o desentrañar el sentido de la norma es tarea esencialmente personal en la que la ley y el intérprete se interrelacionan e influyen mutuamente para la solución de un caso particular. De una parte la ley con su mandato general y abstracto concebida de manera estática en cláusulas gramaticales, de otro, el intérprete, influido por sus propias vivencias culturales y por la concepción que tiene del derecho, que busca darle dinámica a esa ley particularizando para el caso concreto el mandato de ella subyacente.

"En atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea interpretativa, es fácilmente comprensible que con relación a un mismo punto jurídico puedan darse respuestas diversas, bien porque se tomen distintas fuentes de solución, bien porque se difiere en el método interpretativo que se escoge. Sin embargo, esta es una constante del derecho, de modo que acoger una tesis concreta, con mayor razón cuando cuenta con respaldo en el criterio de autoridad, es actitud que no merece de suyo reproche jurídico-penal". Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo, agosto 30 de 1983.

Resulta claro entonces, que si se busca remover la intangibilidad de la cosa juzgada, acudiéndose a la causal 2ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, es menester que esa prescripción de la acción o esa falta de querrela válidamente formulada aparezca como un hecho cierto, indubitante, indiscutible, no que tales fenómenos puedan negarse con respaldo en posición doctrinal respetable, porque así las cosas, a nadie se le ocurriría decir que se está manteniendo un fallo inicuo, constitutivo de factor de alarma social, de recelo y desconfianza en las instituciones o de desajero de la administración de justicia. No habría allí razón para aturcer la fe de los asociados en el acierto, y certeza de la justicia.

Definitivamente, no es el caso acceder a las súplicas formuladas en la demanda.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelve:

1. Negar la revisión del proceso que por el delito de inasistencia alimentaria se siguió contra Rafael Caicedo García.

2. Déjese en la Sala copia de toda la actuación y devuélvase el proceso al Juzgado 14 Penal Municipal de esta ciudad capital.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SITUACION JURIDICA. TERMINOS

El término para la resolución de la situación jurídica del procesado, no implica que deba cumplirse fatalmente se pena de responsabilidad penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 024.

Vistos:

Marino de los Milagros Sierra Montoya, formula denuncia contra varios Magistrados, integrantes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, así:

Contra los doctores *José Fernando Ramírez Gómez, Martha Elena Jaramillo Paneso y Celedonio Posada Medina*, por haberlo destituido del cargo de Juez Promiscuo Municipal de Guadalupe, Antioquia, desconociendo la Carrera Judicial (Decreto 052 de 1987) porque, careciendo de antecedentes disciplinarios, de una vez se le destituyó, cuando ha debido amonestársele, multársele o suspendersele. La respectiva resolución también fue arbitraria porque se dieron por probados hechos sin estarlo, como aquello de que se expidió orden de captura contra Gabriel Angel Vélez Vergara, antes de oír la declaración del Secretario de la Alcaldía y porque se asegura que Vélez V., estuvo preso, cuando ello no es verdad. Delinquiron también porque habiendo sido absuelto por la Procuraduría, sacaron a relucir en la sentencia otra vez los mismos hechos y porque habiendo apelado contra la determinación le negaron el recurso. Que no le notificaron en el Juzgado de Guadalupe, como era la obligación legal, la sentencia de destitución, la que de otra parte, no lleva, como es de ley, la hora de su emisión.

Martha Elena Jaramillo Paneso ha debido declararse impedida para conocer del disciplinario por cuanto previamente había conocido del proceso penal que se adelantó contra Joaquín Emilio Sánchez Henao, precisamente la persona que fue la quejosa en las diligencias disciplinarias que condujeron a su destitución. Que él tuvo que dictarle auto de detención a Sánchez M., por haber “desaparecido” un vehículo que había recibido como secuestro, pero que el Tribunal con ponencia de la mentada Magistrada inexplicablemente lo revocó. Es extraño que Martha Elena Jaramillo Paneso conozca de la apelación

en el proceso contra Sánchez Henao, también del disciplinario, "y ahora vuelve a conocer de mi auto detentivo, cuando el negocio venía en poder de Fernando Gómez Gómez".

Contra Fernando Gómez Gómez, Magistrado sustanciador en el proceso que se adelantó contra el denunciante por los delitos de falsedad y privación ilegal de la libertad, "el cual está impedido por ser Presidente del Tribunal y se supone que por Presidente votaron por él José Fernando Ramírez G., Celedonio y Martha Elena Jaramillo P., y debido a esto como representante también el Juez 49 de Inscriminal que comisionó para que investigara por el presunto delito de retención y resulta que el 49 el patrón lo es el Tribunal en cabeza de Fernando Gómez Gómez y a la vez ambos son conservadores. Yo no sé qué existe el Jefe Nacional de Instrucción Criminal o no se tiene dinero para viáticos para que se nombre un Juez de un departamento vecino y se vea la total imparcialidad en la majestad de la justicia".

La resolución de la situación jurídica no se verifica a los diez días como manda la ley, sino a los diez meses. "...cabe anotar que el 5 de diciembre no encontré a Fernando Gómez en su despacho en las horas de la mañana ya que era día sábado y también salió un sábado retratado en las páginas de 'El Colombiano', que dice, aquí entre nos o página social con un señor que le dicen 'el loco' y ese sábado tampoco lo ví en la oficina en las horas de la mañana, también volví otro día y no estaba allí el señor Gómez Gómez las noté en el espacio de un mes o mes y medio largo. Si era que tenía mucho trabajo este señor por qué se ausentaba de su despacho y no resolvía mi situación jurídica, es por esto que Fernando Gómez Gómez, presidente del Tribunal, está cometiendo prevaricato por omitir la ley". Y, "como le dije a él que se declarara impedido, seguramento debido a esto pasó o mejor aparentó que Martha Elena Jaramillo P., era la que estaba sustentando tal auto de mi privación de la libertad y como yo le había dicho a Fernando Gómez Gómez que se declarara impedido debido a que él me dijo que no los demandara penalmente, sino administrativamente, nuevamente se está cayendo al dictar mi auto de detención y firmarlo en prevaricato por acción. Cabe anotar que esta privación de mi libertad también la está firmando J. Héctor Jiménez R. quien es de suponer que está encubriendo a José Fernando y Martha Elena en las anomalías antes anotadas" Jiménez R., también conceptuó que "yo no tenía derecho a apelar mi destitución", con lo que se parcializa en mi contra.

Fue arbitrario también Fernando Gómez Gómez cuando dispuso que fuera examinado por medicina legal por presunta enfermedad mental, ya que ellos no iban a nombrar 'a un señor loco como Juez'.

Breves consideraciones de la Sala:

1. *Prima facie* importa señalar que a cargo del Juez Sierra Montoya estuvo una investigación adelantada contra Joaquín Emilio Sánchez Henao y Jesús Darío Chaverra Sánchez, a quienes cobijó con auto de detención, sin beneficio de excarcelación, por el delito de abuso de confianza; la determinación fue apelada y fruto de este recurso el Tribunal la revocó, disponiendo la inmediata libertad incon-

dicional de aquellos. Aquí fue ponente la Magistrada Martha Elena Jaramillo Panesso y le hicieron Sala J. Héctor Jiménez Rodríguez y José J. Gómez Gómez. Son apartes de esta última decisión los siguientes:

"En el municipio de Guadalupe, Rigoberto Londoño y Jesús Darío Chaverra, acordaron permutar una casa del primero localizada en el perímetro urbano de la población, por el vehículo marca Ford, modelo 60 de placas KB-4015, como 'constancia' del acuerdo firmaron un documento (fl. 34) y acordaron la entrega anticipada de los bienes, mientras se formalizaba la transacción, así Rigoberto las llaves del vehículo y a Chaverra Sánchez se le puso en contacto con la inquilina del inmueble a quien se le indicó que en lo sucesivo debía entenderse con éste. Cinco días después Chaverra Sánchez quiso deshacer lo pactado y así lo propuso a Rigoberto, pero éste se negó. Transcurre algún tiempo y Luis Angel Sepúlveda demandó a Jesús Darío Chaverra en proceso ejecutivo adelantado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, despacho que ordenó el secuestro del vehículo (inscrito en las dependencias del tránsito a nombre del demandado) y se le ordenó a Londoño la entrega del mismo, a Joaquín Emilio Sánchez quien actuaría como secuestre.

"Ante el Juzgado Civil, Luis Angel Sepúlveda declaró haber recibido la cancelación de su crédito, intereses, etc. . . (junio 23 de 1986). Se ordenó la terminación del proceso y el desembargo del automotor. Pero equivocadamente el Juzgado entregó a Chaverra Sánchez el Oficio número 764 mediante el cual se informaba al secuestre el levantamiento de la medida cautelar (fls. 34, 36), se le fijaron honorarios, más se omitió señalar a quién debía entregar el bien. Como el documento fue presentado a Joaquín Sánchez por el sindicato, quien le canceló sus honorarios, aquél entregó el automotor y a su vez Jesús Darío lo dejó en manos del demandante como pago de la acreencia.

"El Juzgado civil posteriormente pretendió corregir su error y nuevamente ofició al secuestre (fl. 38), indicándole que debía proceder a la entrega, pero a Rigoberto Londoño Morales, quien se hallaba en posesión del bien, antes de hacer efectiva la medida cautelar.

"El examen de los hechos, debe hacerse a partir del documento que obra a folio 34 —en copia— sobre el cual vale señalar, sólo puede considerarse como un principio de acuerdo, mas no como una verdadera relación contractual (ni siquiera podría llamarse promesa de contrato por ausencia de presupuestos), a través de ese pacto, las partes hicieron entrega anticipada de los bienes, pero todo esto apenas muestra la expresión de una voluntad negociadora, mas no llegó a crear un vínculo jurídico entre las partes. Así, Rigoberto Londoño conservó su derecho de propiedad sobre el inmueble, y ante las autoridades de tránsito Chaverra Sánchez aparecía inscrito como propietario del vehículo, por eso al ser demandado por la vía ejecutiva, la medida cautelar se hizo efectiva.

"Nombrado Joaquín Sánchez Henao como secuestre y ejerciendo su función recibió el Oficio número 764 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, de manos de Jesús Darío Chaverra:

"Allí en ese papel que me mandaron ahí dice, cancelar honorarios al señor Darío Chaverra, y al decir en el papel que él me cancelaba, y que él figura como dueño, yo procedí a entregárselo, porque en el papel dice muy claro, a él le dijeron que me pagara los honorarios y costas, como no había que rendir cuentas, le dije firmeme aquí y le entregué el carro. *Preguntado:* Libremente dígame al despacho, si usted sabe que disponer de una cosa que se le ha confiado por autoridad pública es delito de abuso de confianza y agravado por venir de la orden de la mencionada autoridad? *Contestó:* Pero yo salí de ella más que todo, es que no salí de ella sino que la entregué por orden del Juzgado, es que al verme la orden yo tenía que entregar, al venir la orden mal redactada, yo no tengo la culpa". Indagatoria de Sánchez Henso (fl. 7 fte.).

"Y ciertamente el Juzgado Civil se equivocó no sólo en el contenido del oficio, sino también al dejarlo en manos del demandado, cuando al cesar la medida, el vehículo debía volver al tercero a quien se privó de la posesión. Quiso luego, enmendar su error con el despacho número 794 (Ver fl. 38), pero sin ninguna eficacia.

"El señor Sánchez Henao, cumplió la entrega ordenada, de manera equivocada, orientado esencialmente por el documento. Ni siquiera debió plantearse consideraciones dubitativas porque no estaba facultado para tomar decisiones sobre la entrega, sólo para atender la dispuesta por el funcionario judicial. Esto dentro del campo de la culpabilidad, porque además, tampoco se advierte la composición del tipo imputado, porque no realizó un acto de disposición, bajo el presupuesto previo de apropiación (art. 358 del C. P.) y menos aún, el aprovechamiento económico en su favor. La reacción jurídico-penal, con sus implicaciones punitivas, no constituye camino adecuado, al menos con la prueba que obra dentro de esta investigación.

"Tampoco el comportamiento atribuido a Jesús Darío Chaverra invade el campo penal. Desde el momento en el cual recibe el oficio del Juzgado, lo entiende ajustado a su comportamiento, porque además se consideraba propietario del aparato, y no ejerció ningún derecho sobre el inmueble (Cfr. declaración de la inquilina María Ruth Soledad Bromo - fl. 78—).

"*Preguntado:* Con qué orden le entregó Joaquín Sánchez el carro a usted y si usted es familiar de Joaquín? *Contestó:* Con la carta de embargo o (sic) orden de embargo del Tránsito y del Juzgado, no se cómo llaman esos papeles. *Preguntado:* Por qué la orden que usted le presentó al secuestre Joaquín Sánchez, qué carro se le debe entregar, ni Municipio de Guadalupe, o fue que no se fijó en dicha orden? *Contestó:* Porque el señor Juez de Medellín el Juez civil del circuito primero nos dijo con esto le entregan el carro y con éste levanta el embargo y no nos fijamos en los papeles por lo cual no tenemos la culpa ninguno de eso, de haber cometido ese horror (sic)". Indagatoria Chaverra Sánchez (fl. 27).

"La transacción efectuada con su acreedor, no puede calificarse como un acto de defraudación al supuesto contratante, cuando no

existió tal nexo jurídicamente. Los perjuicios derivados del pacto, y la indebida entrega del bien, deberán examinarse a la luz de la legislación civil.

"Se revocarán, entonces, los autos de detención, que en fechas distintas se dictaron contra los señores Joaquín Emilio Sánchez Henao y Jesús Darío Chaveira Sánchez, quienes podrán recuperar su libertad en forma inmediata e incondicional".

Refulge que nada hay de arbitrario en la determinación del Tribunal y que ninguna razón le asiste al denunciante cuando se asombra de la misma, presentando la conducta como delictiva. Es claro también que estos hechos nada tienen que ver con los que finalmente condujeron a la destitución del Juez Sierra Montoya.

2. Después de estar privado de la libertad Joaquín Emilio Sánchez Henao puso en conocimiento de la Procuraduría diversos hechos que en su sentir podrían ser constitutivos de faltas disciplinarias por parte del Juez Sierra Montoya, y la Procuraduría Segunda Regional de Medellín, por auto de febrero 18 de 1987, ordenó abrir la correspondiente investigación. Luego de la práctica de las pruebas de rigor, por determinación de mayo 8 del mismo año, se llamó a descargos al Juez Sierra M., al considerarlo incurso en atentados varios contra el Decreto 1660 de 1978; rendidos aquellos, quedó vigente sólo el cargo que se refiere a la conducta observada por el Juez Sierra cuando por disposición suya fue retonido arbitrariamente el ciudadano Gabriel Angel Vélez Vergara (art. 158-3 del susodicho decreto), razón por la cual solicita al Tribunal que le aplique la sanción que considere procedente. Son hechos propios a este asunto los siguientes: En las primeras horas de la noche del domingo 11 de enero de 1987, en la heladería "Las Lomas", situada en el municipio de Guadalupe, entre el Juez Marino de los Milagros Sierra Montoya y el señor Gabriel Angel Vélez Vergara, ocurrió algún altercado; el citado funcionario inmediatamente se dirigió al Juzgado y expidió la orden de captura número 271755 en contra de Vélez Vergara, argumentando irrespeto a la autoridad; dicha orden de captura fue entregada al comandante de la policía Alfredo Hoyos Ayala, quien en compañía de otros miembros de la policía, del secretario de la alcaldía, señor Javier Luján Rojas y el propio Juez, fueron a la mencionada heladería y retuvieron al señor Vélez Vergara, quien permaneció en tales condiciones hasta el lunes 12 de enero (día feriado), cuando se le concedió una libertad provisional, que sólo se tornó en definitiva al día siguiente.

El expediente disciplinario demuestra plenamente la conducta anónada del Juez, quien en estado de embriaguez casi consuetudinaria, ofende permanentemente a la ciudadanía de Guadalupe, a los hombres buscándoles pleito porque sí y a las damas ultrajándolas con groserías propias de un golfo. Esto lo resalta la determinación del Tribunal, al mismo tiempo que la arbitrariedad cometida con Vélez Vergara, pues lo sucedido con éste "ocurrió en circunstancias ajenas al ejercicio de la función jurisdiccional o por razón de ella como que el posible insuceso que originó la captura y retención del señor Vélez Vergara ocurrió en hora inhábil (8½ de la noche), por fuera de la oficina (heladería del lugar) y desde luego como algo extraño al ejercicio judicial".

"De tal modo —continúa aseverando el Tribunal— que la falta cometida por el mencionado Juez es 'muy grave', conforme a la calificación que de las faltas hace el artículo 165 del Decreto 1660 de 1978, gravedad que se colige no sólo de la clase del deber violado, que como ya se dijo, toca con uno de los fundamentos constitucionales del derecho procesal, sino de acuerdo con la motivación de la conducta, que no fue otra que los ruines reprochables intereses personales, puesto que con la retención del señor Vélez, el investigado quiso hacer gala de su soberbia y de su 'investidura' de Juez, que frecuentemente rebajaba a sus mínimas proporciones con sus diarias reyertas con la comunidad, generalmente en estado de embriaguez. Desde luego, que la manera de ocurrencia de los hechos, sumada a la posterior falsedad que bien pudo haber cometido el funcionario, cuando quiso subsanar lo que realmente no tenía remedio, confluyen para dar validez al calificativo que de 'muy grave' le señala el Tribunal a la falta, la cual, por lo demás será sancionada con la medida de destitución del cargo (arts. 166, numerales 1, 2 y 5, y 167 ordinal 7º del Decreto 1660 de 1978)".

Se aparta, pues, de la verdad el Juez denunciante cuando asegura que el Tribunal revivió unos hechos por los cuales había sido absuelto por la Procuraduría, cuando lo indudable es que por ellos precisamente el Ministerio Público solicitó sanción disciplinaria. Estos hechos tuvieron ocurrencia en vigencia del Decreto 1660 de 1978 y el pliego de cargos se formuló por violación a tal estatuto. Si bien es cierto que el Juez destituido interpuso recurso de apelación, la alzada no era procedente ni con relación al Decreto 1660, ni en vigencia del 052 de 1987. La gravedad de las faltas cometidas, ameritaba la destitución, sin que la ausencia de antecedentes disciplinarios comportara que tal sanción no era aplicable. Otra cosa: El Juez si fue notificado personalmente en el municipio de Guadalupe, para lo cual se libró despacho comisorio.

Ha insistido el Juez denunciante en que Vélez Vergara nunca estuvo detenido; pero esta es afirmación alejada de la realidad probatoria igual que lo es su aseveración en el sentido de que la orden de captura fue librada con posterioridad a la recepción de la declaración del secretario de la alcaldía. Demostrado hasta la saciedad quedó que esta declaración no fue sino la artimaña mal tejida con la que el Juez quiso darle visos de legalidad a una arbitrariedad manifiesta. Y si no se le convocó en juicio criminal por falsedad, como si se hizo por el delito de detención arbitraria, fue porque del contexto de la misma claramente se desprendía que había sido recepcionada con posterioridad a la emisión de la orden de captura y así su capacidad probatoria en sentido contrario era obviamente ninguna.

Fue precisamente el doctor Fernando Gómez Gómez, quien desde el momento de la resolución de la situación jurídica, se apartó de la mayoría partidaria de auto de detención por los dos susodichos ilícitos. Y ello habla fehacientemente de la manera desprevenida como miró siempre la conducta del Juez ahora denunciante, buscando sólo acertar en derecho, sin que la circunstancia de que la tesis del curso prohibida por la mayoría de la Sala, la que finalmente no salió adelante, pueda significar cargo alguno para los Magistrados que, igual-

mente con el mejor deseo de atinar, la sostuvieron. Esto explica por qué el proceso pasó a la Magistrada Martha Elena Jaramillo Panesso, ajena la conducta de los Magistrados a cualquier hecho turbio, como la mente enfermiza del Juez denunciante se empeña en considerarlo.

Y afirma la Sala esto último porque se logró demostrar, según lo dictaminó Medicina Legal, Psiquiatría Forense, que Marino de los Milagros Sierra Montoya tiene "...una alteración orgánica, como una lesión del sistema nervioso central, con deterioro en la inteligencia y elementos depresivos desde el punto de vista subclínico. Es evidente que se trata de una lesión a nivel del sistema central, producida por el uso del alcohol.

"... Con base en los anteriores elementos clínicos, tanto de observación, cuanto lo obtenido en los hechos sumariales, cuando lo obtenido a través de las pruebas paraclínicas, el perito llega al diagnóstico de una psicosis paranoica alcohólica, con elementos de lesión a nivel del sistema nervioso central.

"... Este tipo de trastorno mental que repito no se sabe hasta el momento si sea permanente o transitorio, excluye en forma total y absoluta la capacidad de discernir sobre lo lícito o ilícito de las actuaciones..."

Sólo así se explican los otros cargos que formula el Juez y que eleva a categoría delictiva, tales como el de que el doctor Fernando Gómez Gómez, por ser Presidente del Tribunal, estaba impedido por cuanto por él votaron para tal dignidad, José Fernando Ramírez G., Celedonio Posada Medina y Martha Elena Jaramillo Panesso, o que se haya incurrido en conducta ilícita por designar a un Juez de instrucción criminal del Departamento de Antioquia para la práctica de las diligencias en la averiguación contra Marino de los Milagros, ya que el doctor Gómez Gómez "es su patrón" "y a la vez ambos son conservadores". O que el doctor Jiménez R, prevaricó, al conceptuar en supuesta charla privada sostenida con el denunciante que la determinación de la destitución no era apelable; o, en fin, que la doctora Jaramillo Panesso delinquiró, igual que el doctor Fernando Gómez Gómez, cuando sosteniendo éste la inexistencia de concurso, en su condición de Magistrado ponente, la Sala mayoritaria lo asegura y, así, entonces, salva el voto, en la determinación con ponencia de la doctora Jaramillo.

Por último, es verdad que el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal señala un plazo de 10 días para la resolución de la situación jurídica, cuando el procesado es dejado en libertad al terminar su indagatoria, o cuando ha sido declarado ausente y que, ese término, no se cumplió en el caso de Mario de los Milagros Sierra Montoya. Pero de allí no se sigue que los Magistrados hayan prevaricado por omisión, pues un pensar semejante conduce al absurdo de afirmar una responsabilidad objetiva, o lo que es lo mismo, que los términos deben cumplirse fatalmente so pena de responsabilidad penal. Términos como el presente tienen simplemente un soporte ideal a diario avasallado, de la mejor buena fe, por la realidad de nuestra administración de justicia. Cuando resulta evidente que no se atentó contra el derecho de defensa, o contra cualquiera otro válido

interés del procesado o de los demás sujetos procesales, el incumplimiento del término deviene en intrascendente. Es más, aquí por parte alguna obra demostrado que el procesado hubiera solicitado resolución de su situación jurídica, y ésta, sin destruir el esquema fundamental del proceso, o atentar contra el derecho de defensa, perfectamente ha podido resolverse al momento de la calificación del mérito del sumario; con todo, se hizo antes de esa fase procesal. Así las cosas, el asunto deviene en mero formalismo, y ya dijo la Corte que oponer éste a la esencia del derecho es tanto como hacer bizantinismo en contra de la equidad. Se debe renunciar a rendir pleitesía a la forma, en la obligada búsqueda del contenido que es cuanto verdaderamente importa.

Definitivamente, los Magistrados acusados son ajenos totalmente a cualquier ilicitud.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, se abstiene de abrir investigación penal contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, doctores Fernando Gómez Gómez, José Fernando Ramírez Gómez, Martha Elena Jaramillo Panesso, Celedonio Posada Medina y J. Héctor Jiménez R., según denuncia del Exjuez del Municipio de Guadalupe, doctor Marino de los Milagros Sierra Montoya.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Lisandro Martínez Zúñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

Al censor no le basta con afirmar que se ha producido una violación indirecta de la ley, sino que está obligado a comprobar el sentido y alcance de tal infracción

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 024 del 3 de abril de 1990.

Vistos:

El Juzgado Diecinueve Superior de Bogotá, en decisión fechada el catorce de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, condenó a la pena principal de cuatro años de prisión a los señores *Luis Bernardo Lancheros Gómez* y *Sergio Palacio Montaña*, como autor y determinante respectivamente, por el delito de *falsedad ideológica en documento público*.

Apelada que fuera esta providencia, el Tribunal Superior de Bogotá desató el recurso el día dos de diciembre del mismo año confirmando en su integridad la de primera instancia.

El defensor del procesado Bernardo Lancheros recurrió en casación, y dicha impugnación fue admitida por la Corte mediante auto del pasado once de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

Presentada la demanda y declarada ésta ajustada a las previsiones legales, corresponde ahora a la Sala decidir lo que fuere pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Según cuentan los autos, con ocasión de la suscripción y perfeccionamiento de la Escritura Pública número 421 de fecha 6 de octubre de 1979 de la Notaría Segunda del Circulo de Ubaté, el depositario de la fe pública, Luis Bernardo Lancheros Gómez, determinado por el particular Sergio Palacio Montaña, consignó circunstancias contrarias a la realidad en cuanto que afirmó la comparecencia de la otorgante —María Antonia Montaña de Palacio— al recinto de la oficina, que lo hizo en forma consciente y que recibió dinero a cuenta de la venta hecha a través del mencionado instrumento público.

Actuación procesal:

Formulada la denuncia por Adriano Palacio Montaña, hermano de uno de los acusados, el Juzgado Peral Municipal de Ubaté luego de adelantar diligencias preliminares, decidió iniciar investigación penal en auto del tres de junio de mil novecientos ochenta y dos.

Adelantado el sumario, se calificó su mérito en auto del veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y seis con llamamiento a juicio para los procesados por el delito de falsedad documental, disponiéndose así mismo su detención preventiva. Apelada esta decisión, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.

La audiencia pública de juzgamiento se celebró el diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, procediéndose luego a dictar la sentencia de primera instancia en la fecha ya referida.

La demanda de casación:

Con fundamento en la causal primera de casación, el consor eleva cuatro cargos contra la sentencia recurrida, aduciendo que el juzgador incurrió en errores de hecho y de derecho en la valoración probatoria, lo que condujo a la violación de la ley sustancial por aplicación indebida.

En el primero de los ataques, sin especificar si se trata de un error de hecho o de derecho, el libelista solicita la casación de la sentencia puesto que ella se apoya en un supuesto indicio de la comisión del delito y la responsabilidad de sus autores, del cual ni siquiera existe hecho indicador. Sustentó su afirmación poniendo de presente cómo el fallador "leyó mal" el contenido de la Escritura Pública número 421 de 6 de octubre de mil novecientos setenta y nueve, en donde se consignó que la otorgante compareció ante el Notario Segundo de Ubaté, y no —como equivocadamente se concluyó en las instancias— ante las instalaciones de la Notaría. No precisó, empero, la incidencia del error en el contenido de la sentencia condenatoria atacada.

El segundo cargo apunta a demostrar la violación indirecta de la ley sustancial en la medida en que los sentenciadores dieron valor de indicio a otro hecho que no tuvo comprobación alguna en la actuación, puesto que asumieron como demostrado y constitutivo de indicio grave de responsabilidad, el que el procesado Palacio Montaña "le debió informar" al otro acusado —el Notario Lancheiros— que la otorgante de la escritura no sabía firmar. Estimó el casacionista que de esta forma se vulneraron las disposiciones 215 y 253 del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso, y de manera indirecta el contenido del artículo 219 del Código Penal.

En el tercer ataque, sin hacer mención alguna de las normas que presuntamente fueron violadas de forma indirecta, el libelista estima que en la sentencia se incurrió en error —al parecer de derecho— cuando el sentenciador valoró como indicio el hecho de que la impresión dactilar que se puso en la escritura como de María Antonia Montaña de Palacio no fue tomada con la adecuada técnica, lo que

impidió la verificación de tal impresión con las de los archivos correspondientes y determinar si era exacta o no a la de la otorgante. Aduce el censor que este hecho, más que indicativo de la responsabilidad del procesado, se erige en prueba de su actuar ausente o cuando menos, es un motivo de duda.

Finalmente, afirmando que es prácticamente en la única declaración en la que se apoya la sentencia, el recurrente atacó el fallo por error de valoración del testimonio de la señora María Elisa Rojas de Ramos, quien según su apreciación fue contradicha en el plenario por seis testigos diversos. Estimó en este punto el casacionista que el sentenciador de segunda instancia incurrió en violación de la ley al tomar como cierta una manifestación mendaz, en el sentido de que el contenido de la versión de la testigo mencionada es bastante diferente al que consideró el juzgador, como por otra parte lo afirmó el Juez de primera instancia quien consideró inveraz la misma prueba.

Concepto de la Delegada:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal opina que la sentencia no puede casarse. Luego de reseñar los hechos del proceso y las argumentaciones de la demanda, se ocupó de cada uno de los cargos planteados.

Respecto del primero, puso de presente a la Sala cómo el libelista no indicó en forma expresa y clara las normas medio y fin infringidas por el fallador, consignando en este aspecto un planteamiento apenas fugaz, que señala la violación del artículo 219 del Código Penal por haberse condenado sin la prueba requerida por la ley procesal para ello (art. 215 del ordenamiento ritual), por la falta de prueba del hecho indicador (art. 235 *ibidem*).

Aún ignorando lo anterior, el Procurador Delegado pide que no se case la sentencia puesto que el censor no precisó la clase de error cometido por el Tribunal y el falso juicio a que dio origen.

Pese a todo, el primero de los cargos no está llamado a prosperar pues que el demandante se adentra en un simple juego de palabras, olvidando que en la escritura se afirmó la comparecencia de los otorgantes en la ciudad de Ubaté, cuando en realidad ella, según se afirma, ocurrió en el Municipio de Tausa (jurisdicción de aquella localidad), lo que demuestra que se faltó a la verdad con el fin de ocultar las verdaderas circunstancias que rodearon el otorgamiento de la escritura.

Al ocuparse del cargo segundo dijo:

“Como en el cargo anterior, el censor no es claro en el planteamiento de la proposición jurídica respectiva y sólo por vía deductiva se puede especificar que la norma medio vulnerada fue el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, considerada por el casacionista como la vía expedita para infringir de manera indirecta los artículos 219 del Código Penal y 215 del Código de Procedimiento Penal de 1938 (sic)”.

Adentrándose en el examen del cargo, señaló el colaborador Fiscal que el libelista inicialmente considera que el hecho indicador no se encuentra probado, estimación equivocada en su criterio, si se parte de la base de que tal hecho indicador está constituido por la omisión del Notario de llevar la almohadilla entintada a Tausa para el otorgamiento de la escritura, en lo cual coinciden los testigos (y el mismo procesado) que declararon sobre este punto. Sin embargo, señala que el mismo censor se ocupa luego de plantear la hipótesis de que el indicio "no tiene ese alcance", con lo cual introduce una confusión sobre la verdadera entidad de la censura, pues impide determinar si lo que busca es demostrar un error de hecho por falso juicio de identidad o uno de derecho por falso juicio de convicción.

En el cargo tercero, según lo plantea el Procurador Delegado, no se concretaron las normas medio y fin vulneradas, ni la clase de error cometido ni el falso juicio que originó.

De similares defectos de técnica adolece el cuarto de los cargos, en donde no se especificaron las normas medio violentadas ni la clase de error cometido por el fallador y el falso juicio respectivo. Por lo demás, en este ataque el censor se limitó a estimar el testimonio atacado en forma diversa a lo hecho por el sentenciador, lo cual "es método admisible en las instancias pero que no es de recibo en sede de casación".

Consideraciones de la Sala:

Tanto en el artículo 580 del Decreto 409 de 1971 (aplicable al caso que motiva este pronunciamiento) como en el 226 del Decreto 050 de 1987, se conservan intactas en lo sustancial las condiciones que gobiernan el recurso extraordinario de casación. Según tales normas, la impugnación procede en aquellos eventos en que la sentencia sea violatoria de una ley sustancial por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Esta infracción bien puede producirse de modo directo o en forma indirecta, esto último, a través del desconocimiento de normas probatorias en cuyo caso se admite la posibilidad de una inadecuada apreciación de determinada prueba, o de una falta de consideración de un específico medio de convicción.

En tratándose de la violación indirecta de la ley sustancial, así debe alegarlo el recurrente, quien tiene además la carga de demostrar que el sentenciador incurrió en un error de derecho, o uno de hecho que aparezca evidente en los autos. Ello significa que por virtud del derecho positivo que gobierna el recurso, al censor no le basta con afirmar que se ha producido una violación indirecta de la ley, sino que está obligado a comprobar el sentido y alcance de tal infracción, señalándose de esta manera las formas mínimas que debe reunir el libelo para que tenga vocación de prosperidad.

Por vía jurisprudencial (Sentencia de 2 de julio de 1985, Magistrado ponente doctor Luis Enrique Aldana Rozo), además, se ha

precisado la naturaleza del error de derecho y el de hecho, advirtiéndose su diferencia y los diversos argumentos que se deben esgrimir en uno y otro caso:

"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 le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

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

"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 aducción;

"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".

Lo anterior está indicando que, además de los requisitos referidos a la identificación de las partes y al resumen de los hechos materia de juzgamiento, y las demás exigencias técnicas señaladas en los artículos 576 del Decreto 409 de 1971 y 221 del Decreto 050 de 1987, en su caso, una demanda que se presente con base en la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, debe necesariamente contener:

a) La alegación precisa de que se trata de una violación indirecta de la ley sustancial, esto es, la determinación de la naturaleza de la infracción, requisito este que exige, como consecuencia lógica, que a continuación se señalen en forma clara y expresa;

b) Las normas medio o probatorias que fueron infringidas por el fallador (excepto en el caso de tratarse de un error de derecho), a través de las cuales se violaron unas específicas disposiciones fin o sustanciales que deben igualmente expresarse;

c) La obligación de señalar y demostrar claramente la naturaleza y existencia del error cometido por el fallador, es decir, alegar la existencia de un error de hecho o de derecho;

d) Si se escoge el error de hecho, se debe alegar si tal equivocación proviene de ignorar la existencia de una prueba determinada obrante en el plenario, o de la suposición o presunción de un medio

de convicción, o de la tergiversación o distorsionamiento que el fallador haya hecho respecto del sentido de uno de tales medios probatorios. En este evento, se debe además precisar la norma que consagra el tipo de prueba sobre el cual recae el error;

e) Si se demanda con fundamento en error de derecho, necesario resulta especificar si el sentenciador admitió y valoró una prueba irregularmente aportada, o le negó a ella el valor probatorio asignado por la ley, o la apreció en forma diversa a lo previsto en las disposiciones legales pertinentes. Como consecuencia de ello, forzoso resulta indicar la norma que determina el valor que debe asignarse a la prueba correspondiente;

f) Finalmente, es deber del censor comprobar la incidencia del error en el fallo acusado, vale decir, demostrar que por él el juzgador aplicó indebidamente o dejó de aplicar la ley sustancial cuya violación predica;

g) Si se alegare aplicación indebida, su tratamiento requiere que por el demandante se demuestre ella y además se señale la disposición que se ha debido invocar en el fallo;

h) Si el fundamento fuere de falla de aplicación, preciso resulta alegarlo así y demostrar por qué la norma infringida es la llamada a gobernar el juzgamiento.

Hechas estas precisiones, que fundamentalmente están orientadas a reiterar las exigencias de técnica que ya en fallos anteriores de la Sala se han establecido, se tiene frente a la demanda que es objeto de estudio, lo siguiente:

Cargo primero:

Es notorio que el demandante ha incurrido en este cargo en imprecisiones técnicas que hacen imposible su estudio. En efecto, no puede la Corte encontrar en las razones de ataque si se alega la existencia de un error de hecho o uno de derecho, teniendo que recurrir —forzando extremadamente el recurso— a una interpretación de los argumentos tales como "supuesto indicio" o "error manifiesto en la creación de una circunstancia falsa", complementados con la afirmación de que se invoca la causal primera de causalidad porque en la "sentencia acusada se incurrió en error de hecho", para derivar de ellos la alegación correspondiente, que de todas formas no resulta clara en la medida en que el mismo demandante dice que la sentencia "incurrió en error de hecho que aparece manifiesto en los autos, respecto de esa estimación equivocada de la prueba y en la falta de estimación de las que demuestran la inocencia del recurrente".

Por lo demás, tampoco el censor se ocupó en parte alguna de determinar si predica la aplicación indebida o la falta de aplicación de una norma sustancial, con lo cual nuevamente la Sala estaría obligada a acudir a los razonamientos generales de la demanda, según los cuales "en fin, que propongo una violación indirecta de la ley sustantiva penal, por aplicación indebida". Pero aún supliendo estas

deficiencias, queda corta la demanda en el sentido de que no se demuestra por qué se incurrió en una incorrecta aplicación de la ley, y mucho menos se determina cuál era la disposición que gobierna el caso concreto, exigencia esta indispensable en este tipo de alegaciones.

Este tipo de fallas técnicas no pueden en verdad ser convalidadas por la Sala, a quien le está impedido en sede de casación suplantar al demandante y corregir los libelos indebidamente presentados, razón por la cual no puede adentrarse en el estudio de fondo del ataque como si lo hace, en exceso de celo en el cumplimiento de su deber, el señor Procurador Delegado en lo Penal.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Cargo segundo:

Al igual que en el anterior, solamente por vía deductiva se puede establecer que lo que pretendió el libelista fue alegar la existencia de un error de hecho en la sentencia, por haber el fallador presumido un indicio que no se allegó al plenario. De la misma forma, no se precisó en el cargo si la violación se produjo por aplicación indebida o falta de aplicación de la ley sustancial, ya que se limitó a afirmar que se produjo "al aplicar el artículo 219 del Código Penal sin que se contara con la plena prueba que exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal anterior, para proferir sentencia condenatoria", contrariando a todas luces las reglas técnicas que atrás se dejaron establecidas.

Fundamenta el cargo el libelista, por otra parte, en el hecho de que en su sentir no es indicio de responsabilidad penal de su defendido el que no hubiese llevado a la vereda en donde se suscribió la escritura materia de este proceso los elementos necesarios para tomar la impresión dactilar a la otorgante María Antonia Montaño de Palacio. De tal medio probatorio —indicio— predica en forma imprecisa un error de hecho, por haberlo supuesto el sentenciador. Al desarrollar el cargo, sin embargo, dice que la prueba indirecta está construida sobre la afirmación que en la sentencia se hace de que Sergio Palacio "le debió informar (al Notario Lancheros) de que su señora madre no sabía escribir", lo que en su sentir "jamás es plena prueba del hecho que se toma como indicador de otro". Es decir, que a través de este pasaje, el demandante que antes había invocado la existencia de un error de hecho (inexistencia del indicio), traslada sus argumentos a la esencia del error de derecho (valoración probatoria que del hecho indicador hizo el juzgador).

A más de tales imprecisiones, el censor considera, valiéndose de una hipótesis del fallador, que el indicio está construido sobre la base de la suposición de que Sergio Palacio informara al Notario Lancheros que su madre no sabía firmar, situación que efectivamente no está demostrada en los autos, pero que es distinta al hecho indicador deducido en las instancias, cual era el no haber llevado al sitio en donde se suscribió la escritura los elementos necesarios para la toma de la impresión dactilar. De esta forma, el cargo se desarrolla con afirmaciones que impiden determinar si el ataque se encuentra dirigido a la estimación probatoria del indicio o a la prueba del hecho indicador.

El cargo no prospera.

Tercer cargo:

Es más notoria aún la falta de técnica en que se incurrió en este ataque, si se considera que por parte alguna mencionó el libelista las normas medio ni las normas fin sustento del mismo; toda la argumentación en este sentido se reduce a la afirmación de que la ley se aplicó indebidamente "al considerar como existente el supuesto delito de falsedad ideológica en escritura pública y que se atribuyó a las personas sindicadas en este proceso".

Tampoco, como en los demás, se determina la clase de error cometido por el juzgador, ni se dijo nada respecto de las normas que han debido aplicarse en caso de haberse demostrado la indebida invocación de alguna ley sustancial.

Por lo demás, el ataque más que sobre argumentos del error de hecho que podría deducirse, se yergue sobre las alegaciones propias del error de derecho en el sentido en que el libelista propone que la falta de técnica en la toma de la impresión dactilar por parte del Notario procesado, no se ha debido estimar como un indicio en su contra sino como uno a su favor, con lo cual nuevamente revela su ausencia de técnica.

El cargo no prospera.

Cuarto cargo:

Nuevamente se omite mencionar en este ataque si la violación es de forma directa o indirecta, aun cuando las argumentaciones propias del cargo imponen la necesaria consecuencia de que se trate de una de las segundas formas de vulneración de la ley.

Pero, a más de ello, no señaló el casacionista las normas medio en las cuales se fundamenta en la alegación de la censura, y se limita a afirmar que se trata de una aplicación indebida "de la ley sustantiva penal en el artículo 219 del estatuto penal vigente, con violación de la norma del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal de 1938" (sic).

Tampoco indicó el demandante con claridad si se trataba de un error de hecho o de derecho, pasando inmediatamente a presentar argumentaciones que contraponen su personal estimación del testimonio de la señora María Elisa Rojas de Ramos a la valoración que del mismo hiciera el sentenciador, olvidando de plano que en este aspecto la ley no asigna valor a la prueba testimonial sino que deja a las reglas de la sana crítica su apreciación por parte del Juez.

Todas estas fallas técnicas, impiden la prosperidad del 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 recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Neugrés, Lisandro Martínez Zuñiga, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

Si el Gobierno Nacional, de acuerdo al artículo 44 del Código de Procedimiento Penal de 1971, no satisfizo el requisito del concepto favorable de la Corte, la Resolución que lo ordene es contraria a lo preceptuado en la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 23 de marzo 28 de 1990.

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y el Juzgado Segundo Superior de Valledupar, en este proceso que se sigue por el delito de falsedad respecto de *José Félix Lafaurie Rivera* y *Roberto Bustos Jiménez*.

Antecedentes:

1. Mediante providencias de 20 de enero y 16 de junio de 1987, proferidas en su orden por el Juzgado Segundo Superior de Valledupar y Tribunal Superior del mismo Distrito, los sindicados Roberto Bustos Jiménez y José Félix Lafaurie Rivera fueron residenciados en juicio criminal por el delito de falsedad en documentos (fls. 401 y ss.).

Abierto el juicio a pruebas y luego de varios incidentes, el Agente Especial del Ministerio Público designado para dicho proceso solicitó el cambio de radicación del mismo, argumentando, en esencia, que se presentaron dos motivos de nulidad: Haber calificado el Tribunal erróneamente el delito y por no admitir el poder otorgado en el exterior por el enjuiciado Lafaurie Rivera, desconociendo de este modo el principio de favorabilidad.

No obstante que esta Sala de Casación conceptuó desfavorablemente al susodicho traslado del proceso (por estimar que se trataba únicamente de diferencias jurídico-penales entre el Agente Especial y los Juzgadores), el Ejecutivo, mediante Resolución número 060 de 8 de abril de 1988 (fls. 660 a 663) dispuso el cambio de radicación, con fundamento en las mencionadas tesis del solicitante.

2. Así, el proceso fue remitido al reparto de los Jueces Superiores de la ciudad de Tunja, correspondiéndole al Tercero, que continuó

el trámite de la causa, celebrando audiencia y luego profiriendo sentencia de 18 de noviembre de 1988, por medio de la cual absolvió a los procesados Bustos y Lafaurie (fls. 728 y ss.).

Ese fallo fue apelado por el Fiscal de ese Despacho, quien sostuvo que existía mérito para condenar a Bustos Jiménez por el delito de falsedad tipificado en el artículo 221 del Código Penal.

Recibido el proceso en el Tribunal de Tunja por virtud de la alzada, el Fiscal Tercero de la Corporación solicitó la confirmación de la sentencia absolutoria, mas la Sala de Decisión respectiva, por auto de 14 de junio último (fls. 756 y ss.), resolvió no avocar el conocimiento del proceso, y devolver el mismo al Juzgado Segundo Superior de Valledupar, proponiendo colisión de competencias negativa.

Esa decisión la fundamentó el Tribunal en que la Resolución que dispuso el cambio de radicación al Distrito Judicial de Tunja es manifiestamente ilegal por desconocer el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal de 1971, en el sentido de que cuando el concepto de la Corte es adverso no puede el Gobierno ordenar el cambio de radicación.

Contra dicho auto interpuso recurso de reposición el Fiscal Tercero, poniendo de presente que de conformidad con el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, todo acto administrativo se presume legal y por tanto obliga mientras no se declare sin valor o sea suspendido, máxime cuando, como en este caso, reconoce una situación individual. "De ninguna manera —replica el Fiscal— puede dejarse de aplicar un acto administrativo si no ha sido suspendido o declarado nulo, so pretexto de su presunta ilegalidad. En este caso menos, cuando se trata de un acto administrativo autónomo que en momento alguno está reglamentando alguna ley; es un acto dictado por un funcionario competente y al cual la ley le ha dado la facultad necesaria para hacerlo; su obligatoriedad no es facultativa para quien deba cumplirlo" (fl. 769).

El Tribunal, mediante proveído de 8 de agosto, se abstuvo de revocar su decisión, aduciendo que en casos como éste, en que el acto administrativo ilegal no ha sido demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, procede la excepción de ilegalidad prevista en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Sostuvo, pues, la falta de competencia "por darse un cambio de radicación irregular" (fls. 772 y ss.).

Devuelto el expediente al Juzgado Segundo Superior de Valledupar, éste hizo suyas las razones del Fiscal Tercero de Tunja, y reconoció que a pesar de ser la Resolución Presidencial que dispuso el cambio de radicación "abiertamente ilegal", prevalece la presunción contraria plasmada en el artículo 66 del Código Contencioso ya citado, y agrega que en este caso no es aplicable el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 sobre excepción de ilegalidad, pues el mismo se refiere al ejercicio de la "potestad reglamentaria", que no es el caso aquí, y que, además, se ha considerado que el aludido artículo 12 fue tácitamente

derogado a partir del año de 1914, cuando se entregó a la jurisdicción de lo Contencioso el control de los actos de la Administración Pública (fls. 785 y ss.).

Remitido el proceso a la Corte, se procede de plano a desalar el conflicto.

Se considera:

El artículo 44 del Código de Procedimiento Penal de 1971, aplicable en este proceso, por mandato expreso del artículo 677 del nuevo estatuto (Decreto 050 de 1987), dispone:

"Cambio de radicación. En cualquier estado del proceso, antes de pronunciarse sentencia de segunda instancia, podrá el Gobierno, de acuerdo con la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, disponer que los sindicados o procesados por delitos de competencia de los Tribunales Superiores, los Jueces Superiores, de Circuito, de Distrito Penal Aduanero o Municipales, sean juzgados en otro Distrito. Esta medida será tomada por el Gobierno, de oficio o a solicitud de parte, cuando lo estime conveniente para la recta administración de justicia, después de averiguar por los medios que crea conducentes los motivos del traslado" (Se subraya).

Es claro que la expresión que se acaba de subrayar (de acuerdo) significa que el cambio de radicación sólo puede ser ordenado por el Gobierno si media concepto favorable de la Corte; o, lo que es lo mismo, el concepto adverso obliga, no puede ser contrariado por el Gobierno.

Así lo han reiterado doctrina y jurisprudencia. Esta Sala, en auto de 15 de noviembre de 1983 (Magistrado ponente doctor Reyes Echeandía), precisó al respecto:

"Emitido el concepto de ley, la decisión, que debe ser negativa cuando la opinión de la Corte es adversa, y puede ser de aceptación o rechazo del cambio de radicación si el concepto en cuestión es afirmativo, compete al Gobierno, con fundamento en consideraciones que no son ciertamente, ni tienen por qué ser, de carácter jurídico, dictar la resolución".

En el presente caso, como ya se anotó, la Sala dio opinión desfavorable para el cambio de radicación solicitado por el Agente Especial, cuyos argumentos resumió así, en dicho concepto:

"1. Que todo el acervo probatorio revela que el procesado Ingeniero Lafaurie Rivera no incurrió en 'falsedad ideológica en documento público', debiéndose haber calificado su comportamiento punible simplemente de 'contrato sin cumplimiento de requisitos legales', de conformidad con la descripción típica contenida en el artículo 146 del actual Código Penal.

"Que por este aspecto, afirma el Fiscal, tanto el Juez Segundo Superior de Valledupar, así como el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, incurrieron en sus respectivas providencias en nulidad por errada calificación jurídica.

"2. Que el Tribunal Superior de Valledupar, al dirimir la colisión de competencias negativa que se suscitó entre el Juzgado Penal del Circuito y el Superior de Valledupar, en el sentido de afirmar la facultad de conocimiento del proceso en este último, por advertirse la existencia de un delito de falso escriturario, 'precalificó los hechos, encausó (sic) al señor Juez Segundo Superior, poniéndole una camisa de fuerza, si se me permite el término, obligándolo a seleccionar un delito que no se compadecía con la conducta desplegada por Lafaurie Rivera, a pesar de no compartir ese criterio'.

"3. Que con respecto a la conducta atribuida al ciudadano Bustos Jiménez, lo indicado era sobreseerío temporalmente, toda vez que en el expediente no se allegó la prueba que permitiera establecer que este sujeto había obrado con dolo.

"4. Que los juzgadores de instancia no convinieron en aplicar el principio del efecto retroactivo de la ley penal más favorable, y en consecuencia se negaron a aceptar el poder que en contumacia y en el extranjero había otorgado el enjuiciado Lafaurie Rivera" (Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome, concepto de 27 de noviembre de 1987, Acta número 78 de noviembre 24 de 1987).

Para emitir su opinión adversa al cambio de radicación, consideró esta Sala, lo siguiente:

"Sin embargo en las enjundiosas consideraciones de índole jurídico-probatoria que ha plasmado el Fiscal en su petición, propias más bien de un diligente y acucioso defensor que de un representante de la sociedad, para la Sala aparece absolutamente claro que lo que mueve al memorialista a intentar el tránsito del proceso a un lugar distinto de aquel en donde se debate el juicio criminal, no puede de manera alguna calificarse como *causu justificada* para modificar en este caso las reglas de competencia que por razón del territorio deben regular inexorablemente la marcha y culminación de toda investigación.

"En efecto, las censuras consignadas por el Fiscal en su escrito, sólo reflejan que entre el funcionario del Ministerio Público y los Jueces encargados de ventilar la *causu*, existen diferencias, unas más profundas que otras, acerca de aspectos jurídico-penales que de suyo han sido objeto de polémica y debate en los estrados judiciales.

"Evidentemente aspectos relativos a la selección de los tipos penales cuya consumación se atribuye a los procesados; o el concierne al insoslayable deber que coloca al juzgador de segundo grado en la necesidad de calificar (así sea provisoriamente) en derecho un comportamiento humano a efecto de señalar competencia; o finalmente, las antagónicas concepciones que es posible ver enfrentadas en cualquier proceso sobre tema tan álgido como el referido al 'principio de favorabilidad', frente a normas adjetivas, no pueden jamás ser apreciadas en conjunto como un factor que inspira desconfianza en la administración de justicia dentro de una región determinada de la patria" (Concepto citado. Subrayas fuera de texto).

No obstante el anterior concepto desfavorable de la Corte, obligatorio para el Gobierno Nacional según las claras voces del artículo

44 del Decreto 409 de 1971, que era el procedimiento por el cual se rituaba el juicio, se ordenó el cambio de radicación con base en los mismos argumentos desechados por esta Sala, mediante Resolución contraria a la ley que constituye una indebida intromisión del Ejecutivo en los asuntos judiciales y que atenta contra el principio constitucional de la separación de funciones de las Ramas del Poder Público (art. 53 de la Constitución Nacional), toda vez que se criticaron y se manifestó por el Gobierno una opinión claramente opuesta a las decisiones tomadas en este proceso por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, como se aprecia de manera inequívoca en los considerandos de la resolución, en cuya parte pertinente se expresa:

"Que el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta la obligación que le asiste de velar por una recta administración de justicia y después de un análisis cuidadoso para decidir el cambio de radicación solicitado por el Agente del Ministerio Público, encuentra en el expediente que existen elementos probatorios suficientes para colegir que evidentemente, el honorable Tribunal Superior de Valledupar incurrió en precalificación de los hechos y por lo mismo, en una errónea calificación jurídica del delito, teniendo en cuenta la afirmación del Tribunal en referencia (fls. 188 a 191), al dirimir la colisión de competencias que se presentara entre el Juez del Circuito y el Segundo Superior, de que efectivamente el señor Lafaurie Rivora había elaborado la orden de trabajo número 021 del 23 de diciembre de 1983, cuando en realidad lo que hizo este último, fue dar la orden para que un particular la elaborara siempre y cuando la hiciera con base en un documento contentivo de la cotización, afirmación que a la postre se constituyó en base fundamental para que el honorable Tribunal Superior en un escrito sin mayores argumentaciones (fl. 192), determinara que se trataba evidentemente de una falsedad documental.

"Que en cuanto a la negativa de reconocimiento de la personería del abogado del señor Lafaurie Rívora, de conformidad con lo expuesto en el artículo 177 del Decreto 50 de 1987, y artículo 120 del estatuto procedimental anterior, que exige la presentación personal del poder ante el funcionario competente, aparece en el expediente que el inculcado otorgó poder debidamente en el exterior y lo remitió en su momento a la autoridad competente en Colombia. El honorable Tribunal Superior de Valledupar, al no aceptar dicho otorgamiento, no tuvo en cuenta el principio constitucional de favorabilidad, que preceptúa la prelación en materia criminal de la ley favorable con respecto a la restrictiva, aun cuando fuere posterior, como efectivamente se ha presentado en el caso que nos ocupa" (Sin subrayas en el original).

Con base, pues, en las anteriores consideraciones y apoyándose en lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto 409 de 1971, que como ya se vio requiere el concepto previo y favorable de la Corte para disponer el cambio de radicación de un proceso, el Gobierno Nacional decidió, "... apartándose del concepto emitido por la Sala de Casación de la honorable Corte Suprema de Justicia, en aras de velar por una recta y cumplida administración de justicia, ... cambiar la radicación del proceso... contra José Félix Lafaurie y otros" (Sin subrayas en el original).

Salta a la vista, entonces, que ese acto administrativo de origen presidencial es contrario a la ley, como lo han admitido los funcionarios colisionantes. Lo que se discute entre ellos es si el dicho acto tiene fuerza obligatoria y debe, por tanto, ser aplicado o no.

Pues bien: El artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, dice:

"Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo".

En ese artículo aparece consagrada la "presunción de legalidad" que cubre a todos los actos administrativos, principio consistente en que los mencionados actos deben ser acatados por las autoridades y por los particulares mientras la jurisdicción competente no declare su inconstitucionalidad o su ilegalidad.

Mas resulta que ese principio no puede ser aplicado de manera estricta e inexorable cuando se oponga manifiestamente a la Constitución o a la ley, pues las consecuencias jurídicas de una tal aplicación serían nefastas e irreversibles. En ese sentido el artículo 20 de la Constitución es claro al señalar que las autoridades son responsables por sus actuaciones ilegales.

Para evitar esa aplicación irrestricta se ha creado el mecanismo de la excepción de ilegalidad o vía de excepción, la cual consiste en que la autoridad destinataria del acto administrativo se abstiene de obedecerlo por estimarlo violatorio de una norma jurídica de mayor jerarquía.

Esa excepción se encuentra legalmente prevista en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en los siguientes términos:

"Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable".

Si la excepción de ilegalidad está prevista de manera expresa por la ley (al respecto es importante destacar que el Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 está vigente, tal como puede verse en los fallos de 24 de septiembre de 1973 —expediente número 1167— y 25 de junio de 1987 —expediente número 922-8766—) y si el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal establece que "el orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será... La ley, el reglamento ejecutivo y la orden superior", no queda a la Corte la más mínima duda de que análogamente puede hacer uso de la excepción de ilegalidad frente a actos administrativos del Gobierno de rango inferior a los citados, cuando abiertamente contrarían la Constitución (recuérdese la excepción de inaplicabilidad prevista por el artículo 215 de la Constitución Nacional, en relación con la ley que le es contraria) y las leyes, como ha ocurrido en este proceso con la Resolución número 060 de 8 de abril de 1988, dictada por el Gobierno Nacional sin que legalmente pudiera hacerlo, toda vez que para ello, como ya

se expresó, era indispensable el concepto favorable de la Corte, que como consta en autos, fue adverso al cambio de radicación solicitado.

Es decir, que si el Gobierno Nacional no satisfizo el requisito que la misma ley le impone para que adquiriera la competencia de disponer el cambio de radicación de un proceso, cual es el concepto favorable de la Corte, la resolución que lo ordene es contraria a lo preceptuado en la ley y por ello no puede tener cumplimiento ni puede ser acatada por la misma autoridad judicial que conforme a la ley y haciendo uso de la facultad a ella conferida, la había rechazado.

Resulta claro, pues, que la Resolución Ejecutiva mediante la cual se dispuso el cambio de radicación de este proceso contrarió una norma de rango superior, como es el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, el cual le ordenaba al Gobierno obrar "de acuerdo" al concepto adverso emitido al respecto por esta Sala de Casación Penal; mas el Gobierno hizo caso omiso de este mandato, desconociendo por ese modo lo dispuesto en la ley, aserto que imponía la inaplicabilidad o desobediencia de la citada Resolución que, en últimas, fijó en el Distrito Judicial de Tunja la competencia para conocer de este proceso.

Consecuente con lo anterior, se ordenará que el proceso vuelva al Distrito Judicial de Valledupar, de donde nunca debió haber salido.

También se ordenará expedir copia de esta providencia, de la Resolución número 060 de 8 de abril de 1988 (fls. 660-663) y del concepto desfavorable de la Corte de 27 de noviembre de 1987 (Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome), con destino a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes para que, si es del caso, se investigue la conducta del señor Presidente de la República doctor Virgilio Barco Vargas, y del señor Ministro de Justicia de la época doctor Enrique Low Murtra, quienes suscriben la referida Resolución.

De igual manera se ordenará expedir copia de las referidas piezas con destino a la justicia ordinaria para investigar el posible delito en que también pudieron haber incurrido los funcionarios del Ministerio de Justicia que intervinieron en la elaboración de la Resolución.

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

Resuelve:

1. Declarar que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Segundo Superior de Valledupar, a donde se ordena devolver el expediente. Dése aviso de esta decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, adjuntando copia del presente auto.

2. Por la Secretaría de la Sala expídanse las copias relacionadas en la parte considerativa de esta providencia, para los fines allí indicados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Con aclaración de voto; Mario Mantilla Nougués, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SUMARIO (ACLARACION DE VOTO)

Quando se trata de situaciones que puedan involucrar la participación de múltiples funcionarios, es conveniente y justo comenzar por quien estaba en oportunidad de realizar una observación integral

Participo de la decisión tomada por la Sala, excepto en lo que dice relación al señor Presidente de la República. Creo que respecto de éste, la Comisión de Acusaciones, si lo estima pertinente por sus averiguaciones o su criterio, decidirá lo más adecuado. Por ahora, a los fines del necesario enteramiento de la mencionada Comisión, basta con lo anotado para el Ministro de Justicia y, complementariamente, lo de la persona que pudo ser su asesor.

Son estos los funcionarios que estaban en condiciones y obligación de conocer la esencia del problema y de dilucidarlo de acuerdo con sus especiales funciones, conocimiento y actividad. En ellos reside el inicial compromiso. Siempre he creído que, cuando se trata de situaciones que puedan involucrar la participación de múltiples funcionarios, es conveniente y justo empezar por quien estaba en el compromiso y posibilidad iniciales de valorar todos los aspectos inherentes a la cuestión y que por su capacidad, especialidad o experiencia, estaba en oportunidad de realizar una observación integral y acertada del asunto y recomendar, conforme a ello, la resolución a tomarse. Este es el primer enfoque que, por lo demostrado posteriormente, puede alcanzar más profundidad en las conclusiones y extenderse a otras personas intervinientes en la decisión.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

Fecha ut supra.

REVISION

Este recurso extraordinario más que un medio de impugnación procesal constituye por su propia naturaleza una acción dirigida a obtener la remoción de la cosa juzgada

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 026 del 17 de abril de 1990.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho fuere pertinente respecto de la demanda de revisión presentada por la apoderada del condenado *Hemel Dario Higuita*.

La demanda de revisión y consideraciones de la Sala:

Actuando con poder que al efecto le confiriera el condenado *Hemel Dario Higuita*, su representante judicial presentó demanda de revisión del proceso que cursara ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Peque por el delito de lesiones personales y en el cual el citado poderdante resultó condenado a la pena principal de cuarenta y cinco meses de prisión.

Desde el comienzo de su libelo, la demandante alega como causal de revisión la contemplada en el numeral 5º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, puesto que la sentencia se dictó "con base en una *peritación falsa*". En el capítulo destinado a los fundamentos de hecho y de derecho de la solicitud, la memorialista limitó su escrito a hacer algunos señalamientos en cuanto a las fechas en que se produjeron varias actuaciones procesales, para pasar luego a aseverar que hay falsedad en el peritazgo médico-legal que fijó la incapacidad definitiva al lesionado, en la medida en que el supuestamente reconocido había fallecido días antes de practicarse esta prueba pericial. Más adelante, con el mismo planteamiento someramente esbozado, predicó la demandante la existencia de una falsedad en el auto que calificó el mérito del sumario por segunda vez —que se fundó en aquel dictamen— y en la sentencia condenatoria.

Al respecto, considera la Sala:

En múltiples oportunidades la Corte Suprema de Justicia, por vía jurisprudencial, ha resallado lo que también en la doctrina se tiene aceptado en relación con el recurso extraordinario de revisión. Este, más que un medio de impugnación procesal, constituye por su propia naturaleza una acción dirigida a obtener la remoción de la cosa juzgada que ampara los fallos jurisdiccionales. Como acción que es, debe diferenciarse la demanda en que se fundamenta de un mero alegato de instancia, ya que no se trata simplemente de presentar apreciaciones diferentes respecto de las pruebas aportadas a la investigación, o refutar los argumentos de la sentencia, o simplemente procurar que un funcionario de instancia superior reexamine los fundamentos de hecho y derecho con la esperanza de que se reabra el debate, sin haber determinado con precisión tanto lo pedido como los fundamentos de ello.

El recurso extraordinario de revisión exige que, previa su aceptación, se presente a la Corte una demanda adecuadamente estructurada, en donde no solamente se contengan la identificación de los sujetos que intervienen en esta nueva relación jurídico-procesal, la sentencia que es materia del ataque, la relación de los hechos que dieron origen al juzgamiento y la pena que se impuso, la lista de las pruebas que se pretendan hacer valer, sino que, y es lo más importante, que se presenten a la Sala "los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyara la solicitud", esto es, que en forma adecuada se establezcan ellos, diferenciando el petitum de la causa petendi y demostrando, además, la aptitud sustancial de la causal alegada para procurar la remoción de los efectos de la cosa juzgada.

Alegar simplemente que la sentencia fue producto de una prueba falsa, sin preocuparse siquiera de mostrar las razones por las cuales el censor la estima de tal carácter, o descuidando el contenido mismo de las pruebas, o sin hacer esfuerzo alguno para determinar en qué consiste la falsedad del medio de convicción, es pretermitir uno de los presupuestos formales exigidos por la ley para admitir el recurso, y por tanto, renunciar a su consideración.

En el caso presente la libelista alega que la sentencia fue dictada sobre un concepto pericial falso, pero olvidó que la prueba pertinente tiene un contenido que no hace cuando menos presumir su contrariedad con la verdad puesto que el experto médico en forma alguna dijo que hubiera examinado al lesionado cincuenta y un días después de su muerte, sino que, atendido el requerimiento del Juzgado, podría fijar la incapacidad definitiva en treinta (30) días, para lo cual bien ha podido acudir, como seguramente lo hizo, a la historia clínica del paciente y al primer reconocimiento médico-legal, sin que por ello se contraríen sus afirmaciones o se reste valor a las mismas. Por lo demás, poca importancia, al parecer, le dio la demandante al hecho mismo de que respecto de la prueba tachada de falsa no existe decisión jurisdiccional alguna que así lo declare, y que siendo documento público se presume su autenticidad, debiéndose proceder a desvirtuar esta presunción, pero no dentro del recurso de revisión del proceso, sino antes de intentarlo puesto que no es de su naturaleza el adelantar

juicios contra los medios de convicción aportados en una fase inicial, sino enfrentar la actuación surtida a precisos parámetros establecidos por la ley.

Esta falta de fundamentación en la demanda, la torna inadecuada para iniciar con base en ella la revisión del proceso, y por tanto la Sala ordenará su rechazo *in limine*.

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:

Rechazar in limine la demanda de revisión presentada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1. CONFESION. PENA

Si en el proceso obran elementos de juicio suficientes por sí solos para sustentar la decisión adoptada, no puede admitirse que las manifestaciones del acusado tengan el carácter de fundamento esencial del fallo

2. FLAGRANCIA

No puede referirse la flagrancia a la demostración suficiente del suceso con posterioridad en forma que pueda considerarse plena, sino que se exige el factor de ser próxima al acontecimiento

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 027 de abril 18 de 1990.

Vistos:

Decide la Sala con relación al recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado *Victor Eduardo Arcos Castellanos*, contra la sentencia proferida en agosto diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y ocho (1988) (fls. 6 y ss., cuaderno 2º), por el Tribunal Superior de Bogotá mediante la cual confirmó, con aclaraciones en cuanto a la graduación de la pena, la dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero (3º) Especializado de esta ciudad de mayo dieciocho (18) del mismo año (fls. 176 y ss., cuaderno 1º), a través de la cual condena al acusado antes mencionado y a *Carlos Alberto Rivera Cortés* a la pena principal de treinta y nueve (39) meses de prisión, a las accesorias correspondientes y al pago del equivalente a diez (10) gramos-oro a título de indemnización de perjuicios; por encontrarlos responsables de secuestro extorsivo en la persona del menor *Jeffry Alberto Correa Forero*, según sucesos ocurridos en esta capital durante el mes de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987).

El recurso se declaró desierto en cuanto al acusado *Rivera Cortés* por no haberse presentado la demanda respectiva. Dentro del trámite se recibió concepto de la Procuraduría Segunda (2º) Delegada en lo Penal con solicitud de rechazar las pretensiones del actor.

Hechos:

Los resume el Tribunal Superior de la siguiente manera:

"...De autos se sabe que en noviembre 9 de 1987, el menor Jeffrey Alberto Correa Forero de 9 años de edad jugaba con sus amigos en parque cercano a su residencia de la avenida 40 número 16-30 de esta ciudad, siendo abordado por los sujetos Carlos Alberto Rivera Cortés y Víctor Eduardo Arcos Castellanos, quienes lo trasladaron por varios sitios de la ciudad con el engaño de visitar a unas amigas, luego se le privó de la libertad de locomoción por espacio de 24 horas aproximadamente, en una alcantarilla de un potrero, donde fue descubierto accidentalmente por la Policía, pues los captores pretendían solicitar \$20.000.000.00 por el rescate..."

Rivera Cortés fue aprehendido de inmediato y la captura de Arcos Castellanos se obtuvo luego de las informaciones suministradas por aquél.

Actuación procesal:

Con base en las actuaciones cumplidas por la policía y las exposiciones recibidas a los sindicados y al menor secuestrado, el funcionario del conocimiento inició la investigación, escuchando las indagatorias de los citados Rivera Cortés y Arcos Castellanos, quienes —como en sus versiones originales— confesaron su autoría en los hechos, dictándose en contra de los mismos auto de detención. Cumplidas otras diligencias, cerrada la etapa instructiva, se dispuso la situación a audiencia con referencia al delito de secuestro extorsivo (art. 268 del C. P.) y practicadas las pruebas decretadas, se realizó audiencia pública proferiéndose seguidamente el fallo de primera instancia con reducción de pena pues se consideró que el punible se cumplió en el grado de tentativa.

Apelada dicha decisión por los defensores, se confirmó por el Tribunal Superior con dos aclaraciones: Que la infracción se consumó cabalmente y que la sanción punitiva aplicada a Víctor Eduardo Arcos Castellanos quedaba reducida a la mitad por actuar como cómplice (art. 24 del C. P.), sin que pudiera tenerse en cuenta la rebaja contemplada en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el fundamento de la sentencia no fue su confesión. Respecto a Carlos Alberto Rivera Cortés se hizo la misma reducción estimándose que su exégesis e informes permitieron la aprehensión del acusado antes aludido (art. 34 de la Ley 2ª de 1984); deduciendo en contra de ambos implicados la agravación prevista en norma pertinente (art. 270 —numeral 1º— del C. P.), por la menor edad del sujeto pasivo del injusto.

Dentro del trámite del recurso extraordinario interpuesto contra este último fallo, se dispuso la libertad de los coacusados, recibiendo sustentación de la impugnación únicamente en relación con Arcos Castellanos y sobre la cual se procede a decidir.

La demanda:

Previa referencia a los antecedentes procesales reseñados, el actor invoca contra la sentencia la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y con estribo en ella propone la acusación que se examina en seguida.

Consiste el *cargo único* en que el fallo —al decir del libelista— "...viola en forma directa la ley sustancial, por infracción directa (falta de aplicación) del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. Esto porque se condenó a Victor Eduardo Arcos como cómplice del delito de secuestro extorsivo consumado pero no se le hizo la rebaja de pena por la confesión..."

Con referencia a la norma procedimental pertinente (art. 301 del C. de P. P.) advierte el demandante que los requisitos para la reducción de sanción punitiva se dan en este caso pues Arcos Castellanos aceptó su participación en la consumación del delito tanto al responder los interrogantes formulados en su primera versión preliminar como luego en la indagatoria. Cita al respecto decisión de esta Sala (diciembre 1º de 1987) en cuanto al interés de la justicia en la confesión inicial como fundamento para la rebaja prevista en la ley; lo cual se reconoce por los falladores.

En relación a la exigencia de que esa manifiesta admisión deba ser base de la sentencia, estima el casacionista que no significa que sea prueba única, no sólo por no expresarlo la norma sino porque ha de atenderse la finalidad de ésta cual es la de agilizar o facilitar la investigación, sin que resulte justo que no obstante la aceptación del hecho desde el primer momento, se niegue la reducción por obrar otras pruebas "...que normalmente las genera la misma confesión..." Y afirma que esta evidencia es pilar del fallo si el Juez se acoge a la misma para acreditar el hecho y la responsabilidad y, así, apoyar sus conclusiones y determinaciones adoptadas, aunque subsisten otros elementos de juicio igualmente valorados.

Para apoyar esta alegación, el actor transcribe apartes de la determinación impugnada referente a que los procesados admitieron el delito y su propósito de exigir dinero, por lo que resulta claro que se entendieron probados los acontecimientos por las manifestaciones del acriminado.

En cuanto a la exigencia de que no se trate de situación de flagrancia (Sentencia de la Corte, noviembre 17 de 1988) el fallo —enuncia el recurrente— expresa que la aprehensión de Arcos Castellanos se produjo por delación de su compañero sin que, por tanto, fuera capturado en la situación enunciada. Por todo ello estima aplicable al acusado la rebaja indicada, al darse cabalmente los requisitos de la norma pertinente y estar consecuentemente demostrada la violación directa alegada. Finaliza solicitando casar parcialmente la sentencia de segunda instancia para reconocer la disminución punitiva dicha.

Concepto de la Procuraduría Segunda (2ª) Delegada en lo Penal:

Con inicial evocación de los antecedentes referidos, expresa el Ministerio Público que con relación a la norma sustancial cuya trans-

gresión se afirma, debe establecerse si hubo flagrancia y si la confesión de Arcos Castellanos fue fundamento de la sentencia. Para tal efecto examina el concepto de flagrancia que según la doctrina tradicional tiene que ver con la persona sorprendida en el momento de cometer un delito, extendiéndose en las legislaciones a la percepción de la acción o de la conducta o cuando surge la presunción de haberse consumado una violación a la ley penal; consagrándose estos criterios en nuestros códigos, sin mayores referencias jurisprudenciales, apoyados en la claridad de tal noción.

Agrega la Agencia Fiscal que el anterior estatuto procesal se refirió a la flagrancia y cuasi-flagrancia, consignando los conceptos pertinentes que en normas posteriores no se modificaron (art. 23 del Decreto 1853 de 1985), pero ya en el actual estatuto procedimental se suprimió la denominación de cuasi-flagrancia para expresar una sola noción (art. 393), más conservando los mismos elementos estructurales, reconociéndole efectos no sólo para la captura sino con relación a la reducción de pena cuando no hubiese existido flagrancia y la confesión fuere el fundamento de la sentencia.

La Delegada se refiere luego a la evolución de los criterios relacionados con la figura mencionada, en cuanto "...la inmediatez frente a la captura por la evidencia que probatoriamente existiera para individualizar e identificar al partícipe del delito..." pronunciándose sobre la materia esta Sala de Casación (Sentencia de diciembre 1º de 1987, noviembre 17 de 1988).

De frente al caso concreto, el Colaborador Fiscal estima que en atención a lo dicho y respecto de Arcos Castellanos, concurre la situación de flagrancia, impidiendo así la aplicación de la atenuante referida (art. 301 del C. de P. P.), puesto que fue capturado por la sindicación que le hiciera Rivera Cortés, identificándolo primeramente y señalándolo luego en forma directa cuando entraba a su casa y ya en este momento el menor Jefry Correa había rendido exposición e indicado sus características para individualizarlo; es decir, que "...antes de ser aprehendido ya existía la evidencia sobre su participación en el hecho punible..."

Cuanto a la afirmación del actor de que la captura no se produjo por haberse encontrado en poder de Arcos Castellanos un anillo del menor, dice el Ministerio Público que no resulta cierta, porque aún subsistiendo la prueba para su identificación, tal hecho contribuyó para que la aprehensión se justificara, ratificándose las acusaciones contra Arcos y Rivera Cortés. Y no existe duda que —como lo exige el art. 393 del C. de P. P.— fue sorprendido cuando tenía tal objeto en su poder, para constituir o configurar la flagrancia.

Por tanto, aunque obrara la confesión y ésta fundamentara la sentencia, probada la existencia de una situación como aquella, el cargo no pueda prosperar de acuerdo con el artículo 301 del estatuto procesal, por lo que solicita negar la petición formulada por el defensor de Arcos Castellanos.

La Corte:

I. Como se expresara, el cargo único formulado contra el fallo de segunda instancia, se apoya en presunta violación directa del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, ya que no obstante existir —en criterio del actor— todos los requisitos previstos por la norma referida para disponer la rebaja de pena por confesión, el fallador se abstuvo de darle aplicación.

Observa la Corte al primer rompe que la acusación se halla debidamente planteada porque el demandante acepta la situación probatoria conforme a las decisiones del Juez e impugna solamente su decisión de no aplicar el precepto relacionado con la rebaja punitiva, por encontrar que no se reúnen todas las exigencias plasmadas para su reconocimiento legal.

La norma cuya transgresión se afirma (art. 301 del C. de P. P.), contempla reducción de pena en caso de confesión, para lo cual deben complementarse varios requisitos cuales son en primer término que dicha aceptación se produzca desde la primera versión, que no se trate de situación de flagrancia y finalmente que la deposición del acusado sea el fundamento de la sentencia; aspectos sobre los cuales obran en autos criterios diferentes los que deben ser examinados para efectos de la decisión que ha de adoptar la Sala.

II. *No existe duda alguna en cuanto a que en el acto de su indagatorio, el procesado admitió su participación en los hechos, ratificando en esta forma lo por él mismo expresado inicialmente en versión ante la policía judicial, con el mismo contenido; entendiéndose como ya se ha anotado en el proceso y admitido con anterioridad que en esta situación la exégesis inicial debe tener alcances probatorios, para los efectos legales pertinentes aunque esta primera dición no se produjera en ese momento en forma directa ante funcionario judicial.*

III. *En este orden de cosas debe precisarse también si la captura del procesado recurrente se produjo en flagrancia. Al respecto se anota que aquél fue aprehendido tiempo después de la retención de su compañero Rivera Cortés con el menor secuestrado; existen sobre este punto posiciones opuestas, como se dijo, entre el impugnante y el Ministerio Público, según aparece de lo expuesto.*

Se considera en primer término que —como lo demuestra el proceso— la captura de Arcos Castellanos se realizó horas después de la aprehensión de Rivera Cortés, como resultado de la información suministrada por éste y previo seguimiento o vigilancia de la policía en su residencia; es decir, que no se logró de inmediato, ni en el sitio de los hechos ni en lugar cercano al mismo como sí ocurrió con Rivera; sin que Arcos hubiera sido visto en el paraje del apresamiento, obteniéndose su posterior identificación y captura únicamente por los detalles aportados por el otro partícipe y el menor víctima de la infracción.

No obstante lo anterior, ha considerado la Delegada que existe la flagrancia porque el accionado en mención fue plenamente individualizado desde un primer momento a través de las informaciones indicadas y que conforme a nuevas interpretaciones se ha variado el

criterio de lo inmediato de la captura por el de evidencia o demostración suficiente para individualizar o singularizar al partícipe en un delito.

Sin embargo, estima la Sala que no puede partirse únicamente del aspecto probatorio en cuanto identifique o señale sin hesitación alguna al autor o copartícipe en la infracción, sino que se requiere conjuntamente el criterio tradicional que la persona sea vista o sorprendida al realizar el acto o en momentos posteriores y se le persiga poco después y tenga en su poder objetos que acrediten incuestionablemente su contribución al delito.

Así se desprende, por otra parte, de la definición legal correspondiente (art. 393 del C. de P. P.), al expresar que existe flagrancia cuando se sorprende al agente al instante de cometer un hecho punible o tiene "...objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguido por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura..."

La anterior descripción legal permite inferir en forma clara que se requiere la actualidad, esto es, que el agente sea sorprendido o encontrado al instante de cometer el delito o sea perseguido o se le hallen rastros u objetos que permitan deducir su participación en el hecho. Por manera que no puede referirse la flagrancia a la demostración suficiente del suceso con posterioridad en forma que pueda considerarse plena, sino que se exige el factor de ser próxima al acontecimiento, como se desprende de la preceptiva que la define y concreta. Y no puede confundirse o hacerse desprender la flagrancia de la captura, que puede no producirse, como ya lo ha aclarado o precisado la jurisprudencia de esta Sala a través de providencias como las invocadas por las partes (auto de diciembre 1º de 1987, Magistrado ponente doctor Mantilla Jácome; casación de noviembre 17 de 1988, Magistrado ponente doctor Giraldo Angel).

Lo contrario conduciría a una situación de indefinición y a extender el concepto a contingencias no contempladas, para hacerle producir efectos no previstos; porque se llegaría a considerar que existe la flagrancia cuando la identificación se produce luego de transcurrido un lapso en relación con los hechos, como ocurre en este caso, por los informes del autor que sí fue sorprendido en flagrancia, lo cual no resulta admisible por las razones ya expresadas y la naturaleza misma del fenómeno referido.

De otro lado, es de observar que el hallazgo de un anillo del menor secuestrado en poder del acusado Arcos Castellanos tuvo lugar una vez aprehendido éste, a virtud de los datos entregados a la policía como atrás se anotara, siendo por ende elemento de juicio corroborante pero surgido con ocasión de la dicha captura y posterior a ella.

IV. En cuanto al mencionado punto, la jurisprudencia de la Corte, además de las providencias ya citadas, ha reiterado tal criterio en otra decisión al decir:

"...Desde el punto de vista puramente literal y gramatical, flagrante es lo que se está ejecutando actualmente; en el mismo sentido

se expresa Escriche, cuando señala que 'flagrante es participio del verbo flagrar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración'...

"...Doctrinalmente se ha pretendido por algunos conceptualizar la flagrancia junto con la captura del partícipe en el hecho, esto es, que mientras no exista captura no puede hablarse de flagrancia. Tal opinión parece equivocada en cuanto confunde la causa con el efecto, ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia es posible la captura de facto del partícipe por cualquier persona sin que sea preciso orden de autoridad competente con el lleno de los requisitos legales, de donde se desprende que no es lógico atar la captura que es una consecuencia de la flagrancia a la flagrancia misma..."

"...En este sentido la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una y otra situación; así, por ejemplo, entrándose del artículo 301 que comentamos habla simplemente de flagrancia, al tiempo que al señalar los asuntos cuyos trámites es el procedimiento abreviado, expresamente se refiere a los casos en que el imputado sea capturado en flagrancia (474)..."

"...La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o aquellas que indique fundadamente su participación en el hecho punible..."

"...Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es, la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percalándose de él y, en segundo término la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho..." (auto de mayo 1 de 1988, Magistrado ponente doctor Dávila Muñoz).

Y en posterior providencia se expresó:

"...Stendo la confesión el reconocimiento libre y espontáneo de hechos perjudiciales, calificado o no, y estando consagrada como factor determinante de rebaja de pena en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal actual sin condicionamientos modales de ninguna índole distintos del descubrimiento en flagrancia del delincuente, como claramente lo prevén esa norma y sus concordantes, no puede ser desconocida en detrimento del principio de favorabilidad, cuando, como efectivamente ocurrió en el caso sub examine, ella fue hecha en la primera intervención del sindicado, y fue además pilar de esa condena junto con los otros elementos de juicio —en particular testificables— que le corroboraron de sobra..."

"...Pero así como es dable decir que la captura que sigue a la comisión del hecho, cuando ésta y aquella guardan una íntima relación cronológica de inmediatez, denota por sí la flagrancia del delito

y el sorprendimiento, por tanto, del inculpatado en su comisión, no es menos cierto afirmar que así no se persiga de manera física al delinciente una vez ejecutada la conducta criminal, 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 Constitución Nacional, 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 delinciente, en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquier persona. Lo que se significa es el sorprendimiento (ser visto, sorprendido, 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, Magistrado ponente doctor Jesús Vallejo Mejía, exequibilidad del artículo 393 del C. de P. P.)...

"...Ejemplificando tenemos: Hay flagrancia cuando se captura al inculpatado 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 anotados, hay lugar a deducir la flagrancia, cuando se persigue al delinciente, 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 Código de Procedimiento Penal..."

"...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 - art. 301 del C. de P. P.—, porque la flagrancia si 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 sucede su sentimiento y desencadena la reacción denunciatoria (voces de auxilio) y persecutoria de quien así se comporta, cuando ella 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..." (providencia de noviembre 17 de 1982, Magistrado ponente doctor Giraldo Angel).

Conforme a lo anterior, no puede concluirse que el procesado fuera sorprendido en flagrancia.

V. Pero, además, la norma exige el requisito de que la confesión sea fundamento de la sentencia. Así, por el contrario, si en el proceso obran elementos de juicio suficientes por sí solos para sustentar la decisión adoptada, no puede admitirse que las manifestaciones del acusado tengan el carácter de sustento esencial del fallo sin que por esto haya lugar a la reducción de pena prevista por la ley.

De todos modos y de acuerdo con el proceso, cuando se efectuó la captura de Arcos Castellanos, ya la policía tenía informaciones suficientes sobre los hechos suministrados por el procesado Rivera Cortés, sorprendido en flagrancia, como del menor afectado, quienes lo señalaron como partícipe, sin vacilación ninguna, además de que se le encontró en su poder un objeto —concretamente un anillo— perteneciente a la víctima cuya tenencia debía explicar satisfactoriamente.

En tal forma, interrogado en su versión inicial, la que sostuvo en su declaración injurada y a través del proceso, Arcos Castellanos admitió los hechos y su intervención en los mismos; sin que esta prueba pueda entenderse como fundamento de la condena, pues en el momento de su captura ya existían probanzas suficientes en su contra; y en tal forma su confesión contiene su posición procesal ante pruebas definitivas que lo comprometían siendo analizadas por los falladores para establecer su responsabilidad y concluir en su demostración con base en el conjunto probatorio existente pero sin que pueda atribuirse a sus manifestaciones el alcance de ser fundamento o sustento esencial de la sentencia impugnada.

VI. En tal forma, resulta válida la consideración del sentenciador al analizar este aspecto y deducir que no se cumplía el requisito mencionado. No aparece, por tanto, demostrada la violación directa de la ley sustancial, ni puede modificarse el fallo para decretar la rebaja de pena pretendida.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto de la Procuraduría Segunda (2ª) Delegada en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Desechar el recurso de casación.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Salvedad de voto; Jaime Giraldo Angel, Salvamento de voto; Mario Mantilla Nougés, Dídimo Púez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONFESION (SALVAMENTO DE VOTO)

El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal no incompatibiliza confesión y otros medios de persuasión

Afirmo, de entrada, que debió prosperar el cargo formulado por el casacionista y, consecuentemente, admitir la detracción de pena correspondiente al fenómeno de la confesión del procesado Victor Eduardo Arcos Castellanos.

Sobre el particular, brevemente, destaco:

1. La mayoría de la Sala parte de un supuesto que por lo menos es abiertamente controvertible: El legislador quiso excluir, en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, la detracción de pena por confesión, cuando existen en el proceso otras pruebas de inculminación que sirvan, por sí, para fundar la condena. Lo único que al respecto ha dicho el legislador, en este punto relacionado con la bondad de la prueba, es lo atinente al caso de quien ha sido sorprendido en flagrancia. No puede inferirse otra cosa del citado artículo 301, y menos de la expresión "si dicha confesión fuere el fundamento de la sentencia", expresión que no pasa de destacar las características de la autoincriminación, esto es, que contenga todas las exigencias de la ley, al punto que por sí, en ausencia de otros elementos de convicción, podría sustentar un fallo de responsabilidad. El aspecto contemplado por el citado precepto no impide que a la confesión se unan, con igual, superior o inferior mérito al de la confesión, otros elementos probatorios que también podrían apoyar una sentencia de condena. Esto es, que no se incompatibilizan confesión y otros medios de persuasión. Lo que cuenta es que se haga en la primera versión judicial, que no se dé la flagrancia, y que la manifestación se pueda calificar de confesión, válida para ser estimada como prueba de cargo. Esto es lo que dice la ley, pero la Sala ha querido leer y entender, más bien, que sólo cuando la confesión es única y excluyente prueba, se posibilita la disminuente.

2. En la confesión, ya se ha dicho en otras ocasiones, se pueden advertir fenómenos igualmente trascendentes al que selecciona la mayoría, como argumento esencial de su decisión.

En efecto es dable observar, en la confesión, valiosas revelaciones de la personalidad (arrepentimiento, etc.), afán de colaborar con la justicia en su tarea, al no ofrecer factores de confusión sino de claridad al confirmar lo que otras pruebas establecen (resulta evidente que proceso con confesión es proceso que no desgasta a las partes que en él intervienen y que evita cuestionamientos innecesarios

y hasta exclusión de incidentes y recursos, etc.), dudas sobre otros posibles coautores o partícipes y hasta llegar a imponer la celeridad del procedimiento (abreviado, art. 474 *ibidem*). Para dosificar la pena ("el fundamento de la sentencia") constituye elemento esencial.

Pero además, la tendencia en este campo de atenuaciones punitivas sobre la base de las confesiones, exhibe una plausible orientación de política criminal, cuando no se exageran sus efectos al punto de prescindir totalmente de la pena o desligarle de límites de tiempo o de buen comportamiento futuro, etc., cual es el de utilizarlo como eficiente medio de lucha contra las organizaciones del crimen, estimulando la revelación de alguno o algunos de sus integrantes. Y así se podrían explorar otros efectos y consecuencias saludables de la confesión premiada, repercusiones que se afectan con la tesis que ahora se preconiza por la mayoría, al punto que destruye sus saludables perspectivas.

Pero, además, la interpretación censurada permite advertir situaciones ilógicas, como estas:

a) Si el legislador incompatibilizara confesión y concurso de otras pruebas, habría derogado el artículo 299 *ibidem* que obliga a esfuerzos investigativos (aportes de otras pruebas) a pesar de darse la confesión;

b) Porque lejos de establecerse un criterio preciso, directo y de fácil valoración sobre el asunto, lleva a dificultades mayúsculas como la de tratar de establecer en qué momento se obtuvo la prueba idónea para condenar, para fijar así un momento procesal o una fecha a partir de los cuales ya las confesiones obtenidas deben desecharse o perder su valor como diminuyente de pena;

c) Porque da lugar a que el funcionario se abstenga de llamar a indagatoria a un procesado mientras no se allegue la prueba suficiente de condena, momento en el cual ya es indiferente el comportamiento del sindicado, quien, de habersele permitido una oportunidad anterior habría confesado su delito, y merecido el comentado beneficio;

d) Porque ya el fenómeno no se radica en quien confiesa sino en el funcionario que decide escoger a quién llama primero a interrogatorio, persona ésta que goza del privilegio de aprovecharse de la disminuyente de la confesión, dejando por fuera del mismo a otros partícipes o autores;

e) Porque a los fines perseguidos por el legislador, da lo mismo que la confesión aparezca después de la exitosa investigación realizada por el Juez o sus auxiliares de la policía técnica, o que ésta preceda a tales resultados;

f) Porque da lo mismo que el confesante conozca el cerco probatorio que contra él se ha establecido, o que ignorando su existencia se decida a colaborar con la justicia o a demostrar su arrepentimiento, mediante una valiosa confesión. En ambos casos se le desestimará su conducta.

Por último, quiero destacar el siguiente contrasentido, que evidencia un cierto alejamiento de los propósitos del legislador en cuanto a este tema: No se reconoció la confesión de Carlos Alberto Rivera,

porque se le sorprendió en flagrancia, y tampoco, la de Arcos Castellanos, porque ya la prueba era suficientemente incriminadora. Se alienta, entonces, en casos similares a rehuir la confesión y a pretender sembrar el caos o la duda, o la perplejidad en el debate judicial. Todo lo contrario de lo buscado por el legislador.

Con el debido respeto,

Gustavo Gómez Velásquez.

Me adhiero,

Jaime Giraldo Angel.

1. IMPEDIMENTO

La teleología del impedimento (art. 535 del C. de P. P.) lo que busca es evitar la influencia de las decisiones adoptadas en una etapa del proceso con respecto a otra

2. IMPEDIMENTO

Aspectos diversos que no se vinculen con el tema mismo de la investigación, no generan el impedimento (art. 535, C. de P. P.)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandía.*

Aprobado: Acta número 27 de abril 18 de 1990.

Vistos:

Con fundamento en el especial impedimento dispuesto por el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, una de las Salas de Decisión del Tribunal Superior de Medellín se ha abstenido de conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado *Francisco José López Cardona* contra la sentencia de primer grado, por medio de la cual fue condenado por el delito de abuso de confianza. Por considerar otras de las Salas que en este caso no procede esta causal, se ha enviado la actuación a la Corte para que se decida lo que se considere pertinente. En consecuencia, se procederá a ello.

Consideraciones de la Corte:

1. *Los criterios discrepantes:* La Sala de Decisión integrada por los Magistrados doctores Mario Salazar Marín, Jaime Taborda Pereáñez y Gema Saldarriaga Agudelo, se ha declarado impedida para revisar el fallo condenatorio proferido en esta causa. Consideran que habiendo conocido en segunda instancia del auto que negó el desembargo de un vehículo, una vez proferida la resolución acusatoria, pero antes de dictarse el auto de control de legalidad, por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, no pueden adoptar ninguna decisión en la etapa del juicio, pues ya se pronunciaron en el sumario y esto es suficiente para que proceda la declaración de impedimento.

Remitido el proceso a la Sala de Decisión conformada por los Magistrados doctores Edgar Escobar López, Mariela Espinosa Arango y Carmen Palacio Palacio, estos discrepan del criterio expuesto por la Sala homóloga por cuanto se cifiere a una aplicación literal de la ley; si es cierto que esta disposición permite llegar a tal conclusión, impera tener en cuenta los principios que reglan una hermenéutica teleológica, la cual conduce a entender que la decisión sobre el incidente del tercero en nada trascendió los basamentos del delito ni de la responsabilidad, y si el sistema acusatorio o con tendencia a él, lo que busca evitar es que el juzgador se pronuncie previamente sobre lo investigado, en este caso no es posible concluir que esto haya ocurrido.

2. *La decisión de la Corte:* Dos son los aspectos a considerar en torno a la procedencia o no del impedimento de que trata el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, en este asunto: El momento en que se produjo el pronunciamiento sobre un incidente de desembargo, a fin de dilucidar si lo fue o no durante la investigación y, la naturaleza de tal tipo de pronunciamiento, en orden a establecer si poseyendo carácter incidental, genera o no el motivo de excusación para conocer de la alzada contra decisiones producidas en el juicio.

En relación con el primero de los puntos enunciados, encuentra la Corte que asiste razón a la Sala del Tribunal al no aceptar el impedimento propuesto por su homóloga. La sola circunstancia de haberse producido la providencia motivo de impedimento antes del auto de control de legalidad, no conduce a afirmar que lo fue durante la investigación. Desde una perspectiva sustancial que no formal, el que la decisión se produjera con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación, evidencia el agotamiento de tal fase del proceso. Desde luego, a esta apreciación se antepone y de hecho así lo hace la Sala que aduce la causal, el argumento según el cual el artículo 487 del Código establece que, en casos como el presente, el juicio se inicia con la ejecutoria del auto de control de legalidad.

Empero, debe entenderse que esa disposición hace referencia al inicio de una etapa del proceso y no a la culminación de la anterior. En este sentido, el nuevo estatuto varió el criterio establecido en el Código derogado, el cual en el artículo 487 establecía que con la ejecutoria del auto de proceder culminaba el sumario. Esto, lleva a la conclusión que en las nuevas regulaciones procesales, la terminación del período investigativo no está determinada por disposición expresa, luego su establecimiento, en muchos eventos, dependerá del del proceso.

Desde este punto de vista, se puede sostener que si bien la decisión aducida como razón de impedimento no fue proferida, de acuerdo a la normatividad vigente en ese momento, en estricto sentido en el juicio, tampoco lo fue en la investigación, dado que el sumario ya había sido calificado y cobrado ejecutoria la resolución de acusación. Esto implica, en consecuencia, que el pronunciamiento de la Sala del Tribunal que aduce el impedimento, no puede ser tenido como motivo para sustraerse a adoptar decisiones que tengan que ver con el juicio, pues ello sólo es posible cuando el pronunciamiento ha sido producido durante la investigación.

Si esta era la situación para el caso, al momento de recibirse el proceso en la Corte, ella adquiere ahora mayor solidez por motivo de la expedición del Decreto 1861 de 1989. Entre las muy variadas modificaciones que a través de él se introducen al Código, se encuentra la de la supresión del auto de control de legalidad posterior a la resolución de acusación, cuyo proferimiento estaba atribuido al Juez de la causa. Consecuencia inmediata de esta nueva reglamentación es que, en casos como el presente, la iniciación del juicio se produce a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, entre otras cosas, porque así aparece de manera expresa establecido en el artículo 31 del mencionado Decreto. Por la misma razón, para este asunto concreto, pierde relevancia la discusión en punto a establecer si la decisión motivo de impedimento se produjo o no durante la investigación. Si se dictó con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación, ella es decisión del juicio. Por tanto no da lugar a inhabilitación en el conocimiento de providencias proferidas durante esta etapa del proceso. Esto, porque la teleología del impedimento que se examina lo que busca es evitar la influencia de las decisiones adoptadas en una etapa del proceso con respecto a otra. Por eso, los varios pronunciamientos que se plasman en el decurso de una de ellas —el sumario o el juicio—, no generan impedimento, como ya tuvo ocasión de dejarlo sentado la Sala en decisión de 1º de diciembre de 1987, con Potencia del Magistrado Gómez Velásquez.

Las consideraciones aducidas por la Sala del Tribunal al rechazar el impedimento propuesto en este asunto, con base en la naturaleza incidental del auto que lo suscita, resultan para la Corte igualmente puestas en razón. Ciertamente es que el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, con carácter general, establece como motivo de impedimento para conocer de apelaciones en el juzgamiento, por parte de las Salas de Decisión de los Tribunales, el haber resuelto las interpuestas durante la investigación. Sin embargo, débese dejar en claro que ese concepto aparece circunscrito por las finalidades que a ella atribuye el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, las cuales dicen relación con el hecho, la responsabilidad y los perjuicios derivados del delito. Aspectos diversos, dilucidados durante el curso de la investigación que no se vinculen con el tema mismo de la investigación, más allá del momento en que son resueltos, no generan el impedimento de que trata el artículo 535 ya citado.

Para el presente caso, no habiendo abarcado la decisión que motiva el impedimento, pronunciamiento distinto al que tiene que ver con la situación del tercero incidentante que reclamaba la devolución de un vehículo, claro aparece que el criterio de la Sala del Tribunal, en punto al tema de investigación, no fue comprometido que es, precisamente, lo que busca evitar la causal de impedimento que se examina.

Como lo afirman los Magistrados del Tribunal que no aceptan el impedimento, la opinión contraria implica un extremado apego a la literalidad de la norma. Pero, algo más en criterio de la Corte, la consideración puramente formal de lo que debe ser entendido por fase de investigación, con abandono de la noción material de la misma, la

cual, como antes fuera destacado, aparece definida por la finalidad que el mismo sistema procesal le indica.

Basten las anteriores consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *declare infundado* el impedimento propuesto por la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Medellín presidida por el Magistrado Mario Salazar Marín, para conocer del presente proceso seguido contra Francisco José López Cardona por abuso de confianza.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Veíasquez, Mario Mantilla Nougués, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1. PECULADO

Además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar

2. VIOLACION INDIRECTA

En la causal primera cuerpo segundo no puede ser eludido el orden lógico sobre la demostración del cargo indicando la violación medio y la violación fin

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: Doctor *Didimo Páez Velandía*.

Aprobado: Acta número 27 de abril 18 de 1990.

Vistos:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de diciembre de 1988 procedente del Tribunal Superior de Ibagué. En ella, al confirmarse la de primer grado, con modificaciones en relación con el *quántum* punitivo impuesto, se condena a *Carmenza Vargas de Pinzón*, a la pena de treinta y seis meses de prisión por los delitos de que tratan las causas acumuladas seguidas en su contra. Una de ellas, por concurso entre peculado por apropiación y falsedad y, la otra, por peculado por apropiación.

Hechos y actuación procesal:

1. En los procesos resueltos en la sentencia impugnada, se estableció:

a) La apropiación de la suma de \$ 12.019.00 que Gladys Jiménez de Sandoval entregó a *Carmenza Vargas de Pinzón*, liquidadora en la Tesorería Municipal de Melgar, por concepto del pago de impuestos de acueducto y alcantarillado, para lo cual se adulteraron el original

y las copias del comprobante de ingresos número 757157 expedido por el pago de la refrendación de una licencia de conducción de décima categoría;

b) La apropiación de la suma de \$ 47.719.00 que Cecilia Sánchez Parra canceló ante la misma Tesorería por concepto de los servicios de acueducto y alcantarillado, operación en la que se le entregó el respectivo recibo de pago. No obstante, en las copias se registra la cancelación de la suma de \$ 50.00 a nombre de la Urbanización Paynima. Por estos hechos, también se profirió sentencia condenatoria en contra de la procesada.

2. En el proceso adelantado con fundamento en los ilícitos a que se hizo referencia en el literal a) del numeral anterior, el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Melgar, resolvió la situación jurídica de la procesada con medida de detención por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento público por empleado oficial. El Tribunal de Ibagué, al resolver apelación interpuesta por el Ministerio Público contra una sustitución de medida de aseguramiento, consideró que la alteración constitutiva de la falsedad, para este caso, es inocua. Por esta razón considera que los hechos materia del proceso corresponden exclusivamente a la calificación de peculado por apropiación.

3. En el otro asunto, no obstante tratarse de situación análoga, el Juzgado Treinta y Dos de Instrucción Criminal, calificó el hecho como concurso material entre falsedad de empleado oficial en documento público y peculado por apropiación. Estos dos procesos, fueron acumulados en el juicio por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Melgar. En el fallo, se impuso a la procesada la pena de cuarenta y ocho meses de prisión.

4. El Tribunal, al resolver la apelación interpuesta por el defensor contra la sentencia de primer grado, a pesar de que orienta su motivación a la comprobación en este caso de la existencia del concurso de hechos punibles y de la responsabilidad en él de Carmenza Vargas de Pinzón, sentido en el cual confirma la sentencia, al graduar la pena contradice el planteamiento. La fijó en treinta y seis meses; es decir, el mínimo previsto para el delito más grave —la falsedad—, lo cual quiere decir que aunque afirma el concurso, no le reconoce ninguna relevancia punitiva, al prescindir, para tales efectos, de los peculados.

La demanda de casación:

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia de segunda instancia dictada en este asunto. Violación directa a la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 133 y 139 del Código Penal y, consecuentemente, falta de aplicación de los artículos 349, 351, numeral 2, 372, numeral 2 y 374, en cuanto se aplicó a las apropiaciones de que fue hallada culpable Carmenza Vargas de Pinzón, en las causas acumuladas seguidas en su contra, el tipo de peculado y la disposición que regula el efecto del reintegro en tales eventos, cuando ha debido ser el de hurto, agravado por la confianza, con consideración al carác-

ter de bien perteneciente al Estado del objeto material y con la disminución punitiva que se consagra para este delito en los casos de reparación.

La segunda censura, está referida al delito de falsedad por el que también fue hallada culpable la procesada. En ella, se propone violación indirecta a la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad. En criterio del demandante, se distorsionó, deformó y cambió el sentido a la confesión de la procesada, a la prueba grafo-técnica en que se descartó la autoría en la alteración efectuada a unos comprobantes de ingreso de impuestos y a los testimonios de Edgar Arturo Sosa, Alba Cecilia Cortés y Nohora Inés Galeano, quienes atribuyen la realización de la falsedad a la sentenciada Vargas de Pinzón.

El primero de los cargos enunciados, se fundamenta en que se calificó la apropiación de dineros oficiales como peculado, con desconocimiento de que en la configuración de este delito es indispensable que la conducta se haya realizado dentro del ámbito de la llamada relación funcional, como exigencia hecha en el tipo. Conforme con ella, los bienes materia de apropiación por parte del empleado oficial, han debido serle confiados en custodia o administración "por razón de las funciones". En la presencia o ausencia de este elemento, fija el casacionista la distinción entre el delito de peculado y el hurto.

Aparte de considerar que el sentenciador quebrantó el principio de tipicidad inequívoca, en tanto en cuanto, *motu proprio*, prescindió de un elemento estructurante del tipo de peculado para llevar allí la adecuación de la conducta de la procesada. Aduce que si Carmenza Vargas de Pinzón, se desempeñaba como liquidadora de impuestos municipales en la Tesorería de Melgar, excluyéndose de sus funciones las de cajera o tesorera, no tenía, por tanto, la custodia y administración de los dineros apropiados. Conforme con esto, se concluye, la conducta juzgada ha debido encuadrarse en el tipo de hurto. Por eso, solicita la infirmación del fallo, para que, en su lugar, se profiera sentencia absolutoria en favor de la procesada.

El otro cargo que se formula en la demanda, apunta a la demostración de la distorsión de la confesión de la procesada, en cuanto acepta la apropiación de algunas sumas de dinero, llegadas a su poder por concepto del pago de impuestos, y niega concretamente la referida a los \$47.719.00 de que se ocupa una de las causas y la alteración del comprobante de ingresos número 757043 que el juzgador le atribuye.

De la misma manera, se propone error de hecho en la apreciación del dictamen grafo-técnico practicado para la comprobación de la falsedad en el comprobante de ingresos antes indicado. En criterio del casacionista, al atribuírsele en la sentencia a este medio probatorio el carácter de simple indicio, se le quita toda connotación de prueba científica y especializada. Por el contrario, estima, se sobrevaloró la prueba testimonial sin consideración a que ella constituye conocimiento poco fiable, formado por simple percepción y, precisamente, controvertida por el dictamen pericial. En igual sentido y con idéntica fundamentación, se ataca la prueba indiciaria a que hace alusión la sentencia impugnada.

Respuesta de la Procuraduría:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita de la Corte, rechazar los cargos propuestos por el demandante contra el fallo recurrido. En relación con el primero de ellos, varios son los aspectos en que fundamenta su petición. La antitécnica presentación de la causal invocada, cuando la demostración de la aplicación indebida del tipo de peculado por apropiación la hace radicar en la existencia del delito de hurto, con lo cual generaría insuperable incongruencia entre la calificación y la sentencia. La solución propuesta en el sentido de que en la sentencia de reemplazo debe absolverse a Carmenza Vargas de Pinzón, para el Ministerio Público, es inadmisibles, pues la censura no se inspira en atipicidad de la conducta o inocencia de la procesada, sino en que el hecho corresponde a denominación jurídica diversa a la que se le dio.

Desde otra perspectiva, en relación con este mismo cargo, relieves la Delegada la falta de interés jurídico de parte del recurrente. La sentencia no le reportaría agravio, en cuanto tiene que ver con el delito de peculado, pues, a pesar que se predica la existencia del concurso de delitos, al momento de graduar la pena, solamente se tuvo en cuenta el de falsedad en documento público.

No obstante lo anterior, el Procurador es del parecer que asiste razón al casacionista en cuanto que el hecho de la apropiación de dineros oficiales por la procesada es constitutivo de hurto y no peculado, por haberse producido por fuera de la relación funcional. Acorde con esto, demanda la declaratoria de nulidad parcial.

Con respecto al cargo de violación indirecta a la ley sustancial, por haberse incurrido en error de hecho en la interpretación de la prueba de autoría y culpabilidad de la procesada en el delito de falsedad en documento público por empleado oficial, considera el Procurador, a través del examen particularizado al planteamiento del censor, que aparece erróneamente formulado. Se destaca cómo se hace referencia a la confesión de la procesada, cuando ella no se produjo en relación con el documento adulterado, a más que la crítica recae sobre el juicio de valor del Tribunal al analizar el material probatorio y el ataque al dictamen pericial, a la prueba testimonial e indiciaria, no corresponde a la modalidad de error que se anuncia.

Consideraciones de la Corte:

Primer cargo: Violación directa a la ley sustancial: El ataque que a la sentencia se formula al amparo de esta causal de casación, está llamado a no prosperar. Varios son los aspectos a ser examinados en este sentido. Inicialmente, el que tiene que ver con el interés jurídico para recurrir refiriéndose la censura a la aplicación indebida del tipo de peculado y a la falta de aplicación del que regula el delito de hurto, encuentra la Corte que ello no incide en el interés buscado.

En efecto; si bien es cierto el Tribunal considera demostrada la existencia de tales hechos contra la Administración Pública y en la parte motiva de la sentencia se hace alusión al concurso que uno de

ellos integra con el delito de falsedad en documento público por empleado oficial, al momento de dosificar la sanción ellos no fueron tenidos en cuenta. La tasación de la pena en treinta y seis meses de prisión, está indicando que el sentenciador aplicó únicamente la que correspondía al delito contra la fé pública, el más grave de los hechos juzgados y a partir del cual debía hacer los incrementos indicados en la regulación punitiva para el concurso de hechos punibles.

Si esto es así, no puede considerarse que la sentencia comporte agravio a la parte impugnante con fundamento en los delitos de peculado por apropiación. La sola referencia que de ellos se hace en la sentencia, en la medida que no tuvieron incidencia real en la pena, no lo genera. Esto se traduce, como lo destaca el Ministerio Público, en falta de interés del recurrente para demandar la invalidación de la sentencia con base en una condena por peculado que, desde el punto de vista de la consecuencia sancionatoria, no existió. Esta razón, sería suficiente pura que la censura se rechazara.

A la misma conclusión se arriba, como consecuencia del examen al contenido y efecto del cargo que se propone. La aplicación indebida del tipo de peculado por apropiación, porque los hechos constituyen el delito de hurto y, por tanto, este es el tipo que ha debido aplicarse, es argumento que trasciende la invalidación de la sentencia demandada, para comprometer la calificación dada en la resolución de acusación. Ella constituye ley del proceso y, desde el punto de vista de la operancia del principio de congruencia, impone que el fallo, cualquiera sea la dirección en que se profiera, lo sea en consonancia con su contenido, salvo las modificaciones que se determinen en el período probatorio de la causa, lo cual no es lo acontecido en este evento. Consecuentes con esto, dentro del ámbito de la censura hecha por el casacionista, no se observa cómo podría dictarse el fallo de reemplazo, de prosperar el recurso, manteniendo su vigencia el enjuiciamiento, en los términos en que fue emitido. Esto, conllevaría la absolución por un delito que no fue el juzgado. Una tal incongruencia, comporta la desfiguración del esquema del proceso y el desconocimiento de las funciones del pliego de cargos, fundamentalmente la de servir de medio circunscriptor del ámbito y los términos en que debe desarrollarse el juzgamiento.

Lo anterior, evidencia la equivocada selección de la vía de ataque al fallo impugnado, en la que sobresa la ilogicidad de la solución a la ilegalidad de la sentencia que se pretende demostrar, cuando se la concreta en una propuesta de absolución. De ahí que, por este aspecto, el reproche deba ser desestimado.

La nulidad propuesta por el Ministerio Público: Se sustenta en una concepción estricta de la exigencia típica de que la apropiación en el peculado se realice en razón de las funciones propias del cargo. De acuerdo con ella, el delito se estructura cuando el funcionario legalmente facultado para custodiar o administrar se apropia de los bienes que en tal virtud le han sido confiados.

Conforme con ello, para el presente caso, la procesada estaría en imposibilidad de ejecutar el delito. Como lo acredita la prueba testimonial —se sostiene— en las funciones como liquidadora de impuestos

en la Tesorería de Melgar que desempeñaba, no le estaba asignada la de recibir dineros de los contribuyentes, por lo cual le eran entregados en horas diferentes a las de atención al público, la posterior apropiación efectuada, no constituye delito contra la administración pública, sino contra el patrimonio económico.

Para la Corte, esta apreciación sólo toma en cuenta un aspecto: Si la procesada tenía o no asignada la función de recaudo. De esta forma, descartada ella, se descarta el peculado, asumiéndose que la apropiación de dinero llevada a cabo, se produjo al margen de la función de administración.

Diversa es la conclusión si se toman en cuenta los términos como retieren la forma en que se efectuaron los pagos materia de apropiación, Cecilia Sánchez de Parra y Gladys Jiménez de Sandoval. De acuerdo con ellos, debe darse por sentado que lo fueron durante el proceso de liquidación del impuesto y la expedición del respectivo comprobante de ingreso, funciones propias de la procesada (fl. 139 vto.).

Desde una concepción de administración como actividad compleja, en los términos expuestos por la Corte en sentencia de casación de 6 de diciembre de 1982 (Gaceta Judicial CLXX - número 2408, pág. 711), con ponencia del Magistrado Aldama Rozo, debe admitirse que la gestión de recaudo y manejo de impuestos, dado el mecanismo de controles a que está sometida, corre a cargo de un número plural de personas, todas las cuales poseen una genérica función de administración, dentro de los límites de sus atribuciones, sobre los dineros que por tal concepto pagan los contribuyentes. De esta suerte, como allí mismo se expone, además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar, señalándose como ejemplos los de ordenador, pagador, revisor, auditor, etc., si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad de determinados bienes que, de otra manera, hubiera escapado a su acción.

Lo anterior permite concluir que la función de la procesada al liquidar el impuesto, en el sentido de determinar el monto a pagar, y la de expedir el comprobante de ingreso por el pago, desde el alcance que al concepto de administración se ha dado, le permitían la disponibilidad del dinero apropiado dentro de su propia órbita funcional. Luego, si como lo dicen las personas que hicieron los pagos, ellos se cumplieron durante el proceso de liquidación y expedición del respectivo comprobante de ingreso, el hecho de su apropiación constituye peculado y no delito contra el patrimonio económico.

Con fundamento en esto, habrá de denegarse la solicitud del Procurador de decretar la nulidad de lo actuado, como consecuencia de la casación de la sentencia.

Segundo cargo: Violación indirecta a la ley sustancial. Esta censura, la cual hace consistir el casacionista en haberse interpretado erróneamente por el sentenciador la prueba de autoría y culpabilidad de la procesada en el ilícito de falsedad documental cometido en el

comprobante de pago número 757043 por valor de \$47.719.00, entregado a Cecilia Sánchez Parra, encuentra la Corte que tampoco está llamada a prosperar.

Tal conclusión se funda:

En primer lugar, en que la demostración del cargo no trasciende de la violación medio. Se omite indicar cómo se opera el quebranto a la ley sustancial como violación fin a la que aquella conduciría, orden lógico que, en tratándose de la causal primera, cuerpo segundo, de casación, no puede ser eludido. De acuerdo con él, corresponde al demandante formular proposiciones jurídicas completas, sobre las que la Corte resuelva si hubo o no los errores planteados.

Esta exigencia no se satisface con solo la indicación de la norma sustancial violada, lo cual, para el presente caso, ni siquiera hace el recurrente. No hacerlo, o proponer genéricamente la causal, constituye deficiencia técnica. Lo contrario, implica una degradación del recurso u la simple presentación de un alegato de instancia o menos. No debe olvidarse que en la interposición del recurso ordinario ante las instancias, es exigencia de admisibilidad indicar las razones de inconformidad con la decisión recurrida; es decir, señalar en qué erró el juzgador. Esto, referido al recurso extraordinario, no puede ser menos, máxime cuando él se caracteriza por su sometimiento a presupuestos formales y a precisas reglas técnicas en su proposición, trámite y decisión. Por tanto, presupuesto para el examen del cargo en los eventos de violación a la ley sustancial, sigue siendo la determinación del sentido en que ella se produjo.

Al incumplimiento de la integración de la proposición jurídica, debe agregarse, como motivo de improsperidad del cargo, que el desarrollo que a él se da, dentro del enunciado del error de hecho, no corresponde.

En efecto: Busca la censura demostrar tergiversaciones del contenido fáctico de la confesión de la procesada, de un dictamen pericial y de varios testimonios e indicios, como pruebas incidentes en la sentencia de condena por el delito de falsedad en documentos, en cuanto especie del error de hecho en que dice apoyarse. Sin embargo, el planteamiento expuesto por el recurrente apunta, como lo señala el Procurador, a destacar errores en el proceso de valoración del material probatorio existente. Esto, desplaza el cargo del campo del error de hecho al de derecho, dentro del cual resulta abiertamente improcedente el ataque, si se tiene en cuenta que los medios de prueba criticados, no están sometidos a apreciaciones tarifadas, sino a la razonada convicción del juzgador.

Empero, más allá de lo equívoco en la proposición del reproche, resulta evidente la no existencia de la tergiversación en la que él se apoya. Así surge del examen de las apreciaciones del sentenciador, en relación con las pruebas en que, de acuerdo con los términos de la censura, se alteró su sentido fáctico.

Esto ocurrió, v.gr., con la confesión. La procesada aceptó en asunto distinto a aquél en que resultó condenada por falsedad en documento, haberse apropiado de la suma de \$12.019.00, por cuyo concepto se

expidió el comprobante número 757157, reconociendo, así mismo, haber tomado para sí otras cantidades hasta completar la suma total de \$ 52.000.00. Pero, en relación con la alteración del recibo número 757043 que por \$ 47.719.00 por cuya falsedad fue encontrada culpable y condenada, niega haberlo elaborado.

En este orden de ideas, ninguna tergiversación del sentido fáctico de la prueba surge, cuando en la sentencia se afirma que la procesada necesitó \$ 50.000.00 y los tomó en tres partidas. Ello, interpreta fielmente que fuera del recibo número 757157 por \$ 12.019.00, existían otros que fueron adulterados. Además de esto debe tenerse en cuenta cómo, con respecto al recibo por cuya falsedad se condenó a la procesada, no existe confesión, como que ella hace relación a uno bien diferente vinculado con la apropiación de los \$ 12.019.00, antes indicados.

El tipo de vicio que pretende demostrar la demanda, tampoco se presenta en relación con las pruebas testimoniales, indiciaria y pericial. Fundamentalmente, por la contradicción del casacionista al formular la censura dentro del marco de un error que no corresponde a aquél que enuncia.

Estas deficiencias en la formulación y desarrollo del cargo, lo hacen improcedente, de ahí que no prospere.

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, notifiqúese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dámaso Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garrón, Secretario.

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA

**La proposición jurídica completa configura la noción de unidad
lógica-jurídica**

*Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E.,
veinticinco de abril de mil novecientos noventa.*

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 28 de abril 24 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del dieciséis de marzo de 1989, al modificar la del Juzgado Veintiocho Penal del Circuito condenó a *Bernardo Ramírez Méndez* y *Luis Fernando Morales* a la pena principal de setenta (70) meses de prisión como responsables del delito de hurto consumado el 15 de septiembre de 1988 en la ciudad de Bogotá.

Contra la anterior decisión, se interpuso el recurso extraordinario de casación por parte de los procesados, que fue declarado admisible y considerada ajustada la demanda en relación con Bernardo Ramírez Méndez y desierto en cuanto afecta a Luis Fernando Morales por ineptitud de la demanda.

Debe en consecuencia la Corte, resolver la impugnación en relación con la demanda presentada a nombre del procesado Bernardo Ramírez Méndez y a ello se procede mediante estas consideraciones:

Episodio procesal:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace el siguiente compendio del episodio delictivo:

“Cuentan los autos que el quince (15) de septiembre de 1988, siendo aproximadamente la una de la mañana, dos sujetos portando armas de fuego, despojaron a Fernando Mauricio Ordóñez Paris del vehículo Renault 4, modelo 1981 de placas KE-7614 avaluado en la suma de \$1.400.000.00 cuando éste se hallaba en compañía de su novia en la calle 63 número 7-61 de esta ciudad.

“Los sujetos intimidaron a los ocupantes del automotor con el revólver que uno de ellos portaba, seguidamente rompieron el vidrio

derecho de la puerta delantera, la cual ocasionó la salida de las víctimas del carro, de inmediato éste fue abordado por los asaltantes quienes emprendieron la fuga.

"Minutos después, miembros de la Policía detuvieron el automóvil hurtado y aprehendieron a dos individuos que manifestaron llamarse Bernardo Ramírez Méndez y Luis Fernando Morales. Al practicar la requisita del carro encontraron un revólver calibre 38 corto que estaba en medio de los asientos delanteros".

Por estos hechos, fueron condenados los procesados a la pena de 36 meses de prisión por el Juzgado 28 Penal del Circuito. Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación y el Tribunal de Bogotá mediante la sentencia impugnada en casación, la confirmó pero elevó a setenta meses de prisión la pena impuesta.

Demanda de casación:

Considera el casacionista, que el Tribunal Superior quebrantó de manera directa la ley sustancial (causal primera de casación del art. 224 del C. de P. P.), al incrementar la pena impuesta a los acusados sin "tener en cuenta las modalidades del artículo 64 de nuestro Código, cuando son circunstancias que atenúan la pena, como la buena conducta anterior, la influencia de apremiantes, circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho".

En el *petitum* de la demanda, concluye el recurrente impetrando "que se invalide parcialmente la sentencia acá recurrida y en su defecto se sostenga la sentencia del Juzgado de primera instancia".

Subsidiariamente pide el recurrente, que se otorgue el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de realizar un detenido y jurídico estudio sobre los requisitos formales y de técnica que debe reunir la demanda cuando se formula la impugnación al amparo de la causal primera por violación directa de la ley sustancial, considera que el recurrente se equivoca en la presentación de la acusación "pues la norma mencionada simplemente relaciona las circunstancias genéricas de atenuación punitiva, pero no constituye una proposición jurídica completa..."

Agrega la Delegada, que si la idea era demostrar que por no tener en cuenta el Juzgador el artículo 64 del Código Penal no se partió de la pena mínima, resultaba imperioso acudir al artículo 67 que indica, cuando se aplican los mínimos y máximos para demostrar que esa es la situación de su defendido, cosa que no hizo.

Sostiene el Ministerio Público, que el casacionista "inexplicablemente, siendo éste el punto central de la controversia, demanda falta de aplicación del artículo 64, pero se dedica a demostrar que el Juez sí tuvo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho del artículo 61, lo que pone de manifiesto el divorcio entre el cargo y la sustentación..."

Concluye la Delegada su sólida argumentación, solicitando que no se case la sentencia, pues la demanda no tiene la estructura técnico-jurídica que exige el recurso de casación.

Expresa la Procuraduría, que la solicitud subsidiaria sobre la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, es inadmisibles, porque el recurso no es una tercera instancia y porque sobre esta petición no formuló cargo alguno, ni se fundamentó en debida forma.

Hace el señor Agente del Ministerio Público en la parte final de su concepto una crítica constructiva sobre la forma ligera como algunos juzgadores efectúan la graduación de la pena sin razonar suficientemente sobre los motivos que los llevan a efectuar incrementos punitivos.

Consideraciones de la Sala:

En el caso que se examina, el desarrollo de la acusación está encaminado a demostrar la existencia de un error in judicando por parte del juzgador por falta de apreciación o exclusión evidente del artículo 64 del Código Penal que al haberse tenido en cuenta, hubiese llevado a una pena privativa de la libertad inferior a la impuesta en la sentencia. Se trataría entonces, de una violación directa de la ley sustancial, entendiéndose como tal en materia penal no sólo las normas incriminadoras que tipifican ciertos comportamientos como delito y señalan su pena, sino también las que establecen circunstancias agravantes, calificantes, atenuantes o relativas a la pena o efectos penales y en general la regulación material de la acción y de la pena.

Cuando la norma sustancial o el conjunto de reglas de derecho definen de modo definitivo un determinado hecho o derecho subjetivo, describe en forma plena un determinado comportamiento o regula en forma total lo relativo a la pena, se presenta una proposición jurídica completa de derecho sustancial.

La proposición jurídica completa en su significado más simple —ha dicho la Corte—, “configura la noción de unidad lógico-jurídica de un conjunto de normas que se integran para conformar todas ellas una situación condicionante, una relación lógica de imputación y una consecuencia jurídica determinada. Es completa la proposición cuando tales supuestos se ofrecen en armoniosa independencia, e incompleta cuando ofrece vacíos por ausencia de alguno de ellos”. Y agrega la Corporación: “En técnica de casación se entiende, que el demandante está en la perentoria obligación de presentar una proposición jurídica completa en tema de violación de la ley sustancial, sin que pueda omitir ninguna de las normas que son objeto de ellas. Si faltare alguna o si se la conformare con la que no corresponde, la proposición será incompleta...”

“En estos casos la Corte no podrá oficiosamente suplir o corregir la falta del actor quien debía citar por su nomenclatura o por su contenido las normas sustanciales infringidas, sin olvidar ninguna. Es decir, que está en la perentoria obligación de integrar la proposición

jurídica que aduce para fundamentar su impugnación, no sólo como un requisito de forma, sino como un presupuesto de lógica elemental" (Corte Suprema de Justicia, enero 20 de 1981).

Precisando este concepto, dijo la Corte en sentencia de Sala Plena lo siguiente:

"La noción de suficiencia de lo acusado es esencial en la determinación del concepto de la proposición jurídica completa, puesto que es indispensable que se demande un concepto preceptivo debidamente formado que sea bastante por su significado y eficacia para ostentar autonomía. Esto no ocurre cuando la parte impugnada en alguna forma depende de otra u otras que no lo han sido; de manera tal que el pronunciamiento de la Corte resultaría nugatorio o inane..." (Corte Suprema, Sala Plena, febrero 22 de 1990).

Aplicando los anteriores conceptos de rigurosa vigencia en el campo de la casación penal, es inobjetable la posición del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuando solicita que se deseche la demanda presentada por el recurrente, por cuanto al formular el cargo por violación directa de la ley sustancial, no integró una proposición jurídica completa.

En efecto:

Considera el impugnante, que en el caso sub júdice el Tribunal Superior quebrantó de manera directa la ley sustancial por un error in judicando en relación con las normas que regulan la dosimetría penal en relación con el delito de hurto.

Pero para fundamentar su aserto, el demandante sólo cita como norma violada por exclusión evidente, el artículo 64 del Código Penal que únicamente contempla las circunstancias genéricas de menor punibilidad sin referirse para nada a los artículos 61 que señala los criterios para fijar la pena y el 67 del mismo estatuto que se refiere a la aplicación de mínimos y máximos para efectos de la punibilidad, normas sustanciales que se complementan e integran para constituir la proposición jurídica completa, que tutelan el derecho subjetivo presuntamente vulnerado.

La omisión en la demanda del conjunto de preceptos, que para el caso en estudio integran la proposición jurídica completa, no puede ser subsanada oficiosamente por la Corporación y lleva en consecuencia a la desestimación del recurso, por fallas insubsanables en la censura.

Se agrega a las anteriores razones, que el cargo es igualmente infundado, desde el punto de vista de la realidad procesal, porque el artículo 64 del Código Penal, si fue tenido en cuenta por los falladores de instancia, quienes al efectuar la dosimetría de la pena no partieron del mínimo que señala la norma para el delito de hurto por existir debidamente acreditadas circunstancias genéricas de mayor punibilidad, lo anterior en acalamiento a lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal.

No prospera el cargo.

El recurrente, confundiendo el recurso extraordinario de casación con una tercera instancia, solicita a la Corte la concesión a su defendido del subrogado de la condena de ejecución condicional, sin someter su pedimento a ninguna de las causales de casación y sin expresar, ni menos fundamentar si directa o indirectamente se conculcó algún derecho o se desconoció o se aplicó indebidamente una norma sustancial. Esta antitécnica presentación de la impugnación impide a la Corte adoptar cualquier pronunciamiento al respecto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, de fecha, origen y naturaleza antes precisados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Manjilla Nougués, Didimo Pdez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD. DERECHO DE DEFENSA

La omisión en la práctica de pruebas como causal de nulidad, debe ser propuesta como violación del derecho a la defensa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandía.*

Aprobado: Acta número 28 de abril 24 de 1990.

Vistos:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *Victor Manuel Leal Ortega* contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, a través de la cual se confirmó la de primer grado en que se condena al procesado a la pena de diez años y seis meses de prisión como autor de los delitos de homicidio en la persona de *Jorge Antonio Palacio Vergel* y lesiones personales en el hermano de éste, *Alirio Palacio Vergel*.

Hechos:

El 20 de marzo de 1987, en horas de la noche, se encontraban jugando billar *Victor Manuel Leal Ortega* y su cuñado *Lino Mojica*, en un establecimiento del barrio Los Comuncros de Cúcuta. Hasta allí llegó *Jorge Antonio Palacio*, quien perturbó el juego desacomodando el orden de bolas, lo cual provocó a *Leal*, dando lugar a una reyerta a puñetazos. En ella además, tomaron parte *Lino Mojica* y el hermano de *Palacio*, *Alirio*. Cuando todo indicaba que los ánimos se habían aplacado, apareció *Leal* armado de una carabina con la cual ocasionó heridas a los hermanos *Palacio*. A consecuencia de ellas, *Jorge Antonio* falleció varios días después, mientras que *Alirio* se le fijó incapacidad de cuarenta días.

Actuación procesal:

1. En diligencia de indagatoria, *Victor Manuel Leal Ortega* aceptó la autoría de los hechos. Aduce haber sido desafiado por el occiso y el lesionado, lo cual le llevó a armarse de la carabina y al ser atacado con cuchillo y pistola, verse precisado a accionarla.

2. Al calificarse el sumario, se profirió contra el procesado resolución de acusación por los delitos de homicidio y lesiones personales.

Durante el período probatorio del juicio, se decretó la declaración de Francisco Montero Contreras, a solicitud del defensor, la cual no fue practicada.

3. Celebrada la audiencia pública, el jurado por unanimidad halló responsable a Leal Ortega en veredicto acogido por el Juez de Derecho. A esta sentencia, el Tribunal Superior de Cúcuta le impartió confirmación, modificándola en el sentido de reducir en cuarenta y dos meses la pena impuesta, con fundamento en la confesión.

La demanda de casación:

Al amparo de la causal tercera de casación —haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad—, el censor formula dos cargos: La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación del derecho a la defensa del enjuiciado. Tales cargos, se apoyan en el mismo fundamento: La omisión en la práctica del testimonio de Francisco Montero Contreras.

En relación con la primera de estas censuras, el demandante luego de indicar las disposiciones procesales que en su opinión fueron infringidas, estima que con la omisión en la práctica de la prueba con la cual, dice, pretendía demostrar la inculpabilidad del procesado, se interrumpió ilegalmente las ritualidades que configuran la estructura del proceso, en concreto, en relación con la forma de realizar la audiencia pública, lo que constituye error *in procedendo*.

El cargo referido al conculcamiento del derecho a la defensa se hace consistir en haber omitido citar al testigo para que compareciera. Analiza los testimonios existentes en el proceso, destacando cómo, a excepción de los pertenecientes a Lino Mojica y Luis Díaz, los demás no son presenciales. En relación con ellos, concluye que corroboran la confesión cualificada del procesado. Con esto, se sostiene, queda evidenciada la importancia del testimonio no practicado y cómo, con tal omisión, se negó al sentenciado la oportunidad para demostrar su inculpabilidad.

Respuesta de la Procuraduría:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita de la Corte no casar la sentencia. En relación con el primero de los cargos formulados en la demanda, considera que la omisión en la práctica de la prueba no constituye violación al rito procesal de tal entidad que únicamente sea remediabile con la declaratoria de nulidad. Ella, sostiene, constituye irregularidad que afectaría el fondo del asunto, dada la importancia de la prueba, pero no la forma de la actuación como lo plantea el actor. En este sentido, prosigue, la realización de la audiencia, acto en el cual debía recepcionarse el testimonio omitido, en su revestimiento formal, aparece de acuerdo al ordenamiento.

En cuanto tiene que ver con el segundo cargo, violación al derecho de defensa, es de la opinión que si bien la ausencia de una prueba fundamental puede cambiar el curso del proceso y afectar gravemente la situación del implicado, lo cual constituiría violación al derecho de

defensa, es indispensable demostrar la importancia de la prueba omitida, indicando los hechos concretos que hubieran podido acreditarse con ella y cómo tales hechos eran determinantes para cambiar la suerte del procesado. En razón a que la demanda desconoce tales aspectos, para el Ministerio Público ella está llamada a no prosperar.

Consideraciones de la Corte:

El primero de los cargos de nulidad, fundado en la omisión de practicar un testimonio en la audiencia pública, propuesto por el casacionista, debe ser rechazado. Irregularidad de tal naturaleza y alcance, no afecta las formas propias del juicio como se aduce en la demanda. Ella, por sí misma, no genera alteración en la estructura fundamental del proceso.

En efecto: Del examen de la actuación cumplida y de la incidencia en ella de la prueba dejada de practicar, no se establece modificación en el aspecto formal de las bases que diferencian y distinguen el procedimiento —en lo que consistirían las formas propias del juicio—. Como lo destaca el Procurador, en apreciación que comparte la Corte, no se ve en qué pudo resultar afectada la validez formal de la audiencia pública con que, en ella, no se hubiera recibido el testimonio decretado en el período probatorio del juicio. Ciertamente que, en este punto, se confunde por el casacionista la alteración de la estructura fundamental del proceso con la práctica de las pruebas.

Las razones expuestas no comportan el planteamiento de que la no práctica de una prueba decretada, sea omisión irrelevante en el proceso. El desconocimiento u omisión del rito esencial, como lo sería el olvido del período probatorio, es ciertamente violación a las formas propias del juicio, acorde con el régimen de nulidades establecido por el nuevo Código de Procedimiento Penal, mas no lo es, el dejar de practicar una o varias pruebas, porque ello apunta exclusivamente al derecho de defensa. De acuerdo con el Código vigente, debido proceso y derecho de defensa son conceptos autónomos. Por lo mismo, su violación genera motivos de invalidación también autónomos.

Conforme con este criterio, la omisión en la práctica de pruebas como causal de nulidad, debe ser propuesta como violación del derecho a la defensa, ámbito dentro del cual se examinará el segundo de los cargos que se formulan en la demanda. Esto es, en el entendimiento que la ausencia de una prueba pueda cambiar el curso del proceso, provocando decisiones que habrían tenido sentido diferente de haber sido recaudada aquella.

Para ello, debe tenerse en cuenta —como lo ha sostenido la Corte de manera reiterada—, que la casación por definición no es recurso probatorio que permita a quien alega este tipo de vicio aportar la prueba dejada de practicar. Por eso, se admite que el cargo sea fundamentado en la afirmación de la trascendencia de la prueba omitida. Pero, tal posibilidad, en manera alguna constituye motivo para que el censor quede relevado de tener que acreditar porqué la prueba no practicada posea la virtualidad de modificar el fallo acusado y la situación del recurrente.

De acuerdo con esto, impera para el demandante indicar cuál era la importancia de la prueba omitida; el señalamiento concreto de los hechos que hubieran podido ser demostrados con ella y cómo, tales hechos, eran por manera determinantes para cambiar el sentido de la decisión adversa al procesado. Consecuentemente, los puntos probatorios desatenáidos en su práctica por el Juez, deben ser confrontados con todo el recaudo en que se apoya la sentencia, pues bien puede acontecer, como lo sostuvo la Sala en decisión de agosto 28 de 1980, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, que la prueba omitida contrarreste en su capacidad probatoria uno o algunos de los medios existentes en el proceso, pero no su totalidad, evento en el cual la censura igualmente estaría llamada a no prosperar.

En la situación que se examina, resultan evidentes las deficiencias de la demanda frente a los requerimientos que para el desarrollo del cargo propuesto han sido puntualizados. Si bien el censor aduce que la omisión probatoria privó al condenado de la posibilidad de demostrar su "inculpabilidad" en la realización del hecho, porque "pudo haber corroborado la confesión calificada" contenida en la indagatoria, no indica con relación a cuál de los varios aspectos que constituyen ese fenómeno exculpatorio. Tampoco cómo ella, con respecto a los demás medios probatorios en que se sustenta el enjuiciamiento, hubiera persuadido de mayor credibilidad al jurado que juzgó el caso. De esta suerte, como lo destaca el Procurador, debe entenderse que el planteamiento del demandante no pasa de ser la exposición de su personal criterio sobre porqué el *juri* emitió veredicto de condena en contra de su cliente y porqué ha debido tener en cuenta más unas pruebas que otras, aspectos estos ajenos al debate propio del recurso extraordinario, con abandono del desarrollo estricto del motivo de impugnación. En este orden de ideas, 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 y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Didimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA

La crítica debe contraerse al plano estrictamente jurídico respecto del tipo penal dentro del cual se subsume la conducta o cualquiera otra norma sustantiva en la cual se fundó la decisión atacada

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Mario Mantilla Nougués.*

Aprobado: Acta número 26 de abril 26 de 1990.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a decidir el recurso extraordinario de casación, interpuesto oportunamente contra la sentencia del Tribunal Superior de Montería, que confirmó sin modificación la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual condenó a *Marcial Atanasio Plaza Acosta* a la pena de cuatro (4) años de prisión, como responsable del delito de tenencia de sustancia que produce sico-dependencia.

Hechos:

En las horas del medio día del 26 de septiembre de 1988, Agentes de la Policía Nacional incautaron 910 gramos de basuco en la residencia ubicada en la calle 40 con carrera primera de la ciudad de Montería, donde conviven el procesado y la mujer Adela del Carmen Ramos Díaz quien fue retenida por las autoridades policivas, presentándose días después a la autoridad jurisdiccional Marcial Atanasio quien voluntariamente confesó la autoría del punible materia del proceso.

Actuación procesal:

Mediante el informe policivo que dio cuenta del alucinógeno incautado el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería inició la correspondiente investigación penal, vinculando al sumario y decretando medida de aseguramiento en contra de la mujer Adela del Carmen Ramos Díaz, decisión que revocó ante la presentación y posterior confesión en su injurada de Marcial Atanasio Plaza Acosta,

a quien por el trámite del proceso abreviado se le citó a diligencia de audiencia pública y se dictó en su contra sentencia condenatoria, la que fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Montería.

La demanda de casación:

Contra la sentencia de segunda instancia, el censor formula el cargo con base en la causal primera de casación, numeral 1º, cuerpo 3º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, consistente en violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 301 del citado estatuto, al considerar que el Tribunal se equivocó en la apreciación de la norma y en ese orden concluye, se dejó de aplicar, con ostensible desmedro de la libertad del sentenciado, ante la dosificación de la pena impuesta.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal advierte que si bien en la formulación del cargo, el recurrente acude a la causal primera de casación, numeral 1º, cuerpo 3º, violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, señala que en la conclusión de la demanda el impugnante complementa el cargo, precisando que se quebrantó de manera directa la ley sustancial al interpretar erradamente el sentenciador de segunda instancia la norma citada.

De esa manera anota que si bien se presenta una contradicción entre la interpretación errónea y la falta de aplicación, cita la siguiente jurisprudencia del 2 de julio de 1985, con ponencia del Magistrado doctor Aldana Rozo: "La causal primera de casación en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal es procedente cuando el juzgador de segunda instancia ha incurrido en violación de la ley sustancial por inaplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación. Dicha equivocación puede provenir de un juicio equivocado que llevó al Tribunal a desconocer la disposición que estaba llamada a regular el caso examinado, o dar aplicación a una disposición cuyo mandato impersonal y abstracto no corresponde con los supuestos del caso resuelto, o cuando siendo acertada la selección de la norma reguladora se le aplica con desconocimiento de su alcance y sentido".

De la misma manera cita el salvamento de voto de los doctores Aldana Rozo y Gómez Velásquez, cuando afirmaron: "...La falta de aplicación lo que supone es que el fallador no ha tenido en cuenta, en forma alguna, la norma que debía aplicar, es decir ha omitido toda referencia a la misma, bien porque creyera que no incidía en el caso, bien porque demostró su preferencia por otra que, a la postre, resultó inoperante para regular el caso o porque estaba derogada, o en la hipótesis de sucesión de leyes una demostraba características de mayor benignidad, etc."

"Pero cuando el Juez ha tomado en cuenta el precepto aplicable, lo sanciona o analiza y concluye en su impertinencia por cualquier

motivo (ya por correlación con otros dispositivos legales o por lo que la doctrina o la jurisprudencia pretende como sentido de su texto y ámbito de su utilización), se está dentro de la interpretación errónea y como tal debe tratarse en la demanda y en la respuesta judicial que esta merece".

En esta forma considera la Delegada que "una solución práctica y ajustada a lo realmente ocurrido, sería plantear el cargo como falta de aplicación por una interpretación errónea de la norma sustancial, que es la forma como el demandante lo hace en la conclusión y que estimamos correcta".

Frente a la no aplicación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, considera que el obrar en el proceso la confesión del procesado, mediante la cual se determinó en forma cierta su autoría y por ende su responsabilidad, y además permitió revocar la medida de aseguramiento de detención preventiva proferida en su concubina Adela Ramos, ella fue una prueba fundamental en la sentencia, toda vez que de no haberse producido, la responsabilidad de Plaza Acosta no contaba con mayor fundamento, cuando en el proceso el único testimonio de cargo era el de Ana Milena Guillén, que simplemente afirmaba que vio a Marcial un día, guardar un objeto en el alar de la vivienda. Por estas consideraciones demanda se case parcialmente la sentencia, reduciéndose en una tercera parte la pena impuesta.

Consideraciones de la Sala:

No radica el error por el ataque de la sentencia de segunda instancia por violación directa de ley sustancial por interpretación errónea, en cuanto se dejó de aplicar el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, punto al cual llega el censor en la conclusión de la demanda.

Por el contrario incurre el impugnante en error de técnica al presentar el cargo por violación directa, al fundamentarlo en la consideración que el Tribunal desconoció la confesión rendida por el procesado en su injurada.

En la violación directa de la ley sustancial el cargo se formula por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación errónea, por lo que el material probatorio permanece inócuo de tal suerte que cuando se alega esta causal, es condición de técnica la aceptación tanto de los hechos materia de debate como de los criterios evaluadores de la prueba por parte del fallador, por lo tanto en esta causal se parte de la base que dichos factores fueron manejados correctamente por el sentenciador.

Así las cosas en la violación directa no es permitido al impugnante cuestionar ni los fundamentos fácticos del fallo, ni el valor otorgado a las diferentes pruebas allegadas al proceso, por cuanto el recurrente debe aceptar la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia y por el contrario orientar el ataque al ámbito sustantivo de la norma incriminadora, esto es, la crítica debe contraerse al plano

estrictamente jurídico respecto del tipo penal dentro del cual se subsume la conducta o cualquiera otra norma sustantiva en la cual se fundó la decisión atacada.

De esta manera yerra el censor, cuando en la fundamentación del cargo por interpretación errónea sostiene que el Tribunal no tuvo en cuenta la confesión del procesado, en cuanto dejó de apreciar "si hubo o no flagrancia, si se verificó durante la primera intervención del reo y si dicha confesión sirvió de sustento a la condena".

En ese orden, el cargo ha debido formularlo el impugnante no por violación directa de ley sustancial sino por el contrario por violación indirecta y concreta por error de hecho.

Esta clase de error se presenta: a) Cuando el juzgador le otorga valor probatorio a una prueba inexistente; b) El juzgador falsea los hechos que conforman la prueba legalmente producida y allegada y por lo tanto le desconoce el valor probatorio que verdaderamente tiene y c) El juzgador omite considerar una prueba evidente en el proceso.

Constituye entonces una ostensible falta en la presentación de la causal que ataca la sentencia por violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea fundamentando el cargo en un análisis crítico de la prueba —la confesión del procesado— que no tuvo en cuenta el fallador o por cuanto ello estructura una violación indirecta por error de hecho.

Por lo anotado es evidente, la falta de técnica en el manejo del recurso de casación, razón por la cual el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de 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.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Curreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Didiño Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

La jurisprudencia ha rechazado, y ahora la ley misma, que se planteen cargos contradictorios entre sí por la naturaleza misma de estos y no por las consecuencias que se desprenderían en caso de que prosperaran

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 28.

Vistos:

Procede la Sala a decidir sobre la demanda de casación presentada por el apoderado del señor *Fabio Lozano Lozano*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, en la cual se revocó la del Juzgado de instancia, y se lo condenó a la pena de ocho años de prisión por infracción a la Ley 30 de 1986.

Hechos y actuación procesal:

Los relata así el Tribunal:

"Fabio Lozano fue retenido el día 15 de abril de 1988, cuando agentes del DAS practicaron una diligencia de allanamiento en su negocio denominado *Miscelánea San Antonio*, ubicada en la Inspección de Policía de San Antonio de Getachá (Caquetá), habiendo hallado la cantidad de doce mil trescientos sesenta y cinco gramos de una sustancia que según el dictamen del Laboratorio de Estupefacientes de Medicina Legal de Bogotá arrojó resultados positivos para tenerla como cocaína, la cual produce dependencia psíquica.

"Se decomisó además en el mismo operativo varias armas, municiones, dos balanzas grameras, un salvoconducto para porte de armamento y la suma de dos millones ciento noventa y cuatro mil pesos en efectivo".

Inmediatamente después los agentes del DAS se trasladaron a la casa del señor Lozano, ubicada en frente de la *miscelánea*, en donde encontraron dos kilos más de sustancia base de cocaína, y otras armas.

Por estos hechos adelantó investigación penal el Juzgado Doce de Instrucción Criminal Especializado de Florencia, habiendo dictado

sentencia absolutoria, la cual, al ser consultada, fue revocada por el Tribunal, ordenando en la misma providencia compulsar copias para investigar las posibles conductas penales y disciplinarias en que hubiere podido incurrir dicho funcionario, por razón de la decisión adoptada con relación a este proceso.

La demanda de casación y el concepto de la Procuraduría:

El recurrente alega dos causales de casación, así:

Primera causal: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 30 de 1906, en concordancia con los artículos 38, inciso 3º, y 47 del mismo estatuto.

Para fundamentar esta causal, hace un larguísimo análisis sobre la tipicidad, y concluye diciendo que existió una incorrecta adecuación típica de la conducta realizada por su representado, por cuanto no hubo relación de causalidad entre el comportamiento de éste y el antijurídico, pues se trataba de un generoso acto de amistad realizado por él con relación a uno de los clientes de su establecimiento comercial. Dice así textualmente:

"Irónicamente se ha olvidado que la conducta debe ser típica... corresponder a un tipo legal penal y que la tipicidad es una característica de la conducta o del hecho humano que para ser ilícito... debe presentar precisamente el atributo de subsumibilidad o de la adecuación o de la correspondencia, a un modelo o tipo legal penal o figura delictiva: Intencionalmente se han olvidado estos postulados para justificar los efectos del atropello. Por eso en forma indebida se ha aplicado el Estatuto Nacional de Estupefacientes... a una dirección de conducta que ni siquiera recae en cabeza de mi cliente: La colocación temporal de algunos paquetes en la tienda de mi cliente... en el actual ordenamiento del Estado no ha sido elevada a la categoría de conducta delictiva: Por el contrario: Se trata de un generoso acto de amistad o confianza entre los habitantes de una misma región... unidos por la misma tierra que los vio nacer".

Concluye el análisis de esta causal criticando al Tribunal por no haber tenido en cuenta varias pruebas, como la declaración jurada de la esposa del procesado, y la de dos testigos más, un donde según él, "estaba la clave para la defensa de mi cliente".

Segunda causal: Nulidad por violación de las formas propias del juicio.

Funda esta causal en que según el recurrente la sentencia olvida la existencia de una multiplicidad de normas que regulan el sistema probatorio en nuestro ordenamiento jurídico penal, y porque el Juez dispuso que el Despacho llevara directamente unas muestras de la sustancia incautada a Medicina Legal para su examen por auto de cumplase, cuando debió notificarse.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que el recurso no puede prosperar por las graves fallas de técnica que lo afectan.

En primer lugar expone que no puede demandarse simultáneamente por violación directa de la ley, solicitando la absolución del procesado, y por nulidad, pidiendo que se retrotraiga el proceso al momento en que se produjo la causal de nulidad, "porque —según dice citando jurisprudencia de la Sala—, colocaría al Juez de casación ante la alternativa —que le es imposible asumir por tratarse de un recurso eminentemente técnico y dispositivo para el recurrente—, de escoger entre las acusaciones presentadas, siendo como es, la selección del ataque, labor atribuida sólo al interesado".

A pesar de que a su juicio esta falla bastaría para desechar el recurso, se adentra en el análisis de la primera causal para decir que ella también adolece de graves fallas así:

En primer lugar, no puede pedirse absolución del procesado alegando atipicidad de la conducta por aplicación indebida de una norma sustantiva, pues en este evento la conducta seguiría siendo típica, por encuadrar en otra norma penal.

En segundo lugar, "si lo que se interpretó en forma errónea fueron las pruebas aportadas al proceso, dando lugar a una falsa adecuación típica de la conducta, la censura debe elevarse con fundamento en el segundo cuerpo de la causal, por cualquiera de los errores en él consagrados".

Por último anota el Procurador Delegado que dentro del cargo de violación directa de la ley sustancial, el recurrente cuestiona la prueba tenida en cuenta por el fallador en la sentencia, impugnación que por su naturaleza es extraña a esta causal.

Consideraciones de la Sala:

1. *No comparte la Sala la apreciación del señor Procurador Delegado en lo Penal de que no se puede en una demanda presentar simultáneamente causales encaminadas a establecer la absolución del procesado y la nulidad del proceso, porque, según él, los efectos de las decisiones que se toman con base en cada causal independientemente considerada son excluyentes.*

Lo que ha rechazado la jurisprudencia en forma reiterada, y ahora la ley misma, es que se planteen cargos incompatibles entre sí por la naturaleza misma de estos, y no por las consecuencias que se desprenderían de ellos en caso de que prosperaran. No se puede alegar, por ejemplo, violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación a unos hechos de una norma que consagra una conducta delictiva, y en otra causal alegar violación indirecta por indebida interpretación de las pruebas que sirvieron de base para tipificar la conducta, porque el primer cargo supone la aceptación de los hechos en la forma como fueron reconocidos por el Tribunal en la sentencia del recurso.

Pero bien puede suceder que en una misma sentencia se den varias causales de casación. Por ejemplo, que se haya aplicado indebidamente la norma tipificadora del delito, y que además el Juez no fuera competente para adelantar el proceso. En el primer caso habría

violación directa de la ley sustancial, y en el segundo nulidad. En este evento se pueden alegar ambas causales, a pesar de que los efectos de ellas en caso de que prosperaran fueran incompatibles entre sí.

Sin embargo, en el caso en estudio si se da la incompatibilidad que prohíbe la ley, y que impide a la Sala entrar a estudiar el fondo de la demanda.

En efecto, en la primera causal dice que se aplicaron indebidamente las normas que tipificaban la conducta delictiva, lo que implica que acepta como ciertos los hechos consignados en la sentencia. Estos, según la transcripción literal que de uno de los apartes de la sentencia hace el mismo recurrente, consisten en que "el precedentemente mencionado transgredió lo consagrado en el inciso 1º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986... pues se le sorprendió en el momento de tener almacenada... obviamente sin permiso de autoridad competente... droga que produce dependencia síquica. A pesar de ello, en la causal segunda rechaza la pericia del Instituto de Medicina Legal en la cual se estableció que la sustancia incautada era precisamente una droga que produce dependencia psíquica. Las dos causales así planteadas son claramente contradictorias, por lo que hacen inane la demanda, pues en la primera acepta la existencia de la droga, y en la segunda rechaza la prueba que sirvió de base para determinar la existencia de la misma.

2. Además de este vicio que afecta la totalidad de la demanda, cada causal presenta en sí también fallas sustanciales que también impiden su estudio.

En la primera causal alega aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por inapropiada adecuación típica de la conducta y fundamento el cargo considerando que no está probada la relación de causalidad entre el comportamiento del procesado y el hecho delictuoso, pues éste no sabía que los paquetes dejados a guardar en su tienda contenían cocaína. Se desplaza así el problema del plano de la tipicidad al de las causales excluyentes de culpabilidad, por lo que la norma inaplicada sería en este caso la que consagrara este fenómeno jurídico, y no la del tipo penal por el cual se le juzgaba.

Dentro de este mismo cargo impugna la sentencia por no haber tenido en cuenta varios testimonios, pasándose así de la violación directa a la violación indirecta por error de hecho, lo que nuevamente hace inaceptable la demanda por fallas preponderantes de técnica.

En el segundo cargo dice que el Tribunal violó casi todos los principios que rigen el sistema probatorio en nuestro ordenamiento jurídico penal, pero no determina cuáles son en concreto tales violaciones, y qué incidencia tuvieron ellas en el debido proceso o en el derecho de defensa.

Luego centra su análisis en el auto que expidió el Juzgado que adelantaba la investigación, mediante el cual dispuso que las muestras de la sustancia incautada fueran llevadas directamente por el Despacho a Medicina Legal, a fin de evitar una nueva suplantación de las mismas, como ya había ocurrido con las que se enviaron en precedenza a esta misma dependencia. Critica dicho auto porque es de "cúmplase", cuando debió notificarse a las partes.

Tampoco tiene razón en esta crítica el recurrente, pues es cierto que la ley dispone que toda prueba debe ser ordenada o admitida en el proceso mediante auto, a fin de garantizar la posibilidad de que las partes la controvertan. Sin embargo, en el caso en estudio, una vez que fue practicado el experticio por Medicina Legal, éste se puso en conocimiento de las partes por auto de junio 23 de 1988 (fl. 221), el cual se notificó personalmente al procesado (fl. 221 vto.) y por estado a las demás partes (fl. 223), cumpliéndose así el requisito legal de la admisión formal de la prueba, por lo que tampoco prospera este cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Ángel, Gustavo Gómez Velásquez, Murto Mantilla Nougués, Didimo Páez Velandía, Edgar Sacvedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

JURISDICCION DE MENORES. COMPETENCIA

Al declarar la ley inimputables a los menores de 18 años, todos los procesos que contra ellos se adelanten deben ser remitidos en el estado en que se encuentren al Juez de Menores

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de abril de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 27 de abril 18 de 1990.

Vistos:

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Delegado contra el auto del 16 de marzo de 1990, por medio del cual se decidió sobre la petición para enviar a la jurisdicción de Menores el proceso que por el delito de homicidio se adelantó contra los menores *Fabio Arturo Celis Rojas y Omar Antonio Saavedra*, el cual se encuentra en esta Corporación para el trámite del recurso de casación.

Hechos y actuación procesal:

1. El Juzgado Quince Superior dictó sentencia condenatoria por el delito de homicidio contra los menores *Fabio Arturo Celis Rojas y Omar Antonio Saavedra Bellaizán*, quienes para la fecha de la comisión del ilícito (22 de septiembre de 1986) tenían 16 años cada uno, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. Contra dicha sentencia recurrieron en casación los mencionados menores, encontrándose el proceso en la actualidad al Despacho para fallo.

3. Con memorial recibido en la Secretaría de la Sala el 6 de marzo del presente año, el apoderado del procesado *Celis Rojas* manifestó que desistía del recurso, y que solicitaba el envío del expediente a los Jueces de Menores, a quienes competía ahora el conocimiento del proceso; en similares términos se recibió también petición del encausado *Saavedra Bellaizán*, solicitudes que fueron denegadas por el Despacho por considerar que el desistimiento no era procedente en el estado en que el trámite se encontraba, y que tampoco lo era el envío del expediente a los Jueces de Menores por razón de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 354 del Código del Menor, según el cual los

recursos que estuvieran en trámite antes del 1º de marzo de 1990, se continuaban adelantando de acuerdo con las leyes vigentes al momento de su interposición.

4. Contra esta providencia, interpuso el recurso de reposición el señor Procurador Delegado, argumentando la obligatoria aplicación del Estatuto del Menor por razón del mandato constitucional de dar prelación a la ley favorable, el cual se procede a desatar en esta providencia.

Consideraciones de la Sala:

Tiene razón el señor Procurador, y por ello la Sala procederá a revocar la decisión impugnada, con base en las siguientes consideraciones.

1. *El actual Código del Menor declaró inimputables a los menores de 18 años, ampliando así la competencia de los Jueces de Menores.*

Para los inimputables la ley prevé que la acción del Estado se desenvuelve exclusivamente dentro de una política de prevención y readaptación, la cual se refleja en un procedimiento muy benigno, tanto en las medidas que con relación a ellos se toman durante el trámite del proceso, como después de la respectiva condena.

En el caso del menor la legislación que se acaba de expedir es aún más benévola: El Código dice expresamente que la intervención del Juez de Menores se debe realizar "con el objeto principal de lograr su plena formación y su normal integración a la familia y a la comunidad" (art. 16). Como consecuencia de este postulado los menores que sean capturados deberán ser llevados a un centro especializado de recepción (art. 183); sólo en casos excepcionales pueden ser recluidos en una institución cerrada (arts. 208 y 209), y la medida a la que se le someta por su comportamiento no podrá tener una duración superior a tres años (art. 201). No hay duda pues que el régimen general de los menores es más favorable que el previsto por la ley para los delincuentes imputables.

Por consiguiente, al declarar la ley inimputables a los menores de 18 años, todos los procesos que contra ellos se adelanten por la justicia ordinaria deben ser remitidos en el estado en que se encuentren al Juez de Menores competente para que éste continúe su trámite dentro de las nuevas provisiones normativas, por ser estas más favorables para el menor.

No se opone a esto la disposición del artículo 354 del Código del Menor, según el cual los recursos y actuaciones iniciadas antes del 1º de marzo de 1990 se deben continuar con la legislación vigente al momento de su iniciación, porque la norma se circunscribe a los procesos de que trata dicho Código, que en el campo penal son los de competencia de los Jueces de Menores, estando por tanto fuera de esta restricción los que se vienen adelantando por la justicia ordinaria.

Quedando ejecutoriada la sentencia por razón de la preclusión del recurso de casación, el proceso debe ser remitido al Juez de Menores por intermedio del Juez de primera instancia, para que aquél imponga

la medida de rehabilitación que corresponda en sustitución de la pena que les había sido impuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 45 de la Ley 153 de 1887. Aunque el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal dio esta potestad al Juez que conoció del proceso en primera o única instancia, es necesario tener en cuenta que ella obedece a que es este mismo funcionario a quien le corresponde la ejecución de la sentencia. Pero como la ejecución de la medida de rehabilitación es de competencia del Juez de Menores, debe ser a él, por tanto, a quien corresponde hacer la sustitución de la pena impuesta.

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

Resuelve:

Revocar el auto del 16 de marzo de 1990, y en su lugar disponer el envío del proceso al Tribunal de origen, para que proceda de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Aclaración de voto; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Con aclaración de voto; Gustavo Gómez Velásquez, Mario Manfilla Nougués, Didimo Páez Velandía, Con salvamento de voto; Edgar Scaevdra Rojas, Con salvamento de voto y aclaración de voto.

Rafael I. Cortés Carnica, Secretario.

**JURISDICCION DE MENORES (ACLARACION DE VOTO)
COMPETENCIA (ACLARACION DE VOTO)**

La justicia ordinaria recupera la competencia para juzgar a los menores de 18 años, cuando después de cumplir 16 cometan una nueva infracción penal

Referencia: Radicación número 3640: Fabio Arturo Celis Rojas y otro. Casación. Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel.

La mayoría de los miembros de la Sala consideró que el siguiente texto que nos permitimos agregar a la providencia como aclaración de nuestro voto, se excluyera de la misma por no referirse al problema específico planteado en ella, aunque varios de ellos comparten su contenido.

Los suscritos Magistrados consideramos que a la Corte le corresponde un magisterio moral que trasciende su papel de simple Tribunal de casación, máxime cuando se trata de buscar claridad en la aplicación de la ley en los momentos de cambio de legislación, aunque somos conscientes de que la jurisprudencia es sólo doctrina probable, tal como la define el artículo 4º de la Ley 59 de 1986, de la cual pueden separarse los Jueces al aplicar la ley a los casos concretos.

Por eso consideramos importante no dejar pasar la oportunidad para aclarar el alcance del inciso 4º del artículo 201 del Código del Menor.

El mencionado artículo dice:

“Artículo 201. Las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán:

- “1. Por el cumplimiento del objetivo propuesto.
- “2. Por la imposición de una medida posterior dentro de diferente proceso.
- “3. Por haber llegado el menor a la edad de 18 años.
- “4. Por haber quedado a disposición de la justicia ordinaria, en razón de una infracción penal cometida después de cumplida la edad de 16 años”.

Según el inciso 4º del artículo transcrito, la justicia ordinaria recupera la competencia para juzgar a los menores de 18 años, cuando después de cumplir 16 años, cometan una nueva infracción penal.

En este caso desaparece la condición de inimputabilidad establecida en el artículo 165 del Código del Menor, pues entiende la ley que las medidas de rehabilitación no tuvieron ninguna eficacia, y que se restablece con relación a dichos menores el imperio punitivo del Estado. Esta interpretación es la que más se adecúa al texto de la norma transcrita, y a la realidad psicosocial que envuelve la problemática delictuosa de nuestro país: La ley reconoce en esta norma que el menor pudo haber sido inculcado a cometer delitos, y el Estado tiene como primer deber la obligación de buscar por los medios más adecuados su rehabilitación. Pero si él no responde a esta acción, vuelve a quedar bajo el imperio del derecho penal, dentro de los supuestos procesales y punitivos que ha previsto para los imputables.

Gustavo Gómez Velásquez, Jorge Enrique Valencia Martínez, Jaime Giraldo Angel.

JURISDICCION DE MENORES (SALVAMENTO Y ACLARACION DE VOTO)

Al producirse la modificación de la edad a los 18 años en el Código del Menor, se ha debido, igualmente, rectificar el artículo 201 del mismo estatuto

Compartiendo plenamente la decisión que se toma en la providencia de la Sala, y gran parte de sus motivaciones, disiento de la parte final de las mismas en cuanto se afirma que "...el proceso debe ser remitido al Juez de Menores por intermedio del Juez de primera instancia, para que aquél imponga la medida de rehabilitación que corresponda en sustitución de la pena que les había sido impuesta, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 45 de la Ley 153 de 1887"; porque considero que la orientación que así se imparte desconoce la autonomía y la independencia del Juez de Menores con quien no estamos vinculados por medio de una relación de subordinación jerárquica.

Si se tiene en cuenta que los Jueces de Menores son funcionarios de única instancia y que por tanto no tienen relación funcional ni jerárquica con los Tribunales, ni con la Corte, no puede ésta a menos que se extralimite en el cumplimiento de sus funciones, señalar pautas interpretativas y menos indicarle qué debe hacer, como se está haciendo en la providencia de la cual me aparto en relación con este punto. Lo anterior, porque la jurisdicción del menor lo es, de una manera excepcional y especializada, de allí que los Jueces de Menores tengan requisitos especiales para desempeñar el cargo y en el ejercicio del mismo cuentan "con la colaboración de un equipo interdisciplinario, que orientará al Juez sobre la más conveniente para el menor..." (art. 168). En condiciones tan especiales se inmiscuye la Sala indebidamente al indicarle al Juez de Menores qué debe hacer en este proceso cuando se le ordena su remisión.

No alcanzo a percibir si lo que se transcribe de la providencia en este salvamento de voto, es una orden que la Corte imparte al Juez de Menores o una insinuación, pero sea lo uno o lo otro, no tiene relevancia, puesto que al no ser su superior jerárquico no lo obliga y en esto estaría profundamente respaldado por esta legislación especialísima a que aludíamos con anterioridad al referirnos a la normatividad del menor, porque perfectamente el Juez de Menores con su grupo interdisciplinario podría considerar que no es conveniente colocar una medida sustitutiva a la pena inicialmente impuesta y con ello no estaría incurriendo en un descasto.

Estas las razones que me llevan a salvar el voto de manera respetuosa.

Cuando se derrotó mayoritariamente el proyecto inicialmente propuesto, se determinó que no era del caso entrar a hacer interpretaciones legislativas que no venían al caso en estudio y que era perfectamente inconveniente que se dieran directrices de tal índole al Juez de Menores, teniendo en cuenta su naturaleza especialísima y particularmente su autonomía, independencia y no subordinación jerárquica de la justicia ordinaria.

El sector minoritario de la Sala, consideró sin embargo que estaban en facultad de hacer una exégesis del alcance del artículo 201 del Código de Menores y en tales condiciones, haciendo uso de esa misma facultad, me encuentro en el deber imperativo de dar mi personal concepto interpretativo de dicha norma, para que los estudiosos de la legislación de menores tengan una alternativa diferente, que sea consecuente con el querer del legislador y coherente con la estructura general del Código del Menor.

La singular forma de presentar este escrito, como salvamento y aclaración de voto al mismo tiempo, tiene motivaciones obligantes que escapan a nuestra propia voluntad, porque al apartarme de la decisión mayoritaria en cuanto indica, insinúa u ordena al Juez de Menores qué debe hacer, en franca extralimitación de las funciones que nos corresponden, se torna imperativa la necesidad de manifestar la discrepancia con un salvamento de voto.

Pero al haberse presentado en el proyecto derrotado una singular interpretación del artículo 201, y al determinar la Sala que su inclusión no debía hacerse puesto que era temática extraña al caso decidido, era apenas lógico que ni en la providencia de mayoría, ni en sus anexos apareciese nada relacionado con la temática que la mayoría había desechado; pero el sector minoritario en inexplicable decisión determina hacer en una aclaración de voto lo que la mayoría no quiso que se incluyera en la providencia aprobada y la verdad es que no es propiamente una aclaración de voto, porque su contenido nada tiene que ver con el tema que se decide y analiza en el proveído y por el contrario contiene aspectos nuevos no contenidos en aquél y en tales circunstancias, lo que se denominó como aclaración de voto, es en realidad una adición a la providencia de mayoría que formula precisamente el sector minoritario de la Sala. En las anteriores condiciones nos encontramos que una resolución mayoritaria aparece adicionada por la voluntad de los que fueron derrotados. De esta forma, esto que ahora aparece como una aclaración no puede entenderse como dirigida a dilucidar puntos tratados en la providencia, sino a aclarar la adición de voto que han hecho a la providencia tres muy respetables compañeros de Sala.

Comentando el numeral 4 del artículo 201 donde se dispone que las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán por haber quedado el menor a disposición de la justicia ordinaria en razón de una infracción penal cometida después

de cumplir 16 años; sostiene el grupo minoritario que tal disposición ha de entenderse como la expresión de la voluntad del legislador que hace desaparecer las condiciones de inimputabilidad consagradas en el artículo 165, por considerar la ley que las medidas de rehabilitación no tuvieron ninguna eficacia "y que se restablece con relación a dichos menores el imperio punitivo del Estado".

No puede ser esta interpretación más alejada de la realidad y del querer del legislador, porque la verdad es que la Comisión Redactora del Código del Menor, luego de arduas discusiones, finalmente por mayoría tomó la determinación de que lo más conveniente era conservar la edad penal del menor en 16 años, aunque se discutieron otras dos alternativas, rebajarla a 14 la cual en su momento contó con mayor aceptación y fue objeto de mayor controversia, o subirla a 18. En las condiciones anteriores el Proyecto enviado por Bienestar Familiar al Ejecutivo, como producto del trabajo de la Comisión fue sobre la base general, única, coherente y armoniosa, que para todos los efectos y en todos los casos la edad penal del menor sería 16 años.

Parece ser que el Proyecto sometido a estudio por el Ejecutivo y escuchando recomendaciones de sus asesores y de la Procuraduría General de la Nación, resolvió elevar la edad a 18 años, con la lamentable omisión que ocurre siempre que se hacen correcciones por terceras personas a obras que han sido redactadas dentro de un contexto armónico, que a última hora le meten la mano. Es así como se hicieron las modificaciones en todos los artículos donde el Código hacía mención a la edad de 16 años, pero omitieron corregir el artículo 201, presentándose la deplorable incoherencia que ahora es objeto de una más lamentable interpretación por el grupo minoritario de la Sala. Porque si se piensa en un proyecto consistente, como fue el que salió de Bienestar con destino a la Presidencia de la República fundamentado en la voluntad de conservar la edad penal del menor en 16 años, el artículo 201 que fue redactado en la forma que finalmente fue publicado tenía toda su razón lógica con la voluntad de la comisión redactora; esto es, que las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán cuando éste cometiera una infracción penal después de haber cumplido 16 años y esta determinación del numeral 4 del artículo 201 como decíamos es lógica, puesto que al realizar una transgresión a la ley penal después de tener 16 años, era ya una conducta delictuosa realizada por un imputable y por tanto quedaba bajo la jurisdicción ordinaria y de esta manera se establecía una limitación a la posibilidad consagrada en el numeral 3 en el sentido que ellas se suspendieran, cesaran o se modificaran cuando el menor cumpliera 18 años, esto es que en principio las medidas de rehabilitación para el menor podían seguir aplicándose aún después de haber llegado a la edad de la inimputabilidad 16 años, hasta los 18, momento en que debían de cesar; pero si se trataba de un menor sometido a ellas que cometiese un delito después de haber cumplido los 16 años, estas medidas debían cesar de manera inmediata en ese momento, porque ya la conducta delictiva había sido cometida por un imputable y por tanto no podía la jurisdicción de menores reservarse ese autor para seguir aplicándole medidas destinadas a los inimputables.

Pero es apenas lógico que al introducirse la lamentada reforma de última hora y modificar la edad penal a 18 años sin hacerse la respectiva enmienda a este artículo, se produce la incoherencia que da lugar a tan desafortunadas interpretaciones.

La verdad es que al producirse la modificación de la edad a los 18 años, se ha debido igualmente rectificar el artículo 201 debiendo haber quedado redactados los numerales 3 y 4 de la siguiente manera:

Artículo 201. "Las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesarán, se modificarán o suspenderán:

"1. ...

"2. ...

"3. Por haber llegado el menor a la edad de veintiún (21) años.

"4. Por haber quedado a disposición de la justicia ordinaria, en razón de una infracción penal cometida después de cumplida la edad de dieciocho (18) años.

"En ningún caso la medida de rehabilitación podrá ser superior a tres (3) años".

El límite de 21 años a que se alude, para ser consecuentes con el último inciso que dispone que las medidas impuestas al menor no pueden sobrepasar de 3 años y porque con idéntica técnica legislativa se resolvió el artículo 217.

Y de la anterior manera este artículo hubiera guardado coherencia con toda la estructura legislativa, puesto que en el numeral tercero se prevé la posibilidad de seguir imponiendo medidas de rehabilitación aún para aquellas personas que hubieran superado la mayoría de edad y en el caso del numeral cuarto, se disponía la cesación de ellas al cumplir tal límite etario por el hecho de haber quedado a disposición de la justicia ordinaria por haber cometido delito después de cumplida dicha edad.

La omisión en la modificación de este artículo, es evidente que si se hizo en el 217, porque allí se fue consecuente con que la edad penal sería definitivamente de 18 años, que las medidas de rehabilitación se podrían seguir aplicando aún después de haberse superado la edad de 18 años, pero que en ningún caso podrían prolongarse más allá de los 21, en esto último, perfectamente concordante con el último inciso del 201 que dispone que la medida de rehabilitación no podrá ser superior a tres años. Es así como en la norma comentada se lee: "Si estando vigente la medida el menor cumpliera dieciocho (18) años, ésta continuará en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en que éste cumpla veintiún (21) años".

La veracidad de las precedentes interpretaciones se evidencia de la lectura de las actas de la Comisión redactora donde se discutieron las conveniencias e inconveniencias de rebajar la edad a 14 años o aumentarla a 18.

En el Acta 21 (reunión del 26 de julio de 1989) según la secretaría de la Comisión, luego de haberse puesto en discusión el artículo que

fijaba la edad penal del menor en 16 años "explicó la doctora Marietta que dentro de las recomendaciones llegadas a la Comisión como resultado del Seminario de Anapoima en el que participaron jueces y pedagogos, se solicitó la elevación de la edad penal a los 18 años con el objeto de hacerla consecuente con la mayoría de edad civil. No obstante esta recomendación, la subcomisión decidió, teniendo en cuenta otros criterios, conservar la edad penal en 16 años pero contemplando algunas medidas, para el menor entre 16 y 18 años, específicamente en lo que tiene que ver con el cumplimiento de la pena y aplicación de las medidas".

"El doctor Escobar manifestó que no es partidario de elevar la edad penal, si se tiene en cuenta la realidad del país y la forma como los delincuentes aprovechan a los menores".

"La doctora Yolanda Pulecio manifestó su preocupación porque hay sicarios de 14 años y el doctor Granados conceptuó que podría rebajarse la edad penal a 14 años para determinados casos, como ocurre en la legislación de Puerto Rico, donde el Juez de Menores puede renunciar a su jurisdicción cuando las características del hecho revelan una gravedad extrema".

En referencia a la propuesta anterior "la doctora Marietta de Marín consideró que esta norma es completamente extraña a nuestra legislación, es inconstitucional porque va contra el principio de la legalidad que señala que tanto la competencia como el procedimiento en materia penal, deben estar previamente establecidos; y dio lectura a un concepto que sobre el tema de la edad, emitió el doctor Edgar Saavedra, Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que dice: 'No sé cuáles las razones para modificar la edad penal, rebajándola en dos años. Es claro que hay una incidencia estadística grande en la criminalidad de personas mayores de 14 años y menores de 16, pero creo que no es con la disminución de la edad penal que se soluciona el problema'.

"Son medidas preventivas y de vigilancia del menor quienes deben evitar la criminalidad precoz.

"Me parece un verdadero crimen enviar niños de 14 a 16 años a las cárceles comunes porque lo cierto es que los famosos patios de menores de nuestras cárceles no han funcionado y nuestra juventud encuentra allí un foco de corrupción".

En el Acta 23 (reunión del 9 de agosto de 1989): "El doctor Diógenes Plata argumentó que si se miran las consecuencias del hecho planteado se podría llegar a un acuerdo, estableciendo una presunción legal de inimputabilidad de los menores entre 14 y 16 años, presunción que podrá desvirtuarse demostrando la madurez psicológica del menor, en el momento de cometer el delito, caso en el cual será remitido a la justicia penal ordinaria. Con respecto a los menores de 14 años la presunción será de derecho".

"La doctora Marietta de Marín manifestó que consideraba esta propuesta igualmente inconstitucional porque violaba el principio de legalidad que dispone que nadie podrá ser declarado autor o partícipe

de una infracción que no esté consagrada en la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, *ante juez competente previamente establecido y mediante el procedimiento señalado en la ley*".

En el Acta 24 (10 de agosto de 1989) se hizo una nueva propuesta para reducir la edad penal, en esta ocasión la recomendación se originó en el Senador Luis Escobar Concha y su "fórmula consistiría en declarar inimputables a los menores de 14 años, y respecto de los menores entre 14 y 16, establecer la presunción legal de inimputabilidad salvo en el caso de ciertos delitos de especial gravedad en los que le corresponderá al Juez Penal ordinario el conocimiento de la infracción respectiva".

"El doctor Jaime Torres, en relación con el tema antes mencionado, expresó que existe una incongruencia, cuando se exige la edad de 18 años para el ejercicio de los actos de la vida civil y se pretende consagrar la edad de 14 años para ser imputable, si se considera que este menor tiene suficiente discernimiento para ser responsable de un delito, también debería tenerlo para celebrar un contrato".

En el Acta 25 (16 de agosto de 1989): "Se tornó a la discusión sobre la edad de inimputabilidad del menor infractor y el doctor Diógenes Plata, reiteró su criterio de establecer la presunción legal de inimputabilidad para los menores de 14 a 16 años que sería desvirtuada por la madurez psicológica del menor".

"El doctor Luis Escobar expresó que su posición es que el menor de 14 a 16 años sea inimputable, salvo para determinados delitos como el homicidio agravado, caso en el cual pasaría a la justicia ordinaria".

En el Acta 32 (21, 22 y 23 de septiembre de 1989) se aprobó finalmente por mayoría, la edad penal de los menores en 16 años, fue la única norma de este estatuto que no fue aprobada por unanimidad de la Comisión.

En este texto los miembros de la Comisión "dejaron constancia que la motivación entre otras razones, para haber aprobado la posición mayoritaria de conservar la edad penal en 16 años, se debió a que previamente y por unanimidad se votó la inclusión dentro del proyecto de la creación de establecimientos cerrados para el tratamiento de los menores infractores que reúnen ciertas características y problemática".

Similar constancia a la anterior dejó el doctor Diógenes Plata en el Acta 35 (3 de octubre de 1989) y consideró además la Comisión "que deben quedar en el Acta las razones por la que se juzgó inconveniente elevar la edad de inimputabilidad a 18 años como lo solicitaron algunos jueces y organizaciones. Estas razones fueron, el avance de la delincuencia juvenil, por la presencia de menores de 16 a 18 años en la comisión de crímenes atroces, y la madurez psicológica de los menores de esta edad entre otras".

Luego de tan extensas transcripciones creo que no exista la más mínima duda cual fue el criterio dominante en la Comisión y que para tomar la determinación final de la edad penal en los 16 años se

analizaron y tuvieron en cuenta todos los fenómenos de criminalidad precoz y juvenil y a pesar de hacer tales consideraciones de índole criminológica primó la conservación de la edad en 16 años pero es en el texto del Acta 21 donde se insinúa lo que finalmente pasó cuando el Senador Escobar Concha "manifestó que la información que ha traído a conocimiento del doctor Granados es muy interesante pero que no va a crear consenso de la Comisión ya que hay criterios enfrentados que no van a cambiar; razón por la cual tendrá que acogerse la decisión de la mayoría, dejando en claro los motivos de la oposición. *En esta forma se le detaría al Presidente de la República con su equipo de asesores la posibilidad de que él decida qué es lo que más conviene a la salud del país*" (La subraya es nuestra).

Y eso fue lo que sucedió, que el Presidente de la República investido de las facultades extraordinarias que le había conferido el Congreso de la República y escuchando el concepto de la Procuraduría General de la Nación, decidió elevar la edad penal a 18 años, desechando el criterio mayoritario de la Comisión Redactora; pero lamentablemente se hizo una reforma parcial presentándose la incoherencia del artículo 201, pero sin que a pesar de ello se pueda llegar a afirmar como lo hace el sector minoritario de la Sala, que fue propósito del legislador establecer la edad penal de los menores en 18 años y en 16 para los reincidentes, porque dicha conclusión no se puede extraer del contenido de las Actas, pues la situación fue muy simple, en la comisión la idea predominante fue señalar la edad de 16 años para todos los casos y en la Presidencia de la República se tuvo la misma idea pero sobre la base de 18 años. Cualquiera otra interpretación contraría la voluntad y finalidad del legislador.

De la anterior manera dejo expresada mi respetuosa inconformidad con la decisión de mayoría y hago una modesta aclaración a la adición de la providencia que hace el sector minoritario de la Sala.

Adhiero, en relación con el salvamento mas no con la aclaración.

Edgar Saavedra Rojas.

DEMANDA DE CASACION. MINISTERIO PUBLICO

El artículo 571 del Código de Procedimiento Penal anterior asignaba al Procurador Delegado en lo Penal la facultad legal para ampliar la demanda presentada por el Fiscal del Tribunal Superior

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dos de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 30 de mayo 2 de 1990.

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Aduanas contra la sentencia de seis de septiembre de 1988, mediante la cual esa Corporación confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Superior de Aduanas de esta ciudad, que absolvió al procesado *Camilo Barrios Serrano* de los cargos por el delito de contrabando.

Hechos y actuación procesal:

La tarde del 10 de julio de 1985, agentes del Resguardo Nacional de Aduanas destinados a la vigilancia del aeropuerto "Eldorado" de Bogotá al revisar un avión de la empresa "Lineas Aéreas del Caribe" LAC, que transportaba repuestos para televisores procedentes de Panamá con destino a la Compañía Electrónica Colombiana y venía piloteado por el Capitán Camilo Barrios Serrano, hallaron en su interior cuatro cajas y paquetes contentivos de repuestos para vehículos automotores, mercancías que incautaron por presunción de contrabando, en razón de no aparecer relacionadas en la guía aérea ni en el sobordo y ser de procedencia extranjera.

El Sargento de Aduanas Anarcasis Durán Rico quien dirigió el operativo, manifestó que el Comandante de la nave le había pedido no retener dicha mercancía porque era parte de un encargo con destino a tercera persona, inculpación que luego sostuvo en diligencia de confrontación con el piloto Camilo Barrios Serrano, quien al rendir indagatoria dijo no recordar lo sucedido, explicando que en su condición de tripulante recibe el avión ya cargado junto con un sobre que contiene la relación de la mercancía y su peso, ignorando su verdadero contenido.

Por estos hechos el Juzgado Cuarto Superior de Aduanas de Bogotá llamó a responder en juicio al procesado Camilo Barrios Serrano por el delito de contrabando de primer grado de que trata el artículo 4º, numeral 2º de la Ley 21 de 1977, pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Aduanas.

Rituado el juicio y celebrada la audiencia pública, el Juzgado del conocimiento en sentencia de 22 de mayo de 1988 puso fin a la instancia absolviendo al acusado de los cargos formulados en su contra y declarando de contrabando la mercancía incautada, decisión apelada por la Fiscalía del Juzgado y confirmada por el Tribunal Superior de Aduanas mediante la que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

El Fiscal recurrente acogiendo expresamente a la causal primera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia impugnada por ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial por errores de derecho en la apreciación de las pruebas y solicita su infirmación para que en su lugar se profiera una de condena contra el procesado por el delito por el cual fue llamado a responder en juicio.

Argumenta, que el Tribunal sentenciador "desestimó en su apreciación pruebas fundamentales tales como el informe suscrito por el Sargento 18 Anarcasis Durán Rico, obrante al folio 2 en donde hace una completa relación de lo sucedido con el vuelo tantas veces citado, la mercancía aprehendida y que a todas luces resulta de contrabando frente a la ausencia de documentación que afirme lo contrario y el diálogo obtenido con el comandante de la nave Camilo Barrios, así como su declaración vertida el 9 de octubre de 1985 en la que se ratifica y agrega algunos datos relativos a la identidad física del piloto y sus afirmaciones en diligencia de confrontación el 4 de septiembre de 1986 tomando algunas ligeras imprecisiones como contradicciones protuberantes capaces de reemplazar el acervo probatorio que milita en contra de Barrios Serrano y que demuestran su culpabilidad en los hechos materia del proceso. Así mismo deja de apreciar el prontuario operativo obrante al folio 4 en que la empresa aérea relaciona como tripulación del vuelo 193-79 del 10 de julio de 1985 y que aparece como piloto Camilo Barrios Serrano, como copiloto Jaime Forero e ingeniero José Saija y al folio siguiente la relación de la mercancía que transportaba en forma legal en el mismo vuelo y también le da un valor extensivo a la diligencia de inspección judicial practicada, como ya se ha dicho en nave distinta y sin la presencia del testigo cuando afirma en su fallo que se ha comprobado con la diligencia de inspección practicada por el Juzgado del conocimiento a un avión del mismo tipo y características, que no es posible que las cajas con el volumen de los bienes se hayan transportado en ese sitio por falta de espacio y menos debajo de los asientos como lo afirma el aprehensor Anarcasis Durán Rico. Ya advertimos, que dicho testigo deja constancia dentro de la diligencia de confrontación que los *paquetes y no las cajas* (subrayamos), venían dentro de la cabina en espacios distintos a los que se refiere el honorable Tribunal".

Luego, agrega:

"De otro lado y como también puede observarse, le da valor probatorio al procesado (sic) Camilo Barrios especialmente en lo relativo a la indumentaria y otros aspectos de menor relevancia, sin compadecerse que este procesado desde sus comienzos se ha encastillado en una negativa total y no presta concurso alguno encaminado al esclarecimiento de los hechos..."

Y concluye, afirmando que "las ligeras discrepancias y no contradicciones" entre testigo y procesado, en nada demeritan el acervo probatorio tenido como suficiente para condenar al acusado por darse los presupuestos exigidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Alegaciones de la Procuraduría Delegada y el procesado:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, a quien se le corrió traslado de la demanda en los términos del artículo 571 del anterior Código de Procedimiento Penal, manifiesta que la coadyuva no obstante advertir el desatino en que incurre el demandante al referirse a error de derecho respecto a pruebas no tarifadas como el testimonio, las que son de libre apreciación por parte del juzgador concluyendo que la Delegada "se limita, en uso de la facultad ampliatoria a sustituir el planteamiento de error de derecho por el de error de hecho, proveniente de falso juicio de identidad, al considerar que, por lo demás, la demanda es completa y correcta".

Por su parte, el defensor del procesado se opone a las pretensiones del recurrente por no encontrarse justificada la causal aducida y porque la ampliación o suplemento de la demanda hecha por el Procurador Delegado, en el evento de tenerse como tal, no aparece fundamentada o sustentada en razones de orden fáctico o jurídico..

Expresa, que ningún valor incriminatorio puede asignarsele a la incongruente y contradictoria versión del acusador Anarcasis Durán Rico, frente al acervo probatorio que demuestra la total ajenezidad del procesado en el hecho investigado y que resulta muy curioso advertir "cómo el recurrente invoca un error de derecho, y fundamenta con asertos y consideraciones que indican un 'error de hecho', lo que a todas luces hace su demanda antitécnica".

Consideraciones de la Corte:

Se examinará en primer término, lo relacionado con la facultad legal asignada al Procurador Delegado en lo Penal para ampliar la demanda presentada por el señor Fiscal del Tribunal Superior (art. 571 del anterior C. de P. P.), aspecto que ha perdido vigencia y actualidad frente a la normatividad jurídica del nuevo estatuto procedimental penal que eliminó el traslado ordenado en dicha norma (Decreto 050 de 1987), pero que en el caso sub júdice incide definitivamente en las pretensiones del recurrente toda vez que el Delegado en ejercicio de esa atribución se permitió "sustituir el planteamiento de error de derecho por error de hecho proveniente de falso juicio de identidad".

La Sala, mayoritariamente ha entendido que esa facultad puramente accesoria, solamente permitía al Procurador Delegado ampliar o mejorar las tesis o argumentaciones expuestas en la demanda del Fiscal, respetando el ámbito de la impugnación sin que pudiera corregirla o enmendarla, haciendo una nueva presentación o enfoque de los cargos, diferente a la contenida en el libelo impugnatorio.

Así, en providencia del doce de abril de 1982 con ponencia del Magistrado doctor Pedro Elías Serrano Abadía, dijo sobre el particular:

"Cuando es un Fiscal del Tribunal Superior quien interpone recurso de casación o un agente especial que lo haya desplazado en el proceso como aquí acontece, debe tenerse como parte recurrente para los efectos de presentar la respectiva demanda dentro de los términos que señala la ley según preceptúa el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Esa demanda podrá ser ampliada por el Procurador General de la Nación agrega la parte final de la disposición en cita.

"Ampliar es dilatar, extender, agrandar, aumentar, pero nunca corregir, pues esto último equivale a enmendar, a volver mejor y tiene como ideas afines, entre otras, las de rectificar, depurar, componer, transformar, cambiar, etc."

"También ha dicho la jurisprudencia — agrega — que las actuaciones del Ministerio Público en sus diferentes grados o peldaños constituyen 'un todo inescindible' y resulta cierto lo dicho si en ellas puede hallarse armonía conceptual y no discrepancia o disparidad de criterios, verdaderas ampliaciones en los términos dichos en el párrafo anterior pero no rectificaciones, cambios o transformaciones..."

Y en reciente oportunidad, expresó:

"En lo referente al recurso extraordinario de casación es indudable, conforme a las disposiciones legales que lo regulan, que el Ministerio Público lo representa en forma exclusiva y excluyente, como parte recurrente el Fiscal del Tribunal Superior, o el agente especial que haga sus veces, representación que lo habilita para interponer el recurso ante el respectivo Tribunal y para presentar la demanda ante la Corte (571) siendo en ese sentido la participación del Procurador Delegado en lo Penal ante la Corte de casación accesoria en cuanto sólo le es posible ampliar las tesis consagradas en la demanda de sustentación, elaborada por el Fiscal del Tribunal o abstenerse de conceptualizar sin que le sea posible otra manifestación" (Auto de mayo 27 de 1987, Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome).

En el presente caso, resulta palmar que el Procurador Delegado al pretender ampliar la demanda presentada por el Fiscal del Tribunal Superior de Aduanas, tornó el error de derecho primitivamente aducido, en error de hecho por falso juicio de identidad, confeccionando, de tal manera, una nueva y diferente impugnación, rebasando la facultad legal que le asignaba el artículo 571 del anterior Código de Procedimiento Penal, por lo cual la Corte se abstendrá de considerar dicha enmienda o retoque tratándose no de una ampliación de la demanda, sino de una transformación o cambio radical de la misma,

y en cambio, se ocupará de examinar los reproches formulados por el Fiscal recurrente en el marco de la violación indirecta de la ley.

La sentencia impugnada, esto es, la dictada por el Tribunal Superior de Aduanas se fundamenta en la ausencia de prueba demostrativa de la culpabilidad del procesado, toda vez que las manifestaciones dubitativas y contradictorias del único testigo de cargo, el Sargento de Aduanas Anarcasis Durán Rico no pueden tenerse como veraces o creíbles conforme a las reglas de la sana crítica, ya que a lo largo del proceso no logró dar una versión uniforme de lo acontecido ni supo indicar con precisión el lugar donde fueron halladas las mercancías incautadas de contrabando, pues unas veces dijo, que en la cabina de pilotos y otras, que en la bodega del avión a lo largo del fuselaje, apreciación robustecida según el juzgador de segundo grado, con los resultados de la inspección judicial practicada en un avión del mismo tipo y características al de autos, según las cuales era físicamente imposible que las cajas o paquetes contentivos de los repuestos introducidos de contrabando se guardaran dentro de la cabina del piloto.

A estas consideraciones de orden fáctico, que sirven de soporte al fallo de absolución, opone el censor sus personales puntos de vista respecto a la forma como debió ser valorado el testimonio del Sargento Durán Rico predicando de él que es prueba reiterativa de la responsabilidad del acusado a la que no se le puede negar valor de inculpación, pese a las ligeras imprecisiones de que adolece.

Argumenta, que el error de apreciación probatoria cometido por el Tribunal sentenciador es de derecho y no de hecho y al tratar de precisar los yerros de dicha índole arguye que fueron desestimadas varias pruebas como el informe suscrito por el Sargento de Aduanas con base en el cual se inició la correspondiente investigación y el documento en el cual la empresa relaciona por sus nombres a los integrantes de la tripulación del avión encabezada por el Capitán Camilo Barrios Serrano. De otra parte, afirma que se le dio un valor extensivo a la inspección judicial practicada en nave distinta a la de autos, sin la presencia del testigo de cargo y se "le da valor probatorio al procesado Camilo Barrios (sic) especialmente en lo relativo a la indumentaria y otros aspectos de menor relevancia, sin compadecerse que este procesado desde sus comienzos se ha encastillado en una negativa total..."

Claramente se ve, que la impugnación presentada en estos términos, adolece de protuberantes fallas de técnica que llaman a su rechazo.

En efecto, se pretende aducir como errores de derecho por falsos juicios de convicción, situaciones generadoras de típicos errores de hecho por falsos juicios de existencia tales como, no haber sido apreciadas o tenidas en cuenta pruebas como el informe rendido por el jefe del grupo de aprehensores Sargento Durán Rico y el documento originario de la empresa de aviación que relaciona los nombres de la tripulación que pilotaba el avión que transportaba el alijo, olvidando el recurrente que el informe sobre decomiso de las mercancías no puede tomarse como prueba aislada o independiente del testimonio rendido por el Sargento de Aduanas, sino como parte integral o

episodio del mismo, y el hecho de que los repuestos incautados no figuraran en la guía aérea fue examinado y valorado por el Tribunal de Aduanas al punto que sobre él se fundamentó la declaración de contrabando de la mercancía de procedencia extranjera. Nadie discute el hecho de que el avión era conducido por el sindicado.

El impugnador trata entonces, de sustentar supuestos errores de derecho con argumentos propios del error de hecho y respecto a situaciones fácticas que merecieron la consideración del fallador.

Pero el mayor desafuero, consiste en alegar error de derecho por falso juicio de convicción, tratándose de pruebas, que como el testimonio, no tienen asignado valor probatorio, sino que se encuentran sujetas en su valoración al racional criterio del juzgador, conforme a las reglas de la persuasión racional.

Nutrida doctrina de la Corte, destaca la imposibilidad jurídica de configurar el error de derecho respecto a pruebas no tarifadas, poniendo de manifiesto que la simple disparidad de criterios entre sentenciador y recurrente, en cuanto al valor probatorio que debe dársele a este medio de convicción, no sirve para sustentar ni demostrar el yerro endilgado.

La sentencia absolutoria acusada examina en forma conjunta los distintos elementos de persuasión con que cuenta el proceso, especialmente los testimonios rendidos por el Sargento de Aduanas Anarcasis Durán Rico, el copiloto y el ingeniero de vuelo, lo mismo que los resultados de la inspección judicial a un avión del mismo tipo y características al de autos, confrontándose con las explicaciones vertidas por el sindicado para llegar a conclusiones que no rifen con la lógica o la experiencia, ni resultan extravagantes, las que no alcanzan a ser demeritadas ni mucho menos desvirtuadas con el modesto escrito impugnatorio en el que se hace un desorientado replanteamiento de las bases probatorias de la sentencia recurrida.

El Fiscal omitió expresar el concepto de la violación de la ley, es decir, de qué manera los yerros probatorios denunciados pudieron quebrantar la norma o normas de carácter sustancial relacionadas con el caso debatido, desconociéndose de tal modo el sentido y alcance de la impugnación a más de que, se muestra inseguro en la solicitud de infirmación al pedir que se case la sentencia para que se condene al procesado "asi sea" por el delito de contrabando de primer grado en su modalidad de "tentado".

Las anteriores fallas de técnica en el planteamiento y desarrollo de los cargos formulados a la sentencia absolutoria, hacen de la demanda un escrito sustancialmente inepto a los fines del recurso de casación impidiendo que fructifiquen las pretensiones del demandante.

No prospera la censura en ninguno de los reproches formulados.

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 por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Aduanas, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Salvamento de voto; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Salvamento de voto; Mario Mantilla Nougués, Diácono Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION (SALVAMENTO DE VOTO)
MINISTERIO PUBLICO (SALVAMENTO DE VOTO)

A la Procuraduría Delegada para lo Penal, le asiste capacidad no solamente de ampliar las tesis consagradas en la demanda, sino además las de rectificarlas acudiendo incluso a otra causal

Referencia: Casación 3405. P.C./ Camilo Barríos Serrano. Del./ Contrabando.

Entendiendo la mayoría de la Sala que los Procuradores Delegados no pueden ampliar y muchísimo menos corregir, enmendar o rectificar la demanda de casación presentada por los Fiscales de los Tribunales Superiores, considera que por rebasar aquellos la facultad legal que les asignaba el artículo 571 del anterior Código de Procedimiento Penal, debe la Corte abstenerse de sopesar la impugnación por tratarse no de una ampliación del libelo y sí de una transformación o cambio radical del mismo.

Pese a lo argumentado soy de opinión que a la Procuraduría Delegada para lo Penal le asiste la capacidad no solamente de ampliar las tesis consignadas en la respectiva demanda sino, además, la de rectificar los desatinos, errores o desaguisados que ella presente acudiendo incluso a otra causal sin que esto implique sustitución o suplantación de deberes funcionarios o invasión de atribuciones ajenas. Como en este caso mi perplejidad por lo resuelto es inútil, bástame repetir —para sostener mi voz disidente— la literalidad de una pausada elaboración descargada con todo el rigor de la dialéctica por otros Magistrados que pensaron como yo:

“...1. Es imprescindible considerar la unidad que preside el funcionamiento del Ministerio Público y atender a las consecuencias de esta jerarquización que no tiene, solamente, una connotación burocrática sino que responde a condicionamiento evidente de su eficacia en el ejercicio totalizante de sus varias funciones. Todos los funcionarios del Ministerio Público están llamados a ‘recibir directrices funcionales, operativas y doctrinarias del Procurador General de la Nación que tiene a su cargo la responsabilidad de dirigir, orientar, y si fuere del caso asumir directamente el ejercicio del Ministerio Público ante los funcionarios de la Rama Judicial’ (Ver expediente 1106, demanda contra el artículo 28 de la Ley 25 de 1974)...”

“...2. Esta caracterización la ha reconocido la Corte en varias ocasiones (con excepción de lo relacionado con los Personeros Municipales —art. 28, inciso 2º de la Ley 25 de 1974, expediente 1468, Magistrado ponente Hernando Gómez Otálora— octubre 9 de 1986),

al estudiar y aceptar la constitucionalidad de las normas que autorizan al Procurador, en cualquier momento, para determinar la sustitución de un agente del Ministerio Público por uno especial, designado por él. En expediente número 1106, demanda del artículo 28 de la Ley 25 de 1974, ponencia del Magistrado Ricardo Medina Moyano (marzo 8 de 1984), se dijo: 'Segundo. Es necesario así mismo destacar, como consecuencia de la naturaleza y fines del Ministerio Público, su carácter eminentemente unitario, lo cual no es incompatible con la necesidad de una organización amplia y jerarquizada que le permita ejercer su autoridad en la Nación entera sobre sus agentes fiscales'. Esta unidad se evidencia en los artículos 143 y 144 de la Constitución Nacional y la desarrollan los artículos 101 y 102 del Código de Procedimiento Penal. Además, después de alertarse sobre una indebida comparación de identidad con la Rama Jurisdiccional, ante la cual interviene la Procuraduría en una de sus múltiples y polifacéticas actividades, y que por ello se le reconocen algunas garantías, se puntualizó: Su 'estructura interna, institucionalmente se asemeja más a la organización administrativa, con la existencia de un poder disciplinario y de instrucción sobre el desempeño de sus labores, por parte de los funcionarios que de él dependen y con respecto a los cuales, se desempeña el Procurador General con el carácter de una auténtica jefatura'...

"...3. Estas nociones son fundamentales para interpretar el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal y deducir las soluciones más aconsejables para los interrogantes inicialmente formulados..."

"...¿De qué valdría esa unidad y jerarquización si cada miembro del Ministerio Público se siente vocado a obrar con absoluta autonomía, llegándose a desconocer una explícita indicación de la Procuraduría, en orden, por ejemplo, a que se interponga un recurso, se desista de él y, en caso de ser desoído, a asumir directamente ese rol?..."

"...4. Insistir en esta unidad de estructura, en esta vertical intercomunicación, en esta jerarquización que impone constante contacto, vigilancia, orientación y acatamiento, es enfocar en debida forma la institución y establecer las consecuencias necesarias y adecuadas, dentro de las cuales no es posible -la coetánea disparidad fundamental de criterios y actitudes. Así, pues, no se concilia con la obtención de estos fines, aceptar que los Fiscales interpongan recursos que la Procuraduría desestima por perjudiciales, antitécnicos o nocivos. Esta correspondencia y armonía establece por sí el imprescindible criterio de considerar a la Procuraduría, en su función de organismo superior e interviniente ante la Corte, como quien tiene la capacidad procesal para manifestar si un recurso debe o no mantenerse..."

"...5. También conviene destacar, a este mismo respecto, que no resulta de ninguna lógica reconocer que la Procuraduría puede ordenar y ser atendida so pena de condignas represiones disciplinarias, la orden de introducirse, por un Fiscal, un recurso, pero desconocerle como atributo suyo el que pueda desistir de él; como tampoco que pueda llegar a sustituir, así sea inopinadamente a un Fiscal, pero, en cambio, no tenga repercusión alguna el desistimiento del recurso por aquél interpuesto. O sea, que pudiéndose lograr el mismo efecto

(desistimiento) por vías más expeditas y directas se impone el expediente de la sustitución comentada o del mandato de no cursar la correspondiente demanda. Aquí sí se hace necesario recordar y aplicar la máxima de que quien quiere y puede lo más, puede y quiere lo menos...

“...6. Pero agréguese una adicional y secundaria explicación: Tal como estaba regulado el instituto de la interposición del recurso de casación, por parte del Ministerio Público, inicialmente fue dable entender que se reservaba al directo impugnador el total control y disposición del recurso. En efecto, el Código de Procedimiento Penal se desentendió de la Procuraduría en cuanto a que ésta fuera la llamada a presentar la demanda pues éste era compromiso de quien lo había interpuesto. Posteriormente, y esto denota ya un cambio de sistema que fue acentuándose hasta desembocar en la posibilidad de sustituir a los Fiscales (Ley 24 de 1974, orgánica de la Procuraduría General de la Nación), se mantuvo la interposición del recurso por parte del respectivo agente del Ministerio Público y la presentación de la demanda a cargo de la Procuraduría, quien de omitirla daba al traste con el recurso. Desde entonces ya fue posible doctrinariamente aceptar que si podía eliminar el recurso de esta manera, también podía, más directamente, expresar su voluntad de desistir. Luego, por razones que más adelante se comentarán pero que nada tienen que ver con una prohibición para la Procuraduría de intentar el desistimiento, exigió el impugnante la obligación de sustentar el recurso, pero concediendo a la Procuraduría la posibilidad de ampliar la demanda, entendiéndose esta facultad en el sentido restringido que se dejó indicado con la transcripción de la correspondiente decisión de la Corte, aunque en doctrina no del todo pacífica...”

“...7. De esto, máximo mediando la Ley 25 de 1974, artículo 28, reformativo del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, no puede deducirse, en forma simplista y con abandono del contexto y la finalidad de todo el ordenamiento que estructura la Procuraduría, que si la ley sólo ha previsto una restringida facultad de coadyuvancia (ampliar la demanda —art. 571 *ibidem*—), es porque se quiere vedar su posible reemplazo en este cometido y menos auspiciarle el que desista de la impugnación. Este modo de pensar que, se repite, contraviene aspectos más sustanciales (unidad, jerarquía, sustituibilidad, etc.), no refuta, tampoco, la prosperidad de no pocos recursos a expensas no tanto del contenido de la demanda como sí de su ampliación o la identidad que, según el ya copiado pronunciamiento de la Corte, caracteriza a una y otra actividad, o sea, la del Fiscal y la de la Procuraduría...”

“...8. La última enmienda (que fue posterior a la Ley 25 de 1974 y que viene a mudar los esquemas de interpretación), no quiso desalojar la intervención de la Procuraduría, ni ofrece por sí, argumento suasorio para inhibir una interpretación que como la que hoy sustentamos, afincada ésta no tanto en el aislado texto del artículo 571 como sí a todo el ordenamiento jurídico que debe entrar en juego cuando se trata de un estudio completo del Ministerio Público. La ley ha querido, en síntesis, facilitar la impugnación pues cuando permitió esta intervención del Fiscal reconoció en él mayores aunque no exclu-

yentes facilidades de enteramiento en cuanto a los pronunciamientos de los Tribunales, y, además se propuso con la obligación de cursar la correspondiente demanda, comprometer un inicial juicio de seriedad, un primer esfuerzo de análisis, porque por averiguado se tiene que cuando no se exigen sustentaciones los recursos tienden a proliferar. Pero de allí no se debe concluir que la Procuraduría está inhabilitada, en caso de omisión voluntaria o involuntaria del Fiscal, para sustituirle en la presentación de la demanda o para desistir del recurso interpuesto y sustentado por aquél...

"...9. En consecuencia debe concluirse que los Fiscales por sí o por orden de la Procuraduría, quien asumirá las correspondientes responsabilidades, pueden interponer el recurso de casación; también puede hacerse directamente por la Procuraduría, quien queda habilitada para cursar la correspondiente demanda, en defecto de aquellos o para desistir del recurso interpuesto por los mismos y hacer prevalecer su voluntad en este campo, cuando se advierta contrariedad entre la actitud y propósito de unos y otra. Esta la opinión que tenemos sobre esta cuestión, bien diferente por cierto de la estimación de la mayoría. De ahí entonces, la razón de ser de este disentimiento..."

"...Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel..." (Cfr., auto de mayo 27 de 1987, Magistrado ponente doctor Mantilla Jácome; *Gaceta Judicial* número 2428, volumen I, págs. 496 y ss.).

Además, resulta notorio y dañino contrasentido advertir cómo el legislador quiere y propicia la intervención calificada del Procurador Delegado en lo Penal, en favor o en contra del procesado, y al mismo tiempo la impide porque la doctrina de la mayoría de la Sala supedita esta intervención al acierto del Fiscal del Tribunal que interpuso el recurso y elaboró la demanda que, por regla general, tiene una menor versación en tan especializado tema o ha enfocado la cuestión de manera diversa. Es inadmisibles esta atadura que da al traste con cualquier intento de corrección, resultando, en definitiva, que el inferior, con menos experiencia y capacitación, sea el dueño de la acción y excluya todo posible esfuerzo por la Delegada. De haberse querido esto, el estatuto procedimental habría exceptuado la participación de la Delegada.

De otro lado, aún dentro del criterio de la Mayoría, se presenta como exageración conceptual criticable el que se impida al Procurador Delegado en lo Penal, moverse dentro de una misma causal, como ha sido el caso de autos, en donde la distinta apreciación se concreta en que uno entendió como error de derecho lo que el otro advirtió como error de hecho. Se está exigiendo, pues, una absoluta y casi imposible identidad de criterio, para lo cual resulta innecesaria y superflua la actuación de la Delegada.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Adhiero,

Gustavo Gómez Velásquez.

PENA. LIBERTAD CONDICIONAL.

La personalidad debe ser evaluada por el juzgador no sólo al momento de dictar sentencia para la tasación de la pena, sino que, constituye factor preponderante para la prosperidad del beneficio de la libertad condicional

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dos de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Jaenques.*

Aprobado: Acta número 030.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por el procesado *Timothy Allen Crawford Sovereign of Tanstaaf* contra la providencia de 9 de marzo último por medio de la cual se le negó el beneficio de libertad provisional.

Al recurso se le dio el trámite previsto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte:

En la providencia recurrida la Sala puntualizó:

“En autos se halla plenamente establecido que el procesado ha descontado en detención efectiva cincuenta y siete (57) meses; por aplicación de la Ley 48 de 1987, se le otorgó una rebaja de dieciocho (18) meses, equivalente a la sexta parte de la pena de nueve (9) años que le fue impuesta en las instancias y por estudio y trabajo acredita rebajas por un (1) mes y veintisiete (27) días y un (1) mes y ocho (8) días, respectivamente, para un acumulado de *setenta y ocho (78) meses y cinco (5) días*, superiores a las dos terceras partes de la pena privativa de la libertad”.

“También se halla acreditada en autos su conducta excelente durante el tiempo en reclusión y de acuerdo con las certificaciones comentadas por la Delegada, su esmero por readaptarse socialmente”.

“Sin embargo, extraña la Sala que tan intensa actividad de trabajo y estudio, las directivas del establecimiento carcelario certifiquen tan sólo en mínima parte sus actividades, pues, como se consignó anteriormente, solamente tiene derecho a una rebaja de tres (3) meses y

cinco (5) días, por este concepto. Las labores que un detenido desarrolle dentro del establecimiento carcelario, tienen una doble función. En primer término el reconocimiento del derecho a descontar un (1) día por cada tres de trabajo (8 horas diarias) o estudio (6 horas diarias) y como factor preponderante para la correspondiente evaluación de su readaptación, en segundo término. Este es el que ha efectuado acertadamente el Ministerio Público que, no puede ser reconocido por la Sala como factor de descuento de pena ya que los conceptos o certificaciones de los funcionarios de la cárcel que diariamente observan sus progresos, no reúnen los requisitos establecidos por la Ley 32 de 1971 y su Decreto reglamentario 2119 de 1977"

"Encuentra la Sala que uno de los requisitos que exige el artículo 72 del Código Penal para la procedibilidad de la excarcelación demandada, es la personalidad del agente y, además, sus antecedentes de todo orden. El peticionario se halla actualmente solicitado en extradición por el Gobierno de su país y ello es indicativo de la posible comisión de otro hecho punible, antes de su ingreso al territorio colombiano. Y no es que la Sala en providencias anteriores esté imputándole conductas distintas de las aquí juzgadas; simplemente ha considerado su ingreso al país en las condiciones dadas, como un elemento más para calificar su personalidad. Por ello, continúan vigentes los criterios expuestos en providencias anteriores, esto es, que el peticionario no tiene derecho a la excarcelación provisional".

En primer término el recurrente se refiere a que la Sala no puede negarle el beneficio haciendo una nueva evaluación de su personalidad, ya que en ocasión pasada solicitó su libertad apoyándose en el principio de favorabilidad de la ley, es decir, que una vez derogado el Decreto 1060 de 1984 por la Ley 30 de 1986, se le negó con el argumento de que la Corte sólo podía modificar el fallo de instancia en el evento de la prosperidad del recurso extraordinario de casación y ahora, desconoce esos mismos fallos al hacer consideraciones sobre su personalidad cuando ésta fue evaluada por los juzgadores al momento de tasar la sanción impuesta.

Resultan totalmente equivocadas las apreciaciones del procesado, pues la ley (art. 61 del C. P.) enseña cómo se debe tasar una pena y la personalidad en efecto incide para su determinación, pero también lo es que el artículo 72 ibídem, para el otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional, vuelve y exige esa evaluación, sin que por ello pueda hablarse de una doble sanción o doble motivo que el caso concreto pueda serle desfavorable al peticionario.

Para la viabilidad de la excarcelación con fundamento en la norma citada, deben estar presentes todos los requisitos objetivos y subjetivos al punto de que el Juez pueda llegar a la inequívoca convicción de la readaptación social de procesado y que no volverá a delinquir. Cuando el juez, luego de analizar estos factores llega a conclusiones opuestas, el subrogado será improcedente.

Debe decirse igualmente al recurrente que la personalidad es uno de los tantos elementos que debe evaluar el juzgador no solamente al momento de dictar sentencia para la correspondiente tasación de pena, sino que, constituye factor preponderante para la prosperidad

del beneficio que reclama. Para la Corte, los motivos expuestos en sus decisiones anteriores y que no es del caso repetir, resultan suficientes para considerar su necesario tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la pena impuesta en las instancias, es decir, que no es merecedor al beneficio de excarcelación provisional.

2. Dice el procesado que la falta de información procesal sobre antecedentes de los extranjeros aquí vinculados, no puede constituir un elemento de juicio adverso para la negativa de la libertad, pues corresponde a los jueces averiguar, por los medios legales, tal circunstancia. El no hacerlo, como ocurrió en este caso, constituye según su criterio conducta punible por omisión (prevaricato) que debe la Sala ordenar su investigación.

En el caso concreto del señor Timothy Allen Crawford, si bien es cierto no se indagó sobre sus antecedentes penales y policivos en su país, no por ello debe ordenarse investigación penal contra el instructor. Esa indagación se hace con el fin de establecer la conducta anterior del procesado y así resolver su situación jurídica. En caso de resolución de acusación (antes auto de proceder), para establecer la existencia de otros procesos y su estado y si es del caso ordenar su acumulación y, finalmente, en el evento de sentencia condenatoria, para determinar la pena que le corresponde por su conducta, con observancia de las normas citadas por el recurrente y para la ejecución de penas si ya existen otros fallos de igual naturaleza, debidamente ejecutoriados.

3. La Sala en ningún momento ha desconocido el contenido de los documentos aportados por el procesado relativos a las actividades desarrolladas por él dentro del establecimiento carcelario y que apuntan también al comportamiento durante el tiempo en reclusión que ha sido calificado como ejemplar. Lo que no puede la Sala es contabilizarlos como parte de la pena, ya que en ellos no se cuantifica el número de horas para verificar los cálculos respectivos. De otra parte, solamente las actividades debidamente programadas como válidas para redención de pena y debidamente aprobadas por la Dirección General de Prisiones, son las que pueden ser consideradas por los Jueces de la República para los fines previstos en la Ley 32 de 1971 y su Decreto reglamentario 2119 de 1977.

Si el procesado considera que en el establecimiento carcelario no le han contabilizado las horas por él laboradas o estudiadas durante los años de 1985, 1986, 1987 y parcialmente durante los años de 1988 y 1989, debe dirigirse a la Dirección de la Cárcel o a la Dirección General de Prisiones para que los funcionarios encargados del control, procedan a expedir los certificados que correspondan y remitirlos a la autoridad que conozca del proceso para obtener las rebajas respectivas. Mientras ello no ocurra, no podrá contabilizarse ninguna actividad, por expreso mandato de la ley antes citada.

4. Dice el procesado recurrente que la petición de extradición que cursa en su contra en esta Corporación no puede ser motivo para la negativa de la libertad provisional. En primer término por no ser él la persona requerida y porque el reclamado sólo tiene un solo apellido

y que tanto los Jueces de Colombia y aún la Corte, han reconocido en sus pronunciamientos que él cuenta con dos apellidos.

No puede la Sala en un incidente como el que se está resolviendo, afirmar o negar si el peticionario es o no la misma persona reclamada en extradición. Tal pronunciamiento corresponde en el proceso respectivo, luego de agotada su tramitación, para luego pronunciarse sobre la viabilidad o no de la petición de los Estados Unidos de Norte América.

Tampoco es cierto que Timothy Allen Crawford se halle detenido por cuenta del Ministerio de Justicia para fines de extradición desde el 30 de diciembre de 1988. Desde el momento de su captura ha permanecido recluso por cuenta de este proceso y solamente en la fecha citada, el capturado se halla a disposición de las autoridades que conocen del proceso de extradición para los fines de notificación y trámite del mismo. Si el recurrente se encontrara por cuenta y a disposición del Ministerio de Justicia desde el 30 de diciembre de 1988 para los fines de extradición, en este proceso no podría contabilizarse el tiempo de reclusión desde esa fecha ni las rebajas de pena por trabajo o estudio, es decir, no cumpliría con el requisito cuantitativo de la pena que exige el artículo 72 del Código Penal para la procedibilidad del subrogado penal allí previsto, razón más para afirmar que Timothy Allen Crawford debe continuar detenido. Pero ocurre que dictado un fallo condenatorio, el tiempo en reclusión debe ser contabilizado en su totalidad para el abono de la pena impuesta y es ello lo que la Corte ha realizado en los muchos pronunciamientos referentes a las reiteradas peticiones de libertad que ha elevado el procesado.

Finalmente, las medidas adoptadas por las autoridades penitenciarias respecto de las personas requeridas en extradición, en nada modifican la detención efectiva del procesado respecto de este proceso, pues ellas están previstas para todas aquellas personas que tienen pendiente la resolución administrativa correspondiente, sin consideración a estar también procesadas en Colombia. El hecho de que Timothy Allen Crawford tenga esa doble condición, procesado en Colombia y solicitado en extradición, no implica que no se puedan tomar respecto de él más medidas necesarias de protección y seguridad, así como tampoco que su detención pueda ser tenida en cuenta dentro de esta causa como parte de la pena impuesta. Ello le sería desfavorable y, consecuentemente inaplicable.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *no repone* su providencia de fecha 9 de marzo del presente año, por medio de la cual se le negó al procesado Timothy Allen Crawford el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Cómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLEACION DIRECTA. VIOLEACION INDIRECTA

La causal de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, ofrece dos modalidades antagónicas entre sí

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dos de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 30 de mayo 2 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior de Orden Público, mediante sentencia del 16 de mayo de 1989, condenó a *Herminso Rodríguez Carvajal, Ricardo Pachón Zamudio, José Ebertulio Ríos y José Mario Caicedo Latorre*, a penas privativas de la libertad y a las accesorias de rigor, como responsables de los delitos de porte ilegal de armas de uso personal y de insignias de las Fuerzas Armadas.

Contra esta decisión, interpuso oportunamente el abogado defensor el recurso extraordinario de casación.

Episodio procesal:

Ante repetidos actos de piratería terrestre, en la carretera que conduce de Caqueza a Bogotá, las autoridades de policía prepararon un dispositivo especial de prevención y fue así como el 11 de octubre de 1988, fue detenido el vehículo Mazda 323, color rojo, modelo 1988, conducido por los señores Herminso Rodríguez, Ricardo Pachón, José Mario Caicedo y José Ebertulio Ríos en cuyo interior se encontraron una pistola marca Smith & Wesson, calibre 9 m.m. una pistola Star calibre 9 m.m., un revólver marca Ruger calibre 38 largo y un brazalete con las letras F-2, elementos que eran portados sin los respectivos salvoconductos.

Por estos hechos, fueron juzgados y condenados los procesados, imponiéndose en la sentencia recurrida cinco años de prisión a Herminso Rodríguez Carvajal y cuatro años de prisión a los demás acusados como responsables de los delitos de utilización de insignias de las Fuerzas Armadas (art. 19 del Decreto 180 de 1988) y porte de armas de fuego de defensa personal (art. 1º del Decreto 3664 de 1986).

Demanda de casación:

El recurrente, acude a todas las causales de casación para formular diversos cargos a la sentencia.

Respecto a la causal primera, sostiene que el fallo impugnado quebranta de modo directo los artículos 3.º y 5.º del Código Penal afirmando que el Tribunal no realizó en la sentencia los correspondientes juicios axiológicos sobre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en relación con la conducta ilícita imputada a los acusados y que en consecuencia hubo exclusión evidente de las normas sustantivas citadas.

Un segundo cargo con apoyo en la causal primera aparece en la censura, por violación directa, aplicación indebida del artículo 5.º del Código Penal porque el juzgador desconoció la primera parte de la norma para aplicar únicamente la segunda.

Al amparo de la causal segunda de casación, sustenta la censura expresando que a los acusados se les condenó por porte de insignias o distintivos cuando no era sino uno y que en el auto de detención se formuló como cargo el porte de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas y la sentencia se profirió por porte de armas de uso personal.

Respecto a la causal tercera de casación, dice el recurrente que la sentencia se apoyó en prueba trasladada no aportada legalmente al proceso y que se incurrió en serias irregularidades al recepcionar las versiones de los acusados, que quebrantan lo dispuesto en los artículos 1.º, 6.º y 10 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público:

En jurídico y muy meritorio estudio, el señor Procurador Delegado en lo Penal, solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida, por los protuberantes y manifiestos errores en la formulación de los cargos que la hacen inepta para incoar la impugnación del fallo.

Expresa la Delegada, que el recurrente acude a las diversas causales de casación para atacar la sentencia, pero que al sustentirlas entra en manifiestas incompatibilidades que hace que los cargos se excluyan entre sí, quebrantando con ello lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Así por ejemplo, dice el Procurador, alega la nulidad del proceso por haberse proferido sentencia sobre pruebas ilegalmente aportadas al proceso, pero en el curso del libelo acepta la validez del mismo y de la prueba, para sustentar el ataque por violación directa de la ley. Acepta de igual modo, la validez de la actuación al alegar el desacuerdo entre la resolución de acusación y la sentencia.

Sostiene el Ministerio Público, que en la fundamentación de los cargos formulados con apoyo en la causal primera, entra el casacionista en contradicción insalvable que impide la apreciación de fondo a las pretensiones de la demanda.

Concluye la Delegada, expresando que "...en este caso sin exageración alguna, la demanda es tan insuficiente en sí misma, que hasta difícil sería calificarla de alegato de instancia, pues éste cuando menos exige elemental lógica y coherencia, de lo cual está ausente el libelo..."

Consideraciones de la Corte:

La causal de casación consagrada en el numeral 1.º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal ofrece dos modalidades antagónicas entre sí con régimen legal específico y excluyente para cada una de ellas.

El primer cuerpo o motivo de la violación de la ley sustancial —violación directa—, se presenta como consecuencia inmediata de la aplicación de las normas legales, sin referencia alguna al problema probatorio. El examen debe limitarse a la correcta aplicación del derecho, es decir, del adecuado encuadramiento de los hechos en la norma legal. El control es puramente jurídico y este quebranto se presenta, cuando el Juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de una norma jurídica en vigor, o sea que, deja de aplicar la norma al supuesto que tal ley regulaba. Es la llamada exclusión evidente. También surte la violación, cuando el Tribunal aplica la norma a hechos que no están subsumidos en ella, porque ubica el aspecto fáctico objeto de juzgamiento una norma distinta a la que corresponde. Es la llamada aplicación indebida por error en la selección de la norma. Y se viola también de manera directa la ley, cuando se aplica la ley sustancial al caso que corresponde, pero con un alcance y sentido que no tiene, por error en la interpretación del precepto.

En todas estas hipótesis de violación directa, la realidad fáctica contenida en el proceso no permite controversia alguna, pues el recurrente que alegue esta infracción en casación, acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo, para criticar únicamente sus consecuencias jurídicas, el error de existencia, de selección o de hermenéutica en que haya podido incurrir el fallador en la sentencia.

En cambio, el segundo cuerpo o motivo de la causal primera, contempla una violación indirecta y mediata de la ley sustancial, como consecuencia de errores manifiestos y ostensibles del juzgador en la apreciación o valoración de las pruebas. A diferencia de lo que ocurre con la violación directa, aquí el demandante no sólo puede, sino que está en el deber de objetar el causal probatorio para demostrar los errores de hecho o de derecho del Tribunal que determinaron una sentencia contraria a derecho.

Pues bien: En el caso objeto de juzgamiento, el censor incurre —como lo anota la Procuraduría Delegada—, al plantear la causal primera en insalvables errores que hacen inepta la demanda.

Sostiene el recurrente, que en la sentencia se quebrantó de manera directa la ley sustancial, por falta de aplicación o exclusión evidente de los artículos 3.º, 4.º y 5.º del Código Penal y por aplicación indebida del mismo artículo 5.º pero fundamenta la censura, diciendo que el Tribunal llegó a conclusiones equivocadas por desconocimiento de la

prueba existente en el proceso y expresando además, que "... dio como probados los supuestos hechos ilícitos sin que ello hubiera ocurrido como se observó..."

Entró pues el recurrente al plantear la violación directa, a criticar la prueba y a desconocer los hechos que el juzgador dio como probados aspecto de facto que no podía cuestionarse, ya que la impugnación sólo debía recaer sobre un error in judicando en relación con la norma sustancial presuntamente violada.

Por otra parte, como bien lo anota la Delegada, incurrió en flagrante contradicción al censurar la demanda por dos sentidos diferentes de la violación directa de la ley, e incompatibles entre sí. Propone el impugnante la violación directa por falta de aplicación del artículo 5º, para alegar a continuación que la norma que estima conculcada sí se aplicó, pero que se aplicó indebidamente. Es decir, está afirmando al mismo tiempo que el precepto (art. del C. P.) no se tuvo en cuenta por el juzgador, y luego, que sí se aplicó pero que dicha norma no es la que corresponde al caso juzgado. Este modo equivocado y manifiestamente contradictorio de razonar, desquicia por entero la censura.

No prospera el cargo.

Causal segunda: Inanes y carentes de toda seriedad son los cargos formulados por el recurrente al amparo de la causal segunda de casación. Su sola enunciación, es suficiente para demostrar su improcedencia.

Sostiene el censor, que hay desacuerdo entre el auto de detención y la sentencia, porque el primero se dictó por porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, mientras que en la segunda, se condenó por porte de armas de uso particular. El cargo así formulado, pone en evidencia la falta del presupuesto de la *legitimitatio ad causam* o interés jurídico en el recurrente, pues está pretendiendo que se revoque la sentencia que contempla una situación favorable o benévola, para que se sustituya por otra que haga más gravosa la situación del procesado con inculcable perjuicio para sus intereses.

También, alega el recurrente, que se condenó en la sentencia recurrida por porte de insignias o distintivos de las Fuerzas Armadas, cuando se trataba de una sola insignia. Esta censura no corresponde a la fundamentación propia de la causal segunda, donde para su prosperidad debe demostrarse la falta de armonía, correspondencia o unidad lógica de pensamiento entre los cargos formulados en la resolución de acusación y lo resuelto en la sentencia. Y a esta finalidad en nada contribuye el cargo formulado que en consecuencia no puede prosperar.

Causal tercera: No obstante que el recurrente da validez a la prueba para encaminar la censura por los cauces de la violación directa y que admite la legalidad del proceso cuando reclama a la Corte el pronunciamiento de una sentencia de sustitución favorable a los intereses de sus defendidos, al formular el tercer cargo desconoce la validez de la prueba trasladada para sostener que se quebrantó el debido proceso y sostiene además que se lesionó el derecho de defensa,

cuando no se les hizo saber a los procesados al momento de la captura, cuáles eran sus derechos de acuerdo al artículo 403 del Código de Procedimiento Penal, ni se les advirtió que no estaban obligados a declarar contra sí mismos.

Encuentra la Corte, que los posibles vicios formales que enuncia el recurrente, no tienen la virtualidad suficiente como para generar la nulidad de lo actuado, pues no se observa un quebrantamiento de la ritualidad propia del juicio, ni un desconocimiento del derecho de defensa, sino que lo alegado obedece a concepciones personales del recurrente sobre supuesta inexistencia de algunas pruebas, circunstancia que en ningún caso puede desvirtuar la fuerza de convicción de los elementos de prueba (declaraciones, informes de las autoridades, etc.) demostrativos de que los procesados ejecutaron la conducta punible y que fueron capturados en flagrancia en las condiciones puntualizadas en la sentencia.

No prospera el cargo.

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

No casa la sentencia recurrida por el sentenciado José Mario Caicedo Latorre, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiase, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael A. Cortés Garnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

Si el comportamiento investigado es el de hurto, el lugar de su realización no puede ser sino aquél donde se produjo el apoderamiento del bien

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandía.*

Aprobado: Acta número 28 de abril 24 de 1990.

Vistos:

Decide la Corte la colisión de competencia suscitada entre los Juzgados de Instrucción Criminal, Dieciséis de Viterbo —Caldas— y Quinto de la Virginia —Risaralda— por el conocimiento de este asunto, hasta ahora adelantado en averiguación de responsables y en el cual figura como denunciante *José Nicolás García Tobón.*

Antecedentes:

1. En la noche del sábado veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, dos sujetos solicitaron los servicios del taxi que conducía José Nicolás García Tobón, en el terminal de transporte de la ciudad de Pereira para que los condujera al Municipio de la Virginia. Saliendo de la ciudad, el conductor fue encañonado, ordenándosele tomara la vía que conduce a Medellín. Dos kilómetros después del sitio conocido como "Acapulco", en las cercanías del Municipio de Viterbo —Caldas— se le despojó de la conducción del vehículo y una vez se le amordazó fue abandonado. Al desatarse, se dirigió a "Acapulco", obteniendo el concurso de la policía de Viterbo, quienes enterados del hecho iniciaron inmediatamente las averiguaciones de rigor.

2. Con base en la denuncia y algunas diligencias de policía el Juez Dieciséis de Instrucción Criminal de Viterbo —Caldas— dio curso a la respectiva indagación preliminar, en razón a la no identidad de los autores del hecho.

3. El mismo funcionario, ordenó el envío de las diligencias al Juez Quinto de Instrucción de la Virginia —Risaralda—. Arguye para ello, que el hecho, según la versión del denunciante, empezó a ejecutarse en el sitio del "puente" en jurisdicción de la Virginia, donde fue

encañonado por los ocupantes del taxi que él conducía. En esta misma decisión, propone el conflicto de competencia negativa.

4. Por su parte, el Juez Quinto de Instrucción Criminal de la Virginia, no acepta los planteamientos de su homólogo de Viterbo. Pone de presente que si el hurto se consuma con el despojo de la cosa, de acuerdo con la versión del denunciante, ello ocurrió después de haber pasado el sitio conocido como "Acapulco" en la jurisdicción de Viterbo.

Consideraciones de la Corte:

De acuerdo con la regulación normativa prevista para la competencia por el factor territorial, el conocimiento corresponde al Juez del lugar donde se realizó el hecho punible. Esta formulación, no obstante su aparente claridad, traslada al campo de los fenómenos procesales discusiones propias de la teoría del delito en relación con la realidad fenoménica de la conducta como elemento fundamental del hecho punible y la formulación que de ella, abstractamente, hace la ley.

En este asunto, esa es la situación. Entiende el señor Juez de Instrucción Criminal de Viterbo que el hecho investigado tuvo realización en el lugar donde los pasajeros del taxi conducido por José Nicolás García Tobón lo intimidaron mediante el empleo de un revólver. Ese lugar, según la versión del denunciante, fue el puente de la Virginia. Básase este planteamiento, en que allí empezó a ejecutarse el hecho, consistente en el apoderamiento del automotor.

Varias consideraciones deben hacerse al argumento anterior, para fundar en ellas la adscripción del conocimiento de este asunto al funcionario que lo formula. El hecho aquí investigado constituye delito de hurto agotado y no en grado de tentativa. Conjuntamente con ello, la determinación del lugar de su ocurrencia debe tomar en cuenta el momento de culminación del decurso mismo de la conducta. Así se desprende de los términos del artículo 74 del Código de Procedimiento, los cuales hacen mención al delito consumado. Desde luego, esto no se opone a que en los eventos de tentativa, se tenga como lugar de realización del hecho que la conforma, aquel donde se produce la interrupción del curso causal. Esta situación, se reitera, no es la discutida en el caso en estudio.

El momento mismo de la consumación del hecho, no es aspecto a establecer de manera libre o intuitiva. Impónese examinar la configuración del tipo, pues, como se sabe, entre sus funciones está la de delimitar el campo de lo punible, de suerte tal que relevante no sea, a los fines penales, sino aquello circunscrito por él.

De acuerdo con esto, si el comportamiento investigado es el de hurto, tiénese que el lugar de su realización no puede ser sino aquel donde se produjo el apoderamiento del bien, hipótesis conductual recogida en el respectivo tipo. En este sentido, encuentra la Corte consecuentes los razonamientos del señor Juez de Instrucción de la Virginia para no aceptar el conocimiento del caso. Es que, como allí se anota, de acuerdo con la denuncia, el acto de apoderamiento del automotor, se produjo en jurisdicción de Viterbo. Entendiendo que

allí fue donde se despojó al denunciante del control y custodia del bien, no obstante desde sitio anterior viviese bajo amenaza de parte de los autores del delito. Esto, por cuanto la amenaza, aunque relevante penalmente, no es elemento estructural, de acuerdo al modelo típico, del delito de hurto. Ella, constituirá circunstancia específica de mayor punibilidad. Por lo mismo, no determinante para el establecimiento de la competencia por factor territorial, como lo cree el funcionario que suscita el conflicto.

En este orden de ideas, conclúyese que el lugar de realización del delito aquí investigado lo fue el Municipio de Viterbo. Consecuentes con esto, corresponde su conocimiento al Juez de Instrucción de esa localidad.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime* la colisión de competencia suscitada entre los Jueces de Instrucción Criminal, Dieciséis de Viterbo —Caldas— y Quinto de la Virginia —Risaralda—, en el sentido de adscribir el conocimiento de este asunto al primero de los nombrados. Envíese copia de esta decisión al Juez de la Virginia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Aunque la nueva regulación a las causales de casación, no añade de manera expresa al sentido de la violación a la ley sustancial, ello no exonera de tener que precisarla en la demanda

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. Bogotá, D. E., cuatro de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 29 de abril 25 de 1990.

Vistos:

El Juzgado 31 Penal del Circuito de Bogotá, condenó a *José Querubín Moncada* a la pena principal de 22 meses de prisión y multa de \$ 50.000.00, como responsable del delito de estafa y lo absolvió por el de falsedad en documento privado; apelada esta decisión de primer grado por el defensor del procesado en cuanto a lo desfavorable, el Tribunal Superior de esta ciudad, revocó la condena absolviendo por la estafa y confirmó la absolución por la falsedad.

Inconforme el apoderado de la Parte Civil con esta determinación, ha interpuesto en su contra recurso extraordinario de casación, el cual procede la Corte a decidir.

Hechos:

El Contador Público, Dorlandi de Jesús Giraldo Arrendondo, atraído por un aviso publicado el 1º de septiembre de 1985 en el diario *El Tiempo*, en el cual se ofrecía el pago del 7% de interés mensual sobre el dinero que se le depositara, concurrió al anuncio comunicándose con José Querubín Díaz Moncada, quien para garantizar su solvencia económica le suministró una hoja mimeografiada con todos sus datos personales, la relación de sus propiedades inmuebles y acciones en sociedades mercantiles, referencias de establecimientos de comercio y hasta le dio una tarjeta personal anunciándose como profesional del derecho que atendía asuntos civiles y penales, prestaba asesoría tributaria, compraba y vendía automotores y prestaba dinero a interés; además le mostró consignaciones diarias en cuantía superior a \$ 1.000.000.00 dentro del movimiento de sus negocios y le enseñó un considerable número de solicitudes que tenía a estudio para aprobación de préstamos a terceros.

Para abundar en la demostración de las garantías que recibiría Giraldo Arredondo si decidía dejar algún dinero en depósito, Díaz Moncada le ofreció entregarle cheques postdatados por el capital y los intereses a pagarle mensualmente, siendo fiador el señor Martín Escorcia Castro, a quien presentó como una persona muy solvente.

Ante estos antecedentes, Giraldo Arredondo, convino en celebrar un contrato de depósito a término fijo por seis meses en cuantía de \$ 1.000.000.00.

Precluido este plazo, el depositante recibió su capital y los intereses pactados; este hecho motivó a Giraldo Arredondo para convenir un nuevo contrato con vigencia entre el 2 de abril y el 2 de octubre de 1986; así fue como el depositario giró en la misma fecha cheques postdatados a favor del depositante, en garantía del capital, \$ 1.000.000.00 y los intereses por los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 1986.

Los dos primeros cheques por concepto de renta fueron pagados por el Banco girado, no así los demás, cuya devolución se operó por la causal de cuenta cancelada.

Igual suerte corrió la señora María Lucila Arango de Sánchez, quien a instancias de su cuñado Dorlandi de Jesús Giraldo Arredondo, depositó al mismo José Querubín Díaz Moncada la suma de \$ 80.000.000.00 al 7% mensual, el 9 de enero de 1986, o sea, cuando aún no precluía el primer contrato de depósito entre Giraldo y Díaz Moncada, quien venía cumpliendo con las obligaciones pactadas.

Como la señora Arango de Sánchez, no pudo obtener la devolución de su dinero, al reclamarle el hecho a su cuñado, éste le pagó el valor del capital y aquella le endosó el cheque que por tal concepto le había girado el depositario, también en posdata.

Actuación procesal:

Iniciada y adelantada la investigación de estos hechos por el Juzgado Ochenta y Ocho de Instrucción Criminal, se allegó abundante prueba testimonial y documental, vinculándose al proceso mediante indagatoria a José Querubín Díaz Moncada y a Martín Escorcia Castro; cerrada la etapa instructiva, se profirió resolución acusatoria contra estos procesados: A Díaz Moncada como autor de los delitos de falsedad y estafa, por cuanto el cheque que le giró al señor Giraldo Arredondo resultó ser de cuenta corriente ajena, y a Escorcia Castro como cómplice de la estafa.

Remitido el proceso al Juzgado 31 Penal del Circuito y rituada la causa, el 28 de julio de 1988, se profirió sentencia condenatoria de primer grado contra José Querubín Díaz Moncada, por el hecho punible de estafa, absolviéndolo por el de falsedad, al igual que se hizo contra Martín Escorcia Castro por el delito contra el patrimonio económico por el que había sido acusado; revocada por el Tribunal esta sentencia, en cuanto tiene que ver con la condena por estafa para disponer, consecuentemente, la absolución, se interpuso contra ella recurso de casación por la Parte Civil.

La demanda:

Con fundamento en la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, sin explicitar si en el cuerpo primero o segundo, ataca el censor el fallo "por cuanto su contenido es violatorio de la ley sustancial y se fundamenta en una interpretación errónea violatoria de la norma" propuesta e invocada por el defensor de Díaz Moncada ante el Tribunal para lograr su preterición, la cual no menciona de manera expresa.

Expone el casacionista cómo "el uso del cheque como garantía para respaldar el acto fraudulento no es más que otra de las artimañas engañosas propias de personas que de antemano planean y alistan sus elementos para lograr el despojo del bien patrimonial ajeno", desplazándose estas conductas del tipo penal del artículo 357 del Código Penal que trata de la emisión y transferencia ilegal de cheques a la de estafa del artículo 356 *ibidem*.

Por esta razón concluye, que "concretamente" acusa la providencia del Tribunal "por haber dejado de aplicar la parte sustantiva del Capítulo III, artículo 356 de nuestro Estatuto Penal".

Desconoció el Tribunal que el cheque fue utilizado por el procesado como "una criminal herramienta para construir el dolo" de la estafa y no "una simple negociación civil".

Cuestiona la apreciación probatoria que se hizo en la sentencia acusada, porque "el cheque postdatado o entregado en garantía, es y seguirá siendo para Díaz Moncada una herramienta para apropiarse de dineros ajenos" y de otra parte, no puede considerarse como demostración de "una negociación de carácter civil" atribuyendo a "cuestiones de mala suerte" el incumplimiento de la obligación.

"El error" del Tribunal consiste en confundir la "falta de fondos" con el uso mal intencionado de una "cuenta cancelada"; no se trata de un cheque postdatado "sino de un cheque inexistente puesto que no corresponde a cuenta corriente alguna respaldada por un Banco, sino por el contrario, cerrada por éste debido, como es de ley, a malos manejos".

Con base en estos argumentos, impetra de la Corte, "confirme en todas sus partes el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá".

Concepto de la Procuraduría:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en concepto que precede, solicita no se case el fallo recurrido por cuanto las deficiencias técnicas de la demanda son tan evidentes y fundamentales, que impiden su estudio de fondo, pues a la postre, se trata de un simple "alegato de instancia" en el que se desconoce en forma "clara y precisa" qué es lo que solicita el casacionista.

"Lo primero que se advierte de la sola lectura de la demanda, es que el libelista peca por falta de claridad, precisión y concreción en torno al motivo y sentido de la violación de la ley sustancial".

Se acude a la causal primera, pero no determina "con precisión la clase de violación, esto es si es directa o indirecta, aunque por la enunciación que más adelante hace del sentido de ella (por interpretación errónea) se infiere que la infracción a la ley sustancial que se predica es por la primera", pero no "indica" los "fundamentos de ella"; desconoce lo previsto por el numeral 3º del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal al no citar "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

No obstante de que se pudiera entender que el censor ataca el fallo por "la aparente alusión a la violación directa que hace en el párrafo anterior, lo cierto es que en el acápite donde intenta la demostración del cargo incursiona por el sendero de la violación indirecta de la ley sustancial, cuando dedica la mayor parte de su demanda a cuestionar el supuesto de hecho que estima el sentenciador debidamente acreditado con el material probatorio para afirmar, contrariando al Tribunal Superior, que el delito imputado aparece estructurado y que, por ende, la decisión debería ser condenatoria".

Además, "en el capítulo alinente al alcance de la impugnación, abandona el sentido de la violación con base en el cual empezó el ataque a la sentencia (interpretación errónea), para reempezarlo con el cargo de la falta de aplicación de la ley sustancial, esto es del artículo 356 del Código Penal, con lo cual resulta planteado simultáneamente dos formas de violación directa que es a todas luces improcedente".

Consideraciones de la Corte:

Las fallas en el cumplimiento de los requisitos legales y técnico-jurídicos que ostenta la demanda, determinan que el cargo formulado a la sentencia, en el presente caso, esté llamado a no prosperar.

En efecto; si bien se invoca la causal primera de casación para fundamentar el ataque al fallo, es lo cierto que el censor no precisa su alcance. Esto es, si lo hace dentro del marco de la violación directa o indirecta a la ley sustancial. Y aunque puede interpretarse, de los términos genéricos de presentación de la censura, que ella está referida a la violación directa, al precisar su sentido se incurre en protuberante contradicción.

Parte el casacionista de afirmar que la razón de la violación a la ley es la interpretación errónea de la norma invocada por el defensor en el alegato sustentatorio de la apelación interpuesta contra la sentencia de condena proferida en primera instancia. Por no citarla de manera expresa, se establece al consultar el referido alegato que es el artículo 357, numeral 4º del Código Penal.

Con todo, en aparte posterior del libelo, al precisar el "alcance de la impugnación", manifiesta que "concretamente" acusa la sentencia del Tribunal por no haber dado aplicación en ella al artículo 356 del Código Penal, con lo cual varía el sentido de la violación del que partió, amparando la censura en los dos simultáneamente.

Una tal manera de ejercer el recurso dentro del ámbito de la violación directa, como antes se anotó, expresa desconocimiento de la lógica que disciplina este extraordinario medio de impugnación. Conforme con ella, los dos sentidos de violación propuestos en la demanda se excluyen, pues en la interpretación errónea se yerra sobre el sentido y alcance de la norma sustancial aplicada al caso, siendo la que lo regula; mientras que en la exclusión evidente o falta de aplicación, el error recae en que se aplica una norma inexistente jurídicamente, o porque existiendo se la desconoce o niega ese carácter, o también, porque el juzgador la ignora, no sabe o no quiere saber de su existencia.

No siendo la casación recurso de plena jurisdicción, de manera tal que pueda la Corte corregir los yerros del casacionista, formulaciones como las que viene de referirse evidencian la ineptitud de la censura, conduciéndola inexorablemente al fracaso.

Podría pensarse que la exigencia antes puntualizada, a partir de la vigencia del Decreto 1861 de 1989, en cuanto introduce modificaciones al régimen de causales de casación no haciendo mención a los sentidos de la violación directa, actualmente es irrelevante.

Esta hipótesis, debe examinarse en relación con un doble plano: En cuanto tiene que ver con la demanda que se resuelve y en sí misma, con el alcance de la reforma. Con respecto al primer punto, en razón a que la demanda fue presentada con anterioridad a la expedición del Decreto indicado, la decisión que sobre ella se adopte debe ser dentro del régimen existente para el recurso al momento de su presentación.

En relación con el segundo aspecto, debe entenderse que si bien la regulación consagrada en el Decreto de reforma a la legislación procesal no menciona los sentidos de la violación a la ley sustancial, ello no autoriza a considerar que el impugnante está relevado de indicarle a la Corte, cuál es el que alega y al hacerlo observar el principio lógico de no contradicción. En primer lugar, por cuanto el requisito formal de señalar de manera clara y precisa los fundamentos de la causal aducida para solicitar la infirmación del fallo y la determinación de las normas sustanciales infringidas, a que hace referencia el numeral 3º del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, no modificado por el Decreto antes citado, así lo impone. Pero, fundamentalmente, porque desde el punto de vista de la esencia misma de lo que debe entenderse por violación a la ley sustancial, ella puede tener muy variado contenido y alcance. Luego, si el casacionista no lo precisa, o lo hace sin la observancia debida a la lógica que orienta y gobierna el recurso, la Corte no tendría posibilidad, sin desnaturalizarlo, de constatar si la infracción se produjo y cuáles son sus alcances y efectos. Esto lleva a concluir, entonces, que aunque la nueva regulación a las causales de casación, no alude de manera expresa al sentido de la violación a la ley sustancial, ella no exonera de tener que precisarla en la demanda dentro del orden lógico tradicionalmente establecido. Desde luego, ello no entraña que deban ser empleadas específicas y convencionales expresiones.

No proceder así, comporta deficiencia técnica y una degradación del recurso a la simple presentación de un alegato de instancia o

menos. No debe olvidarse que en la interposición del recurso ordinario ante las instancias, es exigencia de admisibilidad indicar las razones de inconformidad con la decisión recurrida; es decir, señalar en qué erró el juzgador. Esto, referido al recurso extraordinario, no puede ser menos, máxime cuando él se caracteriza por su sometimiento a presupuestos formales y a precisas reglas técnicas en su proposición, trámite y decisión, en las que se funda la limitación de la jurisdicción de la Corte y lo restrictivo de sus poderes de corrección y enmienda. Por tanto, presupuesto para el examen del cargo en los casos de violación a la ley sustancial, sigue siendo la determinación del sentido en que ella se produjo.

A la contradicción que se ha evidenciado en la proposición de violación directa a la ley sustancial, antes destacada, se debe agregar la que surge del desarrollo que de ella intenta el censor. En él, desplaza el raciocinio al campo propio de la violación indirecta, para destacar errores del juzgador en la apreciación de los medios de convicción en que se apoya el fallo que lo condujeron a tener por no estructurado el delito de estafa, cuando él fluye del proceso, por lo cual concluye solicitando que a consecuencia de la prosperidad del recurso, la Corte confirme la sentencia condenatoria dictada en primera instancia.

La incompatibilidad en esta forma de desarrollar los cargos aducidos, es manifiesta. Se ignora que la invocación simultánea de estas dos violaciones no es posible. Ellas se contraponen, pues corresponden a presupuestos y alcances distintos. Como reiteradamente lo ha dicho la Corte, característica de la violación directa es que el debate se cumpla dentro del ámbito estrictamente jurídico, sin cuestionar los aspectos fácticos o probatorios. Ellos, para el demandante, deben ofrecerse como incuestionables y aceptados en el contenido y alcance fijado por el Tribunal en el fallo. En tanto que la violación indirecta contrae su estudio sobre los elementos de convicción para deducir una aducción ilegal de la prueba, o el otorgamiento de un valor del cual carece o el rechazo de un mérito que le es propio, o porque se ignora u omite una prueba existente o se reconoce una que carece de realidad.

El desarrollo paralelo de las dos, como acontece en el caso examinado, lleva a no saber a ciencia cierta cuál es el motivo de inconformidad del recurrente por lo que la desestimación de los cargos así propuestos deviene con carácter imperativo, pues, como ya se dejó sentado, es imposible dentro de las limitaciones para el examen del recurso, clarificar los errores de la demanda, mucho más cuando poseen la entidad que aquí se ha destacado.

Los cargos no prosperan.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Ciraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA

Constituye un error de táctica en la presentación de la demanda invocar como fundamento de la misma, la aplicación indebida de una norma y desarrollar el ataque con base en la exclusión de otra

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 030 del 2 de mayo de 1990.

Vistos:

Por sentencia del 12 de mayo de 1989, emitida por el Tribunal Superior de Bogotá, se confirmó la de primera instancia del 22 de febrero del mismo año, por medio de la cual se absolvió a *Julio Edward Moreno Gil* procesado por el delito de homicidio cometido en la persona de José Javier López Mora.

Se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación por el representante de la parte civil, que una vez concedido fue admitido por esta Corporación.

Presentada oportunamente la respectiva demanda debe determinar la Sala si por reunir los requisitos exigidos en la norma procesal se debe admitir o por el contrario deba ser rechazada.

Se procede a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

Hechos:

Por disgustos surgidos en un enfrentamiento deportivo entre los protagonistas de los sucesos que han sido investigados, se sobrevinieron las vías de hecho en las que perdió la vida López Mora como consecuencia de una herida torácica que le interesó el corazón. Moreno Gil estuvo armado en el lance con un garrote y un cuchillo, mientras que la víctima estuvo armado por un machete.

La demanda:

El impugnante invoca como causal de casación la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29, numeral 4º, al haberse aceptado la causal de justificación de la legítima defensa.

Luego de hacer una transcripción del doctor Alfonso Reyes Echandía en cuanto a los requisitos esenciales de la legítima defensa, copia apartes de la resolución acusatoria de la providencia de segunda instancia mediante la cual se confirmó aquella y de la vista Fiscal, para terminar afirmando que el Juez de la causa absolvió al procesado en providencia que fuera confirmada por el Tribunal. Critica en esta providencia algunos aspectos probatorios que en concepto del recurrente imponen rechazar la existencia de la legítima defensa, para concluir haciendo algunas citas de la Corte en relación con los requisitos de la legítima defensa.

Consideraciones de la Sala:

Desconoce el impugnante las mínimas exigencias técnicas del recurso, pues en primer lugar, para tratar de hacer un esquinco a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación según la cual no es posible atacar las sentencias en las que hubiese intervenido el jurado de conciencia al tenor de consideraciones probatorias, esgrime una causal con la cual es viable el ataque —violación directa por aplicación indebida— pero desarrolla la impugnación por la vía de la causal incompatible en los juicios en los que haya intervenido el jurado popular —la violación indirecta— por razonamientos de tipo probatorio.

No a otra conclusión puede llegarse si se analizan las argumentaciones de la impugnación, en las que claramente se aprecia el desarrollo de la causal inadmitida en este tipo de juicios. En las transcripciones que hace de las diversas providencias y actuaciones que se han producido en el proceso, destaca las consideraciones probatorias de que se valieron los funcionarios para formular la resolución de acusación y especialmente el análisis de pruebas que justifican la formulación de los cargos, y determinaría que la decisión sobre responsabilidad fuera tomada por el jurado popular. Criticando la decisión impugnada afirma: "...en sus consideraciones se aparta en su totalidad de los cargos formulados en la resolución acusatoria y en su confirmación... El honorable Magistrado ponente no tuvo en cuenta que entre los primeros en discusión y los hechos que llevaron al desenlace fatal había transcurrido más de una hora; que el victimario se dirigió a su residencia a armarse de palo y cuchillo que la víctima no se encontraba en la calle sino que mediante gritos y ofensas el homicida hizo salir a su víctima que al primer golpe que le asestó con el madero lo hizo colocar en estado de indefensión y que en este estado procedió a eliminarlo.

"Tampoco tuvo en cuenta el honorable Tribunal que en ninguna parte del plenario aparece esgrimiendo la legítima defensa el procesado, sino que por el contrario, lo quiere hacer parecer como producto de un accidente e igualmente se basa en la decisión del Tribunal popular para confirmar el fallo con clara y abierta violación de los artículos 32 y siguientes del Código Penal..."

Más adelante sostiene: "Es más en ninguna parte del expediente aparece que el victimario hubiese sufrido el más mínimo rasguño pues su corpulencia y el haber colocado a su víctima en estado de indefensión evitó cualquier resultado negativo para él".

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación cuáles son los parámetros de carácter técnico que debe reunir la demanda para que pueda adecuarse a las exigencias de la norma procesal. Es condición esencial cuando se esgrime esta causal como requisito sine qua non aceptar la valoración probatoria concluida por el fallador, ya que el ataque es fundamentalmente jurídico.

Con base en tales presupuestos, le corresponde al impugnador precisar cuál de los tres motivos constituye el fundamento de la censura, si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la ley sustancial.

Por ello debe advertirse que constituye un error de técnica en la presentación de la demanda invocar como fundamento de la misma, la aplicación indebida de una norma y desarrollar el ataque con base en la exclusión de otra. Porque estas dos proposiciones son diversas en su propia naturaleza y exigen por ende presupuestos distintos para la elaboración de la impugnación; es verdad, que ambas entrañan una violación directa de la ley sustancial, pero uno y otro vulnera las normas en forma distinta, por lo que exigen argumentos disímiles; y es este uno de los plurales errores de técnica en que incurre el censor porque al invocar la causal habla de la aplicación indebida del artículo 29.4, pero en desarrollo de la censura, habla de la falta de aplicación del artículo 324.7 del Código Penal y más aún si se tiene en cuenta que la resolución de acusación fue por el artículo 323 del Código Penal.

En relación a la frecuente pretensión de los impugnadores de plantear una causal —violación directa— y desarrollar otra, la Corte recientemente ha sostenido: "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; 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".

En realidad lo que en el fondo el impugnante está proponiendo es una violación indirecta, pues considera que había elementos probatorios suficientes para que se hubiera descartado la causal de justificación que fuera aceptada por el jurado popular y en relación con esta temática en sentencia del nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y seis la Corporación sostuvo: "a) Los miembros del jurado deciden en conciencia y atendida su convicción íntima sobre los hechos 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 probatoria 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 valoraron 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 Código de Procedimiento Penal 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".

Ante tan evidentes fallas de técnica es preciso entonces que se rechace in limine la demanda presentada. Son suficientes las argumentaciones precedentemente formuladas, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Rechazar in limine la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1. CUESTIONARIO. CULPABILIDAD

La imputación subjetiva se encuentra incluida tácitamente en el cuestionario al jurado de conciencia, cuando se le pregunta sobre la responsabilidad por un homicidio agravado

2. PARTE CIVIL. DEMANDA DE CASACION

Al asumir la parte civil una condición que no es de su competencia, carece de interés para recurrir

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., siete de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Mario Mantilla Nougués.*

Aprobado: Acta número 03 de mayo 2 de 1990.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a desatar el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor representante de la parte civil contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual dictó sentencia absolutoria en favor de *Ramón Eduardo Araque Acevedo*, por el delito de homicidio en *José Fernando Mesa Ramírez*.

Hechos:

En el área urbana del Municipio de Turbo en la discoteca "Castillo del Oro", aproximadamente a las diez y media de la noche del día 9 de abril de 1988, cuando el administrador del mencionado establecimiento *Ramón Eduardo Araque Acevedo* procedió a cobrarle a *José Fernando Mesa Ramírez*, piloto de Líneas Aéreas de Urabá ("LADU"), una cuenta por consumo de licor, éste reaccionó airadamente, no sólo con palabras ofensivas y ultrajantes, sino a golpes contra el administrador. Araque Acevedo ante tales circunstancias desenfundó el arma de fuego que portaba y accionándola le ocasionó a Mesa Ramírez graves heridas que determinaron su muerte, la que ocurrió en el hospital de la localidad a donde había sido trasladado en busca de atención médica.

Actuación procesal:

Con la diligencia de levantamiento del cadáver y el correspondiente informe policivo se inició el procesal Penal. *Ramón Eduardo*

Araque fue oído en indagatoria luego de su presentación voluntaria a las autoridades, ante quienes confesó su autoría, excepcionando legítima defensa en su comportamiento homicida.

Al proceso se allegó acta del Registro Civil de Defunción expedida por la Notaría Unica del Circuito de Turbo (fl. 57), y la diligencia de autopsia, mediante la cual el médico certifica que la muerte fue "consecuencia natural y directa del choque traumático debido a heridas de corazón, hígado por proyectiles de arma de fuego, lesiones de naturaleza esencialmente mortal" (fl. 64).

Con las pruebas allegadas a los autos, el Juzgado 27 de Instrucción Criminal dictó Resolución de acusación contra el procesado por el delito de homicidio agravado por sevicia, conforme al numeral 6º del artículo 324 del Código Penal, por la vía en que interviniera el jurado de conciencia.

Ejecutoriada la acusación, el Juez Quinto Superior de Medellín al no observar causal de nulidad alguna, encontró ajustada la actuación a través del auto de control de legalidad y surtidos los trámites de ley, convocó e instaló la diligencia de audiencia pública, en desarrollo de la cual, el Fiscal y la defensa criticaron la providencia enjuiciatoria, al considerar que el procesado obró en el marco de la justificante excepcionada, por lo que a una voz demandaron del *jure* una decisión absolutoria. El jurado previa deliberación de rigor, por unanimidad respondió el veredicto en forma negativa, razón por la que el Juez de derecho acogiendo la respuesta, absolvió a Ramón Eduardo Araque Acevedo, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, ante la apelación que contra ella interpuso la parte civil.

La demanda de casación:

El representante de la parte civil acusa la sentencia de segunda instancia, por la causal 3ª contemplada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por haberse dictado en juicio viciado de nulidad.

Fundamenta el único cargo en la indebida redacción del cuestionario sometido a consideración del jurado, por cuanto se omitió preguntar en él sobre "la imputación subjetiva, vale decir, cuando no se les interrogó, si el delito ha sido cometido con dolo, culpa o preterintención", razón por la cual considera que la referida omisión genera nulidad por violación al derecho de defensa, demandándola a partir de la diligencia de audiencia pública.

Concepto de la Delegada:

Parte el señor Procurador Delegado en lo Penal del interés indiscutible de la parte civil para recurrir en casación en las sentencias absolutorias. Plantea a renglón seguido el desacierto del recurrente al fundamentar la demanda en una supuesta nulidad por violación al derecho de defensa por indebida redacción del cuestionario sometido a consideración del jurado popular, dado que en el supuesto de estruc-

turarse la referida irregularidad, "sólo podría ser alegada por el defensor de éste, cuando de la violación se derive una lesión concreta que lo perjudique influyendo en lo dispositivo del fallo". Líneas adelante el Ministerio Público prosigue: "No es posible, entonces, que se pueda extraer una violación de tal naturaleza cuando como en el caso concreto, el ataque lo hace el apoderado de la parte civil y va dirigido a una sentencia absolutoria que naturalmente no perjudique al procesado".

De otro lado considera la Delegada, que el cargo no está llamado a prosperar cuando de la lectura de la resolución de acusaciones y de los planteamientos esbozados por las partes que intervinieron en la diligencia de audiencia pública, tanto el procesado como los jurados entendieron la clase de homicidio por la cual se juzgaba a Araque Acevedo y además porque el cuestionario es un extracto del vocatorio a juicio del que se enteró el jurado "por la lectura y referencia que de ella se hizo".

Demanda rechazar el cargo y no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Sala:

La nulidad por violación al derecho de defensa se presenta, cuando en las diligencias adelantadas durante la actuación procesal, el acusado no contó con la debida atención técnica y jurídica del profesional del derecho encargado de su defensa, de tal modo que estuvo desamparado de la correspondiente asistencia defensiva, violándose de esa manera la garantía consagrada en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En este sentido el derecho de defensa ha sido entendido como una labor preordenada y compleja, que debe analizarse a través de las diferentes etapas procesales, esto es, tanto en el sumario como en el juicio, en donde el defensor entre otras diligencias debe actuar, solicitando pruebas, interviniendo en su práctica, presentando alegatos en las instancias, interponiendo recursos si lo considera pertinente, planteando tesis o criticando las expuestas en la audiencia, o asumiendo una posición activa o pasiva según las circunstancias que se deducan del proceso, en un contexto lógico y jurídico. Así entendiendo este derecho no es de recibo a criterio de la Sala la estructuración de una violación al derecho de defensa, en una sentencia absolutoria, por impugnación de la parte civil, dado que el planteamiento esbozado en la demanda es abiertamente contradictorio al oponerse a la lógica y al recto ejercicio del derecho, en cuanto se propugna por una nulidad que en nada favorece al absuelto, y que antes por el contrario le perjudica.

La parte civil tiene un derecho indiscutible e inequívoco de recurrir en casación las sentencias de segunda instancia de carácter absolutorio, cuando persigue finalidades que se relacionan con la indemnización de perjuicios, mas no para defender o propugnar derechos, adoptando posiciones contradictorias.

En ese orden, al asumir la parte civil una condición que no es de su competencia, sujeta a toda crítica por la ambigüedad que encierra;

fundamentando el interés que persigue en una supuesta nulidad por violación al derecho de defensa, bajo el alea de sí, la demanda prospera, obtener por ese medio beneficio, es una posición carente de razón y de contenido jurídico, que permite deducir con total claridad la ausencia de interés para recurrir de la parte en este punto.

En lo pertinente a la redacción del cuestionario sometido a consideración del jurado, es un hecho cierto que en él se interrogó de manera clara y precisa, sobre si el procesado Ramón Eduardo Araque Acevedo era responsable, sí o no, de haber dado muerte con arma de juego (revólver) y con sevicia a José Fernando Mesa Ramírez, por lo que al jure se le preguntó sobre la responsabilidad por un homicidio agravado, como es la sevicia, circunstancia de contenido eminentemente doloso, de donde se tiene que la imputación subjetiva se encuentra incluida tácitamente en el cuestionario, dado que mal se puede concebir un homicidio agravado, a título de culpa o preterintención y mucho menos de sevicia que ha sido entendida como la muerte cruel, despiadada y lenta con el fin de hacer padecer a la víctima dolores y sufrimientos inhumanos con total ausencia de sentimientos y valores.

Lo fundamental en este orden de ideas, es que los miembros del jurado popular tengan un conocimiento claro del proceso, de la responsabilidad del acusado y del alcance de la respuesta frente al problema materia del debate, de tal suerte que si en el cuestionario se incurrió en una irregularidad al omitir el Juez de derecho, una referencia expresa de la culpabilidad, ella se subsana por el cuestionario en donde se interrogó sobre la sevicia, agravante que por su contenido conlleva un comportamiento por esencia doloso, y además, cuando era de rigurosa observancia por mandato de la ley, la entrega previa a la diligencia de audiencia, de la copia del auto de proceder, artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, en donde aparece de manera inequívoca la imputación subjetiva. De otra parte, este aspecto se deduce de la forma como se realizaron los hechos, y de los planteamientos esbozados por quienes intervinieron en el debate público, en donde estos se apartaron del auto enjuiciatorio por homicidio agravado y demandaron como se ha visto, la absolución del acusado.

A este propósito la Corte se ha referido, en términos que no admiten duda alguna de la ausencia de causal que invalide la actuación ante la presencia de la omisión comentada, cuando anotó en reciente oportunidad:

"Es de suma conveniencia, en consecuencia, que en los delitos que admiten diversas formas de culpabilidad, el Juez incluya en el cuestionario la referencia a la forma pertinente, con el fin de que no se presenten equívocos de ninguna especie. Ante un homicidio el jurado podría hallarse en situación de perplejidad, pues la conducta podría ser atribuida a título de dolo, culpa o de preterintención, sin que resultara descartable una responsabilidad puramente objetiva, y justamente para evitar ese equívoco, lo más indicado es que en el cuestionario se incluya la referencia a la forma de culpabilidad por la cual se hizo el llamamiento a juicio.

"Pero como lo fundamental es que los miembros del jurado popular tengan una clara conciencia de su respuesta y del alcance que ella tenga en relación con el procesado, bien puede ocurrir que en el cuestionario no aparezca alusión alguna al propósito homicida, pero éste se encuentre reconocido en el auto de enjuiciamiento. En efecto, en el auto de proceder cuya copia se entrega a los jueces de hecho, debe aparecer de forma inequívoca la clase de imputación en su aspecto subjetivo, la cual además, se colige de la manera cómo se realizaron los hechos y, principalmente de los planteamientos que se hayan formulado dentro de la audiencia pública. Si en juicio se establece, más allá de toda duda, que el agente actuó dolosamente, se habría subsanado una deficiencia, lo mismo que, cuando no incluido el propósito de matar en el cuestionario, aparezca expresamente en la respuesta" (Casación de marzo 12 de 1985, Magistrado ponente doctor Aldana Rozo).

En síntesis el derecho de defensa en momento alguno se desconoció y carece de razón el impugnante cuando el procesado fue absuelto, por identificación del jurado popular, no sólo con la tesis de la defensa, sino también con la del Agente del Ministerio Público.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carrero Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Edgar Saavedra Rojas, Dídimo Páez Velandía.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1. HURTO

La demostración de la violencia es claro que puede lograrse a través de la inspección judicial o por otros medios probatorios

2. VIOLACION INDIRECTA

Hay contradicción evidente en la demanda cuando se alega omisión del análisis de una prueba por las instancias y, al mismo tiempo, se afirma que se falló lamentablemente en su apreciación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 031 de mayo 9 de 1990.

Vistos:

Por sentencia del 17 de marzo de 1989, el Tribunal Superior de Bogotá modificó la pena impuesta en primera instancia contra *Luis Alberto Alfonso Moreno*, procesado por el delito de hurto calificado y agravado, por decisión del 22 de noviembre de 1988.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la respectiva demanda, se declaró ajustada a derecho por reunir los requisitos legales exigidos procesalmente y se escuchó el concepto del Agente del Ministerio Público, quien solicitó no se casara la providencia impugnada. La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

El veintitrés de noviembre de mil novecientos ochenta y siete se introdujeron al parecer varias personas a las instalaciones del Club El Rancho, ubicado en esta ciudad y luego de emplear violencia sobre las chapas, se apoderaron de varios elementos electrónicos, que fueron avaluados en suma cercana al millón y medio de pesos.

Días después fue capturado en las horas de la madrugada Luis Alberto Alfonso Moreno en las instalaciones del citado Club, cuando tenía empacados en dos tulas varios elementos de propiedad de la citada empresa.

Habiendo negado los hechos, confesó haber vendido un computador IBM a Camilo Bernal Corredor, por solicitud que en tal sentido le hiciera su amigo Wilson Arturo Rodríguez Bonilla. Decomisado el referido computador, resultó ser uno de los elementos que había sido sustraído del Club el veintitrés de noviembre anterior.

Actuación procesal:

Se instauró la correspondiente denuncia penal el veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y siete. Como consecuencia de la misma, se abrió proceso penal por el Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal el tres de diciembre del mismo año.

Indagados Wilson A. Rodríguez y Luis Alberto Alfonso Moreno, se decretó su detención preventiva. Por auto del veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, se dictó resolución de acusación contra Wilson Arturo Rodríguez por el delito de hurto calificado y agravado, y contra Alfonso Moreno, por el de receptación, ambos con intervención del jurado. Por providencia del veinticinco de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, el Tribunal modificó las decisiones anteriores, en relación a Rodríguez se revocó la resolución y se ordenó la reapertura de la investigación, y en relación a Luis Alberto Alfonso, se modificó la resolución de acusación en el sentido de hacerse por el delito de hurto y no por el de receptación.

Realizada la diligencia de audiencia pública el dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, se dictó sentencia por medio de la cual, el veintidós de noviembre se condenó a Alberto Alfonso Moreno a la pena principal de 37 meses como responsable del delito de hurto calificado y agravado.

Por providencia del diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal modificó la sentencia en el sentido de aumentar la penalidad a 41 meses de prisión.

Argumentos de la impugnación:

Al amparo de la causal primera el censor plantea un único cargo consistente en haberse dictado sentencia con la existencia de "errores de hecho manifiestos, violando por vía indirecta la ley sustancial por aplicación indebida".

Hace consistir el error de hecho que en las instancias se "omitieron en las sentencias respectivas de primera y segunda instancia, varias pruebas e interpretó erróneamente una, que de haberlas tenido en cuenta y apreciado correctamente, la sentencia hubiera sido absolutoria o en su defecto con la penalidad del hurto simple a que se refiere el artículo 340 del Código Penal".

En el desarrollo y demostración del cargo afirma que el elemento violencia sobre las personas o las cosas no aparece probado, porque en ambas sentencias "se falla lamentablemente en el análisis de las pruebas relacionadas con la existencia del elemento violencia sobre

las cosas, pues los juzgadores fueron avaros para analizar las pruebas al respecto, omitiendo pura y simplemente el porqué de sus apreciaciones”.

Afirma que no se practicó diligencia de inspección judicial para que por medio de un perito se decretara cuál había sido la violencia ejercida, y que tal prueba era imperiosa “a fin de establecer nada más ni nada menos que los elementos constitutivos del hurto calificado”.

Sostiene que tal prueba era indispensable no sólo para la demostración de la violencia sino para establecer si dicha violencia había sido realizada para la ejecución del delito investigado en este proceso o de los otros hurtos que con anterioridad se habían realizado sobre las mismas dependencias.

Que al no haberse practicado tal prueba a los juzgadores no les quedaba otro remedio que acogerse al principio del *in dubio pro reo* y que en tales circunstancias se ha producido una violación indirecta de la ley sustancial, que por tal razón se debe casar la sentencia y dictar la de reemplazo.

Las razones del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Crítica el Colaborador Fiscal por razones de técnica la impugnación, pues a pesar de atacar el fallo por error de hecho por falso juicio de existencia al haber sido omitidas en sus análisis varias pruebas y por falso juicio de identidad al haber interpretado erróneamente otras, pero que infortunadamente el recurrente no había precisado cuáles fueron las pruebas cuya existencia fue desconocida, insistiendo solamente que se ha debido practicar una diligencia de inspección judicial para demostrar la violencia sobre las cosas.

Ese argumento —sostiene el Fiscal de la Corporación— indica que la omisión de pruebas a que alude en la demanda, la entiende, no como el haber dejado de apreciar pruebas existentes sino como el no haber practicado diligencias que estima fundamentales, concretamente, la inspección judicial.

Crítica la posición del censor, porque la no práctica de pruebas “no sirve de base para construir un error de hecho, porque con la causal primera se demandan errores *in judicando* y no supuestas fallas de la instrucción, que dan lugar a errores *in procedendo*”.

Destaca igualmente la violación por parte del recurrente del principio de no contradicción que impera en el recurso extraordinario, puesto que afirma que las pruebas no fueron analizadas para luego afirmar que se “falla lamentablemente en el análisis de las pruebas relacionadas con la existencia del elemento violencia sobre las cosas”, esto es que acepta que sí fueron analizadas pero de una manera diversa a como él considera que lo han debido ser.

No indica ni demuestra cuál fue la prueba interpretada equivocadamente.

Critica igualmente la posición doctrinaria que asume el impugnante cuando considera que la inspección judicial es la única conducente para la demostración de la violencia con franco desconocimiento del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal.

Con base en las consideraciones así planteadas solicita que no se case el fallo atacado.

Consideraciones de la Sala:

Es evidente, como bien lo destaca el señor Agente del Ministerio Público que el impugnante incurre en claros errores de técnica que hacen que el ataque formulado sea considerado como inepto para obtener la finalidad de que se case la sentencia, porque el único ataque formulado lo orienta al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, al considerar que se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por haberse omitido el análisis de varias pruebas e interpretado erróneamente una. Es decir que los juzgadores de instancia incurrieron en error de hecho por falso juicio de convicción sobre la existencia de varias pruebas legalmente producidas en el proceso y por falso juicio de identidad, al haberse interpretado equivocadamente una de ellas.

Incurre el fallador en error de hecho por falso juicio de convicción, cuando se ignora o desconoce la presencia de prueba legalmente existente en el proceso y que tiene trascendencia en el fallo que se dio o que se ha debido dar. En el caso de inexistencia por omisión, pues la prueba fue allegada o producida legalmente dentro del proceso, pero en el momento de dictarse el fallo, el Juez olvida su consideración, omisión que por la importancia probatoria del medio de convicción, hubiera podido llevar al juzgador a tomar una decisión diversa de la que se impugna, precisamente por haber ignorado dicho medio.

No se podría confundir la estructura de esta modalidad del error de hecho, con la incomprensión que de este fenómeno jurídico tiene el censor, porque pareciera que entiende por esta forma del error, el que el juzgador hubiera omitido la producción de una prueba que considera trascendental para la decisión final que debe tomarse en un proceso determinado. Porque la verdad es que si se omitió por el instructor la práctica de una prueba fundamental, bien para demostrar alguno de los elementos integradores del delito o relacionado con la responsabilidad del procesado o sobre las circunstancias de agravación o de atenuación, se estaría entonces en presencia de una violación al principio de la investigación integral (art. 358 del C. de P. P.) y en tales circunstancias podría pensarse en el desconocimiento del principio del debido proceso de rango constitucional o del derecho a la defensa y entonces es claro, que el ataque debe ser formalizado sobre cucaes procesales completamente diferentes a los que fueron abordados por el impugnante en este proceso.

Pero el antitecnicismo de la demanda no se limita a lo anotado en precedencia, sino que en realidad el censor por ningún lado precisa cuáles fueron las pruebas que no se analizaron en las instancias y esta deficiencia técnica, es explicable precisamente por la evidente

confusión en que incurre el recurrente en relación al concepto del error de hecho, cuando éste se demanda por haberse incurrido en un falso juicio de convicción sobre la existencia de una prueba.

Como bien lo anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal, el censor incurre igualmente en evidente violación del principio de no contradicción que preside y gobierna el recurso extraordinario, porque a pesar de que formula el cargo por un error de hecho por la omisión en el análisis de varias pruebas afirma textualmente en la demanda que: "Se falla lamentablemente en el análisis de las pruebas relacionadas con la existencia del elemento violencia sobre las cosas", porque con esta afirmación está contradiciendo el cargo inicialmente formulado, puesto que aquí sostiene que las pruebas sobre la violencia fueron analizadas pero que se falló en su apreciación, es decir considera que hubo una errónea interpretación sobre la prueba y que lo adecuado hubiera sido la significación propuesta por él. La contradicción es evidente porque si se omitió el análisis de una prueba por las instancias, no puede afirmarse al mismo tiempo que se falló lamentablemente en su análisis.

En relación al error de hecho por falso juicio de identidad al afirmar que una prueba fue interpretada erróneamente, lamentablemente el censor no indica o precisa cuál fue la prueba en que la instancia se equivocó en su análisis. Y tal falencia en cuanto a la técnica del recurso le impide a la Corporación que subsane las deficiencias en que se incurre en el libelo, puesto que la Corporación no puede sustituir al impugnante, corrigiendo sus errores, llenando sus vacíos, o completando sus insuficiencias.

Considera el censor de manera perfectamente equivocada, que el único medio probatorio para demostrar el elemento violencia como cualificante del hurto, lo es la inspección judicial y es errónea esa afirmación porque claramente el artículo 254 estipula que "los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este Código"; máxime cuando el actual Código de Procedimiento Penal, superó completamente la concepción sobre la tarifa probatoria de cuya existencia aún quedaban algunos vestigios en el Código procesal recientemente derogado y se entra plenamente al sistema probatorio de la apreciación racional o de la libre apreciación de la prueba, dentro del cual se hace una enumeración de los medios probatorios que son regulados en la norma procesal pero sin que se pueda pensar que se trata de una enumeración taxativa, y dentro del cual se deja al prudente criterio del fallador que analice cuál es el medio probatorio que le ha de servir para demostrar determinado hecho dentro del proceso. De manera excepcional algunas legislaciones limitan la demostración de un hecho a un medio determinado de prueba, tal lo que sucede con el estado civil de las personas que en la actualidad sólo puede ser probado con el Registro Civil, en el ámbito de los procesos civiles.

La doctrina ha aceptado la existencia de pruebas preferentes para demostrar determinados hechos; pero la aceptación de lo anterior no

quiere decir que siendo preferente la inspección judicial para demostrar la violencia, ésta no pueda ser probada por otro u otros medios de convicción.

La moderna posición legislativa asumida en los más modernos códigos está justificada, porque limitar la demostración de determinados hechos a medio de prueba determinado o limitados medios de prueba constituiría un desconocimiento de la realidad, puesto que es perfectamente posible que un hecho del proceso pueda ser demostrado por los más diversos medios probatorios o por varios de ellos analizados en su conjunto.

La demostración de la violencia, como medio integrante de la estructura típica o como elemento cualificante de un tipo, es claro que puede ser demostrado por medio de la inspección judicial o por otros medios probatorios como el testimonio, por mencionar alguno de ellos.

En relación con el caso específico del delito de hurto, la Corte se ha pronunciado en el sentido antes expresado, es decir que no es la prueba técnica el único medio probatorio viable para su demostración, así lo sostuvo en casación del ocho de mayo de mil novecientos sesenta y dos, reiterada en sentencia del once de febrero de mil novecientos sesenta y seis cuando se dijo: "El dictamen pericial no es la única prueba con que pueden acreditarse las violencias o amenazas que den lugar al delito de robo" (recuérdese que fueron dictadas en vigencia del Código Penal de 1936).

Debe entonces concluirse que es inaceptable la pretensión del impugnante en cuanto a circunscribir la inspección judicial la exclusiva capacidad probatoria de la violencia, pues como se ha sostenido reiteradamente por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, aceptan que todos los medios probatorios tienen por lo menos potencialmente capacidad para la demostración de cualquier hecho del proceso.

En el caso debatido en las instancias se dio por demostrada la violencia en virtud de las atestaciones que en tal sentido hiciera el denunciante y el administrador de la empresa afectada con la delincuencia. Consecuentemente con las argumentaciones precedentemente formuladas, es necesario concluir que la demanda debe ser rechazada negándose la casación pretendida.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Resuelva:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Manilla Nougés, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.



NOTIFICACIONES, RECURSO DE HECHO

Los autos que niegan los recursos de apelación y de casación son notificables, para propiciar el trámite efectivo del recurso de hecho

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diez de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 030 del 2 de mayo de 1990.

Vistos:

Por auto del veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve el Tribunal Superior de Barranquilla, decretó el cese de procedimiento en favor del doctor *Cristóbal Lozano* en el proceso que por el posible delito de prevaricato se adelanta en su contra en su calidad de Juez Primero de Instrucción Criminal de esa ciudad.

El apoderado de la parte civil interpuso el recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión y en su lugar se profiera resolución de acusación. Tramitada la segunda instancia se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien considera que se debe revocar la decisión y en su lugar reabrir la investigación.

Procede la Sala de Casación Penal a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Los hechos que ameritaron se abriera proceso penal contra el doctor *Cristóbal Lozano Romero* en su calidad de Juez Primero de Instrucción Criminal de Barranquilla, surgieron de la denuncia penal que a su vez instaurara *Pedro Donado* contra *Aura Judith Charris* por haberle girado un cheque por la suma de \$ 1.332.000.00 que al ser presentado al cobro no fue pagado por la razón de "chequera robada". Adelantada la correspondiente investigación, fue calificada por primera vez, ordenando su reapertura por considerar que existían dudas probatorias que justificaban dicha calificación.

Cerrada la etapa sumarial por segunda ocasión, le correspondió estimar su mérito al doctor *Lozano Romero*, pues inicialmente era otra la persona titular de dicho Despacho Judicial, y éste decretó el cese de procedimiento por considerar que no existía base para dictar

resolución de acusación, pues las pruebas aportadas durante la reapertura no habían alterado la situación probatoria de la primera calificación.

La decisión anterior fue apelada por el apoderado de la parte civil, pero el titular del Despacho con un auto de "cúmplase" no concedió el recurso interpuesto por considerar que no había sido sustentado adecuadamente y que además contra él no cabía recurso de ninguna naturaleza.

El denunciante considera que el proceder del Juez acusado es prevaricador porque al haber cesado procedimiento contrarió la realidad procesal pues en su concepto había mérito para dictar resolución de acusación contra la procesada Aura Janeth Charris, y también por haber negado el recurso interpuesto, ya que el auto que niega o concede un recurso es de notifiqese.

La decisión motivo del recurso:

El Tribunal de Barranquilla dispuso abrir proceso penal contra el denunciado Lozano Romero, quien en su indagatoria justificó su proceder como ajustado a derecho, porque consideró que al haber reabierto la investigación y cerrado nuevamente ésta no había mérito para dictar resolución de acusación y por tanto se debía cesar el procedimiento.

En relación con el recurso denegado, consideró que era necesario tomar esta decisión puesto que no había sido sustentado adecuadamente y que en su criterio esta determinación no era recurrible bajo ninguna circunstancia.

El Tribunal en la decisión que es motivo del recurso consideró que la cesación de procedimiento estaba legalmente proferida y que al mismo tiempo estaba bien denegado el recurso por no haber sido éste sustentado en debida forma, pero ningún pronunciamiento hizo la instancia sobre el auto que negó la apelación en cuanto a lo afirmado de ser de cumplimiento inmediato.

El concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

El Colaborador Fiscal solicita se revoque el auto motivo de impugnación y en su lugar se reabra la investigación, pues considera que hay mérito para continuar con la averiguación, aunque no medios probatorios suficientes como para dictar resolución de acusación.

Sus argumentaciones son las siguientes:

"a) El auto que niega el recurso de apelación. Ardua fue la polémica doctrinal que se suscitó durante la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal, para efectos de determinar la naturaleza jurídica del auto por medio del cual se niega el recurso de apelación.

"Mientras que para una tendencia era suficiente rechazar el recurso mediante un auto de sustanciación, pues debía entenderse

como 'una cuestión de simple trámite', para otra imperaba el proferimiento de un auto interlocutorio, que como tal debía ser motivado y de obligatoria notificación a las partes, pues la segunda instancia podría ser definitiva para los intereses debatidos en el proceso; además, como en este estatuto el recurso de hecho era subsidiario del de reposición que debía interponerse contra el auto que negaba el de apelación, resultaba indispensable que los sujetos procesales tuvieran oportunidad de conocer tal decisión.

"No obstante, la práctica judicial fue logrando un camino intermedio para ser flexible ante la ritualidad del auto interlocutorio en cuanto a su forma, pero de todas maneras haciendo imperante la exigencia notficatoria, éste fue el derrotero que finalmente adoptó la jurisprudencia y que reiteró hasta entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, el cual acogió lo que ya era una verdad jurisprudencial, pues en el artículo 174 taxativamente lo incluyó entre los de sustanciación de obligatoria notificación.

"Así las cosas, en la actualidad ya no puede afirmarse que sea a criterio del Juez el considerar si debe notificarse o no dicha clase de proveídos, sino que obligatoriamente debe ser puesto en conocimiento de los sujetos procesales, bien mediante notificación personal para el caso en que el procesado esté privado de la libertad o por estado en el evento opuesto, pero de todas maneras debe ser notificado.

"Clarificada, entonces, la naturaleza jurídica y la formalidad del auto que niega la apelación, necesario también resulta precisar que la exigencia de la notificación no corresponde a una simple formalidad, pues de ella dependen los efectos que la misma ley hace desprender para garantizar los derechos de la parte afectada con la decisión.

"En efecto, la necesidad de exigir la notificación del auto que niega el recurso de apelación, se ha fundamentado en el derecho que tienen los sujetos procesales de conocer ritualmente las decisiones judiciales y en especial las de esta naturaleza, para que la parte interesada tenga oportunidad de interponer ante el superior jerárquico, el recurso de hecho.

"No obstante, si se tiene en cuenta que en la actual regulación procesal, este recurso ya no es subsidiario del de reposición como sucedía con el régimen anterior, podría pensarse que de no notificarse el auto que rechaza la apelación, tal omisión carecía de relevancia porque de todas formas, hoy día, el recurso de hecho se puede interponer autónomamente.

"Pero si se analiza con detenimiento este planteamiento, pronto se llega a colegir su inconsistencia y a *contrario sensu*, sirve de punto de partida para demostrar cómo aún frente al nuevo Código de Procedimiento Penal, esta notificación cumple con efectos que trascienden lo simplemente formal, pues de ella sigue dependiendo la procedibilidad del recurso de hecho.

"El principio de seguridad jurídica, imprescindible en las decisiones judiciales, implica considerar que con excepción del recurso extraordinario de revisión que en verdad como lo ha sostenido la jurisprudencia es más una acción que un recurso, las impugnaciones no pueden quedar indeterminadas temporalmente para que puedan interponerse en cualquier momento, aún después de la ejecutoria de la decisión por atacar.

"Imperativo es, entonces, que el recurso de hecho debe tener un término para su interposición y éste, indudablemente, depende del lapso de ejecutoria del provido que niega el recurso de apelación, de ahí el porqué la ley procesal exige que sea notificado, pues además de cumplir así con el garantista principio de hacer conocer de las partes las decisiones, se da seguridad respecto a la oportunidad de interponer el recurso de hecho.

"Si tal determinación fuese por auto de 'cúmplase', este sería de inmediato cumplimiento, quedando ejecutoriada una vez firmado por el Juez y Secretario, es decir, que no habría oportunidad para solicitar las copias para recurrir ante el superior por la vía de hecho, y a no ser que se pensara que se puede interponer después de su ejecutoria, lo cual sería contrario a derecho, ya que en tales condiciones no existiría límite temporal para hacerlo, pues sería viable en cualquier momento hasta que terminara el proceso, desconociéndose así el referido principio de seguridad jurídica frente a los destinatarios de la ley penal.

"Evidente resulta, en consecuencia, que aquél auto por medio del cual se rechazó el recurso de alzada, es de obligatoria notificación y susceptible de ser recurrido por la impugnación de hecho;

"b) El caso concreto. Aplicadas estas premisas al presente caso, necesario es colegir, que inconsistente cuando menos, es la explicación del Juez procesado en cuanto no dispuso la notificación del auto que negó la referida apelación, porque era 'criterio del juzgador', como también lo es el de afirmar en la misma decisión que contra ella no procedía 'recurso alguno', pues se desconoció la ley procesal en sus artículos 174 y 211 del Código de Procedimiento Penal.

"Además, es que la misma negación del recurso de apelación no aparece clara, ya que, de una parte no es que el impugnante no haya afirmado qué providencia era la que recurría, ya que en la parte superior del escrito señaló la fecha del auto atacado; y en segundo lugar, el auto que decretó la cesación de procedimiento carece de motivación, es tan pobre que a los sujetos procesales, prácticamente les quedaba imposible criticarlo jurídicamente: ¿Qué se puede afirmar contra la nada? Nada.

"Entonces, decir que se rechaza el recurso de apelación por no haberse sustentado, en este evento es casi un contrasentido: La inconformidad de la parte civil era suficiente para ser tenida como sustentación.

"Es que sobre la exigencia procesal de la sustentación del recurso de apelación, impera hacer claridad, toda vez que si bien, como lo ha reiterado la Corte, no es suficiente manifestar que se 'apela' de una determinada decisión, sino que deben exponerse las razones fácticas y jurídicas objeto de la inconformidad, necesarias para rebatir el criterio del juzgador, también lo es, que esta exigencia no puede hacerse en abstracto, es necesario confrontar la impugnación con el proveído.

"Los cuestionamientos del recurrente deben estar dirigidos a disentir de la determinación impugnada; no puede tenerse como sustentación un extenso escrito que no refuta los argumentos expuestos en el auto que se apela, como tampoco pueden exigirse argumentaciones jurídicas y fácticas que desvirtúen las del Juez, cuando no hay que cuestionar, pues es posible e imponerle al apelante la insólita obligación de crearlas (sic).

"No obstante, la ilegalidad del auto que negó el recurso de apelación, la investigación hasta ahora es insuficiente como para concluir con firmeza que se impone dictar la resolución contra el Juez procesado, por el delito de prevaricato, pues el interrogatorio que se le formuló a este funcionario en la indagatoria, es realmente superficial, desconociéndose cuáles fueron las razones jurídicas que tuvo el imputado para dictar tan arbitrario proveído.

"Se limitó el doctor Lozano Romero a responder, que lo había hecho por ser 'criterio del Juzgado', pero nada se le interrogó al respecto, careciéndose de mayores elementos de juicio para que sea posible valorar su comportamiento; así mismo, se desconoce si en otros procesos tomó la misma determinación, con qué criterio negó el recurso de apelación, por qué desconoció la posibilidad de imponer por la vía de hecho y si en otros expedientes ha expuesto igual afirmación.

"Por ello, en criterio de esta Delegada, se impone revocar la providencia impugnada para que durante el término de reapertura se puedan clarificar estos interrogantes mediante ampliación de jurada, recepción de testimonios a los implicados del Juzgado para esa época y al Fiscal del Despacho para que manifiesten en realidad cuál era el criterio del Juez sobre el punto en cuestión, practicar inspecciones judiciales sobre otros procesos para esclarecer como se ha decidido sobre tal tópico y cuál ha sido la motivación de los autos de cesación de procedimiento como consecuencia de una primera reapertura allegándose las respectivas fotocopias autenticadas".

Las consideraciones de la Sala:

El auto del tres de abril de mil novecientos ochenta y nueve, dictado por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Barranquilla, siendo titular el doctor Lozano Romero, por medio del cual se negó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de cese de procedimiento en el proceso que se adelantaba contra Aura Judith Mejía de

Charris por un posible delito contra el patrimonio económico presenta varias irregularidades que es necesario precisar: Primero que todo se afirma allí que el recurrente no menciona cuál es la providencia contra la cual interpone el recurso, pero claramente se observa en el memorial por medio del cual se interpone, en su encabezamiento: "Referencia: Proceso contra Aura Judith de Charris, apelación de marzo 21 de 1989" (Subraya la Sala), lo que está indicando que en principio lo afirmado en el fallo dictado por el Juez denunciado no es cierto porque el recurrente sí precisó con claridad cuál era el auto contra el cual presentaba su discontimiento.

Tampoco es cierta la afirmación que se hace en el mismo auto cuando en su parte final se dice: "El presente auto es de cumplimiento inmediato y contra él no procede recurso alguno. CUMPLASE" porque la verdad es que en el artículo 174 donde se hace una enumeración de las providencias notificables y entre ellas se encuentran los autos "que deniegan los recursos de apelación y de casación..." y esta notificación tiene su sentido procesal, porque es bien sabido que ella tiene como finalidad específica dentro de la nueva concepción del Código de Procedimiento Penal que la parte a la que le es denegada la impugnación interpuesta, una vez enterada de ello, pueda interponer el recurso de hecho (art. 211) y solicitar las copias pertinentes para hacer efectiva tal interposición (art. 212); pero si los jueces actúan como el que es denunciado en este proceso, es decir que consideran que el proveído que deniega los recursos es de cumplimiento inmediato, del facto, están derogando la norma procesal sobre el recurso de hecho, porque de ser ello así, implica la ejecutoria no sólo de dicha providencia, sino de aquella por la cual se está discontiendo, y por tanto no tendría sentido el recurso de hecho.

Débase entonces insistir en la determinación lógica tomada por la norma procesal, artículo 174, al disponer que los autos que niegan los recursos de apelación y de casación son notificables, precisamente para evitar la ejecutoria del auto que se ataca y de esta manera propiciar el trámite efectivo del recurso de hecho, que de no ser así no tendría razón de ser ante la inmodificabilidad de decisiones ejecutoriadas contra las que no es susceptible la interposición de ningún recurso.

Tampoco es cierta la afirmación que en dicho auto se hace en cuanto que la apelación no fue sustentada, por el contrario considera la Sala que el recurso tiene una mayor sustentación que la providencia que se recurre, porque en el memorial por medio del cual se interpone la alzada se dice que el dicho de la encartada no tiene fundamento en el sentido de sostener que fue el denunciante quien le dio el esqueleto del cheque para que lo firmara, porque considera el recurrente que dicha conducta no tendría razón de ser pues quien así actuara se estaría autoestafando, situación que considera absurda.

Sostiene además que la sindicada tiene proceso en otros juzgados y que debe tenerse tal situación como un antecedente negativo contra la misma.

Finalmente expone que existen declaraciones dentro del proceso que la señalan como autora del ilícito. El auto recurrido, por el

contrario, si carece realmente de las más elementales motivaciones, porque se limita a afirmar que vencido el período de reapertura de la investigación "se decretará cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación" y más adelante que "no se encuentra en el sumario prueba idónea de que se haya cometido el hecho punible. Ocurre lo mismo con el segundo requisito, ya que los testimonios incriminatorios son confusos y no forzan al despacho a pensar que ciertamente se ha violado o no el artículo 357 del Código Penal".

El Juez aquí denunciado se limita a hacer una concisa enumeración de los medios de convicción existentes en el proceso, sin siquiera hacer un breve resumen de su contenido y menos aún realizar las consideraciones pertinentes para sustentar su afirmación de que "los testimonios incriminatorios son confusos..." Es tan falto de sustento el auto recurrido, que ni siquiera hace un resumen de las pruebas practicadas en el período de la reapertura y menos hace su respectivo análisis para concluir de acuerdo a ello si la situación probatoria existente en la primera calificación se modificó o no con las nuevas pruebas practicadas; y si el auto carece de motivación, "...tampoco pueden exigirse argumentaciones jurídicas y fácticas que desvirtúen las del Juez, cuando no hay que cuestionar, pues es imposible imponerle al apelante la insólita obligación de crearlas" como sostiene el Fiscal de la Corporación.

Pero como ya se había sostenido con anterioridad, considera la Sala que de manera sucinta el recurrente si sustenta el recurso y con mayores fundamentos que los de la providencia que se ataca que como se ha visto carece completamente de motivación.

En las condiciones anteriores y como bien lo sostiene el Fiscal de la Corporación es necesario que se revoque el cese de procedimiento y en su lugar se reabra la investigación, para que se practiquen las pruebas insinuadas por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y las que considere pertinentes la instancia, porque también en ello estando de acuerdo con el Fiscal, pese a la existencia de las irregularidades señaladas no existe claridad como para que se pudiera dictar una resolución de acusación contra el Juez procesado, pues es necesario profundizar sobre los aspectos anotados con una ampliación de indagatoria, de la misma manera es preciso determinar por los archivos de ese Juzgado si ese era el criterio seguido en otros procesos en los que se hubiera negado el recurso de apelación.

Son suficientes las consideraciones pertinentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Revocar el auto de cese de procedimiento dictado en favor del doctor Cristóbal Lozano Romero en su calidad de Juez de Instrucción Criminal Radicado de Barranquilla, sindicado de un presunto delito de prevaricato.

Ordenar la reapertura de la investigación, por el término legal, para que se practiquen las pruebas indicadas por el Fiscal de la Corporación y todas aquellas que fueren necesarias para el perfeccionamiento de esta investigación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nogués, Didimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONCURSO, DELITO COMPLEJO

No es delito complejo el uso de armas privativas de las Fuerzas Armadas en el curso de un hecho punible de hurto, se produce en este caso una lesión plural que estructura un concurso real

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Murio Mantilla Nougués.*

Aprobado: Acta número 032 de mayo 15 de 1990.

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a desafar el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Orden Público, según la cual confirmó y modificó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo de Orden Público de Bogotá, mediante la cual se condenó a *Odilio Morales Moreno*, a la pena de trece (13) años de prisión y multa por el equivalente a cincuenta y dos (52) salarios mínimos y al pago solidario de los daños y perjuicios causados con el otro condenado *Jairo Merchán Alonso*, por los delitos de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional, hurto calificado y lesiones personales, punibles en perjuicios de la seguridad y tranquilidad pública, el patrimonio económico de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Colmena" y *Eloy Palma López*, respectivamente.

Hechos:

Aproximadamente a las tres de la tarde del día 8 de abril de 1988, a la sucursal de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Colmena", ubicada en la carrera 7ª número 70-34 de esta ciudad, tres individuos portando armas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares, después de intimidar a los clientes que allí se encontraban y a los empleados de la citada Corporación, se apoderaron de la suma de \$ 690.698.25.

Al pretender huir los asaltantes en un vehículo Renault 9 se presentó un intercambio de disparos, en donde resultó herido uno de los coautores, *Jairo Merchán Alonso*, como también *Eloy Palma López*, oclador de un restaurante vecino. Los ocupantes del referido vehículo fueron perseguidos por una patrulla de la Policía Nacional, lográndose la captura de *Odilio Morales Moreno*, en el momento que

este individuo se apeó del automotor y pretendió evadirse, emprendiendo veloz carrera. De esa manera se logró el decomiso de una subametralladora marca Ingra, calibre 9 m.m. N-Sap 94025 con un proveedor y siete cartuchos y una granada de fragmentación BPR-423 Gren-Frag, que el procesado portaba.

Actuación procesal:

Con el denunció formulado por la gerente de la citada Corporación, señora Elsa Victoria Ocampo Mejía y los correspondientes informes policivos, el Juzgado 53 de Instrucción Criminal inició el correspondiente proceso penal. Después de oír en indagatoria a Morales Moreno y a Jairo Merchán Alonso se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva y se determinó que el procedimiento a seguir era el abreviado. Posteriormente mediante auto de mayo 7 de 1988 envió el proceso al reparto de los Juzgados de Orden Público, por tratarse de un delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (conforme al dictamen que obra al fl. 60), proceso que en ese orden fue adelantado por el Juzgado Décimo de Orden Público, Despacho que condenó a Morales Moreno a la pena de 17 años de prisión, decisión que fue modificada por el Tribunal Superior de Orden Público, rebajando la sanción a trece (13) años de prisión, como responsable de los delitos citados. De igual manera fue condenado Jairo Merchán Alonso, a quien el Tribunal le confirmó la pena impuesta de 13 años de prisión.

Los procesados impugnaron la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Orden Público, recurso que fue declarado desierto en relación a Jairo Merchán Alonso, al no haberse presentado la demanda en tiempo oportuno.

La demanda de casación:

El apoderado de Odilio Morales Moreno, recurre con fundamento en el cuerpo primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal "cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Formula contra la sentencia un cargo, aplicación indebida de los artículos 26, 350-1 del Código Penal y 13 del Decreto 180 de 1988. Lo fundamenta en el hecho de que el Juzgador de segunda instancia condenó al procesado por los delitos de hurto calificado mediante la violencia empleada contra las personas o cosas y el porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía, desconociendo la figura del delito complejo, cuando el agravante deducido en el hurto-violencia empleada contra las personas o cosas, conlleva el porte de armas.

Precisa el censor "que el delito complejo se presenta cuando la misma ley ha integrado un tipo delictivo como elemento constitutivo de otro o como circunstancia agravante de su punibilidad. Significa entonces que cuando un hecho que de por sí mismo constituye delito es considerado por una disposición legal, elemento constitutivo o cir-

cunstancia agravante de otro delito se aplica solamente la disposición referida". La naturaleza del delito complejo se caracteriza por una reunión de varios delitos en uno solo.

"El delito compuesto como también se lo llama, es un delito simple o circunstanciado que está constituido con el material de otro delito".

Demanda en conclusión que, la pena deducida a su poderdante fue mal aplicada y por lo tanto debe ser corregida.

Concepto de la Delegada:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al apartarse de los planteamientos del censor, considera que el artículo 350 en su numeral 1º, no consagra el empleo de armas, como circunstancia agravante, por lo que si ellas se emplean, se presenta el fenómeno concursal, en cuanto se trata de lesiones a intereses jurídicos diferentes, descritos en tipos penales diversos "cuya aplicación simultánea no se excluye porque el uno no comprende el otro".

En ese orden solicita de la Sala, no casar la sentencia recurrida, por cuanto es indiscutible el concurso de hechos punibles, tal como lo consideraron los Juzgadores de primera y segunda instancia.

Consideraciones de la Sala:

El delito complejo se presenta cuando un hecho se puede adecuar a varios tipos penales que se excluyen, por lo cual se habla de un concurso aparente de delitos, de normas o de leyes, o de tipos y refiriéndose a esta última denominación, que considera el profesor Reyes Echandía más técnica, afirma se estructura "cuando un mismo hecho parece simultáneamente encuadrarse en dos tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el Juez no pudiendo coetáneamente aplicarlos, porque violaría el principio 'non bis in idem', debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua exclusivamente el caso en estudio" (Autor citado, la Tipicidad, 5ª ed., 1981, pág. 302, Universidad Externado de Colombia).

En otras palabras, se presenta el concurso aparente cuando una conducta parece adecuarse a varios tipos penales que se excluyen entre sí. De otra parte sabido es, que el problema jurídico planteado, se resuelve por la aplicación de uno cualquiera de los principios conocidos, esta es, el de alternatividad, el de especialidad, de subsidiariedad o el de consunción.

Al punto en cuestión se tiene: El artículo 13 del Decreto 180 de 1988 tipifica la conducta de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional" bajo el siguiente texto: "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..." Es este uno de los tipos de mera conducta, en donde el delito se consuma

por la realización del comportamiento, sin tener en cuenta resultado alguno. En consecuencia, el solo hecho de portar armas de uso privativo de las Fuerzas Militares es delito. De igual modo es un tipo compuesto, en cuanto en la descripción de la conducta el legislador empleó varios verbos rectores, en donde cada uno de ellos, analizados independientemente, permite individualizar comportamientos autónomos. Esta clase de tipos ha dicho la Corte "desde el punto de vista formal, se ubican de los llamados tipos de formulación causista, tipos compuestos o de conducta alternativa, denominados también por *Beling* como tipos de hipótesis fungibles. Cuando el legislador usa tal clase de tipos no es menester que se realice todos los verbos para que se cumpla el proceso de subsunción" (Casación de septiembre 2 de 1986, Magistrado ponente doctor *Lisandro Martínez Zufiga*).

Es clara entonces, que el delito tipificado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 se consumó con el solo hecho de portar el sujeto agente, armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional —una subarmetralladora con su correspondiente procedor y proyectil, más una granada de fragmentación—; en ese orden se presenta el concurso de hechos punibles cuando el sujeto agente mediante el empleo de violencia contra personas o cosas, se apoderó de dinero, en calidad de coautor, de la citada Corporación de Ahorro y Vivienda, consumando el delito de hurto calificado, toda vez que, como lo anota la Delegada, en el artículo 350, numeral 1º del Código Penal, la circunstancia que califica el hurto es la violencia empleada contra las personas o cosas, que respecto de aquella bien puede ser moral o física. Contiene la violencia una agresión con el fin de vencer la resistencia que en un momento pueda presentar la víctima u un tercero, pero no necesariamente ella debe realizarse mediante el empleo de armas, sino con la utilización de otros medios con los cuales el sujeto pasivo se oponga al apoderamiento.

En este punto con razón la delegada sostiene: "Entre las circunstancias de calificación que describe el artículo 350 del Código Penal, no figura el empleo de armas, luego resulta impropio pretender incluir dentro del numeral primero, que se refiere a la 'violación sobre las personas o las cosas', el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional".

"La violencia que califica el hurto puede ser sin utilización de armas, o con armas cuyo porte no esté previsto como delito. Pero si se utiliza un arma cuyo porte está tipificado como punible, no hay duda de que existe concurso, pues se trata de lesiones a intereses jurídicos diferentes, previstos en tipos diversos cuya aplicación simultánea no se excluye porque el uno no comprende el otro".

Surge indiscutible el concurso de hechos punibles a términos del artículo 26 del Código Penal, cuando el sujeto agente con una o varias actuaciones u omisiones infringe la misma o diferentes disposiciones de la ley penal.

De esta manera las acciones del sujeto agente se adecúan a dos tipos penales diferentes, como son el descrito en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 y el hurto calificado (art. 350-1 del C. P.), toda vez que ellos se encuentran descritos en forma independiente, de tal

suerte que cada uno de ellos logra una total adecuación a los diferentes tipos penales en concurso, lesionando de esa manera bienes o intereses jurídicos diversos, esto es, la seguridad y la tranquilidad pública y el patrimonio económico; razón por la cual, mal puede aplicarse al caso concreto el concurso aparente de tipos, cuando ellos en la adecuación pertinente no se excluye entre sí.

El delito complejo se presenta, siempre y cuando exista una acción que se adecúe a la descripción de varios tipos penales, y en el caso de autos, con claridad meridiana se tiene la configuración de dos comportamientos diferentes, de un lado, el porte de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares, conducta de especial gravedad que el legislador erigió en tipo penal en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, por los difíciles momentos políticos que vive la Patria, y de otro delito de hurto calificado por el empleo de la fuerza o la violencia contra las personas o cosas, cuando ésta, como se anotó, no necesariamente implica la utilización de esta especial clase de armas de fuego.

Es tesis dominante en la doctrina que la unidad de acción que estructura el delito complejo, conlleva una finalidad y en cumplimiento de ella se lesiona o pone en peligro tan sólo un interés o un bien jurídico que el Estado considera digno de tutela; cuestión que no se da en el caso sub iudice, cuando de una parte del artículo 13 del citado decreto tutela la seguridad y tranquilidad pública, mientras que en el delito de hurto se protege el patrimonio económico, y ello es tan claro, que el legislador al describir el porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional, con ello no está tutelando el patrimonio económico; luego ante la plural lesión se estructura un concurso real de hechos punibles.

En tales circunstancias el cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carraño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Graúdo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougés, Edgar Sauvedra Rojas, Dídimo Páez Velandía.

Rafael J. Cortés Garnica, Secretario.

PROCESADO

El sujeto frente al cual se promueve la correspondiente acción, debe hallarse legal y debidamente identificado e individualizado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0032.

Vistos:

Corresponde a la Corte decidir el recurso de casación propuesto por el apoderado de *Alberto Guerrero Pineda*, contra la sentencia del veinte (20) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), mediante la cual el Tribunal Superior de Valledupar al resolver el grado especial de consulta, confirma la providencia dictada por el Juzgado Cuarto (4º) Superior de la misma ciudad que condenó a cada uno de los procesados *Luis Humberto Castro Guerrero* o *Luis Alberto Castro Guerrero* y *Efraín Gutiérrez Bernal* a la pena principal de treinta (30) años de prisión más las accesorias correspondientes como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado consumado en las personas de *Jorge Enrique Restrepo Suárez*, *Andrés Jacobo Lacouture Castañeda*, *Jaime Osorio Pertuz*, *Mariano Osorio*, *Rafael Antonio Mojica Mendoza*, *Edgar Rafael García Vega* y *Olga Ditta Suárez*; lesiones personales en *Rafael Joaquín Gutiérrez Acosta*, *Jorge Gutiérrez Añez*, *Pedro Daza Argote*, *Benjamín Santa* y *Adelmo Zabaleta*; y hurto de la camioneta de propiedad de *Jaime Díaz*, conductas cometidas en concurso delictual heterogéneo y sucesivo.

El recurso fue admitido y la demanda se declaró ajustada conforme a las prescripciones de ley.

Hechos:

En horas de la mañana del día dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en la localidad de La Jagua de Ibirico, sita en la zona central del Cesar, algunas personas que integraban una brigada de salud y que se habían desplazado de la capital del departamento con la mira de inaugurar una unidad odontológica, se hallaban departiendo en el restaurante "La bomba" de propiedad de *Olga Ditta Suárez*. Encontrándose allí hizo su aparición *Jacobo Lacouture* —quien según antecedentes conocidos se había

dedicado al tráfico de marihuana— siendo invitado por el doctor Restrepo Suárez a integrarse al grupo, convocatoria que aquél aceptó no sin antes despedir a varios de los escoltas que le acompañaban. Cerca de la diez (10) de la mañana, de improviso, arribó al lugar una camioneta F-350, de color blanco, carrocería de estaca con franja roja, de la cual bajaron algunos individuos que procedieron a disparar indiscriminadamente contra los contertulios dando muerte a Jorge E. Restrepo S., Andrés Jacobo Lacouture C., Jaime Osorio P., Mariano Osorio, Rafael A. Mojica M., Edgar R. García V. y Olga Dilla Suárez. Así mismo y a raíz del cruento ataque resultaron lesionados de alguna gravedad Rafael J. Gutiérrez A., Jorge Guerra A., Pedro Daza A., Benjamín Sarta y Adelmo Zabaleta.

No está de más agregar que el automotor donde se transportaban los codeincuentes había sido sustraído ilegalmente y que el cadáver de Lacouture presentaba más de cuarenta (40) impactos, presumiéndose fundadamente que la agresión iba dirigida contra él, dadas las circunstancias que había adquirido de tiempo atrás con algunos cultivadores y traficantes de estupefacientes.

Actuación procesal:

La investigación estuvo, en principio, a cargo del Juzgado Promiscuo Municipal de La Jagua de Ibirico, pasando luego al Juzgado Oclavo (8º) de Instrucción Criminal —Ambulante— de Cesar, quien la perfeccionó. El Juzgado Cuarto (4º) Superior de Valledupar calificó el sumario con subsiguientes sobreseñamientos temporales y al surtirse la consulta del último, el Tribunal Superior de dicho Distrito con fundamento en prueba testimonial e iniciaria consideradas suficientes revoca la decisión adoptada respecto de tres (3) de los sujetos implicados para vocarlos a responder en juicio criminal por los delitos de homicidio agravado, lesiones personales y hurto calificado y agravado, siendo estos, Luis Humberto o Luis Alberto Castro Guerrero, Efraín Gutiérrez Bernal y otro a la postre absuelto. Con fundamento en el proveído enjuiciatorio se inició y adelantó la causa que bien pronto desembocó en diligencia de audiencia pública. Interrogado el jurado acerca de la responsabilidad de Castro Guerrero —a quien se juzgó en contumacia— los integrantes del Tribunal Popular respondieron afirmativamente. El Juez del conocimiento acogió la veredicción y con apoyo en esta respuesta y en los elementos de convicción conocidos en el proceso, dictó la sentencia de condena que posteriormente fue confirmada por el Tribunal con las enmiendas allí plasmadas.

La demanda:

La censura a la determinación de segunda instancia la formula el recurrente con base en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por estimar, que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al nombre o apellido de la persona responsable. En apoyo de sus aseveraciones anota:

“... En puridad de verdad, honorables Magistrados, en el proceso *sub júdice*, no se encuentra demostrado que la persona capturada ses

exactamente la misma que señala el proceso como el responsable de los delitos de homicidio y lesiones, de que dan cuenta los autos..."

"...Lo que es más aún: Si lo que se pretende y se busca es que no vaya un inocente a cargar con la pena a que se ha hecho merecedor quien, debidamente identificado a través de todo el proceso, es el verdadero acreedor a ella. El error consiste, como bien lo anotó la Corte en auto del 15 de junio de 1982 con ponencia del Magistrado ponente (sic) doctor Alvaro Luna Gómez es que se vincule al proceso a un presunto autor o partícipe, que no haya sido plenamente identificado, o que se formule pliego de cargos (llamamiento a juicio) contra una persona diferente al verdadero autor. ...Pues bien: Aquí en el caso *sub examine*, se trata de un error de individualización, pues no se acreditó ni en el agilzamiento (sic) sumarial y menos aún en el plenario, que mi defendido señor Albeiro Guerrero Pineda sea la misma persona a que (sic) se le acusa de haber realizado los reatos investigados..."; claro vicio de nulidad pues "...ni siquiera contra Luis Humberto Castro Guerrero o Luis Alberto Castro Guerrero, se pudo argumentar que probatoriamente estén identificados como los verdaderos autores de los ilícitos investigados...no hay plena prueba alusiva a la identidad de los verdaderos autores del designio criminal..."

Falla, adversa, el trámite a partir del auto calificadorio por quebrantamiento del artículo 210, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal, al incurrirse en error relativo al nombre o apellido de la persona responsable, sin que se concretara la individualización de los implicados, fracasando la instrucción en este aspecto y por el no logro de la aprehensión de aquellos para posibilitar reconocimientos.

Que ante tales inconsistencias, el fallador de segunda instancia ordenó expedir copias para indagar una presunta falsedad, proceso aún en estado de gestación por lo que "...cualquier pronunciamiento sobre este hecho mientras no se haya dictado sentencia condenatoria, sería apriorístico y sin sustento legal... (fls. 8 y ss., cuaderno de la Corte).

Concepto del Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal:

Solicita el señor Agente del Ministerio Público a la Corte no casar la sentencia recurrida al estar mal utilizado el recurso extraordinario, destacando, en su concepto, que no existe la menor incertidumbre acerca de que Luis Humberto o Luis Alberto Castro Guerrero participó en los sucesos delictivos a que se contrae la investigación y que la persona capturada con la cédula de ciudadanía porteneciente a Albeiro Guerrero Pineda, es el mismo individuo primeramente citado (fls. 8 y ss.).

La Corte:

I. Con estribo en la causal cuarta (4ª) de casación —conforme al rito anterior— el impugnante deprecia la invalidación de la sentencia de mérito y consecuentemente pide la declaratoria de nulidad a partir del pronunciamiento del auto calificadorio. Fundamenta la censura el

actor en el motivo de ineptitud legal prevenido en el numeral 5º del artículo 210 del estatuto procesal derogado, específicamente por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al nombre del acusado pues que según los términos de su discurso su poderdante ante la Corte es persona distinta a la conocida con los nombres de Luis Humberto o Luis Alberto Castro Guerrero y como no existe prueba que indique que se trata del mismo individuo a quien la justicia llamó a responder en juicio criminal, siendo el verdadero nombre de su representado, Luis Albeiro Guerrero, nada tiene que ver éste con aquél. Advierte, por último, que a virtud de las serias deficiencias averiguatorias que acusa el expediente subsiste grave error de individualización o identificación respecto a los reales o verdaderos responsables del concurso delictual investigado.

II. *Hay, por de pronto, que evocar que en los procesos penales el sujeto frente al cual se promueve la correspondiente acción, deba hallarse legal y debidamente identificado e individualizado de manera y forma que el poder-deber esencial del Estado a imponer sanciones recaiga —sin escrupulosidad ninguna— sobre quien trasgrede el ordenamiento y no respecto de quien por una identificación precaria o circunstancial aparece como mero sospechoso de un delito. La distinción es válida, para de alguna manera decirlo. La atribución del punible a alguien —adoctrinó recientemente la Corte— "...no es asunto de poca monta o de subalternas consideraciones so pena de patrocinar iniquidades sin fin. La certeza que el imputado sea la persona responsable del hecho y sus circunstancias es entendimiento que resulta inane destacar por ser bien conocido. La pretensión punitiva debe alcanzar, no al mero sospechoso o al supuesto o hipotético autor del injusto, sino al responsable genuino o real de este acto punible. Un error de esta naturaleza gravita sobre objetivos ciertos e ineluctables: Que por razones confirmadas el sujeto llamado a juicio y luego condenado no sea el mismo autor o participe del ilícito que gratuitamente se le adjudica. Por lo que si en el expediente no deviene con la fuerza de lo verídico o auténtico razones para hesitar de la identidad del acusado-autor del hecho, el reproche está llamado a fracasar..." (Sentencia de julio 11 de 1989, Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez).*

III. Y bien:

a) A pesar que el casacionista protesta por falta de prueba y error en la individualización, bien claro aparece que el ataque a la sentencia tiene como fundamento la afirmación de que el individuo capturado con la cédula de ciudadanía número 88.141.169, a nombre de Albeiro Guerrero Pineda, no es la misma persona condenada y llamada Luis Humberto o Luis Alberto Castro Guerrero. No está en lo cierto. Con definidas características de verdad se constató en el expediente que el aprehendido con el dicho documento de identidad —el mismo que recurre en casación— no es otro distinto a Luis Humberto o Luis Alberto Castro Guerrero (conocido con los remanques de "cejita" o "beto"), quien fuera uno de los copartícipes de la masacre de que da cuenta el proceso. Los testimonios de Zaida Castro Guerrero (fl. 1391) y Alix María Guerrero de Castro (fl. 1394), en su orden, hermana y madre del acusado, amén de las deposiciones

de Miguel Ignacio Sierra (fl. 105), Carmelo Mendoza Hernández (fl. 114) y Amparo Carvajal Posso (fl. 347), entre otras muchas, no dejan resquicio ninguno de duda sobre el comentado aspecto que se ofrece como incuestionable, con el contenido y alcance que en su momento reconoció el Tribunal. Por cierto que la orden de captura (fl. 137) fue librada con apuntes y detalles muy precisos y exactos; y, del mismo modo, se ordenó el emplazamiento (fl. 340), produciéndose en su momento el auto de llamamiento a juicio (fl. 1092);

b) Importa recordar que la Registraduría Nacional del Estado Civil adujo fotocopias auténticas de las tarjetas decadastrales de las cédulas de ciudadanía expedidas a Luis Humberto Castro Guerrero, con datos distintos sobre fecha, lugar de nacimiento, estatura, señales particulares, etc., la primera solicitada en Valledupar y la última en "Media Luna San Diego", una y otra con la fotografía del mismo individuo. Por lo demás y ante la evidente falsedad de uno de los documentos públicos y la constancia de la doble y fraudulenta cedulación, la Registraduría informa que una de las cédulas está en proceso de cancelación (fl. 1141);

c) De otra parte, contundentes y asaz conclusivas son las notas del informe técnico proferido por el Departamento de Policía Cesar, visible a folios 1399 a 1403, donde se determina científicamente que:

"...la persona retenida por personal de la Policía Nacional, adscrito a este Departamento de Policía, el día 6 de octubre en esta ciudad y que dijo llamarse *Albeiro Guerrero Pineda*, quien se identificó con la cédula de ciudadanía número 88.141.169 de Ocaña —Norte de Santander—, es la misma persona a la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil en San Diego, Cesar le expidió la cédula de ciudadanía número 12.490.736 de Media Luna, Cesar a nombre de *Luis Humberto Castro Guerrero*, a quien lo apodan '*El Cefilas*' y es solicitado por el Tribunal Superior de Valledupar y el Juzgado Octavo de Inscriminal de Valledupar, por los delitos de homicidio, lesiones personales y hurto...";

d) Ni es tampoco de escasa monta la afirmación —procesalmente demostrada en el acto *sub exámine*— de que Castro Guerrero se hacía pasar por Albeiro Guerrero Pineda y con esos nombres y en posesión de la cédula de ciudadanía número 88.141.169 que virtualmente así lo acreditaba fue capturado por las autoridades de la SIJIN-F.2;

e) Finalmente, conviene apuntar que el error descrito en el libelo nada tiene que ver con la identificación o individualización del sentenciado en el proceso bien que hace relación a que el aprehendido no se corresponde con aquél. Y —como correctamente lo anota la Delegada— si por cualquier despropósito se captura a una persona que no es solicitada por la justicia, no es necesario ni ello procedente recurrir en casación pues basta demostrar a la autoridad competente la equivocación sufrida para que el individuo recobre de nuevo su libertad.

IV. En compendio: Queda a ojos vistas cierto que no existen vacilaciones ni perplejidades en los folios en redor de la identidad del imputado condenado ni el menor asomo de indeterminación acerca de la legalidad de las circunstancias identificatorias en que se produjo

su reconocimiento pues se probó hasta la fatiga que fue él y no otro el que participó activamente y como uno de los coautores materiales en los sucesos delictivos reseñados. Las comprobaciones probatorias enderezadas a tal fin por su sólida eficacia e incidencia incriminatoria no pueden desestimarse sin razones válidas ni proposiciones vinculantes, no obstante el raciocinio contrario del casacionista.

Inane, por tanto, la censura.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Denegar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Civaldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dámino Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garrido, Secretario.

CONFESION. FLAGRANCIA

No puede decirse cerradamente que la flagrancia sea incompatible con la disminuyente propia a la confesión, pero el juzgador debe ser más exigente que en los casos donde media esa circunstancia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 32 de mayo 15 de 1990.

Vistos:

Se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Orden Público (abril 25 de 1989), mediante la cual, por aplicación del artículo 13 del Decreto 180 de 1988, se impuso a *Jorge Isaac Escobar y Héctor Jairo González Castañeda*, la pena principal, para cada uno de diez (10) años de prisión.

La impugnación fue admitida en auto de veintisiete de junio del año próximo pasado, y, en cuanto a las dos demandas, estas se apreciaron como ajustadas a las formalidades de ley, en proveído de veintiocho de noviembre del mismo año.

Hechos y actuación procesal:

Así los relaciona el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

“... Los servicios de inteligencia del Batallón del Ejército denominado ‘La Papa’, acantonado en Valledupar, Cesar, establecieron que en el inmueble de la carrera 4ª número 3-18 de la mencionada ciudad se fabricaban, reparaban y conservaban armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, y a instancia de su Comandante el Juzgado Primero Superior de Orden Público con sede en la localidad, mediante auto de diciembre 14 de 1988, dispuso el allanamiento y registro, comisionando para ello al Mayor Alberto Morales Piedrahita.

“La diligencia se practicó el mismo día, estableciéndose que se trataba del taller de propiedad de los señores Héctor Jairo González y Jorge Isaac Escobar, socios entre sí, quienes fueron capturados en el acto al hallarse en su poder un revólver Magnum calibre 44,

varias escopetas hechas, un marco para subametralladora, cachas para revólver, escopeta y ametralladoras, proveedores, vainillas y municiones de diferentes calibres y herramientas y accesorios para la fabricación o reparación de armas de fuego (fl. 9).

“Los inculcados, al rendir indagatoria, aceptaron que el ejército encontró en su poder las armas y elementos relacionados en la respectiva acta de la diligencia de allanamiento y registro, explicando que como socios explotaban el taller en el ramo de la ornamentación, sin que jamás se hubiesen prestado a reparar o fabricar armas, precisando ambos que el revólver Magnum pertenece a Jorge Isaac Escobar y que las demás armas y accesorios fueron dejados allí por terceros desconocidos que solicitaron pintura y reparación, a lo cual se negaron, prometiendo estos que posteriormente volverían a retirar sus pertenencias. Los dos inculcados aluden a que mutuamente tenían conocimiento de la situación.

“Algunos de los militares que intervinieron en la práctica de la diligencia rindieron declaración jurada, ratificando los hechos y dando cuenta de que el mencionado revólver, el marco y otros accesorios para subametralladoras, y algunas de las municiones o cartuchos, corresponden a armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, lo cual corroboró el perito oficial designado por el Juzgado para tal efecto, fundando su dictamen en las pertinentes normas legales.

“Perfeccionada la investigación, se corrió traslado a las partes para alegar y sobrevino el fallo de primer grado, que pretendió hacer efectivo un concurso delictual, aumentando la pena mínima en un año, pero el *ad quem* redujo la pena privativa de la libertad a diez años de prisión. Ninguna de las dos decisiones hace referencia a la eximente de punibilidad por colaboración eficaz.

“Cabe observar que se dio estricto cumplimiento al procedimiento especial consagrado en el Decreto 180 de 1988 (Estatuto Antiterrorista)...”

Las demandas:

Las dos corresponden a una idéntica confección y de ahí que basta una sola referencia de su contenido así como una única respuesta.

Se invoca el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, en su primera causal al considerarse que el fallo atacado evidencia una “violación indirecta de la ley sustancial, por falta de aplicación o exclusión evidente de la misma, a causa de errores manifiestos de hecho”.

Y precisándose el cargo, se anota: “...el *ad quem*, permitió (cercenó) el contenido objetivo de la confesión hecha desde la primera versión por (los procesados) teniéndose tal confesión como elemento de convicción fundamentador del fallo condenatorio y no obstante no se le reconoció el eximente de punibilidad de que trata el artículo 6º del Decreto 2490 de noviembre 30 de 1988, reformativo del artículo

37 del Decreto 180 de 1988, aplicable al caso, de conformidad con el principio constitucional de favorabilidad consagrado en el artículo 26 de la Carta y el 6 del Código Penal”.

También se adiciona la referencia a los artículos 295 a 297 y 300 del Código de Procedimiento Penal.

Después de transcribirse buena parte de las injuradas de Escobar Tuirán y González Castañeda, se concluye que los dos sentenciados manifestaron acordemente que el taller era de propiedad de ambos, que allí se encontraron diversas armas y elementos relacionadas con las mismas, que el revólver Magnum 44 era de Escobar Tuirán, quien lo tenía desde años atrás.

Esta situación lleva al memorialista a destacar que: “Es indudable que nos encontramos frente a una confesión calificada, puesto que el procesado admitió haber participado en los hechos objeto de investigación, aun cuando con agregados de mala disculpa o ineficaz justificación, pero de todas maneras confesión no sugerida, que encontró soporte en otras constancias procesales (art. 297 del C. de P. P.). Para apreciar la confesión y determinar su mérito probatorio, el Juez tendrá en cuenta los principios de la sana crítica sobre el testimonio (arts. 300, 295 del C. de P. P.) principio que ya estaba consagrado por la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, en vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal, así: ‘La confesión la tienen algunos como una simple presunción de verdad; otros como un indicio, y, los más consideran que su naturaleza se confunde con la del testimonio, residiendo su carácter esencial en la oralidad efectiva, o cuando menos, potencial. De este último pensar ha participado la Corte al sostener que la confesión, como prueba oral que es, está sujeta a los mismos requisitos, análisis y valoración que la ley le otorga a la prueba testimonial’ (Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez, marzo 7 de 1986). La credibilidad de la confesión debe apreciarse teniendo en cuenta las normas de la sana crítica, y, especialmente las condiciones personales y sociales del deponente, las de las cosas a que se refiere el declarante, las circunstancias en que haya percibido lo que relata y aquellas en que se haga la exposición (art. 295 del C. de P. P.)...”

Se insiste, así mismo, que estas manifestaciones tienen que entenderse como confesiones, tan eficaces que vinieron a constituirse en fundamento de la sentencia de condena y también alienta comentarios sobre los aspectos de flagrancia y confesión, confesión simple y calificada, para deducir la procedencia de la diminución en estas dos hipótesis.

Se remata la alegación anotándose, que los procesados al verse sorprendidos por las autoridades militares y ante la inminencia de una posible condena, optaron “por facilitar los medios conducentes a una rápida y próspera administración de justicia en la que se obtuviera, como se obtuvo de manera fácil, ágil, oportuna y efectiva la pretensión punitiva estatal, basada precisamente en la sincera confesión que en la primera versión hiciera el imputado y que a la postre resultara suficiente para condenar como se trasluce del acervo probatorio (acta de allanamiento, indagatoria del procesado, inspección

judicial, testimonio de Héctor Jairo González Castañeda y el experto técnico), y se deja ver en la sentencia de segunda instancia, parte considerativa, cuando dice la honorable Sala: 'Considera la Sala, que a pesar de que el experto fue rendido por un técnico dactiloscopista, la característica del arma incautada (revólver Magnum) y, sobre el cual, Héctor Jairo González Castañeda (se refería a Jorge Isaac Escobar Tuirán) admitió que era de su propiedad, así como en la...'; se observa cómo la mencionada admisión fue tenida en cuenta solamente como elemento de convicción sobre la materialidad del hecho, lo cual es un indicativo de eficacia y utilidad de la versión que ante el señor Juez, rindiera el enjuiciado, quien no solamente admitió ser propietario del revólver Magnum, sino que admitió igualmente ser copropietario del taller en que fueron encontradas las armas y demás elementos, así como haber recibido las mencionadas armas para pintarlas, con lo cual se entronizaba en el punible, porque para los efectos cualquiera puede ser el título a que se tienen las armas. Si bien el procesado, tal vez con el ánimo de favorecerse un tanto, introdujo el elemento ajenidad y éste no resultó procesalmente probado, esta circunstancia no puede tener la virtud de restarle méritos a la evidente colaboración eficaz prestada al procesado. Tan eficaz resultó la confesión (se entiende que las de los dos sentenciados) que el proceso no sufrió interrupciones, ni demoras injustificadas, sus términos se cumplieron a cabalidad; no se hizo necesario recurrir a pruebas judiciales de difícil recepción, sino que por el contrario las practicadas contaron con la colaboración del procesado y sirvieron para confirmar lo que ya había manifestado el indagado; y fundamentalmente, se produjo la condena no solamente de Escobar Tuirán, sino, además la de su socio González Castañeda, con lo que se estima que el fin o propósito perseguido por la administración de justicia, se obtuvo en su integridad y particularmente con base en la actitud colaboradora del procesado. No obstante el Juzgador, perjudicando al procesado por errores manifiestos de hecho, inobservó algunas normas sustanciales cuya aplicación reclamaba de modo evidente el caso concreto".

Opinión del Procurador 1º Delegado en lo Penal:

Para éste, la demanda debe desestimarse por las siguientes razones:

1. Como el fallador sí consideró la manifestación del sentenciado, aunque le negó las consecuencias que quiere atribuirle el recurrente, la censura ha debido formularse como "error de hecho por falso juicio de identidad", que surge "cuando se tergiversa el contenido de la prueba dándole una alcance mayor o menor del que realmente tiene", alteración que no se dio en el caso de autos.

2. Debió acudirse a la "violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente".

3. La cuestionada eximente de punibilidad se posibilita "cuando la información aportada por el sujeto autor o partícipe de delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, sirve para aclarar los hechos y concretar la responsabilidad de otras personas que hubieren intervenido.

"Esto significa que el aporte debe ser de información nueva, que hasta ese momento desconozcan las autoridades, de tal manera que ayude a la investigación y de claridad sobre los hechos. Que el ya aprehendido suministre todos los datos necesarios para el descubrimiento de los demás partícipes y la determinación de su responsabilidad.

"En el caso de autos, Escobar y González fueron capturados en flagrancia y simultáneamente, aceptando cada uno la tenencia de las armas, lo que era evidente. Sus injuradas, además de tratar de justificar su responsabilidad mencionando a un desconocido, nada aportan al esclarecimiento de los hechos.

"Aplicando el método de interpretación teleológica, se concluye que la eximente se creó para recompensar a quien aporte datos que eficazmente conduzcan al descubrimiento de bandas de sicarios, terroristas, secuestradores, etc. Es una medida de política criminal que favorece al delator y sirve de instrumento en la lucha contra la criminalidad".

Consideraciones de la Sala:

Varios aspectos, de sumo interés, suscita tanto la demanda presentada como la réplica que suscribe la Delegada. La Corte se referirá, así sea sucintamente, a las reflexiones de mayor importancia:

A. Es verdad de perogrullo, olvidada por su elementalidad, que el primer esfuerzo intelectual, en estos afanes de la casación, se orienta a precisar la forma como la prueba objeto de censura ha sido considerada en el fallo respectivo. Desde aquí surge el camino que debe seguirse y la manera como debe manejarse la censura escogida:

B. En el caso *sub examine*, ciertamente las referencias en los fallos de primera y segunda instancia, en cuanto a las indagatorias de los procesados, resultan en extremo pocas y de menguada significación. Pero lo poco que al respecto se indica, y el aspecto se centra exclusivamente en la sentencia del Juzgado 1º de Orden Público de Valledupar, sí permiten inferir que las mismas tuvieron incidencia demostrativa en el fallo de condena emitido.

En el aparte segundo ("cómo se produjeron los hechos investigados y... la autoría de estos") se mencionan como elementos de prueba, la indagatoria de Héctor Jairo González Castañeda y la de Jorge Isaac Escobar Tuirán, así como sus correspondientes ampliaciones, "con fundamento en estas, se configuran sin lugar a dudas los ilícitos por los cuales se le inició la acción penal a los sujetos de marras, pues, de acuerdo a dichas pruebas, se observa claramente que los elementos estructurales de los delitos en alusión se han dado en su totalidad. "En lo investigado se estableció, por las pruebas existentes en el expediente, tales como el acta de allanamiento, las diligencias de indagatorias y la inspección judicial realizada, que los señores Héctor Jairo González Castañeda y Jorge Isaac Escobar Tuirán, violaron las normas antes mencionadas, ya que según se desprende del haz probatorio, dichos señores no solamente fabricaban y arreglaban armas de fuego de defensa personal, sino que las fabri-

caban y conservaban armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Además, como podemos observar, en el acta de allanamiento e inspección judicial, a los mencionados sujetos se les decomisaron herramientas y material suficiente para la fabricación de toda clase de armas de fuego.

“Lo anterior, no ofrece hesitación o discusión alguna, es la realidad objetiva que expresa el expediente”;

C. Quiere decir lo anterior que, las manifestaciones de González Castañeda y Escobar Fuirán, deben tomarse como fundamento de la sentencia condenatoria proferida contra ellos;

D. Pero lo que no se logra advertir por parte alguna, ni siquiera por leve insinuación o tangencial reparo, es por qué tales confesiones no se estimaron en el plano de la disminuyente que específicamente señala el Decreto 2490 de 1988, artículo 6º. Sobre esto particular hay absoluto silencio y hay que aventurar más de una hipótesis, pues es tan factible atribuir este vacío a la simple omisión (ligereza, ignorancia) como a que podía rehuirse ese efecto por razón de la flagrancia (como lo comenta perfunctoriamente la Delegada) o las características mismas de esos reconocimientos que, no daba para ser tomados como eficaz colaboración con la justicia en esta clase de delitos, aspecto ligeramente tocado por el Ministerio Público;

E. Si el juzgador sólo se ocupó de este elemento probatorio (confesión de los procesados), para tener el mismo como fundamento de la sentencia, pero lo desconoció olímpicamente en cuanto a que tal manifestación pudiera tener alguna incidencia en la dosificación de la pena, como disminuyente de la misma, obvio resulta que no se pueden acreditar circunstancias que impongan, o siquiera permitan, acudir a la violación de la ley sustancial por la vía directa. Lo evidenciable, entonces, es que se está en frente de un error esencial de hecho con nexo en la existencia misma de la prueba, pues la confesión obligaba a su análisis no sólo como fundamento de la condena, sino como fenómeno incidente en la punibilidad, bien para establecer una rebaja de la misma, bien para llegar al extremo de su exención. Y, esto, salvando algunas imprecisiones del memorialista, es lo que en definitiva cuenta en su demanda y lo que toma cuerpo en la misma como alegación atendible;

F. En este punto es necesario recordar el siguiente pronunciamiento de la Corte, al cual se le harán algunas observaciones complementarias, frente a la no muy coherente legislación ordinaria y extraordinaria, sobre la confesión y la colaboración con la administración de justicia, como factores reguladores de la pena. Dijo la Corte en fallo de 14 de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, con ponencia del Magistrado Jaime Giraldo Angel: “...1. La legislación penal ha venido introduciendo en los últimos años normas encaminadas a hacer más eficaz la justicia, creando incentivos para quien confiese el delito, denuncie a los coautores o partícipes, o dé informaciones que conduzcan a la captura de los procesados o condenados, utilizando para ello fundamentalmente las facultades de estado de sitio con una sucesión de normas a veces contradictorias, que dificulta establecer cuál es la aplicable a cada caso concreto.

"Con relación a la colaboración prestada por los procesados con datos que faciliten la identificación de los demás responsables del ilícito, se han dictado varias normas, cuyo estudio es necesario adelantar, para saber si la que considera aplicable el recurrente o su apoderado si estaba vigente para el momento de los hechos que motivan la petición.

"El artículo 34 de la Ley 2ª de 1984 estableció una rebaja de la pena de un tercera parte a la mitad 'al partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización de uno cualquiera de los comportamientos ilícitos previstos en este capítulo', es decir, extorsión y secuestro extorsivo que no tenga finalidad terrorista, pues este último delito y el terrorismo que estaban incorporados a dicho capítulo pasaron al conocimiento de los Jueces de Orden Público, quedando sometidos a una legislación diferente, como adelante se explica.

"Posteriormente el decreto de estado de sitio número 3673 de 1986, vigente desde el 19 de diciembre de ese año, en su artículo 8º dispuso que en los casos en que no hubiera flagrancia, si el procesado en su primera versión confesare el delito, la pena se le disminuiría en una tercera parte, y si de la confesión se derivare la condena de otro responsable, la pena se disminuiría hasta en la mitad. En el artículo 9º extendió estos beneficios al evento en que la confesión permitiera la ejecución de órdenes de captura.

"La rebaja de la pena prevista en el Decreto 3673 para el caso de la confesión fue incorporado como legislación permanente en el Código de Procedimiento Penal, que entró a regir el 1º de julio de 1987.

"Se expidió también en forma simultánea con el Código el Decreto de estado de sitio número 1199 de 1987, vigente a partir del 1º de julio del mismo año, que subrogó el Decreto 3673. Con relación a la rebaja de pena por razón de la colaboración prestada a las autoridades por los partícipes en el delito, consagró este derecho una disminución hasta de una tercera parte de aquella a quien fuere condenado, cuando los informes que suministren permitan la ejecución de órdenes de captura (art. 8º).

"Posteriormente por el Decreto de estado de sitio 180 de 1988 vigente desde el 27 de enero, y complementado por los Decretos 181 y 474 del mismo año, se creó una jurisdicción especial de orden público a la que se asignó el conocimiento de una serie de conductas estableciendo el primero de ellos en su artículo 37 una rebaja de la pena hasta de las dos terceras partes, e inclusive la extinción de la acción penal y el perdón judicial a favor de los que habiendo intervenido en un delito como autores copartícipes, suministraran información que permitiera el esclarecimiento de los hechos y la determinación de los responsables, pero limitando la aplicación de estos beneficios a las conductas a que el mencionado decreto se refiere.

"Después fue expedido el Decreto de estado de sitio número 3490 de 1988, vigente a partir del 30 de noviembre de ese año, en cuyo artículo 4º eliminó cualquier tipo de rebaja de pena para quienes cometieron algunos de los delitos señalados en el Decreto 180 y en su

artículo 6º sustituyó el artículo 37 de este último decreto, eximiendo de responsabilidad a quienes habiendo autores o partícipes de un ilícito, colaboraren con las autoridades para descubrir a los demás responsables, pero circunscribiendo el beneficio a los delitos de conocimiento de los Jueces de Orden Público.

"De las normas anteriores se concluye lo siguiente:

"a) En los delitos de extorsión y secuestro extorsivo que no tenga fines terroristas, de que conocen los Jueces Especializados, creados por la Ley 2º de 1984, se estableció una rebaja de pena de una tercera parte a la mitad, para el partícipe que primero aporte la prueba de la responsabilidad de las demás personas involucradas en el ilícito (art. 34 de la Ley 2º de 1984);

"b) En todos los delitos de que conocen los Jueces de Orden Público se excluye de cualquiera rebaja a los autores o partícipes de tales infracciones (art. 4º del Decreto 2490 de 1988), y se exime de responsabilidad a quienes colaboren con las autoridades en el descubrimiento de los demás responsables (art. 6º del mismo Decreto);

"c) En los demás delitos se concede una rebaja hasta de la tercera parte a cualquiera de los partícipes que sean condenados, cuando los informes que suministren permitan la ejecución de órdenes de captura (art. 8º del Decreto 1199 de 1987).

"En el caso que nos ocupa uno de los delitos por los cuales fue condenado el recurrente fue el de extorsión, por lo que se tendría derecho a que se aplicara la rebaja que depreca, si se dan los requisitos que la ley exige para ello.

"2. El artículo 34 de la Ley 2º de 1984, cuya aplicación echa de menos el recurrente dispone que tal beneficio se debe otorgar 'al partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización' de los ilícitos.

"En el caso en estudio aparece ser cierto que el procesado P.O. en su versión libre ante las autoridades que lo capturaron confesó su participación y dio informes precisos sobre los demás partícipes en el delito, según se desprende de la referencia reiterada que a este hecho se hace en las sentencias de primera y segunda instancias. Pero luego, con evidente falta de lealtad para con la justicia, niega no sólo su participación en los hechos, sino que dice desconocer a las demás personas que participaron en su ejecución, en un afán ostensible por impedir el esclarecimiento de los mismos.

"Si para conceder el beneficio se requiere que el peticionario haya sido el primero que aporte 'la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas', es evidente que en este caso tal requisito no se ha cumplido pues si su versión inicial puede considerarse como un indicio de responsabilidad de los partícipes en el delito, él mismo trató de desvirtuarlo al negar en forma reiterada lo que en dicha versión había manifestado".

En la confesión no sólo es dable detectar fenómenos de índole probatoria, aspecto el más comúnmente considerado por la legislación,

sino fenómenos de índole distinta, v.gr., descubrimiento de acciones de terceros pero que en cierta forma se relacionan con la actividad delincinencial de quien confiesa, o aspectos psicológicos que pueden aludir a motivaciones de la conducta o a variantes en la personalidad (arrepentimiento) después de realizada ésta, fenómenos que también pueden considerarse, en un momento dado, en forma benévola a los fines de la pena. De ahí, entonces, que no pueda decirse cerradamente, que la flagrancia sea incompatible con la disminuyente propia a la confesión.

En este campo, lo primero que debe hacerse es determinar el sistema acogido por el legislador y así es dable observar, en nuestro medio, que el Decreto 3673 de 1986, artículo 8º antecedente del actual artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, se adscribe a la tendencia de hacer inconciliables flagrancia y confesión; pero, a otro patrón jurídico-político obedecen la Ley 2ª de 1984, artículo 34 (pruebas de responsabilidad de los demás partícipes en los delitos de extorsión y secuestro extorsivo, el Decreto 1999 de 1987, art. 8º) (Condenado que con sus informaciones permita la ejecución de órdenes de captura), o el Decreto 2490 de 1988, que sustituyó al artículo 37 del Decreto 180 de 1988.

Pero cabe agregar que, aún dentro de un sistema en el cual se considere como situaciones repelentes la flagrancia y la confesión, es dable atemperar el rigor de esta tesis, señalando que el gravamen de la flagrancia sólo debe alcanzar lo que ella misma cubre, esto es, lo que ella establece por sí, porque todo aquello que a la misma escapa y se demuestra mediante la confesión debe atraer los beneficios de atenuación previstos por la ley. En este orden de ideas si a Juan y a Pedro se les sorprende en la comisión de un delito y la norma aplicable a los fines de la comentada disminuyente hace inconciliables confesión y flagrancia, obviamente que esta restricción opera en cuanto a los aspectos comunes para la confesión y la flagrancia, pero no a aquellas informaciones que esclarezcan lo que esta última no ha logrado revelar, o lo que la primera aporte como valioso medio para la ejecución de capturas, o la determinación de otros partícipes que no pudieron o no podían ser sorprendidos en la ejecución del delito. Estos eventos, así se rocen con la flagrancia, no están excluidos del analizado beneficio.

No está por demás anotar que, dándose un fenómeno de flagrancia, el juzgador, a los fines de conceder una disminuyente de pena, debe ser más exigente que en aquellos casos en los cuales no medió esta circunstancia. Esto resulta lógico porque en el primer evento se cuenta con elementos adecuados de conocimiento que deben ser superados en importancia, precisión y claridad por el confesante, al paso que en el segundo es dable atribuir más generosamente consecuencias efectivas a precarias o relativas manifestaciones del procesado que por la escasez de medios de prueba, orientan y permiten el éxito de la investigación o revelan la personalidad del delincuente. Y recordar también lo sabido sobre esta disminuyente, la cual exige que, la manifestación del procesado, asuma las reales características de confesión. En efecto, de negarse la responsabilidad, en un delito, y admitirla en otro, la atenuación sólo opera para éste y no para aquél.

Las consecuencias propias a fenómenos de colaboración con la justicia (capturas, delaciones, etc.) estarán reguladas por lo que al respecto prevea la ley aplicable.

Viniéndose al caso de autos, se tiene:

Por las modalidades de los hechos, centrándose la cuestión a Escobar Tuirán y González Castañeda y por tratarse de delito relacionado con la jurisdicción de orden público, únicamente debe considerarse la normatividad del Decreto 2490 de 1988, que por la amplitud de beneficios y concesiones, exigen de quien va a gozar de sus privilegios, una actitud clara, franca, completa, sin esguinces, que propicie el conocimiento de la conducta delictiva y se muestre ajena a todo conato de confusión o controversia.

En el caso *sub exámine* no se da tal comportamiento y la confesión se aleja de los requerimientos de la exención de pena, por lo siguiente:

1. Porque la recepción de armas de tan variada significación (unas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, otras de uso personal) no se compadece con la excusa de los procesados de ser ajenos a su conservación. No es siquiera la confesión de haberlas recibido para arreglarlas, para restaurarlas, para aplicarles parte de pintura, etc., sino que de sus versiones lo que se pretende imponer es que rechazaron su admisión, viéndose abocados a mantenerlas en su poder porque quienes las llevaban no quisieron retirarlas de inmediato cuando ellos manifestaron su oposición. Aquí lo que se evidencia no es la confesión de un delito, sino el propósito de ofrecer argumentos para no verse comprometidos en el mismo.

2. Sobre las personas que las llevaron, las indicaciones al respecto lejos de querer producir su determinación cierta y de fácil comprobación, al punto de propiciar sus éxitos búsqueda, lo que se advierte es el ánimo de evitar este riesgo. Muy distante por no decir inexistente, es el afán de ayudar al total esclarecimiento de los hechos, a la determinación de otras con similar, más grave o exclusivo compromiso. Basta señalar que, en situación tan delicada, no se inquietaron por procurar un detalle de identificación de esos terceros o su sitio de trabajo, de vivienda, o de frecuentación. Apenas atinan a comentar "... que me había llevado el señor que es alto de bigotes no le sé el nombre, Iolito 24... del mencionado marco para la subametralladora hechiza, y los proveedores me los llevó un señor que se llama o lo conozco como Rafa, es un señor alto de bigotes no sé donde vive, nunca lo había visto..." —fl. 25—. Y para colmo de incertidumbres y sospechas, sobre la viabilidad de una disminuyente de tan amplio espectro, se llega a las ampliaciones de indagatoria en las cuales Escobar Tuirán —fl. 31— y González —fl. 109—, aparecen comentando que todo fue un ardid, ideado por el ejército, pues tan pronto como les dejaron esas armas y elementos, se cumplió el allanamiento militar.

En circunstancias tales, no es posible emparentar las manifestaciones de los sentenciados con la disminuyente que prevé el citado Decreto 2490 de 1988. No pueden calificarse las mismas como una

actitud clarificadora de los hechos, como, eficaz determinación de la responsabilidad de los verdaderos autores de los hechos.

No procede la censura.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar, como en efecto no lo hace la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Edgar Scaevdra Rojas, Dídimo Páez Velandía.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DECOMISO

El Código de Procedimiento Penal derogado no permitía en la etapa de la investigación la entrega de la cosa en forma definitiva

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandía.*

Aprobado: Acta número 32 de mayo 15 de 1990.

Vistos:

Se encuentra en la Corte el proceso adelantado contra el Exjuez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, *doctor Iván Daza Ramírez*, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, en apelación de la cesación de procedimiento que el Tribunal Superior correspondiente profirió al calificar la investigación sumarial.

Corresponde a la Corporación desatar la alzada, una vez rituada la instancia.

El aspecto fáctico:

El Sindicato de Loteros de Sincelejo, en el mes de octubre de 1986, rifó un automotor Mazda 323 - 1.300, modelo 1986, color "strato plata", cero kilómetros, con el premio mayor de la lotería "La Sabanera" cuyo número ganador fue el 8183, vendido por Pedro Manuel Díaz Puente a Godofredo De León Vallejo. Presentado a reclamar el premio el representante del Sindicato, Armando Rendón Santos, se negó a entregarlo aduciendo no haberse cancelado oportunamente la boleta ganadora.

Denunciado Rendón Santos por el delito de estafa, correspondió el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo a cargo del doctor Iván Daza Ramírez, quien en desarrollo del mismo libró orden de captura contra el sindicado en diciembre de 1986; una vez oído en indagatoria le dicta auto de detención con libertad provisional; en respuesta a la petición del representante de la Parte Civil, entrega el vehículo previamente retenido, reconociendo como dueño al ganador de la rifa en auto de enero 31 de 1987; el 13 de febrero siguiente declara su providencia anterior como título adquisitivo de dominio del vehículo (factura) al obtener respuesta negativa a la solicitud que hiciera a Autocar Ltda., el 5 de febrero; recurrido el auto de entrega, niega la apelación por deficiente sustentación en febrero 12; deter-

minaciones que al ser revocadas por el Tribunal con base en la atipicidad de la conducta, el afectado las denuncia como constitutivas de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad.

El Tribunal con intervención de Conjuetz califica cesando el procedimiento y tanto la Fiscalía como el representante de la Parte Civil apelan.

Pruebas recepcionadas:

Demostrada la calidad de Juez del funcionario denunciado y el desempeño de funciones para la época de lo ocurrido, a fin de comprobar la existencia de los hechos denunciados y el grado de responsabilidad en que pudo incurrir el imputado, se allegó la actuación cuestionada del funcionario en su integridad y la del Tribunal sobre los aspectos en referencia; se vinculó mediante indagatoria, se recepcionaron varios testimonios y se practicaron inspecciones judiciales a procesos donde existen determinaciones de alguna incidencia en los hechos que sirvieron de base a la investigación adelantada contra el Juez Daza Ramírez.

Alegaciones de las partes:

Dentro del término de alegación en la instancia, solamente lo hizo el señor Procurador Primero Delegado para quien la providencia impugnada debe ser revocada y en su lugar, proferir resolución acusatoria por los punibles de prevaricato y abuso de autoridad.

Su argumentación pertinente de fondo es la siguiente: "Considera esta Delegada que sirve como punto de partida la decisión contenida en el auto fechado el 31 de enero de mil novecientos ochenta y seis, con la cual el sindicato entregó sin limitación alguna el vehículo rifado, es decir, hizo el implicado una declaración del derecho a la propiedad, en una etapa incipiente de la investigación. Con lo anterior, el sindicato traspasó los límites de la jurisdicción penal. A lo anterior se suman otras decisiones también manifiestamente contrarias a la ley, como fueron las de solicitar a la firma Autocar Ltda., la expedición de una nueva factura del carro rifado esta vez a nombre del comprador y ganador de la boleta y ante la negativa de la firma en referencia, atribuirle fuerza probatoria de documento privado a un auto suyo asimilándolo a una factura de compra para efectos del traspaso de propiedad de un automotor y finalmente no conceder el recurso de apelación contra el auto que disponía la entrega definitiva del vehículo rifado, aduciendo falta de sustentación, cuando existía en dos folios un escrito exponiendo en forma clara y precisa las razones que asistían para impugnar la decisión apelada, quedando el apelante con la oportunidad de ampliar sus alegaciones ante el superior.

"En consecuencia, la intención se mide a través de las decisiones absurdas y reiteradas asumidas en detrimento de una de las partes. No encuentra la Delegada ningún reproche en lo atinente a la emisión de la orden de captura en contra de Armando Rendón Santos, por cuanto tal decisión se ajustaba a lo prescrito en el artículo 38 de la

Ley 2ª de 1984, resaltando que las decisiones manifiestamente contrarias a la ley antes rescindidas, también constituyen abuso de autoridad”.

Anticipadamente alegó el defensor del procesado en respaldo del pronunciamiento del Tribunal que favorece a su poderdante.

Consideraciones de la Corte:

Son varias las actuaciones del Juez en ejercicio de sus funciones que se le reprochan como arbitrarias y manifiestamente contrarias a la ley, a saber: Librar orden de captura y proferir auto de detención por una sindicación de estafa (autos de diciembre 11 y 19 de 1986); reconocer como propietario del automotor al tenedor de la boleta ganadora del sorteo y hacerle entrega del mismo (auto de enero 31 de 1987); negar el recurso de apelación interpuesto contra la providencia anterior (auto de febrero 12); ordenar a la firma Autocar Ltda., expedir factura del vehículo a nombre de quien fue beneficiado por la entrega (auto de febrero 5); y, ante la respuesta negativa de la firma, tener como “factura” su proveído de enero 31 para efectos de la matrícula correspondiente (auto de febrero 13), las cuales examinará la Corte agrupándolas en dos segmentos claramente independientes.

a) *Captura y detención por estafa.* Prohíja la Corporación el criterio de la Procuraduría y del *a quo* en relación con la atipicidad de estas dos actuaciones judiciales pues, como bien lo explica el procesado en su injurada, las normas procedimentales contenidas en la Ley 2ª de 1984 lo permitían al recobrar su vigencia por virtud de la sentencia de inexecutable del Decreto-ley 1853 de 1985 (octubre 9 de 1986) y haberse proferido las decisiones cuestionadas con posterioridad a dicho fallo, por lo que su actuar resulta conforme con lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 2ª de 1984 que lo permitía siempre que a juicio del Juez hubiere mérito para oír en indagatoria al sindicado y el delito fuese uno cualquiera de los allí mencionados —y la estafa lo está—; el artículo 42 *ibidem*, de otra parte, señalaba los presupuestos procesales para proferir la medida definitiva de la situación jurídica en referencia, y sobre dichas bases fundó su determinación el funcionario precisamente;

b) *La entrega del vehículo y las restantes determinaciones.* Uno de los aspectos de procedimiento que en vigencia del estatuto anterior ofreció mayores dificultades fue el relacionado con la facultad del Juez penal para analizar y decidir sobre materias que por su propia naturaleza debían de corresponder a jurisdicciones especializadas. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia se inclinaron por reconocer competencia a la jurisdicción penal bien en razón a las reglas pertinentes sobre prejudicialidad, ora como consecuencia de los principios de unidad de jurisdicción y restablecimiento del derecho inherentes a ciertos aspectos estrechamente vinculados a la materia penal, como ocurre frecuentemente en las investigaciones por hechos punibles que afectan el patrimonio económico de las personas, donde el Juez debe necesariamente y como presupuesto de su decisión pronunciarse sobre propiedad, posesión, tenencia, ajeneidad, etc. del objeto material.

El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de entonces, era una de dichas disposiciones que requerían de la consideración previa en referencia por cuanto la entrega había que hacerla al propietario, poseedor o tenedor legítimo y para ello debía el Juez valorar la prueba pertinente y hacer expreso reconocimiento del derecho invocado. A este precepto acudió el procesado para fundar en él su decisión cuestionada.

Corresponde, en consecuencia, examinar la norma para deducir si la decisión adoptada con base en ella se ajustó a su regulación o, por el contrario, la rebasó arbitrariamente en forma manifiesta.

En desarrollo de una investigación penal es posible, según el caso, que las autoridades correspondientes retengan cosas u objetos por constituir instrumentos de ejecución del hecho, su producto o resultado del mismo, etc., y las entreguen al Juez para que disponga su destino. Esas diversas posibilidades las regulaba el Código derogado en sus artículos 349, 350, 727, 728 y 729 y a ellos debía sujetarse el funcionario. Observados, ninguno de ellos permitía en la etapa investigativa entregar la cosa en forma definitiva; la entrega posible en esa etapa del proceso era siempre condicionada a presentarla cuando la autoridad lo requiriera (art. 728) a través de la figura del depósito (art. 727), previa la correspondiente orden de secuestro.

El Juez procesado adelantaba una averiguación por el posible delito de estufa en donde el vehículo referido era el objeto material o cosa sobre la cual recaía la conducta investigada y por tanto, de interés fundamental para los fines del proceso; o dicho de otra manera, el problema central debatido era determinar si el poseedor de la boleta ganadora era el legítimo propietario del automotor ya que no se estaba frente a una simple negativa de entrega, sino de una maniobra engañosa para impedirla, aspecto que por lo demás, justificaba la acción penal.

La providencia de enero 31 de 1987 que se tilda de ilegal, para resolver la petición de entrega que hace el apoderado de la Parte Civil, trae el siguiente razonamiento en que funda su aceptación: "Señala el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, cómo se debe proceder a la restitución de las cosas aprehendidas en la investigación y es la mencionada norma, la que debe aplicarse al caso sub examine, comprobando la propiedad, posesión o tenencia legítima, evaluándolas y posteriormente decretándose la entrega.

"Está probado dentro del proceso, que Godofredo De León Vallejo, adquirió la boleta número 8183, que resultó ser la ganadora del automóvil, materia de esta providencia, y que dicha boleta fue pagada al lofero vendedor, y este vendedor a su vez la pagó a los sindicados responsables de la rifa materia de esta investigación" (fl. 94, cuaderno del Juzgado). La entrega la ordena al representante de la Parte Civil sin ninguna condición. Así consta, además, en la correspondiente diligencia.

Erró, ciertamente el Juez al aplicar la norma porque entendió que el juicio sobre propiedad que debía hacer en este caso sobre el bien puesto a su disposición era procedente en cualquier estado y no en

la sentencia, y esto era posible con base en dicha norma pero sobre bienes de terceros afectados por el hecho punible, no sobre aquellos producto del mismo, como ocurría en el caso analizado.

Ese error de buena fe por lo demás, torna su irregular actuación en un comportamiento no punible, pues entendió, de acuerdo con la prueba por él mismo recepcionada, que el poseedor de la boleta ganadora era el real propietario del objeto rifado y así lo reconoció, máxime si el propio vendedor de esta daba cuenta de maniobras habilitadas para evitar la entrega del premio. Su convicción fue tan evidente que juzgó innecesario cualquier condicionamiento para el restablecimiento del derecho conculcado, aspecto que aun cuando posterior vino a tener respaldo en la jurisdicción civil, según las constancias allegadas en tal sentido.

Las restantes actuaciones, por ser consecuencia obvia de su errada interpretación, aun cuando indebidas, tampoco son delictivas por ausencia de dolo. En efecto, como los documentos que legitimaban el origen del automotor estaban en poder del sindicato que organizó la rifa y a él se le solicitaron sin obtener respuesta afirmativa, era factible que pidiera a la firma vendedora una nueva factura; su equivocación radicó en hacerlo a nombre del favorecido con el premio. No obstante, fue tan inane su petición en tal sentido que la negativa no se hizo esperar, y ni siquiera insistió en ella al recibirla.

Esa circunstancia impediendo para movillizar el vehículo lo determinó a cometer otro desatino jurídico, tener como "factura" su propio auto de entrega para efectos de la matrícula correspondiente.

Explica en su injurada esta errada decisión así "es bien sabido que los automotores se transfieren con la inscripción en el registro en las oficinas de tránsito, de qué sirve tener el carro si no se tienen los papeles?" (fl. 58, cuaderno del Tribunal), con lo cual está siendo consecuente con su línea de pensamiento equivocado no obstante ser claramente desaciertada, pues a nadie se le ocurre que una providencia —ni siquiera la sentencia— pueda ser un título contractual como para tenerla por "factura" y, menos por esa vía, obtener la anhelada matrícula. Hay constancia procesal, por lo demás, de no estar matriculado, y en tales circunstancias, su actuar podrá revelar desacierto mayor pero no dolo, ni daño alguno podía causar una manifestación absolutamente intrascendente.

El 12 de febrero, dictó auto rechazando el recurso de apelación que el defensor del procesado interpusiera contra la providencia de enero 31, aduciendo inepta sustentación.

Este nuevo acto, sin embargo, aunque pareciera estar encaminado a demorar la revisión de la providencia impugnada y dar tiempo de obtener el resultado perseguido con los actos anteriormente reseñados, la argumentación que hace, la generalidad del ataque en el escrito de impugnación y el apoyo jurisprudencial a que acude, hacen perder solidez a la afirmación que pudiera hacerse de ser una decisión manifiestamente contraria a la ley o al menos, arbitraria o injusta; por ello, tampoco se le considerará como ilícita, a pesar de haber sido revocada por el Tribunal y considerada ilegal por la Procuraduría

Delegada. Respecto a este punto, la Corte ha sostenido el criterio siguiente que profija en esta oportunidad: "La revocatoria de una decisión judicial no comporta fatalmente la existencia del delito de prevaricato. En la operación mental de descontrañar el verdadero alcance penal de unos hechos puede no acertarse, sin que por ello se deduzca inexorablemente un comportamiento delictivo. Allí donde alguien ve delito, otro no puede percibirlo, y, si este último es el superior jerárquico, su determinación ha de acatarse, pero ello no significa que el inferior ha delinquido o que la verdad definitivamente asistía a aquél.

"El pronunciamiento tildado de prevaricato, reiteradamente se ha sostenido, tiene que ser manifiestamente opuesto a la ley y haberlo sido con conocimiento inequívoco de su ilicitud. Eventos en los cuales los hechos se prestan a diversas interpretaciones no pueden elevarse a esta categoría delictiva cuando aparece que hubo un plausible y razonado deseo de acertar, previo un examen del material probatorio así se determine por asumir una resolución que, finalmente, sea revocada y, en casos así, es donde no es dado afirmar que ella es manifiestamente contraria a la ley" (Auto de junio 24 de 1986, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Corolario de lo anterior es la confirmación de la providencia recurrida, empero aclarando que es por ausencia de dolo, no por atipicidad.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia recurrida, con la aclaración indicada.

En firme, regrese al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengos, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE REVISION. PROCESADO

Es inaceptable que la demanda de revisión se promueva directamente por el afectado con los fallos, cuando no es abogado titulado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 032 de mayo 15 de 1990.

Vistos:

Segundo Isidoro Alvarez Rodriguez, coadyuvado por apoderada a quien confirió poder, presentó —dirigida a esta Sala de Casación Penal— demanda de revisión contra las sentencias proferidas por el Juzgado Séptimo (7°) Superior de Bucaramanga y el Tribunal Superior de dicho Distrito, en su orden, por las cuales se le condenó a la pena principal de diez (10) años de prisión como responsable del homicidio —simple— consumado en la persona de su concubina, Dalys Argeny Guerra Muñoz.

Procede la Corte a decidir sobre la admisibilidad del libelo en referencia.

Antecedentes y alegaciones del demandante:

Del escrito elevado por el sentenciado en la forma ya expresada así como de las pruebas acompañadas, surge que los fallos objeto de ataque a través del recurso extraordinario, decidieron sobre la muerte violenta de Dalys Argeny Guerra Muñoz causada por su amante Segundo Isidoro Alvarez Rodriguez, según hechos ocurridos en la noche del siete (7) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987), en proximidades a la casa de habitación de la víctima en Bucaramanga, lugar al que había llegado la pareja luego de concurrir a una reunión social en el casino de suboficiales del Ejército Nacional en dicha ciudad, habiendo ingerido bebidas alcohólicas. Allí dialogaban cuando se suscitó una discusión entre ellos y luego de realizar actos intimidatorios con el arma de fuego que portaba, Alvarez Rodriguez la accionó hiriendo a su compañera quien falleció horas más tarde en un centro asistencial.

Previo recuento de los hechos resumidos en la sentencia de primera instancia y transcripción de algunos apartes de los fallos dictados

en el proceso, relacionados con la tipicidad y otros aspectos, así como ciertos pasajes de las consideraciones de la decisión de segundo grado y su parte resolutive, la demanda se refiere a "... hechos constitutivos de error...", anotando como tal "... el haber celebrado la audiencia pública con jurado, sin haberse practicado el examen de *electroencefalograma*, solicitado por el psiquiatra forense, por motivo: Experticio psiquiátrico por sindicación de homicidio bajo efectos del licor...", prueba decretada por el Juez pero no practicada. Se refiere a antecedentes personales del acriminado en cuanto a que "... sufro de *dirrimia* (sic) *cerebral*...", según también testimonio de un profesional médico; y estima que de realizarse este examen, se hubiera colocado al acusado en la situación prevista en el artículo 31 del Código Penal, esto es, como inimputable; y habiendo acogido el Juez el dictamen en el que el psiquiatra forense expresa que el implicado en el momento de los hechos no padecía trastorno mental y sólo se encontraba en estado de embriaguez común, destaca la falta de la prueba técnica referida.

Advierte el recurrente que esta omisión no permite deducir la verdad, pues "... sufro de *epilepsia* (*dirrimia cerebral*) (sic)...", y "... por tanto este aporte, ex novo, tiene valor para modificar sustancialmente el juicio positivo de mi responsabilidad penal y muestra una variante sustancial de mi irresponsabilidad... por inimputabilidad, porque al momento de cometer el hecho me encontraba afectado de un trastorno mental, en el que si bien aparentemente tuve la capacidad de comprender... no tuve la suficiente energía para inhibirme o determinarme de acuerdo a esa aparente comprensión..." Alude también al concepto científico de epilepsia y a sus consecuencias que, anota, no se limitan únicamente al momento de crisis, sino a la conducta en general, trayendo cita de autores al respecto, uno de los cuales considera que lo esencial radica en establecer si en el momento del hecho la persona se hallaba en capacidad de determinarse o de querer conscientemente realizar el acto.

Con base en lo expuesto, invoca el demandante la *causal tercera de revisión* por aparecer después del fallo acontecimientos o pruebas nuevas que establecen su inocencia; e insiste en que la falta del electroencefalograma llevó al Juez a dictar erradamente sentencia condenatoria contra quien debía ser declarado sujeto inimputable. Se refiere al concepto de "prueba nueva", como aquella distinta a las existentes en el proceso y con diferente valor demostrativo.

Por otra parte y en relación con la *causal quinta* para esta impugnación (art. 231 del C. de P. P.), afirma que los falladores tuvieron como verídico el testimonio del celador Laureano Barrios, quien se encontraba en sitio cercano, cuando es "... falso y mentiroso..." porque no vio el desarrollo de los sucesos y que de haberse practicado inspección judicial con reconstrucción del hecho, se hubiera establecido "... que el testigo fue obligado a mentir...", ya que su versión en nada concuerda con el relato inicial que hizo a un agente del F-2 de la Policía Nacional, Debbi Romero García, diferente también a la suministrada por el mismo Barrios en ulterior deposición. Transcribe, para compararlas, apartes de las manifestaciones de estos declarantes, reiterando que de haberse cumplido la diligencia de inspección refe-

rida, otra habría sido la respuesta del Jurado y la decisión consecuente. Menciona, así mismo, la atenuación (art. 60 del C. P.) decretada por el Juzgado, revocada por el Tribunal Superior, sin atender el principio de favorabilidad penal y la facultad para el fallador de primera instancia procedida en el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal.

De la comparación de tales versiones, deduce el libelista que Barrios no refirió nada al representante de la autoridad acerca de supuestos actos intimidatorios cumplidos por el acriminado tales como golpear el arma contra el suelo o pasarla por la cara de su acompañante, como lo narró después al instructor; que el dicho testigo carecía de visibilidad desde el lugar donde se hallaba sentado, respecto a la pareja; y, además, que afirmando encontrarse a tres (3) metros de aquella, no se percató del altercado verbal suscitado entre la víctima y el homicida más si se considera que en el estado de embriaguez en que estos aparecían la discusión no se hacía en voz baja. Aduce como prueba una fotografía del lugar —que agrega— y observa que de haberse surtido una prueba como la inspección, el Juez "... hubiera encontrado la verdad... y que no es otra que Laureano Barrios no vio absolutamente nada porque tenía obstáculos de visibilidad... ", demostrándose la falacia del testimonio de trascendencia en la determinación.

En contadas líneas, la apoderada circunscribe toda su actividad profesional y dialéctica a secundar el alegato presentado por el propio condenado. Y nada más.

La Corte:

I. Como queda dicho, la representante legal designada por el sentenciado, se limita a coadyuvar la demanda formulada por éste. El artículo 232 del Código de Procedimiento Penal prevé que el recurso de revisión puede ser propuesto por el sentenciado, como uno de sus titulares, mediante apoderado, lo cual tiene amplio fundamento, si bien se medita que se trata de promover impugnación por vía extraordinaria, que supone y requiere suficientes conocimientos jurídicos los que se entienden acreditados en quien posee título profesional, siendo, por ende, inaceptable que se promueva directamente por el afectado con los fallos, cuando no es abogado titulado y carece, en consecuencia, de las facultades inherentes al "ius postulandi".

Así, la coadyuvancia no resulta estrictamente de recibo en estos casos, pues aparte de no estar contemplada en el trámite procesal penal, es fenómeno que roza con actuaciones civiles o privadas en las cuales persona distinta de la debidamente representada, interviene para apoyar determinada posición o situación en acción debidamente instaurada, resultando, por lo mismo, ajena esta figura a diligenciamiento de la índole del presente.

II. Se trata, por tanto, de falta sustancial que se relaciona con la presentación de la demanda y la capacidad para promover la acción revisora sin que pueda el profesional del derecho limitarse a acoger

la que elabora su asistido dándole así a éste una facultad o potestad que la ley no le otorga (art. 126 del C. de P. P.), sino que debe formularla directamente, como lo exigen las normas pertinentes.

III. Basta, lo expuesto para rechazar el libelo referido, sin que por lo mismo proceda su examen en aras a su admisibilidad y en relación con las alegaciones y argumentos contenidos en el mismo.

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

Resuelve:

Rechazar la demanda de revisión presentada por el sentenciado Segundo Isidoro Alvarez Rodríguez.

Por la Secretaría de la Sala, con los insertos del caso, librésese despacho comisorio al señor Juez Séptimo (7º) Superior de Bucaramanga, a fin de enterar de esta decisión al condenado aludido quien actualmente se encuentra interno en la cárcel de ese Distrito Judicial.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nogués, Dámaso Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garrica, Secretario.

1. FRAUDE PROCESAL

El legislador busca que la justicia no sea inducida en error, respetando el marco procedimental y probatorio que para tales efectos se ha dispuesto

2. FRAUDE PROCESAL

Si con el comportamiento desarrollado, el actor no logra inducir en error al funcionario, por circunstancias ajenas a su voluntad, el punible no alcanzó el grado de consumación y por lo tanto permanece en el sitio del delito imperfecto

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrados ponentes: *Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Mario Mantilla Nougués.*

Aprobado: Acta número 31 de mayo 9 de 1990.

Vistos:

En sentencia de diciembre 19 de 1988, el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, impuso a *José Ignacio Giraldo Giraldo* como autor responsable del delito de fraude procesal, doce (12) meses de prisión, amén de las penas accesorias pertinentes. Contra este fallo ha recurrido en casación el defensor del condenado, impugnación que le fuera admitida por auto de mayo 15 del año próximo pasado, así como la demanda pertinente, declarada ajustada a las formalidades de ley, en proveído de agosto 9 de 1988.

Obtenido el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, es ahora el momento procesal oportuno para resolver el recurso.

Hechos y actuación procesal:

José Ignacio Giraldo Giraldo, en su condición de Gerente de la sociedad "Giraldo y Escorcia Ltda.", demandó al arrendatario *Jorge Luis Méndez Angulo* a fin de obtener su lanzamiento y consiguiente restitución de los locales comerciales números 10-39 y 10-23 de la avenida 19 de esta ciudad capital.

Acompañó el actor a la demanda sendos contratos de arrendamiento, celebrados entre las partes el 1º de septiembre de 1981, los que aparecen con las firmas de los testigos Olga Rodríguez y Romelia Pinto, con especificación de linderos y con señalamiento del 2 de cada mes como fecha para efectuar el pago del canon.

Al contestar la demanda, mediante apoderado, el doctor Méndez A. formuló excepciones y tachó de falsos los referidos contratos, por cuanto a excepción de la fecha de celebración de los mismos, las otras circunstancias atrás reseñadas no obraban para cuando su firma. Y, como además consideró que se había vulnerado así la ley penal, formuló la correspondiente denuncia por falsedad documental, adelantándose la respectiva investigación por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal.

Fue el Juez Cuarto Superior el funcionario que calificó el mérito del sumario, sobreseyendo temporalmente a Giraldo Giraldo (abril 11 de 1988). Recurrida esta determinación, el Tribunal, por auto de septiembre 9 de 1986, la confirmó en cuanto al delito de falsedad, adicionándola en el sentido de que aquél debía responder en juicio criminal por el ilícito de fraude procesal. Agotada la etapa de la causa, se emitió sentencia condenatoria el 7 de julio de 1988, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior en provido de diciembre 19 del mismo año, hoy materia del recurso extraordinario de casación.

La demanda:

1º Se impugna con fundamento en "el inciso 1º del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971", por violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 182 del Código Penal, y falta de aplicación de los artículos 2º y 4º *ibidem*. Se violó directamente la ley sustancial al considerar el Tribunal que se configura el delito de fraude procesal, cuando una persona altera elementos no esenciales de un contrato (como la firma de los testigos) para iniciar con base en él una acción civil que perfectamente puede adelantarse "cuando el demandado reconoce y acepta el contenido del contrato y la obligación que de él se deriva, cuando en verdad dicha conducta no constituye un atentado al bien jurídico de la administración de justicia ni condujo a una providencia contraria a la ley como la que exige la referida norma. En consecuencia, al creer equivocadamente que José Ignacio Giraldo atentó contra la administración de justicia al iniciar un proceso civil con un contrato al cual se había, añadido extemporáneamente las firmas de los testigos pero legítimo en sus aspectos esenciales y cuyo contenido reconoció dentro del proceso civil el propio demandado, se aplicó indebidamente el artículo 182".

Sabido es que la violación directa por aplicación indebida de una norma supone que "el Juez yerra en el proceso mental de adecuación típica, pues ha decidido que la conducta del procesado se subsume en el tipo legal dentro del cual aquella realmente no entra" (Casación de noviembre 2 de 1982, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).

También es sabido que cuando se invoca "como modalidad de violación directa de la ley sustancial la errónea aplicación es menester que correlativamente se haya dejado de aplicar una norma sustancial que realmente regulaba el caso". Empero, en el presente evento "consideramos que como José Ignacio Giraldo no provocó la emisión de una providencia contraria a la ley ni puso en peligro o lesionó el bien jurídico de la administración de justicia, su conducta no debió ser catalogada como antijurídica y en consecuencia tampoco como delictiva, de tal manera que una correcta sentencia debió absolver mediante la aplicación de los artículos 2º y 4º del Código Penal que permiten colegir que una conducta no merece castigo penal si no es típica, antijurídica y culpable".

2º Con su proceder el condenado Giraldo Giraldo no obtuvo providencia alguna contraria a la ley, pues el auto admisorio de la demanda presentó una irregularidad que quedó subsanada con el comportamiento del demandado, al no solicitar reposición de dicha determinación y con su posterior aceptación de que había firmado el contrato, aportando inclusive una fotocopia auténtica del mismo.

"Contrariamente a lo que ocurre en materia penal, dentro de la legislación procedimental civil existen providencias que en el evento de no cumplir ciertos requisitos se consideran como irregularidades, subsanables por el comportamiento posterior de las partes; así, por ejemplo, si una persona formula demanda de lanzamiento con un contrato en el que no aparecen las firmas de los testigos y el Juez admite la demanda se presenta una irregularidad; pero si en la contestación de la demanda el demandado acepta haber suscrito el contrato, se entiende que la irregularidad ha sido subsanada y el proceso debe continuar adelante; en este caso se incumplió manifiestamente con el requisito de la firma de los testigos pero al quedar subsanada la irregularidad el auto admisorio de la demanda no puede ser considerado como 'contrario a la ley', sino que por virtud de la misma normatividad procedimental es una providencia que surte plenos efectos en cuanto el proceso civil debe continuar adelante".

3º Para que se pueda considerar una conducta como penalmente reprochable es imprescindible que efectivamente se lesione o ponga en peligro el bien jurídico que el legislador buscó tutelar. Con el artículo 182 del Código Penal, "se pretende proteger la correcta administración de justicia, tratando de evitar que se profieran decisiones ilegales que atenten contra ella". "Pues bien, dentro del presente proceso no cabe duda de que se ha condenado a José Ignacio Giraldo por haber demostrado dentro de un proceso civil un hecho absolutamente cierto: Que había suscrito un contrato de arrendamiento con el doctor Méndez respecto de un local comercial; es tan evidente el hecho de que dichas personas suscribieron el mencionado contrato, que el propio demandado (doctor Méndez) lo aceptó expresamente ante el Juez civil e incluso aportó una fotocopia auténtica que del contrato tenía en su poder".

4º No se discute el hecho de que el demandado, al contestar la demanda, formuló un incidente de tacha de falsedad con respecto a la firma de los testigos, sin desconocer el contenido del documento y su suscripción voluntaria. Pero el mismo es totalmente ajeno a la

legalidad del auto admisorio de la demanda; "en efecto, al no haberse solicitado oportunamente la revocatoria o reposición del auto admisorio, éste se entiene en firme por haber quedado subsanada la irregularidad...; pero aun cuando el funcionario civil acepte la falsedad de las firmas de los testigos, no puede admitir la demanda porque el propio demandado ya aceptó el contenido del contrato y reconoció haberlo suscrito en forma voluntaria". Y "si la sentencia o resolución que se buscan están acordes con el ordenamiento jurídico, será una decisión legal y por consiguiente no se habrá vulnerado el interés jurídico de la administración de justicia".

5º La adición del contrato con la firma de los testigos, "solamente tenía como finalidad obtener que se produjera el auto admisorio de la demanda", y, así, el supuesto fraude procesal sólo a esa determinación se refiere; más, si como quedó visto, esa decisión no es contraria a la ley, mal puede existir delito.

6º "Los hechos pueden resumirse afirmando que José Ignacio Giraldo incluyó extemporáneamente la firma de los testigos dentro de los contratos de arrendamiento, como una manera de probarle sumariamente a la justicia civil que el contrato había sido efectivamente suscrito por él y el doctor Méndez, pues sabía que sin una prueba sumaria no podría ejercitar el proceso civil de lanzamiento.

"En otras palabras, honorables Magistrados, lo que José Ignacio Giraldo hizo fue demostrar a través de esa anómala maniobra que efectivamente el contrato que presentaba a consideración de la justicia civil había sido voluntariamente suscrito por él y el doctor Méndez, probó José Ignacio Giraldo un hecho absolutamente cierto tal como el propio doctor Méndez lo ha reconocido dentro del proceso civil y a través de esta investigación penal.

"Por eso no creo que pueda considerarse el bien jurídico de la administración de justicia por haberle demostrado a un Juez (aún con medios moralmente reprochables) un hecho absolutamente cierto y reconocido judicialmente por la parte demandada... Sólo en gracia de discusión podría admitirse que como el mecanismo empleado por José Ignacio Giraldo no fue el establecido por la ley pudo existir una puesta en peligro al referido bien jurídico, pero ella sería tan sutil que no debería ser punible de acuerdo con el principio de la insignificancia", consistente en que, cuando existen comportamientos que causen daño irrisorio al bien jurídico tutelado, la conducta no debe ser considerada como típica, ni desde luego como delictiva.

Concepto de la Delegada:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de citar un aparte del auto de vocación a juicio criminal y de señalar que la Corte reiteradamente ha pregonado que: "Los términos sentencia, resolución o acto administrativo empleados en la redacción de este artículo (el 82) no deben tomarse en su tenor literal, sino dándoseles una mayor amplitud para cobijar con ellos a toda decisión de empleado oficial", transcribe el proveído de esta Corporación de diciembre 10 de 1987, Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas, y concluye:

“Con el mayor respeto por tan sabias enseñanzas, debe el Ministerio Público apartarse muy a su pesar de estos planteamientos por estimar que los vocablos en cuestión forzosamente se refieren a las *decisiones finales* tomadas en procesos adelantados ante las diferentes jurisdicciones encargadas de impartir justicia.

“Se afianza este pensamiento en la consideración de que es precisamente en la providencia con la cual se pone fin al proceso, llámese sentencia o auto (pues también a través de autos puede finiquitarse un proceso), donde se materializa, se hace real, indiscutible el *agravio* inferido a una de las partes con una decisión contraria a la ley.

“En materia civil es todavía más evidente la verdad de este aserto, pues los autos ilegales que en el curso del proceso pueden inferirse, no vinculan ni al Juez ni a las partes al momento de proferir sentencia. Es así como autos ilegales en favor del demandante, obtenidos en virtud de *engaños* al Juez, bien pueden quedar en el vacío al proferirse sentencia absolutoria en favor del demandado.

“Pretender en estos eventos que se ha inferido al demandado un *perjuicio* de tanta entidad como para integrar el hecho punible descrito en el artículo 182 del Código Penal, resulta exageradamente insostenible, pues al fin de cuentas, los derechos del demandado han quedado incólumes y a las molestias de un proceso, estamos sujetos todos los habitantes del territorio nacional.

“... Pero es más: El criticado auto surge plenamente ajustado a la ley, pues al Juez Décimo Civil del Circuito, se le presentó una demanda de lanzamiento que cumplía las exigencias de los artículos 75, 76 y 77 del Código de Procedimiento Civil y además se adjuntó prueba sumaria del contrato de arrendamiento (numeral 1º) del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, no quedándole al Juez alternativa diferente a la de aceptar la demanda en cuestión y ordenar correr traslado de ella al demandado.

“En este punto se hace menester una *aclaración*:

“El numeral 1º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil exige presentar con la demanda de lanzamiento *prueba sumaria* del contrato de arrendamiento.

“Por prueba sumaria se entiende aquella que no ha sido controvertida. Por ello, los documentos privados no reconocidos judicial o extrajudicialmente, constituyen prueba sumaria lleven o no las firmas de los testigos. De ahí que resulte *desacertada* la definición del inciso 1º del artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, cuando expresa: ‘... Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos’.

“Dado que no es solamente especial, sino también posterior la norma contenida en el numeral 1º del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil prima sobre la disposición general y anterior como es el criticado inciso único del artículo 279 de la misma obra.

“En síntesis: Establecida la más estricta legalidad del auto de julio 23 de 1982, se echa de menos uno de los elementos estructurales del delito descrito en el artículo 182 del Código Penal. Asiste por ende, toda razón al casacionista cuando pregonó violación directa de esta norma por aplicación indebida en el fallo atacado.

“Con singular maestría aborda el casacionista los interesantes temas del bien jurídico protegido por el artículo 182 del Código Penal y su lesión, para concluir que José Ignacio Giraldo Giraldo en ningún momento lesionó ni puso en peligro aquellos intereses. Comparte el Ministerio Público tan juiciosos conceptos, mas no se referirá a ellos, pues bien entiende que luego de haber proclamado la atipicidad de la conducta imputada a Giraldo Giraldo, superfluo sería tocar aspectos estrechamente ligados con el apasionante tema de la antijuridicidad en la estructura del delito porque si el comportamiento es atípico, sobran las consideraciones en torno a su antijuridicidad” (Lo que se destaca es de la Corte).

Consideraciones de la Sala:

A. Con respecto a la demanda.

1. Acierta el censor en la presentación técnica del cargo, mas desatina al asegurar que está frente a una conducta no antijurídica, esto es, que no se vulneró el bien jurídico de la administración de justicia y que el auto admisorio de la demanda, en las circunstancias dichas, no es determinación contraria a la ley.

Es del caso transcribir el aparte del auto vocatorio a juicio criminal, traído a colación directa por la Delegada y remembrado y fortalecido en su fondo en la sentencia, en orden a los apuntamientos que vendrán después, así:

“...Según el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, a la demanda en juicio de lanzamiento debe acompañarse prueba siquiera sumaria del contrato de arrendamiento, y de conformidad con el artículo 279 *ibidem*, ‘los documentos desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria si han sido suscritos ante dos testigos’. Como los contratos de arrendamientos que fundamentaron la acción incoada por Giraldo y Escorcía Ltda., no estaban consignados en documentos auténticos conforme las previsiones del artículo 252 *ejusdem*, era preciso recurrir a las firmas de testigos para que la demanda fuera admitida. Teniendo en cuenta que Olga del Carmen Rodríguez Acosta y Romelia Pinto no presenciaron la celebración de los contratos, según lo admite el sindicado, resulta obvio que Giraldo Giraldo recurrió a ese medio fraudulento para obtener resolución judicial contraria a la ley, lo cual configura el delito conocido como *fraude procesal*.

Acontece, entonces, que, contrariamente a lo asegurado por el censor, en el sentido de que a Giraldo Giraldo se le condenó por haber demostrado dentro del proceso civil un hecho absolutamente cierto, esto es, que el doctor Méndez efectivamente suscribió los contratos de marras, la verdad procesal es que lo fue por haber adicionado

montirosamente los mismos, con la firma de dos testigos, sabedor como era —y así lo reconoce el propio impugnante— de que, sin una prueba sumarial, no podía lograr el auto admisorio de la demanda; o, como reza la sentencia, por haber acreditado “en el proceso civil una *verdad* distinta a la real e histórica, lo que tuvo el poder para inducir en error el Juez, al dar crédito a unos documentos así presentados, lo que ataca los fundamentos mismos del proceso, que debe partir del principio de *veracidad* en las afirmaciones de las partes, en materias como las que se describen en autos”.

2. Que el auto admisorio de la demanda no es contrario a la ley, asegura el demandante, porque no fue interpuesto contra él, recurso de reposición y, además, porque posteriormente se demostró que el doctor Méndez sí había signado los contratos. Se responde: Es la misma ley —art. 289 del C. de P. C.— la que le otorga el derecho a la parte contra quien se presenta un documento público o privado de tacharlo de falso en la contestación de la demanda. Y eso fue precisamente lo que se hizo en el evento *sub iudice*. De ahí que no puede asegurarse que por haber preferido esta opción legal a la interposición del susodicho recurso, la decisión no sea contraria a la ley. Si el auto admisorio de la demanda no podía tener legal vida jurídica, en el susodicho proceso de lanzamiento, tratándose de un documento privado no auténtico, sin la firma de dos testigos, y de esto era sabedor el doctor Giraldo, y para obtener su omisión adicionó fraudulentamente los contratos de arrendamiento, satisfaciendo así falazmente los requisitos *sine qua non* en orden a tal decisión, deviene en indubitables que si el auto se produjo lo fue por la inducción en error al funcionario, siendo él irremediablemente ilegal. Que civilmente después se demuestra que el demandado sí fue quien lo firmó, no le quita la ilegalidad a la determinación para el momento de su proferimiento, y menos desdibujado lo delictuoso de la conducta.

Trae a colación un ejemplo, en el sentido de que si una persona formula demanda de lanzamiento con un contrato en el que no aparecen las firmas de los testigos y el Juez la admite, se presenta una mera irregularidad que es subsanada si en la contestación de la demanda se acepta que fue el demandado quien suscribió el contrato. A todas luces, que el ejemplo no guarda la debida relación con el evento *sub exámine*, pues en él no se presentaron las maniobras fraudulentas que sí obraron en éste; allí nadie estampó su firma mentirosamente, aquí sí; allí el Juez humanamente se equivocó, aquí fue inducido en error, para obtener resolución a favor. Allí no se delinquiró, aquí sí.

La justicia es un valor serio y trascendental que no debe ni puede tolerar el engaño. De que determinadas decisiones judiciales, obtenidas mediante fraude, posteriormente queden sin efecto procesal alguno, no se sigue que la conducta impostora que logró inducir en error al funcionario, quede impune. Todo esto fue precisamente lo que quiso evitar el legislador con el artículo 182 del Código Penal. Y no podía ser de otra manera porque sería absurdo que no arbitrara sanciones en orden a lograr que la justicia no sea inducida en error, ya que se trata de darle a cada quien lo que en derecho le corresponda, respetando el marco procedimental y probatorio que para tales efectos se ha dispuesto.

3. Que se vulneró de manera insignificante el bien jurídico de la administración de justicia, tutelado, entre otros por el artículo 182, cuando se logró una decisión judicial, adicionando fajaazmente unos documentos, sin lo cual aquella no se habría emitido, no deja de ser una afirmación criticable. El ultraje a la administración de justicia es claro. Con la norma en cuestión y consultando el respeto debido a la verdad y al principio de lealtad a las partes y al Juez, se busca evitar —reitérese— el fraude, el engaño, para que así las decisiones judiciales respondan al cabal cometido de la justicia y con el lleno de los requisitos probatorios y procedimentales. En un país como el nuestro en donde no falta quien piense que el mejor ejercicio de la abogacía es el realizado por aquél que hace mayor gala de artilugios, sin respeto alguno por la justicia, una consagración legislativa como la que se comenta, es de una bondad formidable, y mal se hace cuando se deja sin operancia en un evento como el sub júdice que habla fehacientemente de la manera como algunos, sabedores de las exigencias legales probatorias y procedimentales, en orden a la satisfacción de sus derechos, empero las pisotean desdeñosamente, acudiendo a medios francamente fraudulentos, induciendo en error al funcionario que así emite la decisión que se desen.

B. Con relación al concepto de la Delegada:

1º La determinación de la Corte que comparte el Ministerio Público es la siguiente:

“... Es verdad que el fraude procesal consiste en inducir por cualquier medio fraudulento en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley.

“Pero el hecho de que el Juez inducido en error emita un auto interlocutorio en lugar de una sentencia, por exigirlo así la ritualidad del proceso, en nada desdibuja la existencia del comportamiento punible, porque:

“a) El fraude procesal es un delito de mera conducta que se considera perfecto o agotado cuando se realiza el comportamiento descrito en el verbo rector que es en este caso ‘inducir’ y no obtener. De manera que si se deforma la realidad procesal y se induce en error al Juez el delito ha nacido en forma plena a la vida jurídica, siendo indiferente que se obtenga la sentencia, resolución o dictamen, siempre que el agente actúe con este propósito que no es otra cosa que un ingrediente subjetivo del tipo, cuya realización no es necesaria para que la infracción se considere agotada;

“b) Porque el término ‘sentencia’, para los efectos penales a que se refiere la norma, debe entenderse en el sentido de un acto cualquiera que emite el funcionario con poder decisorio. De modo que, proferir sentencia de acuerdo al alcance y contenido de la norma que se examina, es producir un auto, sentencia o resolución administrativa, encaminada a decidir por el empleado oficial un asunto sometido funcionalmente a su decisión. El concepto de sentencia debe entenderse entonces en amplio sentido como cualquier decisión judicial que pueda legalmente resolver conflictos o solicitudes, como lo puede ser

en materia penal el auto de cesación de procedimiento o el sobreseimiento definitivo del Código anterior, que pone fin al proceso con fuerza de cosa juzgada.

"Por otra parte, y esto es esencial, por 'resolución' debe entenderse no sólo las decisiones de carácter administrativo, sino también las judiciales, término con el cual nuestro Código ya denomina la 'resolución de acusación'. Comprende entonces la resolución judicial, los autos y sentencias, siendo simplemente reiterativa la inclusión de la palabra 'sentencia' en la enunciación contenida en el artículo 182 del Código Penal.

"Por eso, consuma el delito de fraude procesal quien con la intención de alcanzar un resultado contrario a derecho, con *perjuicio para el interés ajeno*, por medios fraudulentos induce en error al funcionario o empleado oficial, con el fin de que se proliera una decisión favorable a sus intereses, llámese ésta, resolución, auto, sentencia o acto administrativo. *Basta en consecuencia, que se proceda con el propósito de lograr un indebido provecho dentro del proceso judicial o administrativo, con una providencia con poder decisorio, cuya naturaleza depende del momento procesal y de las ritualidades que señale la ley*" (Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Diciembre 10 de 1987).

Y no la comparte porque "es precisamente en la providencia con la cual se pone fin al proceso... , donde se materializa, se hace real e indiscutible el agravio inferido a una de las partes con una decisión contraria a la ley". Se responde: Es obvio que el agravio 'real e indiscutible' a la parte ajena al manejo fraudulento, puede inferirse con una decisión que no finiquite el proceso. Pero, como quedó visto, no es esto lo importante, sino que, siendo la razón de ser del artículo 182 proteger a la justicia de fraudes, si con medios de este tenor se induce en error a la misma, con el propósito que demarca la norma, el delito está consumado.

El proceso es una serie, sucesión o encadenamiento de actos que tienden a la concreción de una pretensión, estando cada uno de ellos sometido a formalidades referidas al modo, tiempo y lugar, y orden en que se han de cumplir. No se trata de meros caprichos o medios para entorpecer o dilatar la solución del litigio, sino de verdaderas garantías de los derechos individuales, esto es que desenvuelven y actualizan, el debido proceso, con su entorno propio de derecho de defensa, de petición, de prueba y de igualdad ante los actos procesales. Así, el desprecio por tan trascendental rito o su consciente transgresión, como en el evento sub exámine; donde se adulteraron los contratos de arrendamiento, colocándole la firma de dos testigos que no habían concurrido a su celebración, lográndose el auto admisorio de la demanda, comporta significativamente atentado contra la pureza del proceso y agravio al bien jurídico tutelado, cual es el de la normal y recta administración de justicia, pues la determinación no se habría logrado de no mediar el engaño.

De otra parte, mírese cómo este tipo penal trae un ingrediente subjetivo, "para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley", el que —se recalca— no es necesario que se crista-

lice para tener por consumada la conducta ilícita. Ello hace resaltar que la ofensa es propiamente a la justicia, en cabeza del funcionario o empleado oficial, no al sujeto procesal, el que puede resultar perjudicado o no. Refújase, pues, que si no se requiere que la decisión surja a la vida jurídica, es porque para la realización del tipo no se demanda, perjuicio a nadie en concreto. Esto, desde este enfoque porque, de otra parte, expresamente, y así lo exige la técnica jurídica y concretamente el principio de legalidad, el perjuicio debe aparecer como elemento estructural del tipo, lo que no acontece en la norma que se comenta.

Desde luego que, en el desenvolvimiento regular de las cosas, lo usual es que ese perjuicio se produzca, pero no se trata de un ingrediente esencial para la configuración delictiva. Y sabido es que toda conducta ilícita supone un daño, que suele estar referido al bien jurídico protegido, para el caso, el de la recta administración de justicia, el que se considera ofendido, vulnerado o puesto en peligro, cuando el funcionario es susceptible, por la entidad del fraude empleado, de ser inducido en error y se posibilita, así sea abstractamente, la emisión de una "sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley".

Debe, pues, entenderse la referencia de la Corte en la jurisprudencia de marras ("con perjuicio para el interés ajeno", "con el propósito de lograr un indebido provecho"), en el sentido de que no se trata de ligeros quebrantos procedimentales, sino de daños trascendentales, capaces de desestabilizar el debido proceso y por ende con virtualidad suficiente de ocasionar perjuicio para el interés ajeno, ya que lo otro, strictu sensu, permanece en la esfera de lo meramente disciplinario. Pero se reitera, el daño a una contraparte puede surgir como propósito primordial de quien realiza la acción vedada, y de ahí la intensificación de su comportamiento, lo cual permitiría el apareamiento de la hipótesis del concurso, esto es, el fraude procesal y la estafa (la antigua estafa procesal).

Se ha dicho, con razón, por conocido tratadista argentino, que la contienda judicial debe ser digna y sostenida con lealtad, sin engaños, sin insidias, sin recurrir a vías oblicuas y medios tortuosos. Que cuando la astucia, necesaria a veces para defender causas justas, excede los límites de la lícita *quaedam calliditas* para transformarse en un fraude enderezado a la autoridad judicial, deja de ser un arma más o menos lícita para convertirse en deshonestidad procesal que perjudica no solamente al adversario, sino que vulnera primordialmente a la administración de justicia, lo cual demanda drástica sanción.

Busca, pues, proteger la norma que se comenta, el normal funcionamiento de la actividad judicial, pero con todo lo que ella implica para la sociedad y los llamados a ella; no significa que sea ese el único bien jurídico que pueda ser objeto de lesión.

2º Con relación al tipo penal en estudio se tiene: El fraude procesal es un delito de mera conducta. Al contener un ingrediente subjetivo, el sujeto agente debe obrar con el propósito de obtener una decisión contraria a derecho sin que sea necesaria la obtención del resultado.

La conducta se desarrolla en el verbo rector —inducir— en error por cualquier medio fraudulento a un empleado oficial, para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, de tal suerte que a términos del citado verbo, la conducta sólo empieza a exteriorizarse no por la realización del comportamiento fraudulento, sino cuando éste tiene la potencialidad de inducir en error al funcionario, acto que sin lugar a dudas es ejecutivo y unívoco respecto de la intención del sujeto de ejecutar el comportamiento punible, lo cual indica la presencia del dispositivo amplificador del tipo penal, dado que si con el comportamiento desarrollado, el actor no alcanza a inducir en error al funcionario pese a la potencialidad que encerraba el actor, por circunstancias ajenas a su voluntad, el punible no alcanzó el grado de consumación y por lo tanto permanece en el sitio del delito imperfecto.

Por el contrario, cuando el sujeto agente mediante la utilización de medios fraudulentos induce en error al funcionario para obtener una sentencia o resolución contraria a la ley, sin importar si obtuvo o no el resultado buscado, esto es, la decisión contraria a derecho, el delito se encuentra consumado. En este sentido se pronunció la Sala en anterior ocasión anotando: "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..." (Casación de junio 27 de 1989, Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas).

3º Valga también adiconar el siguiente comentario:

"El Procurador Primero Delegado en lo Penal, afirma que: 'Resulta desacertada la definición del inciso 1º del artículo 279 del Código de Procedimiento Civil cuando expresa: «Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos». Y se cuestiona la norma bajo el supuesto de que se contrapone al artículo 434 ídem, el cual ordena que, en el proceso de lanzamiento, 'a la demanda deberá acompañarse prueba siquiera sumaria del contrato de arrendamiento'. La cuestión no es así, pues, en rigor jurídico, tales disposiciones no hacen más que complementarse. El que por prueba sumaria se entienda la que no ha sido controvertida, no autoriza a arribar a semejante aserto, visión que resulta un tanto recortada de la cuestión debida".

En efecto, acogiendo conocida tesis debe anotarse: "El Juez debe estar seguro de la autenticidad del documento, para considerarlo como medio de prueba. Cuando se trata de escrito, su autenticidad implica la certeza sobre la persona que lo firma y, subsidiariamente, del ruego que el presunto autor haya dado para que otra persona firmara por él y de la firma del rogado.

"Si no se puede saber con certeza si el documento es legítimo o falso, no es posible imputárselo a quien aparece como su autor jurídico y menos deducir de su contenido una consecuencia que le resulta adversa. La necesidad de este requisito se ha hecho más patente en

los últimos tiempos, en virtud del auge que han tenido los métodos para la falsificación de firmas y adulteración del contenido de los escritos.

"... Este documento (el privado no auténtico) carece de valor probatorio contra terceros y entre las partes (excepto el valor de prueba sumaria cuando lleva la firma de dos testigos), lo mismo que de fuerza obligatoria entre estos y sus causahabientes, puesto que mientras no se establezca su autenticidad no contiene ninguna confesión extrajudicial de la parte contra quien se aduce o de su causante, ni tiene eficacia probatoria como documento; le falta un requisito esencial a toda prueba, ni siquiera sirve para saber si realmente fue otorgado por quien lo firma, no hay razón jurídica para presumirlo. Una vez reconocido o declarado tal o producido el reconocimiento tácito por ausencia de tacha de falsedad adquiere el carácter de auténtico".

Sabido es, también que, según opere el principio de contradicción, las pruebas se dividen en sumarias y controvertidas. En principio, la prueba no contradicha carece de valor procesal. Mas, excepcionalmente, el mismo legislador, confiere mérito a pruebas que no han sido practicadas en presencia de la parte contraria. Esas son las llamadas sumarias, tales como las declaraciones extrajudiciales de nudo hecho, así como tienen igual calificativo —y por disposición de la propia ley— los documentos privados no auténticos que llevan la firma de dos testigos.

La observación de la Delegada, sobre este punto, no se aviene con la realidad procesal ni con la interpretación que, en derecho, cabe dar al asunto. -

Los cargos no prosperan.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

Resuelve:

No casar la sentencia ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Aclaración de voto; Mario Mantilla Nougués, Edgar Saavedra Rojas, Didimo Páez Velandía.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FRAUDE PROCESAL, (ACLARACION DE VOTO)

Cuanto quiso el legislador en el artículo 182 del Código Penal, fue plasmar un tipo de resultado como fenómeno jurídico, pues sólo así se aplica la presencia del ingrediente subjetivo

El suscrito discrepa, respetuosamente, de la tesis de la mayoría, para la cual mientras no se haya emitido acto, resolución o sentencia, sólo es dable hablar de un delito imperfecto (campo de la tentativa inacabada) y sobre el particular anota:

Para determinar el momento consumativo del delito se debe hacer referencia al contenido intrínseco, óntico de la acción enunciada en el verbo rector. Así mirado el término *inducción* ("El que por cualquier medio fraudulento induzca en error...", dice textualmente la norma), resulta claro que supone un *resultado*. No hay inducción en el vacío; siempre será la inducción a algo. En el caso particular se trata de la inducción en *error* al funcionario o empleado oficial. Pero, como en el tipo el error aparece vinculado teleológicamente a la obtención de un acto contrario a la ley, discútese el momento consumativo del delito. Así, pues, es ajeno a cualquier polémica, la exigencia de probable producción de error en aquellos, en tanto que no lo es la obtención del acto, o sea, si este comportamiento el momento consumativo del delito o la exclusiva forma de probar el error.

El asunto se resuelve cabalmente cuando se verifica la distinción entre *resultado*, como fenómeno *naturalístico* o *jurídico*. Sabido es que por el primero se entiende la modificación del mundo fenoménico a consecuencia de la conducta y, entonces, se requerirá que el error no únicamente exista, sino que trascienda, se exteriorice en la emisión de la sentencia, resolución o acto administrativo contrarios a la ley y sólo así se tendrá la prueba de que realmente el acto inductor fue eficaz, siendo ese el momento consumativo del ilícito. Por el segundo, este instante se mide por la efectiva afectación del bien jurídico, bien lesionándolo o sometándolo a riesgo. Así, el estado de error en que se encuentra el empleado oficial no requeriría de una actuación específica, sino que se establecería mediante un juicio de valor sobre el acto inductor y de otros medios de prueba, para determinar su capacidad o no de lesionar o amenazar el bien jurídico de la administración de justicia.

Entonces, cuando quiso el legislador en el artículo 182, fue plasmar un tipo de resultado como fenómeno *jurídico*, pues sólo así se explica la presencia del ingrediente subjetivo ("para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley"), elemento que,

como es ampliamente conocido, no es necesario que se realice para tener por consumado el delito. Entonces, basta la capacidad de la conducta de inducir en error al empleado oficial, por medios fraudulentos y con el fin que demarca la norma, para tener por perfecta la figura delictiva, lo que hace que el tipo sea de resultado como fenómeno jurídico, pues no se requiere una modificación del mundo fenoménico (la determinación). Tiene, pues, el legislador por afectado, ya sea por lesión o puesta en peligro, el bien jurídico cuando ésta se ha dado, así la sentencia —se reitera—, resolución o acto administrativo contrarios a la ley, no se haya emitido.

Así las cosas resulta claro que si la maniobra fraudulenta se exhibe como burda, improcedente, inidónca, el delito inexistente; pero si por el contrario el agente activo acude a medios suficientes para provocar un error, un desacierto, una decisión contraria a derecho, propósito que no logra por actividad probatoria del Juez o de las partes, por inteligente apreciación de aquél o de estas, no por eso puede hablarse de tentativa, de delito imperfecto, pues la acción delictiva ha tenido cabal consumación. El precepto se muestra ajeno a eventos de agotamiento integral.

Creo conveniente mencionar las siguientes conclusiones:

1. La actividad fraudulenta, a despecho de lo que prevén otras legislaciones, no se determina taxativamente ni con afanes siquiera de enunciación, quedando librada la misma a las más múltiples posibilidades que pueden comprender alteraciones de cosas, lugares, personas, diligencias, elementos probatorios, etc. Con esto se rigoriza en mayor grado la tutela penal debida a la administración de justicia.

2. La actividad fraudulenta puede darse tanto dentro del proceso como en etapa que pueda antecederla o seguirla y que se muestra necesaria a la adopción de una sentencia, resolución o acto, o se constituye en conducta ligada a su efectividad.

3. Los sujetos que pueden realizar este comportamiento tampoco los señala la ley y de ahí que pueda ser todo aquél a quien en determinado momento le corresponde ejercer alguna actividad trascendente en el campo objeto de la protección penal. Obvio que pueden asumir este papel las partes, sus apoderados, las personas que participan o pueden ser llamadas a intervenir en ese ámbito de especial protección como los auxiliares de la justicia, la policía técnica judicial, el mismo Ministerio Público y hasta el propio procesado, etc. Sobre este último conviene expresar que la tutela constitucional de no autoincriminarse, no puede llevarse a la dinámica de alterar cosas, lugares, documentos, escritos, peticiones, etc., que impiden un conocimiento certero del asunto debatido, propiciando la aplicación de una decisión contraria a la ley, por la inducción en error ejercida.

4. La entidad delictiva está estructurada como reato de mera actividad o conducta, exigiéndose tan sólo su capacidad para provocar un error y factibilizar, en el funcionario, la emisión probable de una sentencia, resolución o acto contrarios a la ley. Es obvio que cuando se llega a estos extremos, buscados con el obrar criminoso, la inducción en error se muestra como situación real y hasta indiscutible, a no ser que se trate de una torpeza, negligencia, descuido, ignorancia

o mala fe en el funcionario, quien, ante una actividad despojada de toda potencialidad para inducirle en error, incurre en él pero por obra de sus propias motivaciones y conducta que no por la de quien cursó una burda y reconocible patraña.

En este aspecto también se ha potencializado la legislación colombiana, muy acorde con las necesidades del mal que se trata de conjurar, pues la lealtad, honradez y justicia se imponen desde un principio, sin que quede librado el propósito del legislador a acto de un tercero (el funcionario). La eficacia misma de la preceptiva resulta más notoria si la conminación penal amplía esta zona de cubrimiento. La potencia del mal, en cuanto a concurrir a actos de justicia fraudulentamente, está dada desde su aparición y operancia a los fines procesales, resultando ajenos sucesos posteriores que no habrían propiamente de consumación sino de agotamiento. No está constituido como delito de resultado sino de peligro. Por eso es extraña, en nuestro sistema, la tentativa. La inducción en error no exige que se dé éste, sino que la ley está previendo algo muy justo y saludable, ó sea, la capacidad que debe tener la maniobra fraudulenta para provocar, inducir o crear el error. La utilización del verbo inducir, se clarifica, a este fin, con la parte final: Para obtener... sin que el legislador insintiera el que sea indispensable esa obtención, esto es, se produzca la sentencia, resolución o acto administrativo contrarios a derecho.

Con el debido respeto y consideración,

Gustavo Gómez Velásquez.

1. DEMANDA DE CASACION

Sólo si se agitan cargos incompatibles es improcedente acusar la sentencia por la causal primera, como subsidiaria de la nulidad

2. PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

El artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 contiene un tipo de mera conducta, en consecuencia, su aplicación no está subordinada a que el autor obre con propósito o finalidad especial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 031 de mayo 9 de 1990.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Fidel de Jesús Holguín Betancourt* y éste mismo, contra la sentencia proferida el veintidós (22) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (fs. 120 y ss.), por el Tribunal Superior de Medellín que confirma la a su vez dictada por el Juzgado Sexto (6º) Especializado de ese Distrito (junio 21 de 1989), para condenar al acusado aludido a la pena principal de tres (3) años de prisión y a las accesorias correspondientes, por infracción al Decreto 3664 de 1986 y consistente en porte de arma de uso privativo de las Fuerzas Militares.

La Procuraduría Primera (1ª) Delegada en lo Penal solicita negar las pretensiones del actor.

Hechos:

Como aparece del proceso, "...En las horas de la tarde del día 29 de abril de 1987, agentes de la Policía Vial retuvieron al individuo *Fidel de Jesús Holguín Betancourt*, en un retén móvil que montaron en el corregimiento San Cristóbal, jurisdicción de Medellín, cuando viajaba de pasajero en un vehículo particular, porque en su maletín portaba una pistola marca Colt, calibre 45, en buen estado, de uso privativo de las Fuerzas Militares, sin su respectivo salvoconducto..."

(fl. 100). Además, se decomisó al sindicado munición para el arma referida, según testimonios de quienes efectuaron la aprehensión.

Actuación procesal:

Con base en el informe respectivo, se inició la investigación por funcionario de instrucción, quien oyó en indagatoria al acusado Holguín Betancourt, diligencia en la cual éste admitió el hecho explicando haber adquirido el arma por compra a persona indeterminada con el objeto de cambiarla o venderla a mayor precio, dictándose en su contra auto de detención con beneficio de excarcelación; recibidas declaraciones de los agentes del orden que intervinieron en su captura y cumplidas otras actuaciones, se calificó el mérito con resolución acusatoria. Remitido el asunto al Juzgado Penal del Circuito, obtenido dictamen conforme al cual el arma corresponde a aquellas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, se ordenó enviar el expediente al Juzgado Especializado, el cual, previa declaratoria de nulidad del trámite cumplido a partir de la clausura del ciclo investigativo, luego de dar traslado del expediente referido, cierra nuevamente la instrucción y de acuerdo con el concepto de la Fiscalía, dispuso citar a audiencia por infracción al Decreto 3664 de 1986, con revocatoria de la excarcelación anteriormente concedida. Efectuada la audiencia, se dictó el fallo correspondiente de primera instancia, confirmado por el Tribunal Superior de Medellín al resolver apelación interpuesta contra aquél, a través de la sentencia objeto del recurso extraordinario.

La demanda:

Previa relación de los acontecimientos materia del proceso, el actor invoca contra la susomentada decisión, las *causales tercera* —por nulidad de la actuación— y *primera* —por violación indirecta de la ley sustancial ante error de apreciación probatoria— (numerales 3º y 1º, art. 226 del C. de P. P.), esta última como subsidiaria. Se procede al examen de sus planteamientos, previo resumen de los mismos.

Causal tercera: Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad.

El libelista hace consistir el cargo en que siendo el Decreto 3664 de 1986 sólo aplicable a grupos de personas y alzados en armas, ya que se dictó en ejercicio de las facultades de estado de sitio, se deduce de comparación con otros estatutos similares y posteriores (Decretos 130 y 474 de 1988), que se incurrió en incompetencia por el Juzgado de primera instancia ya que no le correspondía el juzgamiento, lo cual determina la invalidez del trámite a partir de la calificación.

Declarado el estado de excepción (Decreto 1038 de 1984), expresa el demandante que el Decreto legislativo 3664 de 1986 se dictó —dentro de las atribuciones que confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional— como legislación penal de emergencia en relación con hechos de terrorismo, narcotráfico y otros perturbadores del orden público, consideradas como conductas de especial peligrosidad

o delitos sancionados con fuertes penas (Decretos 180, 474 y 2492 de 1988), anotando que el correctivo de tres (3) a diez (10) años de prisión previsto en el ordenamiento primeramente citado, no se comparece con el comportamiento de poseer un arma de fuego, así sea ésta considerada de uso privativo de las Fuerzas Militares; de lo cual infiere que acorde con una interpretación teleológica son dispositivos que únicamente pueden comprender a quienes traten de vulnerar la tranquilidad ciudadana y, así, la tenencia de un elemento tal, aunque sea de la calidad expresada, cuando se inspire en otro motivo —como el lucro— y no para atentar contra la armonía social, no tiene cabida dentro de la norma aplicada y, por tanto, la competencia no puede ser de los Jueces Especializados, sino de la jurisdicción ordinaria, sin que se apliquen las penas señaladas.

Estima el actor que si se compara dicho Decreto con los otros mencionados, se colige que "...sólo debe aplicarse a 'grupos' de personas armadas y a una sola persona que está obrando con fines e intención bélicos...", como también se desprende de las motivaciones de los referidos actos; por lo mismo, la normatividad aplicada en este caso no puede ser una excepción "...a la reiterada inclinación..." de los otros preceptos citados a tomar como justiciables a grupos de gentes armadas pero no a una sola persona, sin antecedentes y en las circunstancias del procesado. Por tanto, se incurrió en incompetencia para actuar por el Juez Especializado (numeral 1º, art. 305 del C. de P. P.).

Insiste el defensor recurrente en que las normas contenidas en el Decreto 3664 de 1986 únicamente son aplicables respecto de grupos de personas alzadas en armas "...y no a particulares que de manera personal que no colectiva tengan esas armas...", sin pertenecer a organizaciones subversivas y en forma ocasional pues las normativas de excepción se aplican y expiden para combatir a los que alientan contra el orden público. Advierte finalmente el actor, que los Decretos citados son inaplicables a este caso, por ser posteriores a los hechos e impetra la declaratoria de cualquier nulidad que advierta la Sala.

Causal primera: Violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación probatoria.

Radica la acusación en que por no haberse estimado por el fallador la confesión calificada del procesado (arts. 296 y 297 del C. de P. P.), se violó el artículo 5º del Código Penal, que proscribía toda forma de responsabilidad objetiva, aplicándose en consecuencia el referido Decreto 3664 de 1986.

Expresa el actor, que el acusado en su indagatoria al admitir el porte o tenencia del arma, agregó que la poseía con ánimo de lucro, pues su propósito era el de venderla por un valor mayor al de su adquisición. Alude al artículo 297 del Código de Procedimiento Penal —que consagra la confesión calificada— y observa que el procesado obró conforme a esa calificación y, por tanto, no se le pueden aplicar las normas enunciadas ni otra disposición dictada para el estado excepcional de conmoción interior, como se anotara en la imputación precedente.

Estima el demandante que tal calificación no fue apreciada debidamente por los sentenciadores y por esta omisión se llegó por parte de aquellos —concretamente el Tribunal— a la violación de la ley sustancial, por quebrantamiento del artículo 5º del Código Penal, norma esencial en materia penal; lo cual dice — resulta claro al observar que por prescindirse de tal prueba se condenó al acusado por una responsabilidad eminentemente objetiva porque se hallaba comprobado el aspecto material de la infracción, pero no la intención de aquél de violar el Decreto 3664 de 1986 y al faltar la plena prueba del propósito, no se le podía condenar y al hacer esto se transgredió el precepto sustantivo referido por lo cual el fallo debe ser invalidado. Cita, en apoyo de su argumentación, la Vista Fiscal de primera instancia en cuanto a que la acción del acriminado no se dirigió a perturbar el orden público ni a consumir delitos con grupos guerrilleros, alegando error de tipo (ordinal 4º, art. 40 del C. P.), para solicitar la absolución.

Impetra, finalmente, que de prosperar la nulidad, se decida en qué estado queda el proceso y, de otra parte, que de aceptarse el cargo por la causal primera de casación, se invalide la sentencia para absolver al acusado.

Concepto de la Procuraduría Primera (1ª) Delegada en lo Penal:

Plasmado en principio mención a los antecedentes procesales, observa el Ministerio Público la existencia de fallas en la demanda, pues en primer término no atiende al principio de contradicción ya que por una parte afirma la nulidad de la actuación desde el cierre del ciclo instructivo y en la acusación por la causal primera, la invalidez de aquella, con lo cual "...coloca al fallador en la alternativa de escoger uno de los cargos...", siendo esto improcedente por la limitación del recurso; y, en cuanto a la segunda imputación, advierte similar defecto pues no se puede respecto a la misma prueba afirmar apreciación errónea y falta de estimación, por excluyentes. De la misma manera, destaca el Colaborador Fiscal, que siendo las causales de casación autónomas e independientes, es inadmisibles formular una inculpación subsidiaria a otra, lo cual demuestra inseguridad. Respecto a las normas sustanciales, si bien cita las ya indicadas, no se refiere al Decreto 3664 de 1986 —disposición aplicada— y en cuanto a las peticiones no pueden constituir un reclamo general o indeterminado y sí concreto y pensar "...de tal manera que el fallador pueda apreciar en ella la conclusión de una impugnación sería hecha con seguridad..." (fl. 31, cuaderno de la Corte).

Con relación al cargo de nulidad, considera la Delegada que determinada la execubilidad del ordenamiento aludido, no es válida la significación del actor, habiendo llegado el legislador a concluir que el hecho previsto en el estatuto atenta contra el orden social y el recurrente pretende introducir un elemento subjetivo no contemplado en el precepto adaptado al caso, no siendo posible cambiar los términos de la norma so pretexto de su interpretación teleológica. Por tanto, concluye la Agencia Fiscal, debe desestimarse la demanda denegando las solicitudes allí contenidas.

La Corte:

I. *Advierte la Sala en primer término que el demandante presenta acusación por la causal primera como subsidiaria de la que formula por nulidad, lo cual, como anota el Procurador Delegado y otrora lo ha expresado la Corte, es quehacer improcedente mientras se agiten cargos incompatibles, toda vez que los motivos de casación son autónomos e independientes pues cada uno tiene su ámbito propio y da lugar a la correspondiente decisión, sin que, por lo mismo, sea admisible la subordinación que supone lo alegado en los términos ya reseñados.*

II. *Examinadas las imputaciones aparece que se apoyan en supuestos semejantes, pues la nulidad la deduce de la incompetencia del Juez de primera instancia porque al procesado —en criterio del actor— no le era aplicable la norma o estatuto por este ilícito cuyo juzgamiento corresponde o está asignado a Juez Especializado; y la violación indirecta, porque en concepto del actor, el hecho no reunía los requisitos subjetivos para aplicar la misma disposición.*

No obstante lo anterior, no existe la contradicción afirmada por el Ministerio Público, por cuanto no deviene oposición sustancial entre los fundamentos de una y otra alegación, pues resultan acordes en impugnar el fallo desde un mismo punto de vista, o sea la inaplicabilidad de la preceptiva considerada para la sanción, sin que, por ende, pueda subsistir incongruencia que dé lugar a la desestimación inmediata de las mismas. Por cierto que no pueden aceptarse posiciones, razones o argumentos que se excluyan por ser encontrados; empero, como queda expresado, ello no ocurre en este caso pues es dable entender que los correspondientes discursos aducidos se complementan.

En reciente fallo de esta Sala (abril 27 de 1990, Magistrado ponente doctor Giraldo Angel), al examinar situación afín a la mencionada, se expresó lo siguiente, que es oportuno reiterar:

“... I. No comparte la Sala la apreciación del señor Procurador Delegado en lo Penal de que no se puede en una demanda presentar simultáneamente causales encaminadas a establecer la absolución del procesado y la nulidad del proceso, porque, según él, los efectos de las decisiones que se tomaren con base en cada causal independientemente considerada son excluyentes...”

“... Lo que ha rechazado la jurisprudencia en forma reiterada, y ahora la ley misma, es que se planteen cargos incompatibles entre sí por la naturaleza misma de estos, y no por las consecuencias que se desprenderían de ellos en caso de que prosperaran. No se puede alegar, por ejemplo, violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación a unos hechos de una norma que consagra una conducta delictiva, y en otra causal alegar violación indirecta por indebida interpretación de las pruebas que sirvieron de base para tipificar la conducta, porque el primer cargo supone la aceptación de los hechos en la forma como fueron reconocidos por el Tribunal en la sentencia materia del recurso...”

"...Pero bien puede suceder que en una misma sentencia se den varias causales de casación. Por ejemplo, que se haya aplicado indebidamente la norma tipificadora del delito, y que además el Juez no fuera competente para adelantar el proceso. En el primer caso habría violación directa de la ley sustancial, y en el segundo nulidad. En este evento se pueden alegar ambas causales, a pesar de que los efectos de ellas en caso de que prosperaran fueran incompatibles entre sí..."

De otra parte, distintas inconsistencias anotadas por la Delegada, no implicarían desestimar la demanda, pues en relación con la segunda impugnación, de las alegaciones del libelista se desprende que rechaza la aplicación del Decreto 3664 de 1986 por no comprender, a su juicio, la situación materia de juzgamiento, si bien no aduce concretamente su violación; y las peticiones formuladas son suficientes para inferir que pretende la invalidación del trámite, aunque no indique a partir de que momento procesal, o la absolución del acusado de aceptarse la segunda causal esgrimida.

Se procede, por tanto, al examen de los cargos formulados.

III. *Conforme el orden señalado por el recurrente y como corresponde a la técnica del recurso, analiza la Sala en primer término la imputación de nulidad, ya que su eventual admisión impediría estudiar la otra acusación.*

Como quedó expresado, radica la pretensa ineptitud de lo actuado, en la incompetencia del Juez, dado que no se trata de situación sujeta a su decisión, por cuanto el acusado no se encontraba incurso en la conducta a él imputada, vistas las circunstancias del hecho. Hace en tal forma depender la competencia del funcionario a la aplicabilidad del estatuto referido porque, afirma, el suceso no comprende la conducta típica investigada.

Examinada esta argumentación, se concluye que carece totalmente de base. En primer término debe recordarse que declarada como lo fue la ejecutabilidad de la normativa en mención, ésta tiene plena validez (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, marzo 12 de 1987, Gaceta Judicial, número 2340, págs. 240 y ss.) y rige para las situaciones previstas en la misma.

El razonamiento central del libelo parte de la motivación del Decreto referido y de otros expedidos por el Ejecutivo en uso de las facultades de estado de sitio, dirigidos a preservar el orden público y reprimir las acciones de grupos subversivos o armados, situación en la cual no se encuentra colocado el acriminado.

Sin embargo, esta postura no requiere mayor análisis para ser desechada, pues basta considerar que previsto el hecho como delito o infracción penal, como podía hacerlo el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades especiales y manifestada —como se dijo— su ejecutabilidad, debe aplicarse conforme a sus términos; y si acorde al texto respectivo incurre en la conducta "...el que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de

las Fuerzas Armadas..." (art. 2º del Decreto 3664 de 1986), por entender que este hecho concreto atenta contra la preservación del orden social, no puede interpretarse la norma para considerarla aplicable únicamente a grupos de personas o de alzados en armas, que persigan finalidades subversivas, sino que debe dársele el alcance general señalado, como se desprende del contenido de la disposición respectiva.

IV. Tampoco podría en vía de interpretación teleológica darse al precepto la trascendencia o sentido que pretende el actor, pues se llegaría al resultado ya expresado, al querer deducir un elemento inexistente en la norma referida. Como anota acertadamente la Delegada, "... el artículo 2º del Decreto 3664 contiene un tipo de mera conducta, cuya realización de manera antijurídica y culpable da lugar a la aplicación de una pena. Si la disposición tuviera un ingrediente subjetivo, su aplicación estaría subordinada a que el autor hubiera obrado con un propósito o finalidad especial, pero en la forma en que se consagró no exige dicha finalidad, por lo tanto no le asiste razón al demandante, cuando sostiene que el porte de armas debe ser con la intención de quebrantar el orden público..."

V. En relación con el ataque por la causal primera, se advierte que las afirmaciones del procesado en su indagatoria fueron examinadas por los falladores para efectos de la determinación final adoptada; en cuanto a la calificación aducida respecto al dicho de aquél, debe destacarse que ésta dicción fue simplemente su exégesis ante una situación delictiva en la cual fue sorprendido en flagrancia, es decir, cabal y previamente establecida por otros medios no teniendo así, en sustancia, el carácter de confesión, con efectos demostrativos, ante hechos ya plenamente comprobados.

Y respecto a lo sustancial de la alegación, basta con lo anotado al analizar los planteamientos del recurrente para sustentar el ataque por la causal tercera; sin que en consecuencia pueda prosperar tampoco esta alegación.

En tal forma, deben rechazarse los cargos formulados.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto de la Procuraduría Primera (1º) Delegada en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Denegar la casación interpuesta.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DOCUMENTO PUBLICO

No sólo son documentos públicos los que expiden los funcionarios públicos vinculados regularmente al Estado, sino también quienes cumplen funciones públicas, así sea ocasionalmente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 32 de mayo 15 de 1990.

Vistos:

Procede la Sala a dirimir la colisión de competencia suscitada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, y el 43 de Instrucción Criminal de Bogotá.

Hechos y actuación procesal:

1. El día 14 de febrero de 1990 se presentó a la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, en la ciudad de Bogotá, el señor Luis Javier Hincapié, para tramitar su visa. Para este propósito adjuntó documentos que resultaron ser falsificados, entre los que se encuentran comprobantes de pago de sueldos por la empresa Publi Prensa, constancia de estar vinculado a dicha empresa, certificaciones de instituciones bancarias de depósitos en tales entidades, copia de una declaración de renta, certificado de ingresos y retenciones y fotocopia de una escritura pública.

2. El Juez 43 de Instrucción Criminal de Bogotá, en forma irreprensible, calificó todos estos documentos de públicos, y dispuso el envío del expediente al Juez Penal del Circuito de Itagüí, por haber sido confeccionados en dicha ciudad.

3. El Juez Penal del Circuito de Itagüí, a quien correspondió el conocimiento del proceso, aceptó la colisión alegando que todos los documentos que obran en él son de carácter privado, por lo que el delito de falsedad sólo se consumaría por el uso de ellos, remitiendo el expediente a esta Corporación para que proceda a dirimirlo.

Consideraciones de la Sala:

En el expediente hay varios documentos privados que el mismo procesado reconoce como falsos, como son los certificados de trabajo

y las constancias de las instituciones financieras. Pero hay también varios documentos públicos, como pasa a explicarse.

En primer lugar, la copia de un documento tiene la misma naturaleza jurídica de público o privado del documento que reproduce. Por esa razón la fotocopia de una escritura pública será documento público, así ella no esté firmada por quienes la otorgaron, o no esté autenticada. Otra cosa muy distinta es que ella no tenga capacidad probatoria para efectos de que se pueda configurar el delito de falsedad documental, pero esa circunstancia debe ser analizada en el momento de calificar el proceso, y no tiene incidencia en la competencia hasta cuando no se tome una decisión sobre este punto.

Igualmente no sólo son documentos públicos los que expiden los funcionarios públicos vinculados regularmente al Estado, sino también quienes cumplen funciones públicas por disposición de éste, así sea ocasionalmente. El artículo 63 del Código Penal define los empleados oficiales en los siguientes términos: "Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las Fuerzas Armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público".

En el caso en estudio el retenedor cumple funciones públicas asignadas por la misma ley (art. 368 del Decreto 624 de 1989), y por mandato del artículo 378 del mismo Estatuto él está en la obligación de expedir a los contribuyentes el certificado de ingresos y retenciones correspondiente, por lo que el documento que él expide es de carácter público.

En lo que a los documentos se refiere, es indudable entonces que la falsedad en el proceso en estudio puede ser de carácter público, delito que se consumó en donde ellos fueron elaborados, y privado, la cual se consumó en donde fueron usados, por lo que en principio se trata de un concurso material de delitos, que genera el fenómeno jurídico de la competencia a prevención, que el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal dirige a favor del Juez que primero haya iniciado la investigación, siendo por tanto competente el Juez 43 de Instrucción Criminal de Bogotá.

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

Resuelve:

1. Asignar el conocimiento del presente proceso al Juzgado 43 de Instrucción Criminal de Bogotá.
2. Por la Secretaría de la Corporación expidase la copia a que se refiere la parte motiva de esta providencia.
3. Enviase el expediente al Juzgado 43 de Instrucción Criminal, y copia de la providencia al Juzgado 1º Penal del Circuito de Itagüí.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nongués, Didimo Páez Velandía, Edgar Sauvedra Rojas.

Rafael I. Coriés Garnica, Secretario.

PECULADO

Cuando la ley exige que las cauciones se presten ante las entidades crediticias correspondientes, implícitamente quiere que el funcionario judicial no las reciba y menos aún, que pueda tener la posibilidad de disposición

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandía.*

Aprobado: Acta número 35.

Vistos:

Procedente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil (Santander) llega el proceso contra el Exjuez promiscuo municipal de Sucre y penal municipal de Suaita, *doctor Gilberto Rodríguez*, en causas acumuladas por los delitos de peculado, concusión y falsedad en documento público en concurso material, para desatár la apelación que la defensa interpusiera contra el fallo condenatorio.

Agolada la ritualidad de la instancia, procede la Corte a decidir sobre la legalidad de la sentencia.

Reseña de los hechos:

Como se trata de acumulación de causas, la síntesis fáctica se hará en relación a cada una de ellas.

a) *Primera causa.* A conocimiento de la Procuraduría Regional de San Gil llegaron varias irregularidades atribuidas al titular del Juzgado Penal Municipal de Suaita, doctor Gilberto Rodríguez Rodríguez, que originaron una visita a dicha dependencia en desarrollo de la cual se hallaron las siguientes:

1. En tres procesos por delitos de lesiones personales se otorgó excarcelación en cuantía individual de \$ 41.099.80, correspondientes a dos salarios mínimos mensuales de ese entonces, valores entregados directamente al Juez para su consignación una vez abriera la oficina la Caja Agraria; y no obstante existir oficio ordenando el depósito, éste era hecho por el Juez o alguno de los empleados días después.

2. En un proceso de "fraude mediante cheque" en cuantía de \$ 50.000.00 el procesado, antes de ser oído en indagatoria, hizo entrega

al Juez de ese valor en efectivo para consignarlo en la Caja Agraria, lo que hizo éste meses después cuando el denunciante solicitó la entrega del depósito a consecuencia de la cesación de procedimiento por pago.

3. En un proceso por lesiones personales se profirió medida de aseguramiento de caución por \$ 50.434.20; valor entregado al Juez conjuntamente con \$ 100.000.00 correspondientes a unas mejoras y que éste los tuvo en su poder durante varios meses; comportamientos calificados como concurso material de peculados por apropiación.

4. En un proceso por lesiones personales se otorgó libertad caucionada (\$ 41.020.00), valor equivalente a dos salarios mínimos mensuales. El Juez exigió al procesado verbalmente tres salarios mínimos, consignó dos y guardó el valor del restante que depositó en la Caja Agraria solamente cuando se formuló la reclamación correspondiente, comportamiento calificado como concusión.

5. Como, además, en tres de los procesos referidos y en el libro de asientos bancarios se hicieron anotaciones inverídicas, se calificó dichos comportamientos como falsedad documental. Por los siete cargos se formuló resolución acusatoria y se dictó medida asegurativa de detención;

b) *Segunda causa.* En octubre de 1985 cuando el procesado desempeñaba las funciones de Juez Promiscuo Municipal de Sucre, solicitó a Telccom la instalación de un teléfono para el Juzgado e hizo unos pagos que allí le exigieron por instalación y garantía; simultáneamente gestionó auxilios con ese fin al Concejo Municipal y con posterioridad al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. El Concejo aportó una partida y entregó a Teleimportadores Ltda., la suma de \$ 33.988.00 por concepto de teléfono, pilas y cable, quedando satisfecha la gestión del funcionario.

Tiempo después, y cuando el Juez laboraba en Suaita, llegó a Sucre un giro del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia a nombre de Gilberto Rodríguez Rodríguez quien demostró haber hecho el pago por valor de \$ 43.623.00, apropiándose de ellos; como dicho dinero era el aporte del Fondo para el teléfono que había solicitado el Juez, al no reintegrarlo porque el Concejo lo había donado, la titular del Juzgado puso en conocimiento del Tribunal el hecho. La Corporación formuló resolución acusatoria contra el funcionario por un concurso delictual de peculado por apropiación y falsedad documental.

Acumuladas las causas se profirió sentencia condenatoria a 68 meses de prisión y accesorios correspondientes, determinación recurrida en apelación por el defensor del procesado.

Pruebas aportadas:

Se acreditó la calidad de Juez del procesado, en ambas localidades (Suaita y Sucre) y el desempeño del cargo para la época de los hechos investigados; informe de la Procuraduría Regional de San Gil sobre

las irregularidades detectadas en el Juzgado Penal Municipal de Suaita; relación de depósitos judiciales de dicho Juzgado en la Caja de Crédito Agrario durante el tiempo que ejerció el inculcado (abril 1º de 1986 a agosto 25 de 1987); fotocopias de las providencias en donde se dio libertad caucionada a María Elisa Páez de Avila, los hermanos Luis Alfonso y Pedro Antonio Téllez Franco y a Pedro Samuel Castillo Rivera; Oficio de enero 27 ordenando a la Caja Agraria recibir un depósito que solamente se consignó el 23 de abril; inspección judicial a los procesos relacionados en el informe de Procuraduría; fotocopias de constancias sobre cauciones y de los asientos en el libro de depósitos del Juzgado; Resolución 1900 de junio 13 de 1986 donde el Fondo reconoce la suma de \$43.623.00 al doctor Rodríguez Rodríguez y del giro y cobro de dicho valor; constancia de la oficina de Telecom sobre los gastos efectuados por el Juez procesado; solicitud de teléfono y orden de pago efectuado por el Concejo de Sucre a la firma Telecomunicadores Ltda., que instaló el teléfono en el Juzgado; testimonio de algunos procesados y de empleados de los Juzgados sobre las actuaciones del Juez; vinculado mediante indagatoria, el procesado admite que existieron demoras en hacer las consignaciones que en efectivo dejaban los interesados porque no había el servicio en el momento de prestarlas, pero que ello se debió al cúmulo de trabajo que tenía y a la poca colaboración que recibió de los empleados a quienes tenía que llamarles a menudo la atención; que se registraron en el libro las consignaciones con fechas atrasadas para que no se fuera a descuadrar pero no por actitud dolosa; niega algunos cargos concretos, como el haber exigido tres salarios mínimos, pues lo ocurrido fue que le dejaron ese valor como caución por eso consignó dos y dejó el otro para devolverlo cuando lo solicitaran por escrito; y el haberse apropiado de dineros o haber hecho las enmendaduras detectadas en relación con títulos de depósito en cuanto a numeración se refiere; también se recepcionó el testimonio de la empleada de Telecom que recibió el valor pagado por el Juez para instalación y quien firmó la constancia tildada de falsa. Sobre este aspecto, el procesado admite haber recibido el giro y quedarse con su valor porque si bien fue cierto que el municipio lo canceló, éste le debía lo correspondiente a otros gastos que hiciera en la residencia que el municipio asignó a él y a otros empleados; además, con el alcalde acordaron se pagaría con dichos dineros y que esa fue la razón, además, para aceptar la constancia que le expidió la empleada de Telecom, pues ella conocía el acuerdo existente con el alcalde sobre el particular.

Alegaciones de las partes:

Dentro de la oportunidad procesal para alegar en la instancia, solamente lo hicieron el señor Procurador Tercero Delegado y la defensora del procesado. El representante del Ministerio Público impetra confirmación del fallo recurrido; al paso que la defensa demanda la revocación, para en su lugar se absuelva al procesado pues sus actuaciones aun cuando aparecen sospechosas no son dolosas. Además, agrega extemporáneamente un escrito que dice ser del procesado el cual por no tener presentación personal de su signatario no será tenido en cuenta.

Consideraciones de la Corte:

Recibir las cauciones directamente por el Juez que las impone es una práctica que no sólo desatiende el mandato legal que disponía hacerlas en el Banco Popular o en su defecto en las oficinas de la Caja de Crédito Agrario, sino que constituye alto riesgo para quien asume la custodia de esos dineros bien por acción de los amigos de lo ajeno, ora como seducida tentación para quien los guarda. Y, en verdad, resulta gravemente indiciado el funcionario que lo haga con frecuencia y al hacerlo, demore considerablemente su consignación. La pretendida buena fe y gratuidad del servicio de "mandadero" que voluntariamente asume con tanta generosidad el Juez, pierden cualquiera credibilidad con la extraña coincidencia de ordenar las libertades en días u horas de cierre de la agencia agraria y la "amnesia" permanente para hacer u ordenar los depósitos inmediatamente restablecido el servicio, sino tiempo después, meses inclusive. Ello, entonces, es revelador de un claro propósito de usar indebidamente esos caudales que en forma innecesaria y contra norma expresa recibió, comportamiento que aun cuando recae sobre dinero, ciertamente tipifica un peculado por apropiación, como acertadamente lo destaca la Delegada y lo tiene determinado la jurisprudencia. En efecto, en auto de enero 27 de 1987, con ponencia del Magistrado Gómez Velásquez, sostuvo la Corte: "...El Juez, cualquiera Juez, sabe que los dineros no pueden ingresar sino a entidades expresamente indicadas por la ley y que el esfuerzo por desconocer esta obligación, constantemente infructuoso, resulta todavía más impropio e inadmisibles cuando la pretensión busca conseguir una autorización del ordenamiento jurídico para disponer caprichosamente del dinero recibido a título de gestión oficial..."

Cuando la ley exige que las cauciones se presten ante las entidades crediticias correspondientes, implícitamente quiere que el funcionario judicial no las reciba y menos aún, pueda tener la posibilidad de disponibilidad amparándose en el carácter fungible del dinero y el deber que impone al depositario de tal bien el artículo 2246 del Código Civil; aquí, no puede ser depositario el Juez, y si por alguna excepcional circunstancia recibe el valor de una caución, asume la responsabilidad de guarda o custodia del mismo, no la de depositario. Eso fue lo afirmado por la Corte en la providencia en cita, al precisar la improcedencia de la norma de derecho privado en esta relación de derecho penal examinada, cuando agregó: "...De ahí que no pueda aplicarse una serie de conceptos, de carácter privado, a una relación eminentemente pública, regida por otras disposiciones de diferente contenido, desarrollo y alcance. El obligado se ve compelido a cumplir con la entrega de un dinero, que no 'deposita' aunque verifique una consignación bancaria a órdenes del despacho judicial, o por mandato de éste para un tercero, a fin de que uno y otro, según los términos de la decisión que la causa, lo afecten. El Juez, en este caso, nada recibe en depósito ni puede disponer en provecho suyo ese dinero. La ley le veda toda intervención al respecto. De donde mal puede aplicarse un precepto con notoria connotación de relación privada, en la cual el punto de partida lo constituye la posibilidad de 'emplearlo' para personal provecho o de un tercero ligado al depositario. Tan cierta resulta esta consideración, que si se llega a admitir la eventualidad

de este 'empleo', no puede ni siquiera hablarse de uso indebido sino de un obrar conforme a derecho, pues se está haciendo con base en mandatos de la ley, en el campo civil, que auspician esta conducta..."

Es cierto que el procesado en su injurada sostiene que en ningún momento utilizó dichos dineros, limitándose tan sólo a guardarlos en su escritorio en donde quedaban algún tiempo por olvido, sobrecarga de trabajo y poca colaboración de los empleados. Tales explicaciones tendrían aceptación en circunstancias diferentes a las reveladas por el proceso. En efecto, no se entiende cómo si había tiempo y memoria para afirmar o hacer afirmar en el proceso con un número diferente de título la consignación inexistente; cómo, si en verdad ocurrieron los hechos en la forma referida por el sindicado, al ser reclamado el valor por el interesado no se le entregaba inmediatamente el dinero que tenía en su escritorio, sino que se le citaba para fecha posterior y poder así hacer la consignación respectiva y alterar la constancia del proceso y el asiento en el libro correspondiente? Qué hubiera sucedido si no se reclaman esos dineros? El olvido en consignarlos seguiría gravitando sobre ellos, y si alguna visita se diese al proceso nada "anormal" habría, pues las constancias así lo revelaban.

Ese juego de querer ocultar "simples irregularidades" sumado a ser casi una práctica rutinaria en los procesos y al dicho de la empleada del Juzgado de "María le voy a pedir un favor, que en caso de que haya problema con los títulos por no haber consignado la plata a su debido tiempo, diga su merced que yo le había dado la plata para que la consignara y que su merced la había echado en su escritorio y que se le había olvidado consignarla" (fl. 36 vto.), es lo que permite, de una parte, desvirtuar la no apropiación del dinero y de otra, poner de relieve la falsedad documental por la cual fue enjuiciado y condenado en primera instancia.

Con relación al cargo por concusión que se fundamenta en los testimonios de Melquisedec Saavedra, Guillermo Chacón y el Secretario del Juzgado, leídos detenidamente los dos primeros, encuentra la Corte que el del Secretario pierde credibilidad.

En efecto, dice éste que el Juez fue a la cárcel y le exigió al detenido Saavedra caución por tres salarios, que al notificar la providencia no permitió que se la leyera en su totalidad y que solamente devolvió el salario restante "ante los insistentes reclamos de Guillermo Chacón"; pero, Saavedra si bien dice haberle hablado de tres salarios, al referir cómo ocurrió el hecho, dice: "... fue a la cárcel y ahí desde arriba del balcón me dijo que consiguiera la plata, eso eran como las nueve de la mañana de ese viernes", y preguntado sobre si se le leyó la providencia, dijo: "El lunes cuando me iban a soltar, don Oscar el Secretario del Juzgado me leyó algo que no recuerdo que más decía, luego el mismo lunes me trajeron al Juzgado y ahí me dijeron que no podía tomar y que tenía que presentarme..." (fl. 34. Subraya fuera de texto).

Si desde el balcón le dijo que consiguiera la plata, pudo entender mal el número de salarios requeridos, y si la notificación la hizo el Secretario en la cárcel, no se ve cómo el Juez impedía la lectura de la totalidad del proveído. Además, es muy significativo que Chacón

diga, en relación con la devolución, que "...yo vi al Juez y me le acerqué y le conté que le traía la plata para la libertad de Chejo (apodo de Saavedra) entonces él me dijo que esa plata tocaba depositaria en la Caja Agraria y como no había Caja ya yo le dije que la recibiera y que él la depositara después y él me la recibió... como al mes de yo haberle dado lo de los tres salarios, un día que estaba allá el señor Juez en Vado Real, me llamó y me dijo que viniera a reclamar lo de un salario que el depósito no debía ser sino por dos salarios y yo vine al otro día y el Juez me dio la orden para que los reclamara en la Caja Agraria..." (fls. 25 vto. y 26).

No es, entonces, verdad que Chacón insistentemente pidiese la devolución de ese salario, ni la iniciativa de dejar el valor de la caución al Juez partió de éste, sino del testigo. En tales condiciones de fragilidad probatoria, debe inclinarse la justicia por aceptar la negativa del funcionario en su injurada para aceptar la imputación que por concusión se le hiciera. Se le absolverá por ella.

Ninguna objeción encuentra la Corte a la imputación y condena por la apropiación de los dineros que le entregó el Fondo gracias a la falsedad documental, como pago del valor del teléfono solicitado para el Juzgado. En efecto, la constancia expedida por la empresa de Telecom de marzo 22 de 1986 donde falsamente se afirma: "Dichos dineros fueron cancelados en su totalidad por el doctor Gilberto Rodríguez Rodríguez, Juez", fue presentada conjuntamente con la cuenta de cobro, con posterioridad a la instalación del teléfono cuyo costo total lo canceló el Municipio por orden del Concejo Municipal.

Desde ese mismo momento tenía la intención no solamente de determinar para que se falseara la verdad certificadora del empleado oficial, sino además, de apropiarse de dichos dineros del Tesoro Público, como efectivamente ocurrió, al producirse la Resolución que ordenaba el pago y al hacerse éste al inescrupuloso funcionario.

La exculpación que suministra en su injurada de ser un pago por otro concepto, no tiene el más mínimo respaldo probatorio; por el contrario, la declaración del Alcalde no obstante ser anterior a la indagatoria del procesado deja sin piso su aseveración. Pero, aún aceptando en gracia de discusión la ocurrencia de tan extravagante acuerdo, su comportamiento seguiría siendo igualmente reprochable, porque tales dineros no eran del Municipio sino de la Nación y a ésta era a quien tenía que restituirlos.

El *a quo*, al dosificar la pena, partió de los tres años que señala el artículo 219 del Código Penal y con base en lo previsto en el artículo 61 *ibidem*, tomó como mínimo cuatro años, incrementados en 20 meses por el concurso teniendo en cuenta que reintegró antes de la sentencia lo apropiado; y como accesoria la interdicción por el mismo lapso y la multa, olvidando que el peculado las señala como penas principales que pueden ser acumuladas, según el artículo 27 del Código Penal, debiéndose aclarar en tal sentido la sentencia recurrida.

Como se ha de modificar también el fallo en cuanto a la concusión se refiere, ello incide en la punibilidad, quedando ésta entonces en 60 meses de prisión, multa a favor del Fondo Rotatorio del Minis-

terio de Justicia con destino a defensoría pública (art. 446 del C. de P. P.) de \$ 10.000.00 e interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad.

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

Resuelve:

Primero: Revocar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia recurrida.

Segundo: Modificar el ordinal primero de la parte resolutive del fallo impugnado en el sentido de señalar como pena principal a imponer la de sesenta (60) meses de prisión, multa de \$ 10.000.00 a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y con destino a la defensoría pública e interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa, como autor material del concurso de delitos de falsedad en documento público y peculado por apropiación, por los que se le profirió resolución acusatoria.

Tercero: Absolver al procesado *Gilberto Rodríguez Rodríguez* por el delito de concusión respecto del cual se le profirió resolución acusatoria.

Cuarto: Confiar, en lo demás, el fallo recurrido, haciendo especial hincapié en la captura del sentenciado.

En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Circlito Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Didimo Páez Veandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

BIGAMIA, QUERRELLA

La bigamia es ilicitud de configuración instantánea y el tracto respectivo para la formulación de la querrela y el fenómeno de la caducidad, comienza a partir de la realización del hecho ilícito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0035 de mayo 30 de 1990.

Vistos:

Cumplidos los trámites pertinentes, decide la Corte el recurso de revisión propuesto por la señora Fiscal Catorce (14) del Tribunal Superior de Bogotá, contra la sentencia del Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá calendarada en septiembre diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), a través de la cual fue condenado *Henry Orlando Santos Moreno* por el delito de bigamia, denunciado por su cónyuge *Ivonne Prada de Santos* y en relación con segundo matrimonio contraído por el acusado con *Luz Marina Pinto Sánchez* en el Juzgado Promiscuo Municipal de Cajicá, el treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Dentro del trámite de la impugnación se ordenó la libertad —por pena cumplida— del así sentenciado, recibiendo alegaciones de la funcionaria recurrente y del apoderado constituido por *Santos Moreno*.

Hechos:

Los resumió el Juzgado Penal del Circuito mencionado, en los siguientes términos:

“...Son denunciados por la señora *Ivonne Prada de Santos* ante la Inspección Municipal de Policía de Cajicá el día 10 de enero de 1986, manifestando que su esposo *Henry Orlando Santos Moreno* contrajo nuevamente matrimonio con *Luz Marina Pinto*, hecho que ignoraba porque nunca estuvieron separados y convivían aunque no en la misma casa. Fruto de esa unión con su denunciado existe una niña de cinco años de nombre *Rosa Catalina Santos Prada* encontrándose actualmente en el octavo mes de embarazo. Además sustrajo de su casa algunos objetos, joyas y elementos de odontología que vendía o

empeñaba en establecimientos dedicados a este fin. Agrega que se casaron por el rito católico en la localidad del Socorro (Santander) el día 3 de julio de 1978 en la iglesia de Chiquinquirá que ofició el Presbítero Nieto. Que el segundo matrimonio fue celebrado en la localidad de Cajicá (Cundinamarca) el día 30 de octubre de 1984 valiéndose de documentos falsos y por último lo acusa de maltrato físico y moral extensivo a su menor hija. . ." (fl. 78, cuaderno 1º).

Actuación procesal:

Formulada la querrela y abierta la investigación, se oyó al acusado, agregándose las pruebas necesarias, entre estas, las actas de matrimonio respectivas, disponiéndose en contra del indagado medida de aseguramiento consistente en conminación. Constituida en parte civil la querellante y cumplidos los trámites pertinentes, se cerró la investigación calificándose con enjuiciamiento y se decretó la detención del acriminado con beneficio de libertad provisional mediante caución; igualmente, se sobreseyó de manera temporal a Luz Marina Pinto, también inculpada y en cuanto al hurto denunciado, en la misma providencia se concluyó que la infracción no se configuraba. Se declaró en contumacia a Santos Moreno y cumplida la audiencia pública se profirió el fallo recurrido con negación del subrogado de la condena de ejecución condicional en consideración a su ausencia.

En firme esta providencia, fue aprehendido (mayo 17 de 1989) el procesado reconociéndose rebaja de la pena impuesta en el fallo (8 meses de prisión), en un (1) mes y diez (10) días (Ley 48 de 1987), reiterándose la negativa de conceder la condena de ejecución condicional que solicitó al tiempo que su libertad, por haberse fallado el proceso, decisión confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá al resolver apelación.

Con posterioridad se presentó la demanda de revisión, ordenándose en su decurso la libertad del condenado por pena cumplida y sin allegarse pruebas distintas de las acompañadas con el libelo. Corrido el traslado de las partes, se procede a proferir la determinación pertinente.

La demanda:

Con copia de los documentos respectivos, como son actas de matrimonio civil, la querrela, el auto cabeza de proceso, la sentencia y constancia de su ejecutoria, la funcionaria recurrente presentó su reclamación en la cual se refiere a la titularidad y procedencia de la impugnación extraordinaria y antecedentes procesales.

Como fundamentos de hecho y de derecho del recurso, alude la Fiscal Catorce (14) del Tribunal Superior de Bogotá a la causal segunda (3º) de revisión (art. 231 del C. de P. P.), conforme a la cual procede la decisión impetrada cuando la sentencia condenatoria se ha dictado en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción o falta de querrela, anotando que esta última es condición de procedibilidad y punibilidad respecto de delitos taxativamente seña-

lados en la codificación respectiva, entre estos, el de bigamia (art. 25 del C. P.; art. 4º de la Ley 55 de 1984); por otra parte, para su eficacia debe formularse en tiempo determinado, siendo ésta para el caso *sub examine* de seis (6) meses (arts. 324 del C. de P. P. anterior; 24 del Decreto 050 de 1987), transcurrido el cual se produce la caducidad.

La bigamia —dice— se configura cuando se perfecciona el contrato de matrimonio, momento a partir del cual debe contarse el término para la querrela; se trata, por otra parte, de ilícito instantáneo (art. 260 del C. P.) cumplido al momento de las nupcias, si bien de efectos permanentes. Así, se consumó en la fecha de celebración del segundo casamiento (octubre 30 de 1984) y formulada la querrela en enero diez (10) de mil novecientos ochenta y seis (1986), es decir, un (1) año, dos (2) meses y diez (10) días después de producirse el delito, se inició la acción penal y se falló el proceso sin tener en cuenta el fenómeno de la caducidad de la querrela, por lo cual procede la revisión.

Se refiere la demandante a las pruebas acompañadas que demuestran sus afirmaciones y con base en ellas solicita se disponga la revisión (art. 239 del C. de P. P.).

Alegaciones de las partes:

La actora presentó un escrito reiterando sus planteamientos ya expuestos y la petición indicada (fl. 73, cuaderno de la Corte). El defensor del sentenciado impetró dictar fallo absolutorio, previa referencia a los antecedentes ya reseñados concluyendo que por haberse propuesto la querrela pasado el término de la caducidad, ni siquiera ha debido iniciarse el sumario y, por lo mismo, tampoco era procedente el fallo reclamado (fls. 74/5, cuaderno 6º).

La Corte:

I. Como quedara expresado, la revisión se propone con fundamento en la causal segunda del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, ya que el fallo condenatorio se profirió en proceso por delito que requería querrela y cuando ya había expirado el lapso legal previsto para su formulación. De otra parte, la actora, como representante del Ministerio Público, tiene capacidad para proponer el recurso extraordinario (art. 232 del C. de P. P.).

II. Electivamente, aparece que Henry Orlando Santos Moreno, estando ligado con vínculo matrimonial con Ivonne Prada y según el rito de la Iglesia Católica en la Parroquia de Nuestra Señora de Chiquinquirá en Socorro (Santander) (julio 3 de 1978), contrajo nuevas nupcias por el trámite civil, ante el Juez Promiscuo Municipal de Cajicá (Cundinamarca) (octubre 30 de 1984). La querrela se elevó por la cónyuge afectada en enero diez (10) de mil novecientos ochenta y seis (1986), transcurrido más de un (1) año de cumplido el acto ilícito.

Como lo destaca la demandante, el delito de bigamia está comprendido expresamente entre aquellos que requieren querrela de parte para la iniciación del sumario respectivo (art. 4º de la Ley 55 de 1985).

en norma a la cual hace expresa referencia el Código de Procedimiento Penal (art. 25), señalándose en este mismo estatuto un tracto de seis (6) meses para la presentación de la querrela requerida.

III. Hace referencia igualmente la recurrente a la consumación de la infracción, aspecto de vital importancia para los efectos de la caducidad alegada frente a la naturaleza misma del vínculo matrimonial.

Obsérnase que considerando su naturaleza el matrimonio es un contrato solemne que se verifica cumplidos los requisitos previos exigidos por la ley civil —cuando se contrae por esta vía— o ejecutados lo previsto en las formas canónicas —en el evento de los ritos religiosos— lo que presupone que se han atendido los supuestos necesarios para su validez, siendo sustancial en uno y otro caso, la expresión del consentimiento de los contrayentes ya ante el funcionario autorizado, bien frente al sacerdote y acatadas estas formalidades se entente celebrado para los efectos legales y con reconocimiento para producir consecuencias permanentes.

En este punto y con relación a la alegada caducidad de la querrela, importa precisar —cuanto al delito denunciado— si reviste el carácter de instantáneo o permanente, aspecto relevante acerca del momento en que debe empezar a contarse el término correspondiente para la presentación de aquella, requisito indispensable de procedibilidad en lo tocante a la acción. Como lo advierte la demandante, se ha entendido o aceptado que la bigamia es ilicitud de configuración instantánea aunque de efectos permanentes. Para arribar a una conclusión tal, se anota que si bien esta infracción a través de diferentes épocas y legislaciones se ha considerado que afecta diversos bienes jurídicos tutelados como la honestidad personal de la mujer, el estado civil y la familia, háse aceptado como criterio general —al menos en nuestra legislación— el de estimar que menoscaba principal y directamente la organización familiar, pues que lleva a quebrantar o desconocer una situación primeramente constituida, con perjuicio de quienes integran ese grupo ligado por vínculos especiales y de excepcional importancia en el conglomerado social, como también en relación a las personas unidas a virtud del segundo e irregular enlace, como serían aquellas entre quienes se celebra y los hijos procreados en tal unión inválida.

Así se ha admitido en el estatuto penal colombiano al contemplar y registrar la bigamia entre los delitos que afectan la familia, con lo cual debe entenderse que es la integridad de ésta, la directamente protegida, con prevalencia sobre otros intereses que pudieren resultar lesionados pero que se consideran secundarios. Y ante esta prescripción legal, debe entenderse que la infracción surge y se configura plenamente en el momento en que —como quedó expresado— el segundo matrimonio se celebre acorde a la liturgia y formas necesarias, instante en el cual se produce el daño referido al bien-interés tutelado.

Y claro está, debe separarse este momento consumativo, que se precisa suficientemente, de los efectos permanentes que produzcan las segundas nupcias, dada la naturaleza del vínculo aparente que se ha pretendido presentar como válido. Sin embargo, no es ésta razón

suficiente para desconocer o rechazar su perfeccionamiento o consumación instantánea por el hecho de haberse cumplido las formalidades contempladas en las normas respectivas, destinadas a darle —y a que se le reconozcan— consecuencias y firmeza al enlace.

Desde el punto de vista de la querrela y el fenómeno de la caducidad, significaría lo contrario: Que el lapso pertinente para la formulación de aquella no puede empezar a transcurrir mientras no se haya decretado la nulidad respectiva; cuando precisamente la ley ha querido señalar un plazo determinado para hacer la reclamación que ponga en marcha la acción penal, que en esta forma no comenzaría a descontarse y se prolongaría indefinidamente.

Por otra parte, debe considerarse que la unión irregular nace afectada de nulidad absoluta ante la subsistencia y validez del primer vínculo, surgiendo así un hecho anormal cabalmente configurado en ese momento, con todos sus alcances, entre estos, el de los términos que contempla la ley para efectos de la caducidad. Concúyese así que el trazo respectivo debe contabilizarse o concretarse a partir de la realización del hecho ilícito del segundo aparente matrimonio.

IV. En los eventos particulares indicados por la ley que requieren querrela de parte pura iniciar o permitir la acción penal, se supone que las personas afectadas con el delito y con suficiente conocimiento del mismo, consideran oportuno o necesario promoverla mediante la formulación de la queja o reclamo respectivo ante la autoridad, dentro del plazo legal señalado para tal fin. Empero, cuando los afectados o quien pudiere hacer tal solicitud, no se han enterado de la ocurrencia de la infracción penal, dicho plazo correría aún sin que aquellas hubieran alcanzado a tomar conocimiento, no obstante el entendimiento de que son actos públicos y como tales de conocimiento general.

Y ello es lo que al parecer ha ocurrido en el caso sub exámine, pues la querellante Ivonne Prada, cónyuge legítima del condenado, expresó que se había enterado poco antes de la presentación de su queja del hecho delictivo y no había tenido conocimiento del mismo ni se lo comunicó su esposo de quien no se hallaba separada; es decir y según su dicho, que se presentó ante las autoridades a dar cuenta del ilícito poco después de informarse de la situación, lo cual podría implicar que no se habría producido la caducidad, pues su ánimo fue el de elevar de inmediato la querrela correspondiente.

Sin embargo, el legislador eliminó toda incertidumbre al respecto y señaló a partir de qué momento corre el plazo indicado, precisando que la querrela debe presentarse dentro de los seis (6) meses "... contados a partir de la comisión del hecho punible, salvo disposición en contrario..." (art. 24 del C. de P. P.), sin que por lo mismo pueda computarse este término en forma diferente, cuando, de otra parte, en la norma penal violada (art. 260 del C. de P. P.), no se hace referencia de excepción; a lo cual se agregan las razones anteriormente consignadas, enunciadas también por la recurrente.

V. Demostrada la causal alegada, procede adoptar las disposiciones pertinentes (art. 239 del C. de P. P.), declarándose sin valor la sentencia motivo del recurso. En este orden de cosas y como corolario de lo expuesto, se ordenará cesar procedimiento ya que no ha lugar ninguna otra actuación.

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

Resuelve:

1º *Decretar* la revisión impetrada y consecuentemente *invalidar* la sentencia condenatoria dictada en este proceso por el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá contra Henry Oriando Santos Moreno.

2º *Ordenar* la cesación de procedimiento a virtud de haber caducado el término para la presentación de la querrela exigida en este caso por la ley.

3º *Devuélvase* la actuación al despacho judicial de origen en donde se cumplirán las anotaciones y registros pertinentes por efecto de lo anteriormente dispuesto.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengus, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougués, Didino Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REPOSICION

Mal puede invocarse el recurso de reposición, alegando una razón nueva o distinta de las inquietudes causantes del provvedimento atacado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0035 de mayo 30 de 1990.

Vislos:

Contra la providencia calendada el veinte (20) de abril próximo pasado, mediante la cual esta Sala de la Corte denegó las solicitudes que de práctica de pruebas en el presente trámite elevaran el requerido y su personero, aquél interpone recurso de reposición; impugnación que recibió el trámite legal de rigor.

En orden a resolver se considera:

I. Sugiere el recurrente que la decisión referida amerita ser modificada, adicionada o reformada habida consideración al hecho nuevo que plantea relacionado con el supuesto de ser sujeto a torturas una vez se cumpla su extradición —como ha acontecido en varios casos que cita y de los cuales agrega documentos— en aras a corroborar tal aserto (fls. 289 a 298).

II. En posterior escrito (fls. 339 a 349), insiste en aquella inquietud y alude a casos de “secuestro” por autoridades extranjeras de personas presuntamente vinculadas al tráfico de narcóticos y el tratamiento que a las mismas se ha propinado en cárceles de los Estados Unidos de América, en prueba de lo cual incorpora copia de varias publicaciones periodísticas. De otra parte, ratifica su suposición de que el Gobierno de dicho país pretende que en el caso *sub iudice* se tenga en cuenta y aplique lo establecido en el Tratado suscrito entre aquél y Colombia en mil novecientos setenta y nueve (1979), lo que, a su juicio, no es factible, impetrando por ello “exigir” una “promesa diplomática” sobre las normas aplicables a su caso en el evento de disponerse su extradición. Aparte de que reitera no ser la persona reclamada por el Estado aludido y no estar sujeto a la jurisdicción del mismo en consideración a ser nacional del estado de “l'anstaaf”, cuya existencia, aduce, es legítima y reprocha el desconocimiento que

de ese aspecto ha hecho esta Sala en la providencia impugnada, además, que en razón a todo ello, el Convenio bilateral aludido no es aplicable entratándose de ciudadanos de un tercer Estado que no es o ha sido parte en el mismo cuando estos están sometidos a la jurisdicción de su propio país, razón suficiente para rechazar la demanda de extradición.

III. *Sea lo primero advertir que si bien el recurso de reposición está contemplado en la legislación nacional como una forma de manifestación de inconformidad por las partes afectadas en un proceso y por las decisiones que en él se adopten, para que el funcionario que las hubiese proferido las aclare, modifique, adicione o reforme, siempre con relación a los hechos o situaciones que motivaron la adopción de la providencia contra la cual se esgrime tal clase de impugnación pero nunca para que las partes planteando nuevas —o antes desconocidas— circunstancias o acontecimientos impetren el cambio de la determinación correspondiente, es decir, que si por el funcionario respectivo se dió providencia por A o B motivos, el sujeto procesal que estuviere inconforme con ello mal puede invocar el recurso referido y para los fines pertinentes alegando una razón C, claramente distinta de las inquietudes causantes del proveimiento atacado o en sí nueva, no conocida, no argumentada o debatida con antelación.*

Y a ello es a lo que corresponde la inicial razón del reclamado Timothy Allen Crawford —relacionada con la suposición de poder llegar a ser objeto de torturas de materializarse su extradición y las pruebas que acompaña o pretende se incorporen al trámite— para solicitar la reposición del auto de abril veinte (20) postrero, pues que, se insiste, trátase de situación no planteada antes de la dicha determinación. Sobre cualquier otro comentario al respecto. Por cierto que la demanda de pruebas en este momento es inadmisíble pues el lapso para ello expiró.

IV. En cuanto a los segundos razonamientos del petente para deprecar la reposición en comento, no son otra cosa que reiteración de sus originales pedimentos en torno a dilucidar si en el presente asunto habrá de aplicarse —o no— el Tratado de Extradición suscrito entre los Estados Unidos de América y Colombia en mil novecientos setenta y nueve (1979), lo de no estar corroborada su identidad, aparte de no ser él, nacional del Estado requiriente, calificándose como súbdito de un país o nación de la cual, según escritos que anteriormente él mismo presentara (y que fueran debidamente traducidos a la lengua española), Timothy Allen Crawford es su primer y único gobernante o soberano, ciudadano o habitante y, por ende, es inaplicable dicho Convenio respecto de personas no adscritas o sujetas a la jurisdicción de los países suscriptores del Pacto mencionado. En redor de estos aspectos esta Sala de la Corte —así lo entiende— fue lo suficientemente clara y explícita al formular los razonamientos que conducen al rechazo tanto de las alegaciones pertinentes como de las pruebas que se han querido aducir en aras a contrariar lo que es de suyo claro, sin ambages máxime, cuando, no es el momento adecuado para discutir si ha de aplicarse tal o cual Tratado, ya unilateral ora bilateral, etcétera, etc. Es claro que la solicitud de extradición lo es por causa de delitos comunes, como se infiere de la

documentación que acompaña el pedimento y no a virtud de razones o ilicitudes de carácter político como pretende el reclamado hacer ver; y, finalmente, si bien es cierto que existe un organismo que aglomera a los países del continente americano, similar al que reúne naciones de otras regiones del planeta y otra que cobija a todos, cuya existencia es desconocible, mal puede aceptarse el argumento de Timothy Allen Crawford de ser nacional de un estado que, como se expresara, fue ideado por él, instituyéndose así mismo en su primero y único soberano y primero y único ciudadano, para afirmar que la jurisdicción estadounidense y, porqué no, la colombiana, no pueden aplicarse en su caso, posición que no merece receptabilidad si bien se entiende que "... el instituto de la extradición es aquél particular ordenamiento jurídico según el cual un Estado provea a la entrega de un individuo, imputado o condenado, que se encuentra en su territorio, a otro Estado que quiere proceder penalmente contra el individuo mismo..." (MANZINI), independientemente de cual fuere su nacionalidad y todo en virtud del fundamento internacionalmente aceptado de que la extradición es un elemento en la cooperación judicial entre las naciones del orbe para impedir que un determinado sujeto burle o evada la acción de la justicia refugiándose en país distinto de aquél en que cometió un hecho punible o que el crimen quede en la impunidad y pueda ser así objeto del juicio pertinente y de aplicación de los correctivos que su comportamiento delictivo mereciere, todo ello, claro está, dentro de ciertos parámetros o limitantes ecuménicamente aceptadas y que sobra anotar por ser bien conocidas. Baste si reiterar los razonamientos plasmados por la Sala en la providencia recurrida y en torno a los temas relacionados para concluir que conforme lo ahora alegado por el solicitado no procede la reposición de esa determinación.

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

Resuelve:

No reponer el auto de abril veinte (20) próximo pasado.

Prosígase el trámite del requerimiento de extradición.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougés, Didimo Páez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ALLANAMIENTO

Aún en el caso de que se tratara de un domicilio, no siempre se requiere la orden del funcionario de instrucción para penetrar en él

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 33.

Vistos:

Surtida la tramitación correspondiente, se fallará el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Sergio Pinzón Díaz* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio del 28 de junio de 1989, en la que se condenó a éste como responsable de delito contemplado en la Ley 30 de 1986.

Antecedentes:

1. El 2 de agosto de 1988 Unidades del Ejército Nacional del grupo Número 7 "Guías de Casanare" practicó varios operativos en el corregimiento "Cumaribo" de la Comisaría del Vichada, con el fin de "registrar y localizar focos de comercio de narcóticos y elementos subversivos pertenecientes a Cuadrilla XVI de las FARC", con base en informaciones recibidas de personas oriundas de la región, y en uno de ellos, el cumplido en el bar y casa de lenocinio llamado "Bambú", de propiedad de Norberto Carranza, encontraron 1.500 gramos de sustancia que se estableció alcaloide a base de cocaína de la cual se señaló como dueño a Sergio Pinzón Díaz, quien fue capturado y junto con la sustancia decomisada, puesto a disposición del Juzgado de Instrucción Criminal de Yopal.

2. Al proceso, que en primera instancia conoció el Juzgado Cuarto Especializado de Villavicencio, fue vinculado el capturado, quien por los trámites de la Ley 2ª de 1984, se citó a audiencia pública en el mismo provido en que se dispuso investigar por separado la conducta del propietario del establecimiento en donde se hizo el decomiso del alcaloide, Norberto Carranza, y de un tal Javier Canuto, del que dijo aquél, le había dado en pago de una deuda antigua la dicha sustancia. Cumplida la audiencia, se produjo la sentencia de condena, en la que el Juzgado le impuso como pena principal cuatro años de prisión y

multa de \$ 325.596.00 y omitió la condena al pago de perjuicios. Este fallo, del cual conoció el Tribunal por apelación, fue parcialmente modificado en el sentido de rebajarle el monto de la multa y de condenarlo *in genere* al pago por perjuicios, y como la decisión del *ad quem* no satisfizo a la parte afectada, se interpuso el recurso extraordinario que ocupa la atención de la Sala.

La demanda y el concepto del Ministerio Público:

I. Tres cargos con fundamento en la causal 1º cuerpo segundo de casación, y uno en la 3ª, formula el censor a la sentencia de segunda instancia, los cuales plantea y desarrolla como sigue:

Causal primera. Cargo primero: La sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de la prueba. Se refiere concretamente al registro que adelantó el Ejército Nacional a través del grupo "Guías de Casanare" en Cumaribo, a raíz del cual se capturó a su cliente e incautó el alcaloide. Califica la diligencia como "allanamiento e inspección, y afirma que se cumplió contra el precepto del artículo 23 de la Carta y con desconocimiento de los artículos 262 y 368 del Código de Procedimiento Penal, el primero de los cuales define lo que es la inspección, y el segundo el allanamiento, y fija su procedimiento y requisitos, y además fue hecho por un cuerpo oficial no autorizado para ejercer funciones de Policía Judicial.

Considera que como ningún funcionario de instrucción ordenó por auto motivado la diligencia, sino que por su propia iniciativa la realizó el Ejército, resulta forzoso concluir "que la prueba es absolutamente ilegal" y "de consiguiente el pretendido hallazgo del alcaloide... no tiene sentido acusatorio contra persona alguna. Y a nadie se puede sindicarse de ninguna de las conductas alternativas comprendidas en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986". En respaldo de su tesis argumenta sobre el principio de legalidad de la prueba, con comentarios personales y citas doctrinarias, y remata afirmando que "la prueba cuestionada no puede tomarse ni tenerse como fundamento de ninguna sentencia y mucho menos de carácter condenatorio", y solicitando por la vía de la casación la absolución del procesado. Como normas infringidas señala los artículos 23 y 26 de la Constitución Nacional, y 1, 4, 10, 247, 252, 258, 262 y 368 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo segundo: También incurrió el Tribunal en violación indirecta de la ley sustantiva por error de derecho, según expresa, "al reconocer un valor probatorio, dijérase que casi de certeza judicial al testimonio del Cabo Primero... Alberto Duarte Balaqueta", que fue el que durante el operativo encontró el alcaloide en el dormitorio de Norberto Carranza, y en el proceso declaró que al interrogar a éste, le informó que el dueño de la sustancia era Sergio Pinzón, y que a su vez el último, también interrogado por el militar, le respondió que lo había recibido de un tercero en pago de una deuda. Paralelamente critica por inverosímil la respuesta que el militar dijo recibir del procesado, y cree que no se habría autoculpado de esa manera con las consecuencias que ello le acarrearía y que se hicieron palpables por

haberse acogido el testimonio en cuestión con el alcance que le dio el Tribunal, y que así "cayó en error de derecho por violación de las normas probatorias". Menciona por estarlos infringidos, los artículos 246, 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal. Depreca, de atenderse la censura, la absolución de su representado.

Cargo tercero: Igualmente, y por error de derecho, en la "apreciación de las normas probatorias y los medios obrantes en autos", según expresa, en la sentencia se infringió indirectamente la ley sustantiva. Asegura que el Tribunal se abstuvo de examinar "la abundante prueba testimonial" que demostraba que el encausado no era el dueño del alcaloide, y que así desatendió la orden de apreciar en conjunto el recaudo probatorio que contiene el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal. No precisa cuáles fueron las declaraciones ignoradas, sino que se limita a decir que a ellas se refirió el defensor de entonces en las instancias; añade que no se puede condenar a una persona "sin la prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y a la responsabilidad...", o de lo contrario se desobedece el mandato del artículo 247 *ibidem*; y que el Tribunal no se ocupó del examen del planteamiento del *in dubio pro reo* y que éste sin explicación que no hay duda alguna, a espaldas de la prueba testimonial toda, que propugna por la inocencia del procesado. Finaliza el tema de este cargo afirmando que "hay de consiguiente error de derecho con respecto a la validez de esos medios probatorios y desconocimiento de norma sustancial". Como disposiciones infringidas señala los artículos 246, 247, 248 y 253 del Código de Procedimiento Penal, y depreca la casación para que se absuelva al condenado.

Causal tercera. Cargo único: La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por la existencia de irregularidades sustanciales y de violación del derecho de defensa. Deduce tales fallas procesales del rompimiento de la unidad procesal, con lo cual se atentó contra el debido proceso, contra la economía procesal y contra las garantías propias del procesado, y a través de ellas contra su derecho de defensa. Arguye que habiendo inferido el Juez calificador una posible coparticipación criminal del dueño del bar y prostíbulo en los hechos que se atribuyeron a su cliente, decidió calificar el sumario citando para audiencia a éste, y ordenando investigar en cuaderno separado a aquél, cuando lo procedente era ordenar la ampliación de la investigación y abstenerse de calificarla. Añade que, de aceptarse "en gracia de discusión" una correlación entre las conductas de los nombrados, se trataría de una conexidad sustancial y que en tal evento, habiendo comunidad de medios probatorios y unidad en la denuncia, fue equivocada la decisión, pues además, también de acogerse "en gracia de discusión" que su cliente fue el adquirente, el dueño del negocio sería responsable como coautor, cómplice, encubridor o tal vez "con mejor acierto, el único responsable como la ampliación de la investigación habrá de demostrarlo aunque tardamente". De esas presuntas eventualidades extrae la alegada nulidad, que sería de carácter suprallegal, y que se traduciría en lesión a la "esencia misma del juicio" y disminución de las garantías del procesado, "o porque —según sus palabras— se trata de irregularidades procedimentales que impugnan las bases mismas de la organización judicial o consagran flagrante violación del derecho a la defensa..." Afirma que se violaron los artículos 26 de la Carta

y 1, 14, 305 ordinales 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, y aunque no precisa desde qué actuación sería inválido el proceso, sugiere que si se acoge su planteamiento, se envíe él al Tribunal para "que obre de conformidad" con lo resuelto en este recurso.

II. Acertadamente el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a los planteamientos del recurrente y sugiere que no se case el fallo de segundo grado. Encuentra, con relación al cargo que se apoya en la alegada nulidad, que si bien la investigación no se adelantó conjuntamente respecto del procesado Pinzón Díaz, del dueño del negocio y del misterioso tercero que le habría entregado el estupefaciente en pago de una deuda a aquél, no se afectó ni la validez del proceso, ni el derecho de defensa, porque tan pronto como el Juzgado del conocimiento se percató de la situación "procuró aplicar el correctivo más aconsejable y en forma acertada se dispuso el averiguatorio por separado". Encuentra lógico el procedimiento tomado, porque habiendo mérito para calificar el sumario contra Pinzón, resultaba inadmisibles paralizar el proceso hasta que se pudiera identificar al aludido tercero y vincular al otro. Observa que el mero rompimiento de la unidad procesal no acarrea la invalidación de lo actuado, porque para que opere se requiere "la afectación del derecho a la defensa", que fue justamente el evento que en este caso no llegó a presentarse. Señala que con la hipótesis que plantea sobre los resultados probatorios a que en su criterio se hubiera llegado con la reapertura, el actor olvida el deber de demostrar "la ostensible incidencia del ataque en la indubitable negación de vitales factores de defensa... pues el proceso tiene un soporte y unas consecuencias reales".

De los tres cargos fundados en la causal 1ª de casación, y que se hacen constituir por el actor en violación indirecta de la ley sustancial, conceptúa el agente del Ministerio Público que el primero está llamado al fracaso porque el Ejército Nacional, cumpliendo funciones de Policía Judicial y en diligenciamiento preliminar y por razones de urgencia, tenía la facultad de realizar el allanamiento de que habla el demandante y de aprehender al ciudadano hallado en flagrancia. Sobre el particular aclara que el cuerpo armado procedió con base en informaciones de los habitantes de la región en donde se cumplió el operativo y en busca de elementos subversivos, y alertado como había sido, de que también había sustancias estupefacientes sobre las cuales se ejercía comercio, y que en estas condiciones, tratándose además de un lugar tan alejado del Juzgado de Instrucción más próximo, que lo era el de Yopal (Casanare) era "realmente idealista" la exigencia de la previa orden judicial.

Observa además, que independientemente de la diligencia de allanamiento, la responsabilidad del procesado no admite dudas, porque la declaración del Suboficial del Ejército que decomisó la droga fue de tanta contundencia, que, robustecido como que por "la restante prueba testimonial e indiciaria aportada a la investigación", era suficiente para definir el proceso como se hizo; y que por consiguiente, no puede afirmarse que la diligencia cuestionada fue el único sustento del fallo, y habiéndose cumplido dentro del marco legal que la auto-

rizaba, no se conculcó derecho alguno del acusado. En refuerzo de su criterio, cita jurisprudencia de la Sala, referente a casos de la misma naturaleza del que es materia de estudio.

De los cargos *segundo* y *tercero*, advierte que están presentados y desarrollados con desconocimiento de la lógica que gobierna el recurso, al tomar como errores de derecho, en uno la valoración que se le dio por el Tribunal al testimonio de Alberto Duarte, y en el otro, la falta de apreciación de la prueba testimonial que en sentir del demandante demostraba la inocencia de su prohijado. Observa que como el testimonio no está sometido a tarifa legal en el actual régimen procesal, por este aspecto no puede ser objeto de error de derecho, y que además, como en la demanda se habla genéricamente de la "abundante" prueba testimonial desestimada, sin señalarse en concreto cuáles de los testimonios fueron ignorados, ambas censuras por razón de esos aducidos yerros no permiten la acogida de los cargos.

Consideraciones de la Corte:

Se mantendrá la sentencia impugnada, porque, tal cual lo señala el distinguido colaborador Fiscal, el cargo al amparo de la causal 3ª y uno de los que se fundan en la 1ª, carecen de fundamento; y los otros dos, también formulados bajo esta última, no se allanan a la técnica que gobierna la preceptiva y la lógica del recurso de casación, como seguidamente se verá.

Causal tercera. Cargo único: El rompimiento de la unidad procesal no ocasionó el desmedro de ninguna de las garantías en pro del acusado Pinzón Díaz, ni de sus derechos, concretamente del de defensa a que alude el actor, y es así como debe estarse a que el proceso se cumplió con arreglo a la legalidad, y el juzgamiento así mismo. Los hipotéticos resultados de una ampliación de la investigación a pesar de estar completa respecto del procesado, que plantea el profesional, no podían ni fáctica ni jurídicamente condicionar al Juez del conocimiento para impedirle calificar cuando se hallaban reunidos todos los requisitos para proceder como lo hizo, y cuando, encontrando bases para ordenar la investigación en cuaderno separado respecto de los otros ciudadanos —uno identificado, el otro hasta el momento irreal—, optó por solucionar la falencia instructiva de la mejor manera posible para el momento procesal en que la advirtió, esto es, citando a audiencia al hoy sentenciado, y separando la investigación para los otros. El artículo 14 del Código de Procedimiento Penal sólo admite la invalidación procesal en los casos de no conservación de la unidad cuando resulta afectado el derecho de defensa, de donde se infiere que cuando tan trascendente agresión no llega a concretarse, no puede alegarse nulidad por esta causa.

El cargo no prospera.

Causal primera. Cargo primero: Dos son los aspectos a considerar en esta censura, que se concreta a la diligencia que practicaron unidades del Ejército Nacional en la localidad de Cumaribo (Vichada), en desarrollo de la cual encontraron sustancias estupefacientes en bares del lugar, siendo uno de esos casos, el que es materia de este

proceso. Por una parte, la legalidad de la diligencia propiamente dicha; y por la otra, su asunción probatoria al proceso como presupuesto de validez para su consideración por el sentenciador.

Enseña la actuación que en atención a informaciones recibidas de habitantes de la región sobre la existencia de focos subversivos de las llamadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, y de comercio de sustancias estupefacientes, el Comandante de la Base Militar "Tres Matas" ordenó el allanamiento y registro de algunos bares de Cumaribo, y que fue en uno de esos establecimientos —que también servía de casa de lenocinio—, en donde, como se sabe, se encontró la sustancia, y fue dicho hallazgo el que originó la investigación. *Ciertamente, en el proceso no obra orden judicial para la práctica de la diligencia, pero no puede perderse de vista que ésta se realizó en un lugar abierto al público, no en el domicilio del acusado, como para que se pregone irregularidad por parte de la autoridad militar, pues el amparo Constitucional que ofrece la Carta en su artículo 23 opera respecto del domicilio y de "sitio no abierto al público", como bien lo advierte el artículo 72 en armonía con el 79 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía). Es más, estos lugares están sometidos permanentemente al control policial, para garantizar la salubridad pública y la seguridad ciudadana. De manera que por cuanto hace a este aspecto, el comentario descalificante del censor no tiene asidero jurídico.*

Encuentra la Sala propicio aclarar que aún en el caso de que se tratara de un domicilio, no siempre se requiere la orden del funcionario de instrucción para penetrar en él. Recuérdese en primer lugar que es la misma Constitución Nacional la que dispone que en los casos de flagrancia se puede entrar para aprehender al infractor. Por eso, si en un lugar no abierto al público se está cometiendo un delito, o si se tienen indicios serios para suponer que ello está ocurriendo, la autoridad puede allanarlo sin la orden correspondiente. En este último caso, siempre que las circunstancias de urgencia o de distancia con el Despacho judicial más próximo, así lo justifiquen.

Por otra parte, si la autoridad ha entrado con orden de allanamiento para realizar diligencias relacionadas con un delito determinado, puede adelantar averiguaciones por otros hechos delictuosos de cuya ocurrencia encuentre pruebas inequívocas.

No hay tampoco ninguna irregularidad cuando la autoridad entra a registrar un domicilio con el asentimiento de sus moradores, y en estos casos se pueden adelantar las pesquisas que sean necesarias para asegurar la investigación de conductas delictuosas.

Inclusive, el allanamiento en que se haya incurrido en irregularidades adjetivas, como la falta de la firma del Secretario en el auto correspondiente, por ejemplo, no hace inexistentes las pruebas que durante él se recauden, siempre que su asunción al proceso garantice la posibilidad de controvertirlas dentro del mismo.

No prospera el cargo.

Cargos segundo y tercero: Su antitécnica formulación, que precisa el Ministerio Público, con cuyo criterio coincide la Sala, los torna

inanes frente al fallo de segundo grado. En verdad, la presunta errada apreciación de un testimonio, y la falta de apreciación de otros varios no especificados, no pueden constituir errores de derecho que conlleven violación de la ley sustantiva, porque hablando de la declaración que se dice mal apreciada, la prueba testimonial no está tarifada. Por otra parte, la falta de apreciación de la prueba, como suceso material que es, constituye error de hecho y no de derecho y debe aparecer manifiesto, además de tener que demostrarse por el censor.

Por último, en ambos cargos se omite señalar las normas sustantivas violadas, incurriéndose así en la proposición jurídica incompleta, pues de prosperar aquellos, la Corte no podría saber qué incidencia tendría él en las decisiones tomadas por el Tribunal en la sentencia impugnada.

Los cargos no prosperan.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Desechar el presente recurso de casación. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougés, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONSULTA

Puntos establecidos por la Sala sobre el alcance del instituto de la consulta en el nuevo Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 035 del 30 de mayo de 1990.

Vistos:

Por sentencia del treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cali, por mayoría profirió sentencia condenatoria contra la señora *María del Socorro Escobar Polanco* en su calidad de Juez 32 Penal Municipal de Cali (encargada) por el delito de falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo y sucesivo.

El defensor de la procesada interpuso oportunamente el recurso de apelación, al que se le ha dado cabal tramitación, escuchándose el concepto del Agente del Ministerio Público quien solicita se decrete la nulidad a partir del auto del Tribunal de Cali, que ordenó la consulta del auto que decretó la cesación de procedimiento. El recurrente por su parte gestionó inicialmente la nulidad y subsidiariamente se revocara la sentencia y en su lugar se la absuelva de los cargos formulados.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Fueron sintetizados así en providencia anterior:

"A partir del día veinte (20) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), y por veintidós (22) días consecutivos, le fueron concedidas vacaciones a la doctora Carmen Elisa Duque Ricaurte, Juez 32 Penal Municipal de la ciudad de Cali y en su reemplazo el Tribunal designó como encargada a la señora *María del Socorro Escobar Polanco*, quien ejercía allí las funciones de Secretaria.

"El día veintinueve (29) de diciembre del mismo año, la señora *Escobar Polanco* sufrió la luxación en un pié, y por ello fue incapacitada por la Caja Nacional de Previsión por el término de seis días,

hasta el tres de enero de mil novecientos ochenta y siete. Empero, la Juez encargada salió el día siguiente para Méjico, y no regresó a sus labores hasta el día quince de enero del año próximo pasado, alegando como justificante la imposibilidad de hacerlo por haberle sobrevenido una enfermedad que la mantuvo incapacitada por varios días, y la falta de conexión aérea entre Méjico y Colombia.

"El día cinco de enero de mil novecientos ochenta y siete, por reparto, fue puesto a disposición del Juzgado 32 Penal Municipal el capturado Rosemberg Cárdenas, quien debido a la ausencia de la Juez encargada no fue oportunamente escuchado en indagatoria, y como consecuencia de ello, luego del trámite correspondiente fue amparado con el recurso de *habeas corpus* decretado por el Juzgado 27 Penal Municipal de Cali.

"Así mismo, la señora Escobar Polanco, antes de abandonar el país con el destino ya señalado, dejó firmados en blanco algunos pliegos con el fin de que los empleados del Juzgado consignaran en ellos algunas decisiones, y en efecto, en varios de ellos se escribió un auto que resolvía la situación jurídica de los indagados Juan Carlos Acosta y Efraín García Sánchez, el cual tiene fecha del dos de enero de mil novecientos ochenta y siete; en otros más se expidieron las boletas de libertad correspondientes a estos mismos procesados, y en otros se expidió un auto de fecha 31 de diciembre de 1986, por medio del cual se sustituye la caución prendaria por una juratoria a los detenidos Carlos Alberto Martínez y Héctor Alegría Hurtado, a quienes también se lió boleto de excarcelación en las hojas previamente firmadas por la aquí procesada. Estas determinaciones fueron tomadas, según lo afirma, con base en las instrucciones previamente dadas por la señora Escobar Polanco".

Actuación procesal:

"La Juez titular, doctora Carmen Elisa Duque Ricaurte, formuló la denuncia penal, y en ella afirmó que pese a encontrarse en vacaciones se preocupaba constantemente por la marcha del Juzgado, razón por la cual se enteró de la incapacidad que le había sido concedida a la Juez encargada, y de la afirmación de ésta de que pese a tal circunstancia no se tomaría los días de reposo recetados, para no desatender los asuntos judiciales que le habían sido confiados. Empero, el día cinco de enero la denunciante se enteró por vía telefónica, que la señora Escobar Polanco se encontraba fuera del país, y ello motivó a que se presentara en la Personería Municipal a fin de exigir una visita al Juzgado para verificar las responsabilidades correspondientes. El día de su regreso a trabajar como Juez titular, trece de enero de mil novecientos ochenta y siete, no había tenido noticia del paradero de la señora Escobar Polanco, pese a que ésta ha debido reintegrarse el día cinco de los mismos mes y año.

"El día 6 de enero la señora Raquel Urquiza Morales dirigió un oficio a la Personería Delegada en lo Penal, en el cual da cuenta de la situación presentada en el Juzgado en donde prestaba sus servicios como Secretaria encargada, y donde afirmó, además, que el día cinco recibió una llamada de la procesada para informarle que se encon-

traba en la ciudad de Acapulco (Méjico), y que por el invierno que padecía ese país se le había complicado la luxación del pié, razón por la cual no podía reintegrarse a trabajar una vez vencido el período inicial de su incapacidad.

"En fotocopia, fueron allegadas las actas de visita especial que practicara la Personería Delegada en lo Penal al despacho del Juzgado 32 Penal Municipal los días 6, 8 y 9 de enero de 1987, en las cuales consta la no presencia de la Juez encargada al Despacho, la situación del capturado Rosemberg Cárdenas, y la práctica de algunas diligencias sin la presencia de la señora Escobar Polanco.

"Con base en la actuación anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali inició la investigación penal respectiva, mediante proveído calendado el veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y siete.

"Acreditada la calidad de Juez de la procesada, se allegó al expediente copia del incidente de *habeas corpus* interpuesto por Rosemberg Cárdenas ante el Juzgado 27 Penal Municipal de Cali, y el cual fue resuelto favorablemente al peticionario, habida cuenta de que el capturado no había sido escuchado en diligencia de indagatoria dentro de los términos legales, por ausencia de la titular del Juzgado a cuya disposición estaba para la época de los hechos.

"Los días quince de enero de 1987, y 25 de marzo del mismo año, fue escuchada en declaración jurada la señora Raquel Urquiza Morales, por entonces Secretaria encargada del Juzgado 32 Penal Municipal. Bajo la gravedad de juramento afirmó que la señora Maria del Socorro Escobar Polanco se había distinguido por ser buena empleada, pero que el día veintinueve de diciembre de 1986 fue incapacitada por la lesión en uno de sus piés, el cual pudo observar la declarante amoratado e inflamado el día 29 de diciembre de 1986, última fecha que la procesada se presentó a sus labores. Posteriormente, la acusada se comunicó telefónicamente con la declarante, a quien manifestó que había viajado a la ciudad de Acapulco, en Méjico, y allí se había agravado de su lesión lo que le impedía regresar al finalizar su incapacidad; que de acuerdo con sus instrucciones resolviera la situación jurídica de dos personas que se hallaban capturadas e indagadas, y también sustituyera por juratoria una caución prendaria impuesta y librara las correspondientes boletas de libertad, utilizando para ello los pliegos que previamente había dejado firmados bajo su cuidado. La testigo procedió en consecuencia, no con ánimo de infringir la ley, sino en obediencia a las órdenes que la por entonces Juez le había dado. Relató así mismo algunas otras incidencias de los hechos, las cuales ya han quedado reseñadas, o serán mencionadas más adelante.

"Se allegó a la investigación copia de la boleta de incapacidad número 22124 de la Caja Nacional de Previsión, por el período comprendido entre el 29 de diciembre de 1986 y el 3 de enero de 1987, a nombre de Maria del Socorro Escobar, en el cual no se especificó el motivo de la misma, por no exigirlo así el formulario. Empero, se allegó al expediente la declaración del doctor Joaquín M. Borrero, quien expidió el certificado, y quien luego de verificar sus archivos

médicos dijo haber comprobado que clínica y radiológicamente, la procesada presentaba para la fecha de la consulta esguince traumático del tobillo derecho, por lo cual prescribió reposo con la pierna en alto, baños tibios con sulfato de magnesio y cápsulas antiinflamatorias, tratamiento este que le habría asegurado la mejoría absoluta en el tiempo de la incapacidad, ya que el motivo de la misma 'sólo era de molestias al caminar'. Así mismo, se aportó la certificación de la Caja de Compensación Familiar de Fecualco, en donde la acusada fue atendida inicialmente con motivo de la luxación que dijo presentaba, documento este que acredita que la señora Escobar Polanco presentaba al momento de la consulta 'leve dolor a nivel del maléolo externo del pie derecho, no deformación, buenos movimientos activos y pasivos'; por ello se ordenó tomar una radiografía del área afectada, demostrándose con ella que no presentaba evidencia de luxofractura, y por tanto como tratamientos se prescribió la utilización de vendas elásticas durante dos semanas y el uso de analgésicos y antiinflamatorios.

"Por su parte, de la presunta incapacidad que le sobrevino a la acusada en las ciudades de Méjico y Acapulco, se anexaron al expediente sendas fórmulas sin autenticación de ninguna naturaleza. La primera, fechada en Acapulco el ocho de enero de 1987, en la que se afirma que la inculpada sufrió de gastroenteritis aguda, razón que le impidió viajar a su país de origen el fin de semana anterior a tal consulta; la segunda, datada en Méjico el 13 de febrero del mismo año, en la que se sostiene que la señora Escobar Polanco debió permanecer recluida en su hotel del 9 al 15 de enero por padecer de infección respiratoria alta aguda. La primera de tales fórmulas trató de ser corroborada a través del testimonio del médico Roberto Malagón Ramírez quien la expidió, profesional éste que no rindió testimonio sino que simplemente envió una carta al Segundo Secretario de la Embajada Colombiana en Méjico, afirmando que la certificación la expidió simplemente como una justificante para hacer los cambios en el boleto de avión, y a solicitud de la propia María del Socorro Escobar Polanco.

"En copia auténtica, se allegaron a la actuación los siguientes documentos: Oficio sin número, del 29 de diciembre de 1986, suscrito por María del Socorro Escobar Polanco como Juez 32 Penal Municipal encargada, dirigido al Juez 13 Penal Municipal de Cali, solicitándole que se exonere del reparto de asuntos con preso tal oficina, debido a la incapacidad expedida a favor de la Juez encargada, y durante el tiempo que dure la misma; Decreto de nombramiento y acta de posesión de la señora María del Socorro Escobar Polanco, como Secretaria del Juzgado 32 Penal Municipal, el día 2 de septiembre de 1985; Acta de posesión de la misma señora como Juez 32 Municipal, encargada por vacaciones del titular, a partir del día 20 de diciembre de 1986, oficio del 6 de enero de 1986 (tal como aparece fechado en la copia, pero que al parecer es de 6 de enero de 1987), dirigido por la señora Raquel Urquiza Morales, Secretaria encargada del Juzgado 32 Penal Municipal, a la Personera Delegada en lo Penal, en el cual se da cuenta de las irregularidades que se presentan en el Despacho ante la ausencia de la Juez encargada; oficio sin número, de fecha 6 de enero de 1987, en el cual la Secretaria encargada del Juzgado 32

Penal Municipal solicita al Juez de reparto que no se remitan procesos con preso a su Juzgado, debido a la ausencia de la Juez encargada, y copia del acuerdo de nombramiento de la señora Escobar Polanco como Juez encargada.

"El señor Ramiro Valencia Rivas, Oficial Mayor del Juzgado 32 Penal Municipal, declaró bajo juramento en términos similares a los ya expuestos por la señora Raquel Urquiza Morales, en el sentido de que la procesada el último día que se presentó al Juzgado fue el 29 de diciembre de 1986, y que dejó pliegos firmados en blanco para que en ellos se virtieran algunos autos y boletas de libertad, los cuales fueron utilizados de conformidad con las instrucciones que la misma señora Escobar Polanco dejara con antelación. En parecidas expresiones se recibió la versión de la escribiente Lizeth Martínez Silva.

"Se acreditó así mismo que la procesada fue suspendida provisionalmente de su cargo de Secretaria del Juzgado 32 Penal Municipal por el término de 30 días, a partir del 15 de enero de 1987, por no haberse reintegrado a sus labores según Resolución número 001 de esa misma fecha, dictada por la titular del Juzgado doctora Carmen Elisa Duque Ricaurte, con base en las facultades a ella otorgadas por el artículo 136 del Decreto 2400 de 1986.

"Llamada a rendir indagatoria la acusada, dijo saber que el motivo de la diligencia lo era el delito de abandono del cargo que se le imputa; para explicar su ausencia del Juzgado, declaró que el día 29 de diciembre fue incapacitada por la Caja Nacional de Previsión hasta el día 3 de enero siguiente; el mismo 29, recibió una llamada de su esposo Enrique Samudio Montero, quien le solicitaba que se trasladara a Méjico en compañía de su hija, porque hacía mucho tiempo que no se veían, razón por la cual la acusada decidió poner en acción este deseo, y en efecto, viajó el día 30 de diciembre, con el propósito de regresar a Cali el día 3 de enero, fecha en que se vencía su incapacidad; la suerte, sin embargo, no la acompañó y primero fue sorprendida por un ataque de gastroenteritis, debido a la mala calidad del agua, y luego por una infección respiratoria, causada por el intenso frío que estaba haciendo en Méjico, razón por la cual no pudo regresar oportunamente, sucediendo además que en algunos de esos días en que debió permanecer forzosamente en Méjico, no había conexión aérea entre Colombia y aquél país, concretamente entre los días 9 y 13 de enero de 1987. Afirmó, por ello que su intención no fue la de abandonar su cargo.

"Sostuvo la indagada, así mismo, que se enteró por una llamada telefónica que hiciera al Juzgado el día 6 de enero de 1987, que a su disposición se había puesto un capturado para efectos de la indagatoria, pero que a pesar de ello no pudo trasladarse hasta Cali a cumplir con sus deberes, por las causas que ya dejó explicadas. Aceptó haber dejado folios firmados en blanco para que los empleados del Juzgado atendieran las diligencias que se pudieran presentar en su ausencia, y al efecto relató que efectivamente en algunas de ellas se escribieron dos autos, y en otras se expidieron boletas de libertad, lo

cual a su juicio, demuestra su propósito de no causar daño a persona alguna ni a la administración de justicia, sino que justamente se pudieran tomar decisiones que no irrogaran perjuicio. Sostuvo igualmente que su viaje fue realizado para evitar un traumatismo psicológico a su menor hija quien consideraba que sus padres se encontraban separados, y pese al dolor que la procesada presentaba en el pié; el no regreso oportuno se debió, dijo, a una causa de fuerza mayor.

"La empresa de viajes Traviatur, expidió fotocopia de la factura de venta de dos pasajes en la ruta Cali - Bogotá - Méjico - Bogotá - Cali, pagados de contado por la señora María Escobar, el día 30 de diciembre de 1986, iniciando el viaje el día 30 de diciembre, y con regreso abierto; la empresa Aeroméxico remitió copias de los mencionados boletos de avión, en donde se aprecia que estos fueron expedidos el día 29 de diciembre, y utilizados en viaje de ida el día 30 del mismo mes, presuntamente por la procesada y su hija Ana, según se desprende, además, del acta de registro civil de la menor Ana Carolina Samudio Escobar.

"Cerrada la investigación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali procedió a calificar el mérito del sumario en auto del 28 de abril de mil novecientos ochenta y siete, por medio del cual sobreseyó temporalmente a la acusada y ordenó reabrir la fase de recopilación probatoria por el término de tres meses.

"En esta nueva etapa, se recaudaron copias auténticas de los documentos siguientes: Auto de fecha dos de enero de mil novecientos ochenta y siete, del Juzgado 32 Penal Municipal de Cali, firmado por la Juez encargada María del Socorro Escobar Polanco y la Secretaria encargada Raquel Urquiza Morales, por medio del cual se abstiene el Juzgado de decretar la detención preventiva de los indagados Juan Carlos Acosta Bravo y Efraín García Sánchez; boletas de excarcelación números 001 y 002 a favor de los mismos procesados, cuyas copias aparecen sin firmas, pero con la atestación, en oficio anexo, de que los respectivos originales fueron rubricados por la inculpada, copias de los cuales se allegaron por parte del centro de reclusión, auto del 31 de diciembre de 1986, firmado por las mismas Juez y Secretaria encargadas, en el cual se sustituye la caución prendaria por juratoria a Carlos Alberto Martínez y Héctor Alegria Hurtado, así como las boletas de excarcelación números 049 y 050 de la misma fecha, firmadas por la señora María del Socorro Escobar Polanco como Juez encargada.

"La empresa Aeroméxico informó al Tribunal que sus vuelos de los días 10 y 12 de enero de 1987 se llevaron a cabo normalmente, pero que los días 9 y 11 del mismo mes no estaban contempladas conexiones con Colombia dentro del itinerario; por su parte, la empresa Avianca informó que tuvo operación Colombia - México los días 10 y 11 de enero, a la vez que la empresa Varig hizo vuelos en la misma ruta el día 12 del mismo mes.

"Se aportó al expediente el original de un documento firmado por Aurelio Enrique Zamudio Montero, fechado el 21 de abril de 1987, en el cual el citado señor dice que forzó a la procesada a desplazarse a México con su común hija para un reencuentro familiar debido a

que tenía una cita, para la época de los hechos, en el Consulado de los Estados Unidos en Tijuana; que la inculpada enfermó en aquel país, lo cual le impidió regresar oportunamente a Colombia.

"Cerrada nuevamente la investigación, el Tribunal Superior de Cali calificó el mérito del sumario ordenando la cesación de procedimiento a favor de la encartada, acogiendo para ello el principio de favorabilidad y las nuevas disposiciones procesales. Esta providencia fue notificada personalmente al Fiscal de la Corporación, al defensor y a la acusada; pese a ello, y acorde con la reciente jurisprudencia de la Corte, se ordenó la consulta del proveído".

En la etapa probatoria de la causa se recepcionó el testimonio al doctor Joaquín Manuel Borrero quien dijo recordar haber atendido a la procesada y haberle fijado una incapacidad de seis días pues presentaba clínica y radiológicamente esguince traumático de tobillo derecho. Consideró al mirar el informe del médico de Confenalco que no había contradicción en los dictámenes, puesto que en aquel sospechó una luxofractura que quedó sin evidencia que los Rayos X demostraron que no la había. Que la lesión le permitía caminar con cojera y que la incapacidad era para que se hiciera el tratamiento señalado.

Traviatur informó que los pasajes a México fueron expedidos por factura del 30 de diciembre de 1986 y cancelada con un cheque del día anterior.

Confenalco informó que el doctor Gonzalo Tapia no se encuentra registrado como médico de planta de esa institución.

En otra información se dice que el referido profesional está vinculado con la Fundación para la Seguridad Social, entidad totalmente independiente de Confenalco.

Aurelio Enrique Zamudio Montero, quien aceptó haber tenido relaciones maritales con la procesada, de las cuales quedó una hija, dice haberla llamado el 29 de diciembre de México para que le llevara la niña, que les había enviado el dinero para los pasajes y se habían reunido en esa ciudad el 31. Que inicialmente no quería porque le manifestó que estaba de Juez encargada, pero que le insistió que aprovechara la incapacidad, que como encajaba con un puente, se podrían quedar ocho o nueve días. Dice que después de haber llegado, salieron al día siguiente para Acapulco, pero que en dicha ciudad se había comenzado a sentir mal del estómago, donde le diagnosticaron gastroenteritis, pero que al regresar a México le sobrevino un problema pulmonar. Que cuando decidieron devolverse habían tenido problemas con los cupos de los aviones. Dice haber enviado el dinero de los pasajes por correo y en efectivo. Afirma no recordar los nombres de los hoteles en los que estuvieron alojados. Reconoció el escrito que se le puso de presente a folios 252 y 253.

Confenalco certificó que la procesada no tiene historia clínica en dicha institución.

Traviatur envió copia de la factura de los pasajes que tiene fecha 30 de diciembre de 1986 y recibo de caja del día anterior.

La providencia recurrida:

En la decisión mayoritaria de la Sala se rechaza la nulidad constitucional propuesta por el Magistrado disidente en el proyecto originalmente registrado y derrotado. Se sostiene que a pesar de compartir el criterio del disidente, en el sentido de que había delitos que no eran susceptibles de ser sometidos a la consulta y que por el principio de favorabilidad a dicha conclusión se ha debido llegar, lo cierto es que la Corte cambia sus propias doctrinas y el criterio ahora presentado en el caso *sub iudice* había tenido un antecedente similar con ponencia del doctor Gómez Velásquez del 1º de marzo de 1979.

No acceden entonces al reconocimiento de la nulidad propuesta, fundamentando su negativa en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que en el numeral 3 del artículo 152 dispone la nulidad de la providencia del inferior en la que se proceda en contra de providencia del superior debidamente ejecutoriada.

En relación al delito de abandono del cargo, consideró la instancia que existían dudas sobre la verdadera o real enfermedad que hubiese sufrido la procesada de la misma que en cuanto a la real imposibilidad de conseguir pasajes aéreos para regresar una vez superados los quebrantos de salud y que por tales razones entonces se debe absolver a la procesada.

En relación al delito de prolongación ilícita de la privación de la libertad, comparte la instancia el criterio de los Magistrados de esta Sala que salvaron el voto, pues consideran que es un delito que no admite el dolo eventual, pues se trata de una infracción que "requiere de una acción positiva que vaya dirigida a vulnerar la libertad humana" y que el detenido fue puesto a disposición del Juzgado cuando la procesada ya se encontraba en México y por tanto debe ser absuelta por tal forma delictiva. Analizando el concurso material homogéneo y sucesivo de falsedades, considera que demostrado el hecho de haber dejado firmadas hojas en blanco, que posteriormente fueron llenadas en su ausencia es evidente que se estructuró el delito de falsedad y que consecuente con ello se debía de dictar sentencia condenatoria en su contra.

Razones de la defensa:

La defensa inicia su petitorio solicitando se decrete la nulidad parcial del proceso a partir del auto que dispuso la consulta, subsidiariamente que se revoque la sentencia y se absuelva a la procesada.

En relación a su petición inicial prohija los conceptos que en tal sentido expresara el Fiscal de instancia, es decir que teniendo en cuenta la providencia del 18 de mayo de 1983 de la cual fue ponente el doctor Gómez Velásquez y que no es aceptable por la mayoría de los Magistrados de la Sala del Tribunal, se debe continuar aplicando la posición reiterada en otros procesos, según la cual en este asunto no había lugar a la consulta. Pero que posteriormente la Corte había cambiado su criterio y considerado que sí había lugar a la consulta en el caso de los delitos debatidos en este proceso.

Sostiene el Fiscal en argumentaciones compartidas por la defensa, que la *reformatio in pejus* sólo es posible para el recurso de apelación y no extensible a la consulta; que la decisión tomada por esta Sala atenta abiertamente contra el principio de unidad que consagra el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, según el cual todo delito debe investigarse por separado, a menos que se presente el fenómeno de la conexidad, pero que la unidad procesal de varios delitos investigados por la conexidad "no amplía la figura delictiva de sus propios elementos estructurales, de tal forma que se reviva un tipo penal sólo bajo las condiciones de otro cuando en verdad cada tipo es independiente, la conexidad busca fundamentalmente es salvar la deficiencia investigativa haciendo de la labor del Juez una empresa segura, eficaz y poco costosa para no atentar contra el principio de la economía procesal, busca evitar fallos contradictorios, pretende posibilitar la acumulación jurídica de penas y aún fijar el factor competente... pero ello no quiere decir que cada uno de estos delitos, por esa excepción, no sean perfectamente independientes, y como independiente que es, se le debe aplicar las reglas sustantivas y procedimentales que corresponden, y así, si de los hechos punibles atribuidos a la acusada, la detención arbitraria y el abandono del cargo, no eran consultables en virtud de que la pena de ninguno de ellos es superior a cinco años, no podía, lo considero respetuosamente, la Corte conocer, por vía de consulta, de estos delitos".

Que al haber conocido la consulta se violó el debido proceso, por haber asumido una competencia que no se tenía y que por tanto debía decretarse la nulidad de lo actuado en relación a los delitos no consultables.

Solicita igualmente la defensa que se revoque la sentencia impugnada en cuanto se condena a la procesada por los delitos de falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo y sucesivo. Comienza por discutir la calidad de documentos que pudieran tener los papeles en blanco que dejó firmados la procesada y sin ningún contenido y para ello se refuerza en el pensamiento de un tratadista nacional quien sostiene: "La sola firma en un papel u otro material no constituye un documento, porque nada representa y solamente es prueba del acto mismo de estamparla allí", para concluir finalmente que la procesada no creó un documento y menos aún un documento público que pudiera servir de prueba.

Que la firma de un papel en blanco para que otra persona disponga su contenido sólo es admisible con relación a los documentos privados.

Afirma igualmente que es indispensable que para que el delito se constituya, el funcionario se encuentre en el ejercicio de sus funciones y la procesada no estaba en ellas cuando a los papeles firmados en blanco les fue incorporado un texto. Concluye de esta manera que la conducta imputada a la encausada es atípica, por atipicidad relativa y que por tanto se debe absolver a la encausada por los cargos formulados.

Solicita se confirme la sentencia en cuanto se absuelve a la encausada por los delitos de abandono del cargo y prolongación

ilícita de la privación de la libertad, porque aceptando los razonamientos de la instancia concluye que existe una duda razonable sobre las dificultades que tuvo la procesada para regresar al país y que esa duda debe resolverse en favor de la inculpada en relación con el primero de los delitos. Con respecto a la prolongación ilícita de privación de libertad, se fundamenta en las argumentaciones de los Magistrados de la Corporación que salvaron sus votos y donde se pregona la dificultad de incurrir en este delito porque no estaba en el ejercicio de sus funciones por hallarse fuera del país y que por tanto la procesada debía de ser absuelta por este cargo.

El concepto del Agente del Ministerio Público:

Considera el Procurador Delegado que la providencia por medio de la cual el Tribunal de Cali, dispuso la cesación de procedimiento en favor de la procesada no era consultable ante la Corporación y que por tanto el auto dictado por la Sala es nulo por incompetencia.

Como fundamento de su petición argumentó:

"Promulgado el actual Código de Procedimiento Penal, y en virtud de la disposición transitoria que ordenó la aplicación del Estatuto Procesal anterior a todos aquellos procesos en los cuales el auto de cierre de investigación se encontraba ejecutoriado, no resultó fácil para la judicatura la aplicación de la nueva regulación sobre la consulta.

"La inclusión de otro requisito, como es el relacionado con la aquiescencia o no de los sujetos procesales respecto a la decisión presuntamente consultable, además del *quántum* punitivo establecido como pena privativa de la libertad máxima para el delito investigado, exigió una precisión interpretativa, pues múltiples fueron los interrogantes que debían absolverse para que el nuevo régimen resultare coherente y de preciso alcance.

"La comparación de los dos estatutos implicó considerar si para los procesos cuyo cierre investigativo hubiese cobrado ejecutoria antes del 1º de julio de 1987, era imperativa la aplicación absoluta del derogado Estatuto o si procedía el actual por resultar más benigno, en el sentido de no ser consultables algunas decisiones que sí lo eran con el Decreto 409 de 1971.

"A los pocos días de empezar a regir el Decreto 0050 de 1987, tuvo oportunidad la Corte de empezar a pronunciarse sobre estos temas afrontando en una misma Sala los dos fundamentales, es decir, el de la favorabilidad y el del alcance del inciso final del artículo 210 de este nuevo Estatuto.

"El 21 de agosto de 1987, con ponencia del Magistrado Rodolfo Mantilla Jácome la Corporación coligió que en tratándose de la consulta del sobreseimiento temporal que establecía el anterior Código de Procedimiento, imperaba, por favorabilidad, aplicar el artículo 34 del actual estatuto decretando la cesación de procedimiento.

"Y en la misma fecha en otro proceso en que fue ponente el Magistrado Edgar Saavedra Rojas se refirió al precitado inciso final del artículo 210 *ibidem*, considerando que de su interpretación se

imponía concluir 'la imposibilidad de sentir el grado jurisdiccional (de consulta) ante el conformismo manifiesto por las partes, en cuanto la que indique tácitamente su aprobación sea la afectada con la decisión'.

"El 19 de septiembre de 1987 se reiteró esta interpretación y el 10 de diciembre de 1987 con ponencia del Magistrado Guillermo Dávila Muñoz, se insistió en que ante lo dispuesto en el artículo 677 del actual Código de Procedimiento Penal frente al hoy derogado, se debía aplicar la disposición que fuere más favorable al procesado, que sería el inciso final del artículo 210 'siempre y cuando se reúnan sus requisitos'.

"Respecto al alcance de esta última disposición se afirmó, que 'conforme este precepto, la consulta se encuentra restringida a la decisión que es desfavorable a los intereses del primero, en forma de poder proponer los recursos pertinentes. Pues si hubiera sido notificada personalmente a alguno de los dos y no los hubiera interpuesto se entiende que ha consentido o admitido lo resuelto, sin que en tal forma pueda afirmarse vulnerado o afectado su derecho, siendo por tanto, innecesaria la revisión de la providencia por el superior en el grado de consulta'.

"Meses más tarde, el 18 de mayo de 1988, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez se continuó profundizando sobre el tema y enfáticamente se concluyó que contra las sentencias absolutorias, igual sucede con el cese de procedimiento y el sobreseimiento definitivo, 'háyase o no notificado al procesado o a su apoderado, no procede la consulta, pues se estima que la decisión, por su carácter absolutorio, ha beneficiado al sentenciado y no hay interés en éste de que se revise el fallo'.

"Ahora, como hasta ese momento jurisdiccional quedaba latente la situación que podía presentarse ante la eventualidad de que un perjudicado con el delito decidiese constituirse en parte civil después de proferida la decisión de primera instancia, la Corte en providencia del 28 de febrero de 1988, también con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, se adentró al punto en estos términos:

"'Cuando por la naturaleza misma de los hechos no hay quien pueda constituirse en parte civil, bien porque no se produjo un perjuicio concreto, ubicable en persona determinada, ora porque la colectividad o el Estado como titulares del bien jurídico protegido como tales no pueden hacerlo, dado que su representación se realiza por el Ministerio Público personero de la sociedad, hay que entender que la procedencia de la consulta por no existir parte civil constituida, no tiene razón de ser pues no puede exigirse lo imposible...'

"El criterio básico de la Sala de Casación sobre la consulta en los términos precitados, recibió nueva reiteración el 20 de mayo de 1988, con ponencia del Magistrado Edgar Saavedra Rojas y el 22 de junio de 1988, siendo ponente el Magistrado Guillermo Duque Ruiz, quien explicó el contenido material de la favorabilidad en estos casos.

"Se afirmó en esta última providencia, que la favorabilidad 'consiste en que si se aplica el Código anterior y el Tribunal revisa, por

consulta, el segundo sobreseimiento temporal, se abre la posibilidad de que el sindicato sea llamado a juicio: Si esta posibilidad la elimina el nuevo ordenamiento, al no prever la consulta para tal clase de auto, resulta obvio que se materializa el mencionado principio de la favorabilidad'.

"Así las cosas, no cabe duda que la jurisprudencia de la Corte es la de no aceptar la consulta cuando a pesar de que el delito por el que se proceda tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de cinco años, notificados todos los sujetos procesales, quienes tuviesen interés jurídico para recurrir en apelación no lo hiciesen, pues tal pasividad es indicativa de asentimiento de lo decidido.

"Y, que de ser aplicable el Código de Procedimiento anterior a un caso concreto por disposición del precitado artículo 677 del actual, impera proceder de conformidad con este último, ya que el artículo 210 resulta favorable,

"El caso concreto.

"Si de conformidad con la interpretación de la Sala de Casación al artículo 210 del Código de Procedimiento Penal actual, que, indudablemente es la que corresponde a la filosofía de la disposición, el cual, como también lo ha afirmado la Corporación, se debe aplicar a los procesos que, en principio, deben tramitarse por el Estatuto anterior, por favorabilidad, es evidente que este grado de jurisdicción no procedía respecto al proveído consultado.

"En efecto, de las premisas expuestas en el acápite anterior, se colige que son dos las situaciones básicas que se presentan para establecer la viabilidad de la consulta: *Primero*, si el delito por el que se procede está sancionado con una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea de cinco años o inferior, evento en el cual no procede la consulta; y en *segundo* lugar, cuando la pena privativa de la libertad máxima es superior a cinco años, en este caso impera precisar si de haberse notificado todas las partes, estas asintieron la decisión; si esto ha sucedido, por más que se cumpla con el requisito punitivo la providencia no es consultable, excepción hecha de la no constitución de parte civil cuando exista perjuicio delictual particularizado y en el trámite procesal no se ha ejercido este derecho.

"Aquí la situación procesal nos ubica en la segunda hipótesis, en cuanto si bien el delito de falsedad ideológica en documentos públicos cumple con el máximo punitivo exigido para la consulta, es verdad inconcusa que todas las partes se notificaron y estuvieron conformes con la determinación.

"Dada la naturaleza jurídica de la falsedad porque se procede, como la Sala lo afirmó en la resolución acusatoria, serían los coasociados en general y en particular el Estado quienes podían dinamizar la acción civil indemnizatoria frente a esta ilicitud, los cuales se encuentran representados por el Fiscal en este proceso y si éste, precisamente es quien ha promovido la tesis de tránsito a cosa juzgada materia de la cesación de procedimiento, se debe entender que ningún interés le asiste para reclamar perjuicios.

"Podría pensarse que respecto a la detención arbitraria, hecho punible que junto con el de falsedad y abandono del cargo fueron objeto de acusación por la Corte, la posibilidad de constituirse en parte civil por el perjudicado se encontraba latente, pero al estar sancionado este hecho punible con una pena máxima de cinco años de prisión, este delito tampoco posibilitaría este grado de jurisdicción".

Consideraciones de la Sala:

Indudablemente y tal como lo anota el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con la puesta en vigencia del nuevo ordenamiento procesal penal (Decreto 050 de 1987), varias han sido las oportunidades en que esta Sala ha debido pronunciarse respecto del fenómeno de la consulta, sin que en todas las ocasiones se hayan abordado los mismos temas de análisis ni se cuente con iguales métodos interpretativos.

Así, en providencia del veintinueve de agosto de mil novecientos ochenta y siete, con ponencia de quien aquí obra en la misma calidad, se estudiaron fundamentalmente los problemas relativos a la competencia y a la interpretación del inciso final del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, fijándose en aquella oportunidad, a través del método histórico, que si bien la codificación ritual no asignó a funcionario alguno el conocer de los trámites propios del grado jurisdiccional, cualquier duda queda despejada atendiendo a dicho criterio interpretativo, en favor de los que son competentes para resolver el recurso ordinario de apelación. Criterio que luego fuera reiterado en decisión del diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y siete.

En cuanto al segundo de los puntos, la Sala estableció que la interpretación del cuerpo final del artículo 210 citado, "debe entenderse como la imposibilidad de surtir el grado jurisdiccional ante el conformismo manifestado por las partes con la determinación del fallador de primera instancia en cuanto la parte que manifiesta tácitamente su aprobación a la providencia, sea la afectada con la decisión".

En auto del diez de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, con ponencia del doctor Guillermo Dávila Muñoz, esta Sala se ocupó nuevamente de la consulta refiriéndose a la competencia, el alcance del inciso final del artículo 210 y la aplicación del principio de favorabilidad frente al tránsito de legislación. Aquí interesa resaltar los dos últimos aspectos, puesto que el primero, suficientemente ha sido aclarado en la jurisprudencia y no es materia de controversia en el caso específico de estudio.

La decisión que se comenta, en relación con la interpretación del inciso final del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, no varió su alcance en la medida en que precisó —una vez más y con fundamento en lo decidido en las providencias anteriormente mencionadas— que la consulta procede en los siguientes casos: 1. Cuando el procesado o su defensor "no han tenido conocimiento de la decisión que es desfavorable a los intereses del primero, en forma de poder proponer los recursos pertinentes"; 2. "... cuando la parte civil no

existe en el proceso, por no haberse constituido". Obviamente, estos señalamientos responden al mismo criterio general según el cual el grado jurisdiccional no es procedente en todos aquellos casos en los cuales "la parte directamente afectada, habiéndola conocido (la providencia, aclara la Sala), se ha abstenido de impugnarla mediante los recursos previstos", o por la forma positiva, la consulta debe operar cuando la parte a quien perjudica la decisión no ha tenido oportunidad de conocerla por no haber sido notificada o no haberse constituido.

En cuanto al análisis de los criterios de favorabilidad ante el tránsito de legislación, en la ocasión que se comenta se hizo la siguiente afirmación, que bien puede resumir la posición de la Sala al respecto:

"Por tanto si la sentencia fuere absolutoria o auto de cesación de procedimiento, consultables conforme al Código anterior, no será procedente tal revisión por el superior cuando hubiere la parte civil reconocida, por cuanto ésta tiene la oportunidad de proponer impugnación, por ser ésta la interpretación más favorable a los intereses del acusado y que implica aplicación inmediata de la nueva norma, con las finalidades que ya se han anotado de reducir los casos sujetos al examen del superior, sin desconocer los derechos de quien puede resultar afectado con la decisión.

"Pero si no hubiere parte civil reconocida, es procedente la consulta conforme se expresó en parte anterior de esta providencia".

Meses más tarde (dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y ocho) nuevamente la Sala se pronunció sobre el fenómeno que se analiza, esta vez con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, acogiendo las anteriores interpretaciones, pero introduciendo nuevos objetos de examen, así:

"d) Cuando la sentencia es absolutoria, en proceso en el cual inexistente parte civil, debe procederse a la consulta, por razón de la naturaleza del fallo emitido y su abierta desfavorabilidad para una eventual acción civil por fuera del proceso penal. Es desatinado conceptuar que la no existencia de parte civil torna improcedente la consulta, cuando se ha notificado personalmente al procesado o a su defensor, pues de ser así no tendría sentido el texto del artículo 210 al afirmar 'o cuando haya parte civil reconocida', lo que sí conduce a que, cuando no la hay, la consulta se impone. De otra parte, es apenas legal resguardarle sus derechos, en forma tal que se le dé la oportunidad de constituirse parte civil durante el trámite de la consulta, respetándose de veras así el término que para tales efectos consagra el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal".

Más adelante, en este mismo proveído, revisó la Sala lo concerniente a las diversas categorías de delitos atendidos los sujetos pasivos de la infracción, y su importancia frente a la realidad procesal de una posible constitución de parte civil, concluyendo entonces:

"Así las cosas, cuando por la naturaleza misma de los hechos no hay quien pueda constituirse en parte civil, bien porque no se produjo un perjuicio concreto, ubicable en persona determinada, ora porque la colectividad o el estado como titulares del bien jurídico protegido como tales no pueden hacerlo, dado que su representación en el proceso se realiza por el Ministerio Público, personero de la sociedad, hay que entender que la procedencia de la consulta por no existir parte civil constituida, no tiene razón de ser, pues no puede exigirse lo imposible y, en tales eventos, surtida la notificación personal al procesado o a su defensor y al Ministerio Público se han cumplido los requisitos legales que harían improcedente ese grado especial de jurisdicción".

Posteriormente, con ponencia del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez (14 de julio de 1988), la Sala se pronunció otra vez sobre la consulta, en los siguientes términos:

"Como se detallará más adelante, no puede válidamente pretenderse que, en aplicación al principio de favorabilidad, se desestime la consulta en este evento, porque ella es justamente el trámite que confiere más garantías al acusado puesto que somete a la visión jerárquica funcional superior el examen del proceso y la legalidad del juzgamiento brindando la posibilidad de corrección de las fallas en que haya podido incurrir el Juez de primer grado.

"La favorabilidad, ha insistido la Sala, no puede predicarse retroactivamente en virtud de los resultados concretos que se hayan producido en la revisión, como lo hizo el censor, sino que debe mirar exclusivamente el beneficio que irroga al juzgamiento en materia de consulta con la revisión de un ente superior, en el cual se supone concurren mejores calidades jurídicas, mayor experiencia judicial y una visión más acertada y decantada del Derecho".

Se abordó aquí también el tema de las sentencias absolutorias, cesaciones de procedimiento y sobreseñamientos definitivos, concretando que ante el tránsito de legislación resulta siempre más favorable a los intereses del acusado la no tramitación de la consulta así esté dentro de las posibilidades la confirmación de la providencia, haciendo énfasis, sin embargo, la Sala, de que tal criterio de favorabilidad se debe aplicar siempre y cuando el nuevo ordenamiento no haya consagrado para la decisión el grado jurisdiccional, por virtud de la nueva concepción del instituto.

Esta revisión de las diferentes decisiones de la Sala en torno al problema, se considera necesaria a fin de resaltar el verdadero alcance del instituto de la consulta en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las posibilidades de su aplicación favorable frente a situaciones concretas. Pudiera decirse, de lo reseñado, que claramente han sido establecidos varios puntos en relación con el asunto que se comenta, así:

1. Los funcionarios competentes para tramitar el grado de jurisdicción, lo son aquellos a quienes está atribuida similar función respecto de las apelaciones, pese a la inexistencia de texto legal expreso que así lo determine.

2. La consulta en el nuevo ordenamiento ritual ha conservado los parámetros punitivos establecidos en el Decreto 409 de 1971 y se mantiene como fenómeno procesal respecto de la sentencia, la providencia por medio de la cual se concede la libertad condicional y la cesación de procedimiento, siendo que por la nueva adecuación terminológica e institucional, desapareció para los sobreseimientos (definitivo y segundo temporal), sin que ello quiera decir que no pueden consultarse las providencias que en el nuevo Código se refieren a la cesación de procedimiento en sede de calificación por segunda oportunidad del mérito del sumario.

3. En la nueva regulación procesal desaparece la consulta, cuando la providencia a que se refiere ha sido notificada a quien perjudica y la parte pertinente omite la interposición de recursos, manifestando con ello su conformidad con la decisión.

4. Cuando no existe parte civil reconocida en el proceso, y se procede por un delito cuya titularidad está radicada en la colectividad o en el Estado, sin perjuicio individualizable, no es pertinente ordenar la consulta del proveído si éste ha sido notificado al Agente del Ministerio Público.

5. Cuando no existe parte civil reconocida en la actuación que se adelanta por un delito que atenta contra un interés jurídico radicado en cabeza del sujeto pasivo de la infracción, se impone la consulta como medio garantizador de los intereses de la eventual parte civil.

6. Las anteriores decisiones, por su oportunidad, no se refirieron a la actual regulación del instituto procesal que de conformidad con lo ordenado en el Decreto 1861 de 1989 fue restringido en sus alcances, a la par que se eliminó de la disposición el inciso final del artículo 210 que dio pie a la transcrita interpretación. Así, ya no interesa que la providencia haya sido o no notificada, ni que tenga un límite punitivo determinado, sino que la revisión por el superior procede solamente frente a la sentencia y al auto de cesación de procedimiento, cuando se adelante la actuación por uno de los delitos taxativamente establecidos en el artículo 14 del mencionado decreto. Esta disposición, empero, no puede introducirse en el análisis aquí planteado en tanto que no cobijó en forma alguna la situación estudiada, ya consolidada al momento de ser expedida la norma.

Ahora bien, similar seguimiento jurisprudencial realizó el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, concluyendo frente al caso que motiva este estudio, que la Sala debe declarar la nulidad de lo actuado, puesto que la cesación de procedimiento que se profiriera en contra de la acusada en primera instancia fue sometido al grado jurisdiccional de consulta cuando ella no procedía atendida la circunstancia de que había sido notificada personalmente a la procesada, a su defensor y al Agente del Ministerio Público, anotando además que frente a los perjuicios concretos no se pueden ellos identificar más

que en relación con el delito de detención arbitraria, el cual por su cuántum punitivo no hace consultable la providencia.

Razón le asiste al señor Colaborador Fiscal y compartiendo su criterio, la Sala procederá a decretar la nulidad solicitada a partir del auto que ordenó la consulta del fallo de cese de procedimiento en favor de la procesada; debiendo aclarar que en su momento cuando la Sala conoció de este grado jurisdiccional consideró que por tratarse de un concurso material de delitos estrechamente conectados entre sí y tipificándose entre ellos el de falsedad ideológica que por su penalidad si era consultable la Sala adquiría competencia para conocer de los otros, que en principio por su cuántum punitivo no lo eran, porque era tan estrecha la relación de conexidad que era imposible fallar uno sin tener que hacer necesarias consideraciones en relación con los otros y la Sala sigue ratificando este criterio que conceptúa acertado, pero aceptando en esta ocasión, que conforme a la jurisprudencia que con anterioridad ha sido analizada tanto por el Agente del Ministerio Público, como por la Corporación, el único delito que por el cuántum de su punibilidad le daba a la Corte competencia para conocer del nuevo grado jurisdiccional de la consulta era el de falsedad ideológica, pero analizado de manera detenida el proceso se advirtió ahora, que con esta infracción no se conculcaron los derechos de nadie, puesto que las hojas firmadas en blanco fueron utilizadas para resolverse una excarcelación y para cambiar una caución prendaria por una juratoria, es decir, que las personas que recibieron como efecto final la falsedad no incurrieron ningún perjuicio y si por el contrario evidentes beneficios y en tales condiciones, habiendo sido notificada la providencia a todas las partes y no existiendo parte civil reconocida, ni posibilidades que ésta se constituya por tal forma de delincuencia, es evidente entonces que la consulta no ha debido ordenarse, ni la Corte en su oportunidad haber conocido de ella.

El delito, como ya se consideró con anterioridad que si daba la posibilidad de constituirse parte civil, porque ocasionó evidentes perjuicios a un ciudadano, fue el de prolongación indebida de la libertad, pero éste por su punibilidad no es consultable y la Corporación hubiera adquirido competencia para conocer de él, si se hubiese consumado por medio de algunas de las falsedades ideológicas que se concretaron por medio de las hojas firmadas en blanco, pero como ya se advirtió con anterioridad ello no ocurrió así y en tales condiciones ante la falta de competencia necesariamente ha de ordenarse la nulidad del proceso, como así lo solicita el Procurador Delegado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó la consulta del cese de procedimiento de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y siete.

Ordénase la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra María del Socorro Escobar Polanco.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Muntilla Nougués, Didimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garrica, Secretario.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. DECOMISO

El decomiso de los bienes pertenecientes a un tercero tiene como supuesto que el interés de éste se haya hecho saber en el proceso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandía.*

Aprobado: Acta número 35 de junio 30 de 1990.

Vistos:

Clausurada la investigación adelantada contra los Magistrados del Tribunal Superior de Popayán, *doctores Alirio Zuñiga Guzmán, María del Pilar Caicedo Ilera y Andrés Cerón Valencia*, y del Fiscal de dicha Corporación, *doctor José Henry Mejía Pérez*, procede la Corte a calificar el mérito de la misma.

Los hechos investigados:

A finales de marzo de 1983 en una de las calles de la ciudad de Popayán (Cauca) el vehículo de servicio público de propiedad del señor Leonardo Villamarín Ordóñez, conducido por Salvador Oriollo Rojas, atropelló a Fabio Rafael Cerón, a consecuencia de lo cual dejó de existir.

El proceso fue adelantado en el Juzgado Primero Superior de la mencionada ciudad, el cual, con base en un veredicto de responsabilidad, profirió sentencia condenatoria contra el conductor procesado. Recurrido el fallo, la Sala Penal mencionada en sentencia de septiembre 12 de 1985 la modificó, acogiendo el criterio del Fiscal, en el sentido de ordenar el comiso del automotor para que con el producto de su remate se pagaran los daños y perjuicios ocasionados con el delito culposo. El propietario del vehículo confirió poder a un profesional quien formuló varias solicitudes tendientes a impedir el remate del automotor por el Juzgado Superior, por lo que la Sala, en auto de julio 19 de 1986 al desatar el recurso reafirmó su criterio plasmado en la sentencia y motivó *in extenso* a cerca de la nueva figura del comiso para concluir que la jurisdicción penal puede rematar el bien y entregar la cuota correspondiente a título de indemnización a los ofendidos y si quedare algún remanente, darlo al dueño del vehículo.

Devuelto el proceso para que el Juzgado diera cumplimiento a lo ordenado, el apoderado de Villamarín Ordóñez solicitó se revocara el

comiso y previa declaración de prescripción de la acción indemnizatoria, se hiciera entrega definitiva del automotor a su propietario por cuanto no ha existido contra él sentencia alguna de naturaleza penal o civil. Negadas las peticiones, la Sala en referencia al desatar la alzada revocó el provido el 24 de marzo de 1987 y accedió al *petitum*, recogiendo el criterio plasmado en su providencia inmediatamente anterior (la de julio 19 de 1986).

Con base en la sentencia de segunda instancia y el provido de julio 19 de 1986, el señor Leonardo Villamarín Ordóñez formuló denuncia contra la Sala referida y su Fiscal por el delito de prevaricato por acción. Por su parte la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ocasión de un incidente de recusación de los referidos Magistrados en dicho proceso, dispuso compulsar copias de lo pertinente para que se investigara penalmente toda la actuación del Tribunal con relación a dicho proceso.

La indagación preliminar originada en las copias fue remitida por el Magistrado a quien correspondió en reparto, a este despacho donde se desarrollaba la investigación sumarial con base en la denuncia; por lo que la calificación comprenderá toda la actuación de la Sala cuestionada del Tribunal y la de su Fiscal con ocasión del proceso que por homicidio ellos conocieron.

Pruebas recepcionadas:

A la actuación fueron legalmente aducidas las siguientes pruebas: El proceso por el delito de homicidio y lo actuado con base en el mismo, a que se contrae la investigación, en fotocopias debidamente autenticadas, donde obran las providencias cuestionadas y los conceptos correspondientes del Fiscal denunciado; constancia de una compañía aseguradora sobre la vigencia de un contrato de seguros que ampara el vehículo por "responsabilidad civil ante terceros y gastos médicos a terceros"; la calidad y desempeño de funciones de Magistrados denunciados se acreditó en debida forma; copia de la providencia de la Corte sobre incidente de recusación (junio 9 de 1987), donde se ordena compulsar las correspondientes para investigación oficiosa del proceder judicial de dichos Magistrados en y con ocasión del proceso por homicidio en accidente de tránsito; sendas indagatorias de los integrantes de la Sala en referencia y de su Fiscal, en las cuales respecto a la sentencia donde dispusieron el comiso coinciden en señalar que de común acuerdo y con pleno conocimiento de ser ajustada a derecho su determinación la tomaron con respaldo en los artículos 105 y 110 del Código Penal, 37 de la Ley 2ª de 1984, 2347 del Código Civil y 65 del Decreto 2829 de 1974, además del principio de la unidad de jurisdicción reconocido en la jurisprudencia de la Corte; con relación a la actuación posterior al fallo, coinciden igualmente en señalar que con ella no modificaron la sentencia ya que el comiso, según lo entiende la jurisprudencia y la doctrina, no constituye pena sino una simple medida provisional que puede ser levantada en cualquier momento que se den los presupuestos legales para ello, a la manera como sucede con el embargo y secuestro de bienes. El remate, por ser una secuela del comiso, tampoco es parte de una sentencia,

y si el Código actual sostiene que debe ser decretado por el Juez Civil, tal disposición, así como las relacionadas con el tercero civilmente responsable, no existían para esa época. Sobre la unidad de jurisdicción, se apoyan en los comentarios del profesor López Blanco que fueron publicados en "Tribuna Penal número 5, página 71"; que levantaron el comiso porque la acción indemnizatoria contra el tercero civilmente responsable había caducado, tal como lo regulaban los artículos 54 y 145 del Código vigente para entonces.

Alegaciones de las partes:

Dentro del término legal para alegar, solamente lo hizo el defensor de los cuatro procesados quien después de precisar el alcance de las imputaciones y las explicaciones dadas por los implicados, demanda de la Corporación una cesación de procedimiento por ausencia de dolo en las actuaciones. Concluye sus razonamientos de la siguiente manera: "Dentro de la libertad de apreciación de los casos, de los textos legales, tanto como de la doctrina y la jurisprudencia, podría darse hasta una equivocación como último término de las suposiciones, aunque las indagatorias contraponen este acontecer. Pasando por alto los estados de conciencia, entendiendo por conciencia no sólo el grado más alto del conocimiento sino también los escrúpulos morales de toda persona responsable de sus actos ante los demás y ante sí misma, todavía quedan en favor de los 'sindicados' las múltiples advertencias favorables de la Suprema Corte como excluyentes de culpabilidad en circunstancias análogas. La defensa prescinde de transcribirlas y aún de citarlas porque constituyen apartes muy difundidos cuyo caudal rebasaría amplios espacios, sobrantes para quienes han suscrito y reiterado tan acertadas contribuciones al correcto sentido de la justicia".

Consideraciones de la Corte:

De acuerdo con la providencia de junio 9 de 1987 de esta Corporación y con los hechos investigados, son dos las imputaciones de prevaricación activa que se deducen contra los tres Magistrados y el Fiscal vinculados legalmente al proceso: Haber ordenado en sentencia de segunda instancia el comiso de un automotor con todas las consecuencias inherentes a la satisfacción de los perjuicios a los titulares de la acción civil, no obstante que su propietario jamás fue vinculado al proceso; decisión ratificada en providencia posterior y que se dice fue proferida como "secuela" del fallo; y, el haber revocado en auto de marzo 24 de 1987 el proveído anterior para, en consecuencia, levantar el comiso, declarar prescrita la acción indemnizatoria y entregar definitivamente el vehículo a su propietario, decisiones que fueron contra la cosa juzgada por fuera de los recursos extraordinarios permitidos en la ley y "festinando declaraciones propias de otra competencia" (la civil, en cuanto a la prescripción indemnizatoria se refiere).

Procede la Corte a analizar separadamente cada uno de estos cargos para determinar si con ellos los procesados adecuaron su

comportamiento al injusto que garantiza la fidelidad de los funcionarios públicos a la ley y a la recta administración de justicia, en el caso particular investigado.

El comiso con fines indemnizatorios:

El comiso con fines indemnizatorios que se examina aquí es el relacionado con los bienes de los denominados "terceros civilmente responsables" que por virtud de lo preceptuado en los artículos 2347 del Código Civil, 105 del Código Penal y 37 de la Ley 2ª de 1984 están obligados a reparar los daños causados por las personas que son sus empleados o dependientes.

Cuando el daño ha sido producido por quien ejerce la actividad peligrosa actuando como simple empleado o dependiente de otro, la víctima o sus herederos pueden demandar la reparación de quien causó directamente el perjuicio, o pueden reclamar, si lo prefieren, del patrono o empleador de aquél quien es responsable del hecho ajeno, o en ambos por ser solidaria la responsabilidad en tal evento, según lo ha reconocido pacíficamente la jurisprudencia especializada (ver sentencias de 3 de febrero de 1944 Gaceta Judicial, Tomo LVII, página 29 y de 18 de marzo de 1976 Gaceta Judicial, Tomo CLII, página 74).

Ahora bien, cuando con la actividad peligrosa se ocasiona un daño que constituya hecho punible, como ocurrió en el presente caso, a partir de la vigencia del Código Penal actual y especialmente de la Ley 2ª de 1984, esa acción indemnizatoria contra el "tercero civilmente responsable" se reguló así, en relación con automotores, naves, aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio: "Si no se ha pagado, o garantizado el pago de perjuicios el Juez en sentencia condenatoria ordenará el decomiso de los mencionados elementos, para los efectos de la indemnización". Indudablemente que este mandamiento legal tiene como supuesto "sine qua non" que el interés del tercero perjudicado se haya hecho saber en el proceso con la acción indemnizatoria contra "el tercero civilmente responsable" para que éste, como parte, pueda hacer uso de todas las garantías que el derecho procesal consagra y, de contera, para poder deducirsele la responsabilidad civil correspondiente en el respectivo fallo, si a ello hubiere lugar.

En el caso sub júdice, los perjudicados con el homicidio que se investigó presentaron demanda de constitución de parte civil únicamente contra quien causó directamente el perjuicio, el conductor del automotor. En tales circunstancias era jurídicamente imposible condenar al propietario de dicho vehículo, pues no tenía la calidad de parte en el proceso, ni su patrimonio tenía por qué verse afectado en un proceso del cual era absolutamente ajeno.

La sentencia que con la aquiescencia del Fiscal del Tribunal profirió en septiembre 12 de 1985 si bien es verdad, no condenó al señor Leonardo Villanarín Ordóñez, propietario del bus con el que el procesado causó la muerte del señor Cerón, también lo es que ordenó en dicho fallo el decomiso de su vehículo con claros fines indem-

nizatorios, pues dispuso "el embargo y secuestro" del mismo como medidas previas a su remate por el Juez de la causa, con la firme pero errada creencia de estar condenando a quien por ley estaba llamado a indemnizar. Así se desprende de lo afirmado por los mismos procesados en el auto de julio 19 de 1986: "... Establece el artículo 665 del estatuto procesal penal que, la ejecución de la sentencia definitiva una vez ejecutoriada, "le corresponde al Juez que conoció del proceso en primera o única instancia... más el cumplimiento o ejecución del fallo, lleva incito (sic), no sólo el impartir las órdenes judiciales a las autoridades administrativas que deben velar por el cumplimiento de las sanciones, sino además, entratándose de la acción indemnizatoria, cuando ella ha sido ejercida dentro del proceso penal, también el realizar todas aquellas gestiones que se requieran como positiva y directamente encaminadas a hacer efectiva y práctica la pretendida indemnización, como para el caso lo serían, la debida identificación del bus materia del comiso, su avalúo, remate, entrega a cada uno de los ofendidos de la cuota parte que les corresponde a título de indemnización, y si quedare remanente al dueño del referido automotor".

La realidad procesal demuestra, entonces, contrario a lo sostenido por la defensa, que el comportamiento aquí referido de los procesados objetivamente se adecua a la descripción que el legislador ha hecho en el tipo penal del prevaricato por acción (art. 149 del C. P.), pues en su calidad de funcionarios públicos y en ejercicio de sus funciones contrariaron evidentemente la ley al proponer y decidir en una sentencia condenatoria el decomiso de un bien perteneciente a un tercero que aun cuando referido en el proceso no era parte en él y ni siquiera la acción indemnizatoria fue incoada en su contra, sin que mediara circunstancia alguna de justificación. Sin embargo, tal conducta no obstante ser injusta y constituir grave desacerto judicial, no alcanza a estructurar el injusto en referencia por ausencia de culpabilidad, concretamente del dolo que exige el mencionado tipo penal.

En efecto, tanto el concepto Fiscal como la propia Sala cuestionada, en su auto de marzo 24 de 1987, reconocen expresamente que sus actuaciones anteriores fueron equivocadas y que su error obedeció a la ausencia de una legislación clara que indicara los mecanismos de vinculación del tercero civilmente responsable al proceso penal, como si lo hace el nuevo Código de Procedimiento que "próximamente entrará a regir" —se referían al Decreto-ley 50 de 1987 que entró a regir el 1º de julio de ese año, el que traía un acápite sobre los terceros civilmente responsables (hoy inexistente por declaratoria de inexecutable)— y ante la fuerza de la argumentación del impugnante quien apoyado en concepto de un Exmagistrado de la misma Corporación, que les hace ver el error, no vacilan en sostener: "De lo anterior por tanto se desprende —justo es el aquí reconocerlo— que la Sala estaba profundamente equivocada al pretender que, sin haber mediado esa necesaria vinculación procesal antecedente respecto de Leonardo Villamarín Ordóñez, no se le había dado la oportunidad de defenderse y de hacer valer sus derechos en debida forma, ante autoridad competente, respecto a esa presunta obligación indemnizatoria (art. 2349 del C. C.).

"Fortunosamente y para bien de la justicia, aún es tiempo de enmendar tan grave error, como que nada en concreto se ha hecho, precisamente debido al trámite posterior que en buena hora, acertado o no desde el punto de vista estrictamente procesal, aquí se le ha dado a las pretensiones de Villamarín Ordóñez y de su apoderado representante, a fin de subsanar la falta del debido procedimiento".

Esta Corporación ha sostenido reiteradamente y lo reafirma ahora que: "Si humano es errar, forzoso es admitir que los funcionarios públicos, al interpretar los preceptos legales, pueden incurrir en equivocaciones en que debe presumirse su buena fe, a menos de prueba en contrario. Más, esa presunción no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias ó contrarias, pero no cuando existen normas claras, expresas y terminantes en la ley, pues entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles, para no violar derechos ajenos al aplicarlos" (Casación de octubre 16 de 1970, *Gaceta Judicial*, Tomo CXXXVI, número 2334-6, página 238).

El carácter doloso de sus conductas no se dio porque el error existió realmente y en consecuencia no creyeron ni quisieron delinquir simplemente buscaban, con base en una norma aislada, garantizar el derecho indemnizatorio en ella inherente, descuidando en forma negligente los presupuestos procesales para llegar a ello. Sin embargo, tal conducta descuidada y reprochable de los procesados no da lugar a responsabilidad criminal por cuanto el correspondiente tipo penal no admite la modalidad culposa.

Las restantes determinaciones:

La segunda imputación investigada en el proceso se refiere a las varias determinaciones decididas en el auto de marzo 24 de 1967 en donde, según se vio, conocedores del grave error en que incurrieron, precipitadamente y con la mejor buena fe al querer corregirlo incurrieron en nuevos y graves desaciertos, a saber: Modificar una decisión tomada en sentencia para entonces ejecutoriada, la revocación del comiso y, de contera, usurpar la jurisdicción civil, al declarar la prescripción de la acción indemnizatoria en favor del "tercero civilmente responsable".

Entendieron que el decomiso que ordenaron en la sentencia no era parte de ésta, sino simple medida de retención eminentemente provisional, a la manera del embargo y secuestro de bienes y que, por lo mismo, podían levantarlo en cualquier momento según las previsiones del artículo 145 del Código de Procedimiento Penal que gulaba su actuación procesal.

Evidentemente es una interpretación errónea, pues el precepto aludía a la denominada condena en abstracto que era procedente en vigencia de dicha legislación contra el responsable del hecho punible pero cuyos daños materiales y morales no pudieron determinarse en concreto. Aplicaban, en su sentir, analógicamente el precepto que ciertamente resultaba favorable al afectado con la medida desacertadamente tomada en el fallo.

No fue, entonces, su voluntad quebrantar la ley sino enmendar el yerro que afectaba el patrimonio ajeno por lo que entendieron era legítimo, en desarrollo de la unidad de jurisdicción que habían sostenido, hacer cesar la obligación indemnizatoria que perjudicaba al tercero civilmente responsable pero extraño completamente al proceso pues, se insiste, la demanda indemnizatoria que se presentó solamente se dirigió contra el autor del hecho punible investigado.

No fue en verdad una decisión acertada pero, dentro de la particular lógica que guió su actuar errado, permite predicar la buena fe y por tanto, la ausencia de dolo.

Habrà, en consecuencia, que calificar la investigación con cesación de procedimiento (arts. 469 y 34 del C. de P. P.).

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

Resuelve:

Cesar el procedimiento seguido contra los doctores Alirio Zúñiga Guzmán, Pilar Illera, Andrés Cerón Valencia, Magistrados del Tribunal Superior de Popayán y José Henry Mejía Pérez, Fiscal de esa Corporación, por los cargos en razón a los cuales fueron vinculados a este proceso.

En firme archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carveño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Nougés, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIA. CONEXIDAD

Si las regulaciones jurídicas y prácticas imponen la separación de los procesos, es lógico concluir que la competencia por razón de la conexidad desaparece, y que cada uno de ellos debe ser adelantado por el funcionario a quien corresponda.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado: Acta número 35.

Vistos:

Procede la Sala a dictar el recurso de casación interpuesto por el apoderado del procesado *Alfonso del Castillo Obredor*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en la cual se le impuso la pena de dieciséis meses de prisión por el delito de estafa.

Hechos y actuación procesal:

Entre los señores *Alfonso del Castillo Obredor* y *Hamed Diab Abdel Fattar* se celebró un contrato de permuta, por medio del cual éste dio a aquél un automóvil Renault 6, distinguido con las placas IY-7229, modelo 1983, más la suma de doscientos cincuenta mil pesos, a cambio de una camioneta Renault 18 Break, modelo 1981 de placas IY-7525.

Este último vehículo resultó ser de contrabando, y falsos los documentos de importación, por lo cual fue decomisado por la Policía Nacional y puesto a órdenes de la justicia penal aduanera, la que adelantó la investigación correspondiente, habiéndose dispuesto la cesación de procedimiento por razón de haber transcurrido 24 meses sin calificar el mérito del sumario, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral primero del artículo 83 del Estatuto Penal Aduanero, vigente para esa fecha.

Por razón de la permuta se adelantó proceso penal contra varias personas, dentro del cual se dictó resolución acusatoria por falsedad y estafa contra *Alfonso del Castillo Obredor* por el Juzgado Primero Superior de Valledupar. La falsedad se configuró con base en la solicitud de traspaso en la que figuraba como propietario del bien

Luis Sarmiento Mejía, persona al parecer inexistente, cuya firma y huella dactilar fueron fingidas por Castillo. En cuanto a las falsificaciones de los distintos documentos públicos que amparaban el vehículo, como la tarjeta de propiedad, la providencia se limitó a poner de presente las fallas de la investigación, sin tomar ninguna medida con relación al posible delito que con ellos se hubiera podido consumar.

El Tribunal modificó la providencia en el sentido de limitar el llamamiento a juicio a la estafa, por considerar que la falsedad en la solicitud de traspaso quedaba subsumida dentro de ésta por tratarse de un documento privado, y ordenó reabrir la investigación para que se averiguara el posible delito de falsedad en documento público que se hubiera podido cometer.

El mismo Juez Superior que venía conociendo del asunto continuó el juicio por el delito de estafa, y en el mismo proceso, sin abrir otro expediente, la investigación por el delito de falsedad en documento público. En la sentencia el Juzgado Superior condenó al procesado por el delito de estafa, pero no dijo nada con relación a las posibles falsedades en documentos públicos. El Tribunal confirmó la condena por estafa, y tampoco tomó decisión alguna sobre la falsedad en documento público, a pesar de que en la parte motiva de la providencia dice que también resultaron ser falsos la tarjeta de propiedad número 2131656, y el formulario de actualización número A-2835170.

La demanda de casación y el concepto del Ministerio Público:

Con base en el Código de Procedimiento Penal de 1971, por ser el estatuto aplicable al proceso, el recurrente alega dos causales de casación así: 1. Nulidad del proceso por incompetencia del Juez de conocimiento, y 2. Violación indirecta de la ley sustancial por falta de apreciación de algunas pruebas, y por apreciación errónea de otras.

La Sala sólo entrará a estudiar la primera de dichas causales, por cuanto está llamada a prosperar, pues aunque la fundamentación que le da el actor es errónea, corresponde a la Corporación declararla de oficio, por tratarse de una nulidad, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal.

Considera el recurrente que el Tribunal no debió calificar el mérito del sumario, pues si sobreesía por la falsedad, el competente para calificar era el Juez Penal del Circuito. Por eso pide que se declare la nulidad a partir del auto emitido por dicha Corporación.

Agrega que aunque el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal vigente dispone que la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, esta norma es sólo aplicable durante el sumario.

Cita luego el inciso 2º del artículo 85 (sic) del Decreto 1861 de 1939, y dice que si según esta norma la ruptura de la unidad procesal que no genera cambio de competencia permite al Juez seguir conociendo de los distintos delitos pero en procesos separados, *contrario sensu*, cuando sí implique cambio de competencia, perderá el cono-

cimiento del respectivo proceso. Menciona luego los artículos 32 y 33 del mismo Decreto, que considera son aplicables por ser más favorables, según los cuales cuando por razón de la prueba aportada se cambie la competencia, el proceso se debe enviar al Juez que le corresponda.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal comienza señalando como uno de los postulados básicos de nuestro ordenamiento penal el del Juez natural, cuyo desconocimiento afecta inexcusablemente la validez de toda la correspondiente actuación procesal.

Hace un análisis detallado de la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia, mostrando como inicialmente se acogió la tesis de la validez de la sentencia proferida por el Juez que calificó el sumario de cuyo conocimiento era competente por razón de la conexidad, a pesar de que por cualquier circunstancia ella no pudiera cobijar el delito que le dio la competencia inicial (sentencia de agosto 19 de 1976), para luego considerar que cuando en la conexidad unos delitos entran al trámite de la causa, al tiempo que otros retornan a los trámites sumariales, se forman dos procesos autónomos e independientes en su tramitación, siendo el conocimiento de cada uno de ellos de competencia del Juez correspondiente (sentencia de julio 27 de 1987).

Acoge esta última tesis, y de acuerdo con ella considera que al disponerse el llamamiento a juicio por la estafa, y sobraseerse temporalmente por la falsedad, la competencia para continuar conociendo del proceso por el primer delito es de los Jueces del circuito, por lo que impetra la declaratoria de nulidad de la actuación con base en el numeral 1 del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal de 1971, pero sólo a partir del auto que abre el juicio a pruebas, inclusive.

Consideraciones de la Sala:

La Sala circunscribirá el análisis del problema planteado a la legislación del Código de Procedimiento Penal de 1971, que es el Estatuto aplicable al mismo, pues las normas posteriores del Nuevo Código de Procedimiento Penal y del Decreto 1861 de 1989 no son retroactivas en esta materia, por tratarse de asuntos relacionados con la competencia.

En dicho Estatuto es principio fundamental que para cada delito se debe adelantar un proceso, salvo los casos de conexidad, en los que excepcionalmente se permite tramitar un solo proceso para varios delitos (arts. 167 y 39).

Sin embargo, cuando un delito ha sido cometido por varias personas, y sólo hay mérito para llamar a juicio a unas de ellas, debiéndose sobraseer con relación a otras, se deben compulsar copias para continuar por separado la investigación con relación a ellas (inciso 2º del art. 482). Es decir, un mismo delito da lugar a varios procesos, cuando al calificar el mérito del sumario se rompe la unidad procesal.

Si ésta es la consecuencia jurídica de la rotura de la unidad procesal cuando se trata de un solo delito, con mayor razón se debe

predicar una solución similar, cuando se rompe la unidad procesal de delitos conexos: Si en un proceso que se adelanta por varios delitos se sobreesee por alguno de ellos, y se llama a juicio por otro, necesariamente tiene que disponerse la compulsión de las copias respectivas, para que la reapertura de la investigación se adelante con base en ellas. Fue por eso desacertada la omisión del Tribunal al no disponer que se compulsaran las copias para que se continuara por separado la investigación del delito de falsedad en documento público, y más aún la del Juzgado, que en forma simultánea adelantó en el mismo proceso la investigación por este delito, y el juicio por el de estafa.

Si estas regulaciones jurídicas y prácticas imponen la separación de los procesos, es lógico concluir que la competencia por razón de la conexidad desaparece, y que cada uno de ellos debe ser adelantado por el funcionario a quien según la ley le corresponda. Así lo dijo la Sala en sentencia de decisión mayoritaria del 27 de julio de 1987, con ponencia del Magistrado doctor Rodolfo Mantilla Jácome, que se transcribe a continuación:

"Es indudable que en el caso planteado se rompe la unidad procesal en cuanto unos delitos ingresan a los trámites propios de la causa, al tiempo que otros retornan a los actos sumariales, pudiéndose afirmar con ello que existen dos procesos autónomos e independientes en su tramitación y en sus consecuencias.

"Rota la unidad de procedimiento por decisión en firme que dispone el sobreseimiento temporal del único delito que otorga la competencia al funcionario de mayor jerarquía, se impone su pérdida de competencia porque en tal caso ha desaparecido la posibilidad de reunir las hipótesis delictivas en un solo proceso, y el funcionario que hasta ahora ha conocido, no tiene un elemento lógico ni jurídico que a partir de ese momento le permita retener la competencia para conocer de hechos punibles que la ley previamente le ha señalado su conocimiento a otros funcionarios.

"La aplicación del artículo 39 del Estatuto Procedimental anterior, requiere entonces la convergencia de los dos presupuestos atrás señalados: La conexidad o ligazón interna de los varios hechos punibles, y la posibilidad procesal de reunirlos en una sola cuerda. Si desaparece uno de estos presupuestos en la calificación del mérito del sumario por virtud de sobreseimiento definitivo o temporal, es obvio que no se estructura el supuesto de aplicación de tal norma, recuperando la competencia el Juez natural".

En el caso en estudio la situación de separación de los dos procesos es aún más clara, pues a partir del calificadorio sólo subsisten el que se venía adelantando por el delito de estafa, y el que se debió iniciar por el posible delito de falsedad en documento público con base en las copias que se compulsaron para el efecto, pues el delito de falsedad en documento privado que se le imputaba durante el sumario al procesado, quedó subsumido por razón de la sentencia del Tribunal en el delito de estafa, decisión inmodificable por estar debidamente ejecutoriada.

Si ello es así, el juicio por el delito de estafa debió ser adelantado por los Jueces de Circuito y no por los Jueces Superiores, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal de 1971, por lo que se incurrió en la nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 210 del mismo Estatuto.

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

Resuelve:

Casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el proceso adelantado contra Alfonso del Castillo Obredor por el delito de estafa, decretando la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de obedécese y cúmplase dictado por el Juzgado Primero Superior de Valledupar, con fecha enero 19 de 1988, con excepción de lo referente a la sustitución del poder conferido por el procesado al doctor Leonidas Córdoba Blanco.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Salvamento de voto; Jorge Carreño Luengus, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Mantilla Hougúés, Didiámo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas,

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)
CONEXIDAD (SALVAMENTO DE VOTO)

Frente a los artículos 34 y 88 del Código de Procedimiento Penal anterior, en conductas conexas, el delito de mayor rango retiene la competencia de otros títulos penales

Referencia: Casación número 4087. C/. Alfonso del Castillo O.
D/. Estafa.

Frente a la inteligencia de los artículos 34 y 88 del Código derogado y en tratándose de conductas punibles distintas pero anudadas por los lazos de la conexión, he sido de opinión que el delito de mayor rango retiene la competencia de otros títulos penales hasta la terminación del proceso aunque no estuvieran sometidos a su específica competencia. Si al calificarse el mérito del sumario, se llama a juicio por estafa y se sobresee temporal o definitivamente por falsedad, permanece en cabeza del Juez Superior, la facultad de juzgar esa conducta hasta la culminación del trámite así desaparezca el punible que le dio competencia, como de este modo lo enunció la Corte, mayoritariamente, en casaciones de octubre diez (10) de mil novecientos setenta y cuatro (1974) y julio veintidós (22) de mil novecientos ochenta y siete (1987). Valga anotar —como suficiente definición del asunto— que el facilitar las investigaciones, posibilitar el fenómeno de la acumulación jurídica de las penas y evitar fallos contradictorios son factores que constituyen sugestivos criterios que representan una fundamental orientación en la materia. Pero, como advierto, finalmente, que la controversia perdió actualidad en presencia de las previsiones del Decreto 1861 de 1989, las complejidades del caso quedan inhumadas. Dejémoslo así.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra*.

LEY 2ª DE 1984. APELACION

Es por una interpretación teleológica de las disposiciones contenidas en el capítulo 2º de la Ley 2ª de 1984 y en particular de lo normado en el artículo 17 del mismo estatuto, que el auto de citación a audiencia no está sujeto al recurso de apelación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D.-E., seis de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 38.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de *Guillermo Martín Quintero Navas* y *Orlando Mantilla Perea*, contra la sentencia fechada el 27 de febrero del año próximo pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá los condenó a la pena principal de 18 meses de prisión y a las accesorias de rigor, al declararlos responsables del delito de extorsión, en grado de tentativa, por el cual habían sido citados a audiencia.

Hechos y actuación procesal:

“A finales de enero de 1988 —relata el Procurador Delegado en lo Penal que en esta oportunidad colabora con la Sala—, *María Cristina Garzón Gasca*, recibió en su consultorio particular la visita de dos individuos que le manifestaron venir de parte de su hermano *Alejandro* y le exigieron dinero por su seguridad con el argumento de que eran conocedores de los dineros que ella manejaba.

“Días después, se iniciaron una serie de comunicaciones telefónicas y por escrito, amenazantes de muerte contra ella o sus familiares inmediatos, si se negaba a entregar la suma de treinta millones de pesos.

“Con las autoridades se concretó la entrega de la suma exigida, debiéndolo ser el 25 de abril de 1988 en inmediaciones de la Universidad de la Salle, al norte de la capital; allí concurren los agentes del F-2 y cuando se aprestaban a entregar el producto, se suscitó un intercambio de disparos con los que pretendían recibirlo, resultando heridos el detective *Rafael Cobos Silva* y el universitario *Orlando Mantilla Perea*, capturado en el acto, notándose la huida de otros dos que lo acompañaban”.

La investigación corrió a cargo del Juzgado Primero Especializado de Bogotá, el cual, luego de agotarla, citó a audiencia a Mantilla Perea y también a Guillermo Martín Quintero Navas, quien un día después de iniciado el sumario había designado defensor para que lo asistiera en este proceso. La convocatoria de este último se hizo como sindicado ausente y a los dos se les imputó el delito de "extorsión", en grado de tentativa. Aunque esta decisión fue apelada, el Juzgado considerando que contra ella no procedía tal recurso, lo denegó.

Celebrada la audiencia pública, el mismo Juzgado Especializado profirió sentencia condenatoria contra el sindicado ausente Quintero Navas y absolvió a Mantilla Perea; apelada esta determinación, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó en relación con la condena de Quintero, pero la revocó en cuanto absolvía a Mantilla Perea, a quien condenó, en fallo contra el cual se interpuso el recurso extraordinario que ahora procede la Sala a resolver.

Las demandas:

Las dos demandas coinciden en atacar la sentencia impugnada con fundamento en el ordinal 3º del artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que fue dictada en un juicio viciado de nulidad. Pero en el libelo presentado por el defensor de Guillermo Martín Quintero Navas, con apoyo en el ordinal 1º de la norma procesal citada, se hace un cargo adicional al fallo: Violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho. En este mismo orden, que es el lógico, se analizarán los cargos, advirtiéndose que como la nulidad invocada la predicen ambos demandantes con unos mismos argumentos, la Sala estudiará conjuntamente este asunto.

La nulidad:

"El fallo objeto de mi censura —escribe el defensor de Quintero Navas—, fue dictado en un juicio viciado de nulidad, por cuanto no se observaron las formas propias del juicio al denegar el recurso de apelación legalmente interpuesto contra el auto de citación a audiencia, equivalente al de resolución de acusación y se violó el legítimo derecho de defensa, que junto con otras garantías consagra y protege el artículo 26 de la Constitución Nacional y claras normas del Código de Procedimiento Penal, con grave perjuicio para mi defendido".

De la violación indirecta de la ley sustancial:

Este cargo, que únicamente es formulado por el apoderado de Quintero Navas, se hace consistir en que "en la sentencia materia del recurso de casación se incurrió en error de hecho, por falso juicio de existencia de una prueba, consistente en no haber apreciado la fotocopia de la cédula de ciudadanía número 79.335.360 perteneciente a mi representado Guillermo Martín Quintero Navas, con grave perjuicio para éste, pues al ignorar el Tribunal Superior de Bogotá ese importante elemento de juicio (fl. 127) llegó a la conclusión equivocada de que había certeza sobre la responsabilidad del señor Quintero

Navas frente al delito de extorsión en la modalidad de tentado que le fue imputado y de esa manera confirmó la pena de 18 meses de prisión que le impuso el Juzgado Primero Especializado de Bogotá, violando los artículos 253 del Código de Procedimiento Penal y 355 del Código Penal...

Para demostrar este cargo, el censor afirma: "...mientras el Sargento Cobos Silva afirmó que los dos individuos que se le acercaron tan pronto llegó a la Universidad de la Salle, eran de tez blanca, según la cédula el color de la piel del señor Quintero Navas es trigüeno.

"El mismo señor Cobos y la denunciante señora Garzón Gasca afirmaron en su orden, que los dos sujetos que se acercaron al primero, en la Universidad de la Salle, y que con anterioridad acudieron al consultorio de la segunda con el fin de exigirle dinero, son de estatura de 1.70 a 1.75 metros, al paso que la cédula da cuenta de que el procesado señor Quintero Navas tiene una estatura de 1.88 metros pudiendo afirmar que estas características lo hacen inconfundible.

"La señora Mariela Garzón de Sambrano aseveró, que el individuo que por teléfono le hizo las exigencias de dinero era de acento costeño, en tanto que la cédula indica que mi defendido señor Quintero Navas es natural de Bucaramanga.

"El Sargento Cobos Silva y la Agente de la Policía Luz Mery Cabanzo, expusieron que el individuo que huyó después de los disparos tenía gafas y según el documento de identidad del procesado señor Quintero no usa esa clase de implementos; y mientras que la denunciante señora María Cristina Garzón Gasca aseveró que los dos individuos que acudieron a su consultorio eran de regular estatura y uno de ellos presentaba cicatrices en el rostro, al parecer provenientes de acné o barro, la cédula indica que el señor Quintero Navas no tiene ninguna señal particular, como realmente no la tiene".

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

La nulidad.

"No se ha vulnerado la garantía constitucional y legal del debido proceso —responde el Procurador Primero Delegado en lo Penal— y menos el derecho de defensa, al denegarse el recurso de apelación interpuesto contra la providencia citatoria a audiencia pública, pues con razonada y recta interpretación de los artículos 16 y 17 de la Ley 2ª de 1984, el juzgador a quo fundamentó su pronunciamiento del 16 de agosto de 1988, buscando como único propósito el de objetivizar la filosofía inspiradora de este procedimiento, como es la celeridad, pero sin desconocer las garantías individuales fundadas en el derecho de defensa.

"El recurso de apelación no se negó abiertamente, sino como consecuencia de una seria interpretación sistemática de la normatividad que regula este procedimiento especial, que es la admitida mayoritariamente en la práctica judicial, pues no a otra conclusión se puede llegar si el auto de citación a audiencia no está entre aquellos casos en que el Tribunal puede conocer en segunda instancia de estos procesos".

Toda la razón le asiste al colaborador Fiscal de la Sala. Basta con leer la providencia por medio de la cual el Juzgado Primero Especializado de Bogotá negó la apelación interpuesta contra el auto de citación a audiencia (fs. 214 y 215), para advertir que se trata de una decisión motivada debidamente y que encuentra respaldo en la interpretación de los textos legales citados en la misma, al igual que en la mayoría de la doctrina que sobre el particular existe. A este respecto respondió el Tribunal en su sentencia, a la nulidad parcial del proceso que por este mismo motivo solicitó el Fiscal Doce: "... esta Sala de Decisión, al igual que casi todas las demás que conforman este Tribunal en su ramo penal, ha venido sosteniendo, con base en una interpretación teleológica de las disposiciones contenidas en el Capítulo II de la Ley 2ª de 1984 y en particular de lo normado en el artículo 17 del mismo estatuto, que el auto de citación a audiencia no está sujeto al recurso de apelación, por lo cual la negación que en este caso se hizo del recurso que se interpuso contra el auto de esa naturaleza que en julio 25 de 1988 dictó el Juzgado competente no ha desconocido, conforme a esa interpretación, la normatividad aplicable en este caso ni los principios constitucionales que rigen el debido proceso" (fl. 12 del cuaderno del Tribunal).

En idéntico sentido se había pronunciado esta Sala, en providencia que recuerda el señor Procurador en su concepto: "Tampoco es motivo de invalidación del proceso el hecho de que el Juez de instancia haya negado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de citación para audiencia, pues tal decisión se tomó con base en autorizada doctrina y recta interpretación de la ley" (Sentencia de 15 de julio de 1988; Magistrado ponente doctor Gómez Velásquez).

Agréguese, además, y en relación con el defensor de Mantilla Perea, quien no interpuso ningún recurso contra la citación a audiencia, que aún en el evento de que la nulidad propuesta se hubiera admitido, en nada favorecería a su representado, pues no fue él a quien se le denegó el recurso porque como se dijo, jamás lo intentó y en estas circunstancias no tendría de qué quejarse (Véase, entre otros, el fallo de 27 de abril de 1976; Gaceta Judicial, Tomo CLII, número 2393, página 197, Magistrado ponente doctor Luna Gómez).

De la violación indirecta de la ley sustancial.

Este cargo, como ya se anotó, lo hace consistir el censor en que en la sentencia impugnada se incurrió en error de hecho, por falso juicio de existencia de una prueba, concretamente en relación con la cédula de ciudadanía número 79.335.360 perteneciente a su poderdante Guillermo Martín Quintero Navas.

También aquí la Sala coincide con la Delegada, cuando expresa: "Reiterada es la jurisprudencia cuando se establece al censor la observancia de enunciar y demostrar no sólo los preceptos instrumentales o de medio infringidos, sino de referirse con igual celo a las normas fin que considere violadas.

"En el caso que nos ocupa, si bien se hizo mención al artículo 253 del Código de Procedimiento Penal 'que ordena apreciar las pruebas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica' ningún aná-

lisis en particular mereció el artículo 355 del estatuto punitivo, limitándose el actor a afirmar que entre la falta de apreciación de la cartilla decadactilar y la confirmación de la condena 'hay una clara y directa relación de causa a efecto y con ello fue violada la ley sustancial de manera indirecta', sin precisarlo si por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea". Al respecto, agrega la Corte, puede verse la sentencia de 8 de mayo de 1980 (Magistrado ponente doctor Calderón Botero, *Gaceta Judicial*, Tomo CLXIII, número 2402, página 96).

Luego de hacer la Delegada referencia a algunos elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal para pronunciar la condena impugnada, y de acotar que las consideraciones del libelista no "son más que una simple reiteración de personales apreciaciones ampliamente rebatidas en el trámite de las instancias", termina su concepto pidiendo que este cargo también se deseche y que por tanto no se case el fallo.

Agréguese a lo anterior, que la jurisprudencia tiene también reiteradamente definido (Sentencia de 25 de mayo de 1982; *Gaceta Judicial*, Tomo CLXX, número 2408, página 103; Magistrado ponente doctor Gómez Velásquez), que cuando se alega una violación indirecta por errores de hecho o derecho, el actor tiene la obligación de demostrarle a la Corte que el resto de elementos de convicción tenidos en cuenta por el sentenciador y también los otros que puedan obrar en el proceso, no son idóneos o suficientes para mantener el sentido del fallo impugnado, y esto tampoco lo cumplió el libelista, quien guardó silencio en relación con los siguientes indicios apreciados por el Tribunal:

"Ha de anotarse que la vinculación de Guillermo Martín Quintero Navas a este proceso obedeció a las siguientes circunstancias: 1º El mismo otorgó poder especial a un abogado, mediante escrito que presentó personalmente ante una Notaría de esta capital el día 27 de abril de 1988, para que lo representara en el 'proceso contra Guillermo Martín Quintero Navas por el presunto delito de extorsión' (destácase por la Corte que el enfrentamiento armado entre las autoridades de policía y los extorsionistas se presentó en las horas de la tarde del 25 de abril del citado año); 2º El Suboficial Cobos Silva señaló en su declaración que uno de los dos individuos que se le acercaron para averiguarle por el encargo que debía enviar la aquí denunciante 'tenía un frenillo en los dientes' y los declarantes Gloria del Pilar Malagón Barrero y Fernando Gelves Fuentes (estudiantes de la misma Universidad del procesado, aclara la Sala) hablaron del frenillo que constituye uno de los distintivos personales de Quintero Navas; y 3º Habiendo estado éste en la Universidad hasta poco rato antes de producirse el incidente en referencia, no se le volvió a ver en ella desde entonces". También se tuvo como indicio, la revelación de Fernando Gelves Fuentes, de que Quintero Navas poseía un revólver, toda vez que arma de esta naturaleza se empleó en el enfrentamiento con las autoridades de policía.

Además y como también lo destaca el Procurador, "tan personales son las apreciaciones del defensor, que es Camilo Diego Bogotá (104),

el que afirma el acento costeño que distingue a su compañero de universidad Quintero Navas a pesar de saber que es de Bucaramanga".

En síntesis, pues, y de conformidad con todo lo expuesto, este cargo tampoco está llamado a prosperar, y por ende, la sentencia no se casará.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador 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.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Salvamento de voto; Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

LEY 2ª DE 1984 (SALVAMENTO DE VOTO)
APELACION (SALVAMENTO DE VOTO)

El auto de citación para audiencia es pasible del recurso de alzada y su pretermisión acarrea grave lesión al concepto jurídico de defensa

Referencia: Casación número 3966. C/. Orlando Mantilla P. y/o.
D/. Extorsión.

Contra el criterio de todos en Sala Penal, pienso que el auto de citación para audiencia es pasible del recurso de alzada y que su pretermisión acarrea grave lesión al concepto jurídico de defensa. Si se tratan de buscar razones suficientes para escudar este convencimiento, aquí unas cuantas:

a) En parte alguna de su articulado la Ley 2ª de 1984 prescribe que los sujetos procesales afectados con la medida en comento no puedan interponer apelación. No he encontrado norma que diga lo que quiere la mayoría de la Sala. Los intentos por hallarla están abocados al fracaso;

b) Toda acusación plasmada en un calificadorio —llámese auto de proceder, vocatorio a juicio o auto de citación para audiencia o como quiera decirse— es asunto que entraña graves y muy definidas consecuencias procesales para los intereses del imputado. Contra esa pieza fundamental de la actuación —enseña la tradición jurídica universal— deben extremarse garantías y recursos bien para que se afiance una pretensa culpabilidad jurisdiccionalmente declarada ora para que se desvanezcan o debiliten los cargos de manera provisional o definitiva. Persiste, pues, la idea de que la valoración jurídica de la conducta incriminada, concretada a través del auto calificadorio, significa, en el ámbito de su actuación, un paso decisivo para el progreso del procedimiento. Tanto que la esfera de la acusación proyectada mediante la estructura del pronunciamiento pertinente es materia de apelabilidad en los códigos modernos, sin excepción ninguna. Y es el recurso de apelación —como acto procesal de parte— la única vía posible para llevar a una instancia superior el planteamiento de una decisión judicial estimada injusta o ilegal. Negarlo es violar el derecho mismo, lo cual es absolutamente irrazonable;

c) La providencia que se examina no es cualquier proveído de simplísimo contenido o desarticuladas proyecciones, sin excelencia ninguna. Por el contrario, representa —al igual que sus homólogos— una seria posibilidad de que el procesado sea penalmente responsable

del ilícito que se investiga. En este orden de cosas sería un error suponer, sin más ni más, que el legislador consciente de la monta y categoría de una calificación legal niegue su apelabilidad. No veo al legislador como un ingenioso desocupado y menos aún como un espectador impasible del proceso penal que holla y desconoce las básicas garantías del titular del derecho de defensa. Esto es todo lo contrario del sentido propio jurídico y hasta del buen sentido;

d) Ocioso es recordar que el auto de citación para audiencia tiene naturaleza interlocutoria y dada esta índole, las partes agraviadas por esa resolución pueden interponer válidamente los recursos prevenidos en el procedimiento ordinario, tal y conforme lo señala el artículo 35 de la Ley 2ª de 1984. La correspondiente oportunidad de impugnar proveimientos de este linaje los da la ley y no el juzgador, mayormente cuando la imputación se convierte en acusación;

e) La invocación del artículo 100 del Decreto 522 de 1971 —pese a lo que cree como verdad absoluta la Sala— nada tiene que ver con el procedimiento seguido en la Ley 2ª de 1984. Con buena meditación se advertirá que ese sistema es propio y típico de las contravenciones especiales de policía. Y en jamás de los jamases de la instrucción y fallo de los procesos a que se refiere la mentada ley;

f) Es notorio que al negar el juzgador la admisibilidad del recurso de apelación contra una providencia de la categoría de la ya señalada, atenta contra las oportunidades y medios que tiene el acusado para hacer valer sus pretensiones e intereses, acarreado la dicha negativa una situación de indefensión e inferioridad que se traduce en grave conculcación al derecho de defensa, generadora de nulidad. La única excepción en la sistemática nacional aparece prevenida en el inciso final del artículo 426 del Código Penal Militar. Meramente retórico sería el sistema judicial que haga ilusorio el derecho del sujeto pasivo de la acción penal de rebelarse contra un juicio inicial de responsabilidad por el hecho a él atribuido.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez,

Fecha *ut supra*.

NULIDAD. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO COMPETENCIA

Al aplicarse un procedimiento restrictivo, que no corresponda, como es el establecido en el estatuto antiterrorista, y no la Ley 2ª de 1984, se quebranta el principio de la legalidad del juicio, las formas del debido proceso y se incurre en la causal de nulidad consagrada en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 35 de junio 5 de 1990.

Vistos:

Debe la Corte resolver el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el procesado *Gustavo Adolfo Ponce*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el 24 de mayo de 1989 que confirmó en su integridad la del señor Juez Cuarto Especializado de la misma ciudad y que lo condenó a la pena principal de 18 años de prisión como autor responsable de los delitos de secuestro, violación de habitación ajena y hurto calificado.

Dentro del proceso aparece Guillermo González Valencia copartícipe de los hechos punibles y condenado a la misma pena, pero quien interviene como parte no recurrente.

Declarada ajustada la demanda, y escuchado el concepto de la Procuraduría Delegada, la Sala procede a decidir la impugnación.

Hechos:

Vienen compendiados con acierto en la sentencia recurrida así:

"Como a las nueve de la mañana del veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), recibió el señor Gabriel Jaime Villa García un angustioso llamado telefónico de la señora Edith Gladys Carvajal Gordon (fls. 29 y 37) para comunicarle que su hermano Carlos Alberto Villa García y de quien es compañera permanente la informante, acababa de ser sacado por la fuerza de su apartamento situado en las Torres de Santa Bárbara de Envigado, apartamento 455, por dos personas con uniformes de la Policía y

cuatro vestidos de civil, quienes lo sindicaban de un supuesto delito de atraco perpetrado en Itagüí. De inmediato, Gabriel Jaime se apersonó de la situación habiendo acudido primero a Envigado en donde las autoridades del Cuartel de la Policía le informaron que no existía allí orden alguna de captura; en igual sentido se pronunciaron en Itagüí en donde un Capitán de la Institución le comunicó que no había ordenado procedimiento de esa clase. Tampoco en DECYPOL ni en el F-2 existía orden de captura para personas de la prementada torre de apartamentos por lo que en cada cuartel iban alertando a sus unidades, suministrándoles los datos de una camioneta Toyota Station Wagon, de placas HJ-8830 en que los supuestos captores se habían llevado al desaparecido.

"Fue así, como a las once y media de ese mismo día, en la Avenida Pilsen de Itagüí, a la altura de Coca-Cola (fl. 2 vto.) fue interceptada la camioneta por un Escuadrón de Reacción Inmediata y encañonados sus ocupantes que se rindieron sin oponer resistencia. Iban vestidos de civil los dos individuos que viajaban en el interior, pero llevaban en el cojín trasero sendos uniformes de Policía, con las respectivas placas. Para vergüenza y sonrojo de los captores, pudieron constatar que se trataba de dos integrantes de la Institución Armada a quienes obligaron a decir dónde habían dejado al secuestrado..." (fl. 223).

Actuación procesal:

Por estos hechos inició la investigación el Juez Cuarto Especializado, por los trámites señalados en la Ley 2ª de 1984 y de acuerdo a esta ritualidad, el 3 de noviembre de 1988 se profirió contra los sindicatos medicina de aseguramiento, detención preventiva por los delitos de violación de habitación ajena y secuestro extorsivo.

Siguiendo esta misma ritualidad, se continuó el proceso se declaró cerrada la investigación y se escuchó en concepto de fondo al Agente del Ministerio Público.

Llegado el momento de la calificación, el señor Juez mediante auto del 19 de diciembre de 1988, se abstuvo de calificar el sumario, anuló el auto de cierre y dispuso que el proceso continuara por los trámites señalados en el Decreto 180 de 1988.

El siete de febrero de 1989, siguiendo las ritualidades del Decreto 180 de 1988, el Juez Cuarto Especializado profirió sentencia condenando a los agentes Guillermo González y Gustavo Adolfo Ponce a la pena principal de 18 años de prisión y multa de cien salarios mínimos mensuales como responsables de los delitos de secuestro, violación de domicilio y hurto calificado.

El Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 24 de mayo del mismo año confirmó en su integridad por mayoría de votos, la decisión del Juzgado.

En relación con la sentencia recurrida, salvó el voto el Magistrado Héctor Jiménez quien expresó, que constituía un "gigantesco y absurdo desatino jurídico", confirmar una sentencia en un proceso adelantado por un procedimiento equivocado y en presencia de "una vistosa causal de nulidad alegada".

La doctora Martha Elcna Jaramillo, hizo una aclaración de voto en la que admite que el proceso indudablemente se adelantó por un procedimiento equivocado, el del Decreto 180 de 1988, cuando debió tramitarse de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 2ª de 1984, pero que esta irregularidad no constituye causal de nulidad porque no se lesionó el derecho de defensa de los procesados y por ello suscribió con el ponente la sentencia confirmatoria.

Demanda de casación:

Un solo motivo de impugnación presenta el recurrente al amparo de la causal 3ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal: Haberse proferido la sentencia en un proceso viciado de nulidad por quebrantamiento del debido proceso, pues los acusados han debido ser juzgados "por lo normado en la Ley Segunda de 1984" y no por lo dispuesto en el Decreto 180 de 1988, como erradamente se hizo.

Sostiene el recurrente, que no sólo se quebrantaron las formas propias del juicio, sino que se violaron las garantías del procesado, pues la Ley 2ª consagra términos más amplios, que permiten una justa defensa y que además "la norma dejada de aplicar admite la libertad del procesado en varias causales que son nugatorias en la norma aplicada (Decreto 180 de 1988)".

Concluye el actor, solicitando a la Corte "declarar la nulidad del proceso y ordenar su trámite de acuerdo con las formalidades que le son propias".

Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita a la Corte casar la sentencia acusada, pues reconoce que al demandante le asiste toda la razón cuando sostiene que el procedimiento señalado en el Decreto 180 de 1988, fue aplicado al juzgamiento de un hecho que tenía expresamente señalado en la ley un trámite diferente y más favorable como era el previsto en la Ley 2ª de 1984.

Expresa el señor Procurador, luego de un profundo y jurídico estudio de lo que debe entenderse por formas propias del juicio y las consecuencias que su quebranto acarrea "que está fuera de discusión que el procedimiento que debía regir el desarrollo y culminación del presente proceso, es el instituido por la Ley 2ª de 1984, de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 2829 de 1984, por cuanto el secuestro extorsivo no se cometió en una de las personas o por los motivos y finalidades dispuestos en el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 caso único en el cual el conocimiento se adscribe a la jurisdicción de Orden Público y se encuentra gobernado por el procedimiento instituido en el Decreto 180 de 1988".

Pasa luego, el señor Procurador a hacer un estudio comparativo entre los procedimientos señalados en los dos decretos citados para concluir que el contemplado en el Decreto 180 de 1988 es más restric-

tivo y desfavorable, afecta derechos sustanciales de los procesados y al ser aplicado indebidamente, se quebrantó el principio de la legalidad y expresa:

"Por ende, si uno de los ordenamientos citados elimina la posibilidad de que el detenido recupere la materialización de su derecho subjetivo de la libertad y el otro lo reconoce, es incuestionable que obliga aplicar el que regula su reconocimiento, más aun cuando es el que le correspondía en virtud del principio de legalidad..." y concluye: "...En este evento no sólo se ha desconocido lo central del proceso al decir de Carnelutti, es decir, el formalismo, sino el derecho, y el más importante, el de la libertad, base misma del ordenamiento jurídico del estado de derecho y de los pilares en que se funda el derecho penal..."

Consideraciones de la Corte:

Es indudable, como lo analiza el casacionista y lo pregona la Procuraduría Delegada en su profundo, jurídico y meritorio concepto de fondo, que al juzgar a los acusados comprometidos en el caso sub examine por un procedimiento diferente al señalado en la ley, para aplicar en su lugar uno más restrictivo de las garantías procesales de la defensa y desfavorable a los derechos sustanciales de los acusados, se quebrantó en forma palmaria y grave la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 de la Carta, sobre las formas propias del juicio el principio del debido proceso —art. 1º del C. de P. P.— incurriéndose por tanto en nulidad de rango constitucional y en la causal 2ª del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, como es "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso".

Así, el artículo 26 de la Constitución Nacional, establece que: "Nadie podrá ser juzgado, sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

En desarrollo de esta norma, el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal consagra el principio del debido proceso, en cuanto demanda para el juzgamiento la observancia de la "plenitud de las formas propias de cada proceso".

Esta —ha dicho la Corte en sentencia del 27 de agosto de 1987—, es a no dudarlo, una de las disposiciones más importantes del ordenamiento constitucional, dado que se ocupa de las garantías fundamentales que rodean el juzgamiento de las personas que infringen la ley, entre las cuales, la de que para ello se deberá observar la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En el caso que se examina, no se trata de aplicación del principio de favorabilidad en un tránsito de legislaciones, sino que el juzgador en presencia de dos procedimientos especiales ambos vigentes, dejó de aplicar el que correspondía al caso de estudio por mandato expreso de la ley, como es el de la Ley 2ª de 1984, para adelantar el juicio por

los trámites más restrictivos y desfavorables como son los establecidos en el Decreto 180 de 1988, creudo para comportamientos punibles diferentes al que es objeto de juzgamiento.

En efecto:

La Ley 2ª de 1984, creó en su artículo 1º unos jueces especializados con categoría de Jueces de Circuito a quienes atribuyó el conocimiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y señaló en sus artículos 13 y siguientes un procedimiento igualmente especial para su juzgamiento. Tal competencia se ratificó en el Decreto 2829 del mismo año.

Con posterioridad el Gobierno en uso de facultades extraordinarias de estado de sitio, dictó el Decreto 180 de 1988, o estatuto antiterrorista, por el cual con el fin de restablecer el orden público se modificaron algunas disposiciones del Código Penal, se tipificaron ciertas conductas ilícitas como antiterroristas y se creó un procedimiento especial breve y sumario para su juzgamiento.

El Decreto 474 de 1988, al determinar la competencia de los Jueces de Orden Público, creados por el Decreto 1631 de 1987, les atribuyó el conocimiento de los delitos contemplados en dicho estatuto, que serían juzgados por los trámites en él señalados y en su artículo 23 mantuvo la competencia de los Jueces especializados para conocer de los siguientes delitos:

a) De los señalados en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y conexos;

b) De los delitos de extorsión con excepción del referido en el artículo 25 del Decreto 180 de 1988;

c) De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple) del Código Penal y el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1º (debe entenderse 2º de dicho Decreto).

De acuerdo a esta normatividad, la ley mantuvo la competencia para conocer de los delitos de secuestro en los Jueces especializados y sólo otorgó competencia al Juez de Orden Público para el secuestro terrorista, es decir, el consumado en sujeto pasivo cualificado, como Magistrado, Juez, Gobernador, Intendente, Alcalde, miembro del Congreso, etc.

De manera que, para los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo, la competencia la siguieron conservando los Jueces especializados quienes debían adelantar el juzgamiento por las normas de la Ley 2ª de 1984.

En el caso que se examina, se trata de un delito de secuestro extorsivo en sujeto pasivo no cualificado ni realizado con fines terroristas, tipificado en el artículo 268 del Código Penal y por tanto, de competencia de los Jueces especializados y juzgados por las normas de la precitada Ley 2ª, pues los hechos ocurrieron el 24 de octubre de 1988, en vigencia de todas las normas citadas y analizadas anterior-

mente. Es entonces manifiesta la violación de las normas constitucionales y legales que garantizan la legalidad del juzgamiento.

Debe tenerse en cuenta además, y esto es de capital importancia, que las leyes de procedimiento no sólo están destinadas a fijar competencias y señalar el trámite de los juicios penales, sino que además, en muchos casos regulan aspectos sustanciales que pueden afectar derechos de los sujetos procesales cuando limitan el derecho de defensa, los términos probatorios, el debate dentro del plenario o las causales o motivos de libertad provisional.

Y un examen comparativo, permite concluir sin mayor esfuerzo, que el procedimiento establecido en la Ley 2ª de 1984, es mucho más amplio en cuanto a garantías procesales y especialmente en lo relativo al derecho de defensa y la libertad del procesado, que lo preceptuado en el Decreto 180 de 1988, por el que equivocadamente se tramitó el juicio.

Si bien, los dos procedimientos son especiales y contemplan un término de instrucción de treinta (30) días, en la ley se establece un cierre de investigación con oportunidad para alegar, que no consagra el Decreto. La ley impone un auto calificador que concreta cargos, mientras que en el Decreto no existe separación entre el sumario y la causa. En la ley se cuenta con un término probatorio y una audiencia pública que garantizan con mayor amplitud el derecho de defensa y el Decreto restringe a las partes estas oportunidades. Pero no es esto solamente, sino que además el Decreto redujo a uno los motivos de libertad sin que se haya dictado sentencia (art. 45) disminuyendo en forma notoria y evidente las causales de libertad que consagra la ley.

Es suficiente el anterior somero análisis, para llegar a la indudable conclusión de que al aplicar el procedimiento consagrado en el Decreto 180 de 1988, que no era el señalado por la ley, se afectó en forma notoria el derecho de defensa y las libertades del procesado, garantizados con mayor amplitud en la Ley 2ª de 1984 que se desconoció indebidamente por el juzgador.

Síguese de lo dicho, que al haberse aplicado el juzgamiento en el caso sub exámine, un procedimiento restrictivo, que no correspondía, como es el establecido en el estatuto antiterrorista, y no la Ley 2ª de 1984, se quebrantó en forma grave, notoria y evidente el principio de la legalidad del juicio las formas propias del debido proceso y se incurrió además en la causal de nulidad consagrada en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, por haberse comprobado la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Como el cargo prospera, la Corte proferirá sentencia estimatoria de nulidad y dispondrá el reenvío del expediente para que el Juez competente reponga la actuación de acuerdo a las normas que regulan el debido proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y en total acuerdo con el, *casó* la sentencia recurrida y declara la nulidad de todo

lo actuado en este proceso, a partir del auto de fecha lunes diecinueve de diciembre de 1988, visible al folio 116 del sumario, inclusive.

Se ordena devolver el proceso al Juez del conocimiento, por conducto del Tribunal Superior de Medellín, para que se reponga el procedimiento, de acuerdo a lo anotado anteriormente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didiño Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PRUEBAS

Eoy día la ley no les asigna a las pruebas un valor fijo y concreto, librando la apreciación al juzgador, para que en un ámbito más amplio que el legal evalúe dicho tipo de prueba y establezca el grado de persuasión que ofrece

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E.,
sels de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 38.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de veinticinco de abril del mil novecientos ochenta y nueve, por medio de la cual el Tribunal Superior de San Gil confirmó la de primera instancia proferida contra *César Augusto Acevedo Abril* como autor responsable del delito de estafa, introduciéndole modificaciones en el sentido de aumentar la pena de prisión de treinta y tres meses a cuarenta.

Hechos:

De acuerdo al convenio telefónico entre *César Augusto Acevedo Abril*, Gerente de la firma de transporte de carga "El Cóndor Ltda." y *Pedro Elías Estupiñán*, jefe de bodega de "Hilanderías del Fonce", este último hizo entrega al sujeto que dijo llamarse *José Bustos Gaitán*, conductor del camión de placas XK-1050, marca Dodge, modelo 1969, afiliado a la empresa de transportes "Moderna", de 150 bultos con empaques de fique, avaluados en más de \$2.800.000.00, para que fueran entregados en las dependencias de "Almacafé" en la ciudad de Ocaña.

En vista de que no se recibió por el destinatario ninguna información sobre la carga y no se sabía el paradero del camión, *Elmes Durán Jaimos*, Gerente de la firma transportadora en Cúcuta, impartió órdenes para que *Acevedo Abril* formulara la respectiva denuncia, como efectivamente lo hizo. En desarrollo de la investigación, pudo establecerse que quien se presentó a reclamar la carga no era *Bustos Gaitán* y que el camión, el cual aparecía como de propiedad de *Alfonso*

Niño Bernal, no era realmente el de éste que, para la fecha de la entrega de la carga y siempre ha estado dedicado a la distribución de cerveza en el área urbana de Bucaramanga.

A consecuencia de la actividad desplegada por el F-2, en hecho similar ocurrido días después a éste de que se da cuenta y por el cual fue condenado César Augusto Acevedo Abril a la pena de veinte meses de prisión fallo del cual obran las copias en este proceso, se llegó a la conclusión de que este sujeto se hallaba seriamente comprometido en la apropiación ilícita de los empaques despachados con destino a Ocaña.

Actuación procesal:

1. En desarrollo de la investigación, fue vinculado al proceso, mediante indagatoria, el denunciante César Augusto Acevedo Abril, a fin de que explicara su conducta, en razón a que él había ofrecido los servicios de transporte había recomendado al conductor y no suministró explicación atendible en relación con la desaparición de la mercancía.

2. Al momento de calificarse el mérito del sumario, el Juez de Instrucción profirió resolución de acusación en contra del procesado Acevedo Abril como coautor del delito de estafa.

3. Producido el control de legalidad por el Juzgado Primero Penal del Circuito y rituada en legal forma la causa, se celebró la correspondiente audiencia pública. En el fallo, Acevedo Abril fue hallado responsable y condenado a la pena de prisión de treinta y tres meses. Al desatarse la apelación interpuesta por la defensa, el Tribunal le impartió confirmación modificándola en lo relativo a la pena, aumentándola a cuarenta meses de prisión.

La demanda:

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el demandante acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial, al incurrirse en error de derecho por negar a las pruebas en que se funda el fallo, el valor que la ley les asigna. Por esta vía, se sostiene, fueron aplicados indebidamente los artículos 23, 357 y 372 del Código Penal al condenar a César Augusto Acevedo Abril.

En razón a que la responsabilidad del procesado es establecida con base en prueba indiciaria, inicialmente y con indicación particularizada de los indicios tenidos en cuenta por el sentenciador, juzga que se dieron por demostrados hechos sin estarlo. En aparte posterior del libelo, concreta las pruebas que, en su criterio, resultaron apreciadas erróneamente: Los indicios de capacidad para delinquir, activa participación para la obtención de provecho ilícito, el *modus operandi* y las manifestaciones posteriores al delito; las declaraciones de Hortensia Rodríguez Castillo y Elms Durán. Con respecto de ellas, en demostración del cargo, aduce que "se les dio un valor y una fuerza que la ley no les atribuye y se les negó las que tienen".

Denuncia cómo "no se verificó la existencia del *indicio necesario del cargo*, en contra del hoy condenado". Tampoco la configuración de "los requisitos procesales para la existencia jurídica del indicio, el primero de ellos esencial, *la plena prueba del hecho indicador*, puesto que el argumento probatorio de ésta debe aparecer completo y convincente en el proceso", apareciendo, entonces, como hechos sin concordancia y convergencia, más aún, sin tomar en cuenta que no reúnen los requisitos exigidos para su "*admisibilidad*".

Por lo anterior, concluye, en el proceso no se probó la idoneidad del ardid propio de la estafa, pues, "dentro de la sentencia impugnada se presenta una interpretación errónea de los conceptos jurídicos necesarios para demostrar al sujeto activo los conceptos de *engaño* y *mentira*, en que pudo incurrir para inducir a la víctima en error y lograr la consumación y posterior agotamiento del hecho punible" debiéndose, entonces, casar la sentencia.

El concepto de la Procuraduría:

Para el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la demanda evidencia manifiesta confusión en cuanto al manejo del error como motivo del recurso, razón suficiente para que se imposibilite su estudio de fondo. Destaca a este respecto, como no es posible hacer un doble cargo excluyente a unas mismas pruebas en los términos en que lo hace el censor en este asunto, pues, si ataca la prueba testimonial e indiciaria por error en la valoración, reconoce su legal aducción, luego no puede acusarlas también por este último aspecto, como que si no existen jurídicamente, no es factible que sean apreciadas.

Además de la incompatibilidad anotada, encuentra el Ministerio Público equivocada la vía escogida por el casacionista para demandar la infirmación de la sentencia. Es del criterio el Delegado que si se acusa la sentencia al amparo del error de derecho porque se reconoció a la prueba un valor que la ley no le asigna, es imprescindible que esa prueba esté tarifada legalmente en cuanto a su apreciación, lo cual no sucede con las pruebas testimonial e indiciaria objeto de crítica en el libelo, como que su mérito lo libera el sistema probatorio al establecimiento del Juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En relación con el cargo en el sentido de que el Tribunal dio por probados los hechos indicadores sustento de la deducción indiciaria, sin estar demostrados, para el Procurador es censura a proponerse y ser desarrollada dentro del ámbito del error de hecho y no como error de derecho, según los términos de la demanda.

Consideraciones de la Corte:

Como en reiteradas ocasiones se ha sostenido, la Corte cuando actúa en sede de casación no está obligada a pronunciarse sobre el fondo de los cargos propuestos en demandas que contradicen la técnica propia de este extraordinario medio de impugnación. Hacerlo, implicaría darle carácter de una tercera instancia y reconocer que el

libelo de demanda sólo posee como función la de ilustrar el criterio de la Sala, pero no el de ser medio procesal para la prosperidad del recurso, en cuanto a través de él se acusa la sentencia.

En el asunto que se examina, si bien es cierto el demandante cumple con enunciar el cargo —violación indirecta a la ley sustancial por haberse incurrido en error de derecho al dársele a las pruebas en que se funda el fallo un valor distinto del que les asigna la ley—, es lo cierto que al desarrollarlo, incurrió en confusiones conceptuales y manifiestas contradicciones, incompatibles con la metodología de la sustentación del recurso.

Como lo destaca el Procurador, si el censor parte de que el Tribunal dio por probados los hechos inductores fundamento de la deducción indiciara base del fallo impugnado, sin estar demostrados y sin cumplir con los requisitos para su admisibilidad como medios de prueba, comporta contradicción evidente plantear sobre los mismos elementos de convicción, apreciación equivocada en cuanto se le otorga un valor probatorio que la ley no les asigna.

Esto, por cuanto la primera proposición no corresponde al tipo de error de derecho que, como único cargo, se formula a la sentencia. Trataríase de un falso juicio de existencia que, como tal, debe ser invocado y demostrado al amparo del error de hecho y no, como se hace en la demanda, como modalidad del error de derecho. Tan protuberante deficiencia técnica, constituiría razón suficiente para prescindir del restante examen a la censura. No obstante, estima la Corte que deben hacerse algunas consideraciones con miras a evidenciar otras ineptitudes que, junto a las antes destacadas inexcusablemente hacen impróspero el recurso.

Resulta incompatible atacar unas mismas pruebas por ilegalidades en el rito para su formación y por errada valoración en cuanto se le reconoce mérito diverso al otorgado en la ley. Ello, como acontece en este caso, implica negar la existencia jurídica de la prueba para sostener un falso juicio de legalidad y reconocer esa misma existencia en procura de fundamentar el falso juicio de convicción, simultáneamente. Como lo recuerda el Procurador, si se ataca la prueba testimonial e indiciaria por errada valoración, es porque se reconoce su legal aducción, como que no es factible que si las pruebas jurídicamente no existen, puedan ser apreciadas.

Este tipo de yerros en el ejercicio del recurso que aquí se resuelve, adquiere su máxima expresión cuando se aduce como cargo exclusivo error de derecho por haberse otorgado a las pruebas en que se edificó el fallo, un valor que la ley no les atribuye, desconociendo que tal material probatorio es de naturaleza indicial y testimonial.

Consecuencia de lo anterior, es que la ría escogida para desarrollar la censura, resultó ser inidónea: Mal puede afirmarse que el juzgador erró por no darle a una prueba el valor que la ley le asigna, cuando ella no aparece tarifada legalmente para su apreciación, como acontece con la prueba indiciaria y de testigos.

Y es que se olvida que el nuevo Código de Procedimiento Penal, con el cual se juzgó este asunto, modificó el sistema de apreciación

de las pruebas al abandonar el mixto de persuasión racional para algunos medios y apreciación legal para otros, adoptando para todos los eventos el primero. Por eso, sin excepción, indica en el artículo 253 que "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica". No quiere esto significar, sin embargo, que en el anterior régimen, para las pruebas de indicios y testigos estuviera establecida la tarifa como criterio de apreciación. A excepción del llamado indicio necesario modalidad erradicada en el nuevo régimen o consecuencia de la adopción de las nuevas reglas de apreciación, tales medios de convicción debían ser apreciados, como en la actualidad, a través de la "apreciación legal-moral", o "persuasión racional". De ahí que, en nutrida y constante jurisprudencia, esta Corporación sostuviera la improcedencia de alegar error de derecho por desconocimiento del valor que la ley asigna al testimonio y al indicio como medios de prueba, postura jurisprudencial que se mantiene vigente e inalterada.

En consecuencia, alegar hoy día que se dio a unos testimonios e indicios un valor mayor o menor al que les asigna la ley resulta, frente a los motivos del recurso de casación, un despropósito porque precisamente —como se deja visto—, la ley no les asigna ningún valor fijo y concreto, liberando la apreciación al juzgador, para que en un ámbito más amplio que el legal evalúe dicho tipo de prueba y esta blezca el grado de persuasión que ofrece. Por este aspecto, impugnaciones como la presente, no constituyen más que la simple contraposición del criterio del demandante al criterio que orientó la actuación del sentenciador.

Con fundamento en las inconsecuencias que vienen de destacarse, en la proposición y desarrollo del presente recurso, él no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Diácono Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO. ABUSO DE AUTORIDAD

Aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 038 de junio 6 de 1990.

Vistos:

Mediante fallo del cuatro de julio de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Superior de Cúcuta profirió sentencia condenatoria en contra de *Marco Tulio Calderón Moreno*, Exjuez Tercero Penal Municipal de la misma ciudad, como responsable del delito de abuso de autoridad por el cual fue llamado a responder en juicio criminal.

Esta decisión fue apelada por el procesado y su apoderado, y luego de rituada la segunda instancia y escuchado el concepto del Procurador Delegado en lo Penal favorable a la confirmación de la sentencia, corresponde a la Sala decidir lo que fuere pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Para los meses de junio y posteriores del año mil novecientos ochenta y cinco, se desempeñaba como Juez Tercero Penal Municipal de la ciudad de Cúcuta el señor *Marco Tulio Calderón Moreno*.

El día primero de junio del año citado, cuando el Juzgado se hallaba en función de reparto, se presentó a él una denuncia formulada por el señor *Hugo Armando Lindarte Rodríguez* en contra de *Esperanza García Rangel*, *Martha García* y *Carmen Buenaver*, empleadas del Hotel Las Palmeras de propiedad del quejoso. En dicho reparto, se cometió una irregularidad consistente en haberse adjudicado dicha denuncia al Juzgado Tercero Penal Municipal fuera de orden, quien además, contrariando los principios orientadores de la distribución del trabajo, se encargó de otros dos asuntos sin preso.

Asumido así el conocimiento de la denuncia contra las exempleadas mencionadas, el procesado ordenó la iniciación del sumario y a

partir de allí, según criterio de la defensora de las acusadas, se presentaron otra serie de anomalías fundadas en un especial interés del propio Juez de satisfacer las exigencias que presuntamente le elavara el doctor Mario Vásquez Rodríguez, por entonces Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cúcuta y de quien se dice patrocinaba periódicamente el nombramiento del Juez encartado.

Tales actuaciones delictivas en criterio de la acusadora, consistieron en haber proferido el Juez orden de captura en contra de las denunciadas, cuando tal medida no era procedente por tratarse de un delito de abuso de confianza en el cual no se había señalado la cuantía más que por la manifestación del propio denunciante y la certificación del Magistrado Vásquez Rodríguez; el no haber escuchado en indagatoria a la capturada Carmen Buenaver una vez fuera puesta a disposición del despacho y siendo oída en diligencia instructoria solamente tres días después de su aprehensión, pese a que tenía por entonces un avanzado estado de gravidez; haberse abstenido de resolver la situación jurídica de la indagada Carmen Buenaver pretextando que carecía de competencia para ello ante la recusación no aceptada que le hubiera propuesto la defensora de ésta, procediendo a pronunciarse sobre la libertad de la capturada solamente al vencimiento del término para ello; haber resuelto la situación jurídica de otra sindicada, Martha García, el último día hábil para ello, decretando su detención con el mismo acervo probatorio que sirvió de fundamento para dejar en libertad a Carmen Buenaver; incurrir en deliberada demora en el trámite y resolución de una petición de libertad provisional, a favor de Martha García, sosteniendo inadecuadamente el auto de detención contra ella proferido, el cual fue luego revocado por el superior funcional del acusado; finalmente, haber recibido declaración bajo juramento a un señor Vidal Cuéllar, pese a la recusación que se había hecho al denunciado, y a espaldas de la defensora de las procesadas quien solamente se enteró de este hecho varios días después de escuchada tal declaración.

Actuación procesal:

Luego de casi un año de práctica de diligencias preliminares en las cuales se acreditó la calidad del denunciado y su ejercicio del cargo, así como se evacuaron otras pruebas, el Tribunal Superior de Cúcuta decidió abrir investigación penal en contra de Marco Tulio Calderón Moreno, en auto de fecha siete de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Escuchado en diligencia de indagatoria el procesado, este mismo solicitó al Tribunal que lo juzgaba, se diera aplicación al contenido del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, por considerar que las conductas denunciadas resultaban atípicas. Oído el concepto desfavorable del Fiscal respectivo, la Corporación resolvió mediante auto de fecha veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete denegar la solicitud anterior, fundándose en la aserción de que el procesado, al momento de su indagatoria, adujo una causal de inculpabilidad —error— respecto de alguno de los

hechos materia de la diligencia, razón por la cual en sentir del Tribunal no procede decretar la cesación de procedimiento, sino esperar hasta la calificación del mérito del sumario, oportunidad procesal adecuada para ello.

Más de un año después de esta determinación, el mismo Tribunal procedió a calificar el mérito del sumario y produjo auto de llamamiento a juicio contra el acusado por el delito de abuso de autoridad, a la par que lo sobreesayó por el ilícito de prevaricato. Entre las razones esgrimidas en el auto enjuiciatorio, pueden resaltarse:

1. Inicialmente el Juez acusado citó para indagatoria a las acusadas Esperanza García Rangel, Martha García y Carmen Buenaver, en el auto de apertura de la investigación y en atención a que así le permitía la Ley 2ª de 1984, por tratarse de un delito de abuso de confianza. Sin embargo, luego de recibida la declaración del Magistrado Mario Vásquez Rodríguez, el mismo Juez ordenó la captura de las sindicadas, "sobre la creencia de que la cuantía excedía los cien mil pesos... sin haberse acreditado el pertinente avalúo y la propiedad y preexistencia de los posibles bienes sustraídos", además que no obraba en el proceso acta de inventario alguna que permitiera aseverar que tales cosas fueron efectivamente entregadas para su custodia a las inculminadas, aportándose solamente unas cuentas de teléfono pendientes de pago, cuyo valor se dice fue apropiado por ellas. De esto, concluyó el juzgador de instancia que configura "un acto arbitrario e injusto que con ocasión de sus funciones desarrolló en contra de las inculminadas referidas, buscando a todas luces favorecer los intereses de la parte denunciante..."

2. El Juez acusado, en el curso posterior del proceso, procedió a dilatar "ostensiblemente" los términos y los criterios interpretativos de la ley a su antojo, pues a pesar de las peticiones de libertad incondicional que le hiciera la defensora de Carmen Buenaver, se negaba a pronunciarse sobre ella aduciendo que por virtud de la recusación no aceptada por él carecía de atribuciones para resolver la situación jurídica de la indagada, cosa que solamente hizo ante el requerimiento que le hiciera la Directora de la cárcel al cumplirse los ocho días de privación de libertad sin recibir boleta de detención o excarcelación alguna. Paralelamente, no enviaba las diligencias a su superior jerárquico para que resolviera sobre la recusación. Estos hechos, también los consideró el fallador de primer grado como constitutivos del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

3. Otro reproche que eleva el Tribunal en el auto enjuiciatorio se refiere al hecho de que el indagado Calderón Moreno no dio aplicación estricta al contenido del artículo 44 de la Ley 2ª de 1984 que dispone la posibilidad de otorgar el beneficio de libertad provisional en cualquier estado del proceso cuando estén acreditados los requisitos de la condena de ejecución condicional —como era el caso que se presentaba a su estudio— "invocando otra norma distinta y diferente de aplicabilidad en otra hipótesis distinta, que no tiene que ver nada con el otorgamiento de la libertad provisional y que no eran las del específico pedimento... lo que hace evidente el criterio de arbitrariedad y de injusticia en el tratamiento que se les dio a las inculminadas, lo que en consecuencia determina el mérito suficiente para

proferir providencia vocatoria a juicio por el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto del señor Juez Tercero Municipal de Cúcuta”.

4. Limitando sus consideraciones a transcripciones de tratadistas de derecho penal, el Tribunal se ocupó de poner de presente las diferencias entre el abuso de autoridad y el prevaricato, concluyendo que se debía sobreseer definitivamente por este último delito, sin precisar si se originó con base en hechos diversos a los anteriormente analizados, o sobre las mismas circunstancias fácticas, que es lo que parece indicar el pliego enjuiciatorio.

El día cuatro de julio de mil novecientos ochenta y nueve se dictó sentencia condenatoria en contra del procesado, como responsable del delito de abuso de autoridad, decisión respecto de la cual salvó voto uno de los Magistrados integrantes de la Sala al considerar que la conducta denunciada no aparece como ostensiblemente ilegal.

Los fundamentos de la apelación:

Tanto el defensor del procesado, como él mismo, interpusieron el recurso de apelación en contra del fallo proferido. El primero de ellos, consideró como razones suficientes para la revocatoria de la condena, las siguientes:

a) No existe en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la consiguiente responsabilidad penal del procesado, sino que toda la actuación está caracterizada por vacíos probatorios que fueron omitidos en sus consideraciones por el Tribunal de primera instancia, quien si bien dio importancia primordial a algunos medios de convicción, dejó otros de lado, justamente aquellos que favorecían el análisis de la situación para reconocer la inocencia del acusado;

b) Puede percibirse en el proceso penal que toda la actividad de la aquí denunciante se desarrolló con ánimo de perseguimiento al por entonces Magistrado Mario Vásquez Rodríguez, “a pretexto de que el doctor Calderón era su ‘pupilo’”;

c) Está debidamente comprobado que el doctor Calderón no se extralimitó en los términos a él concedidos por la ley, en cuando a la recepción de las diligencias de indagatoria de las sindicadas y a la resolución de sus situaciones jurídicas, ya que de conformidad con las copias aportadas a la investigación se demostró que todas las acciones jurisdiccionales se cumplieron, si bien al finalizar el mismo, si dentro del plazo señalado por la ley para cada una de ellas;

d) Cuando el acusado negó la libertad de la señora Carmen Buenaver no contrarió en forma alguna los preceptos legales por entonces vigentes, sino que, valiéndose de una de las posibles interpretaciones, consideró conveniente denegar la petición liberatoria que luego fue favorecida por la segunda instancia, sin que ello quiera decir que se actuó contra derecho en la determinación que tomó el funcionario de primer grado.

El encausado, por su parte, estima en su escrito que el Tribunal dio valor probatorio a la declaración de la señora Beatriz Gómez de

Cuberos, olvidando que existen otros testimonios que se pronunciaron en sentido contrario al del contenido de aquél. Por lo demás, suficientemente explicativo fue el testimonio de la señora Portillo de Lemus, quien quita peso al pretendido indicio de responsabilidad que tuvo en cuenta el Tribunal en cuanto a la anomalía que se produjo en el reparto.

Finalmente, examinó uno a uno los cargos elevados en su contra en el auto enjuiciatorio, para concluir que no existe en el expediente prueba alguna de su responsabilidad penal, por lo que solicita la revocatoria del fallo condenatorio.

La opinión del Procurador Delegado:

Comienza el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal por reseñar detalladamente el testimonio del Magistrado Mario Vásquez Rodríguez dentro del proceso que sirvió de base a la incriminación que se hiciera en contra del aquí procesado para poner de presente cómo aquella prueba estaba ampliamente demeritada en cuanto a su credibilidad, señalando además cómo con base en aquella declaración el encausado procedió a dictar orden de captura en contra de las acusadas Martha García y otras con el fundamento de que la cuantía del ilícito sobrepasaba los cien mil pesos, conducta esta que advierte delictiva el colaborador Fiscal, en atención a que a pesar de tal testimonio no se había acreditado por otros medios el monto del delito ni se había procurado la prueba de la preexistencia y propiedad de los objetos sustraídos.

Adujo el Procurador Delegado como otra prueba de la materialidad del delito y la consecuente responsabilidad del procesado, la declaración de la señora Beatriz Gómez de Cuberos, quien relató en debida forma la manera como se manipuló el acto del reparto del proceso base de la incriminación, por sugerencia del encartado Marco Tulio Calderón Moreno, y quien según se comprobó en la actuación tenía suficientes motivos de agradecimiento para con el citado Magistrado Vásquez Rodríguez, quien lo postulaba y lo defendía en el cargo.

Puso igualmente de relieve el Fiscal de la Corte que el tráfico de influencias del Magistrado Vásquez condujo a la agilísima captura de la acusada Carmen Buenaver, quien fuera aprehendida por funcionarios del DAS sin que la orden que contra ella se había librado fuera precedentemente sometida al reparto correspondiente entre las autoridades policivas.

Haciendo suyas similares consideraciones a las plasmadas por el fallador de primera instancia en la sentencia condenatoria, estimó que al haber demorado el acusado la resolución de la situación jurídica de la sindicada Carmen Buenaver pretextando el trámite de una recusación que se le había formulado por la defensora de la misma, incurrió así mismo en conducta punible. De igual forma, refiriéndose al estado de preñez de la detenida y su posibilidad de oxcarcelación, consignó el Procurador Delegado:

"Tan entusiasmado obraba el Juez implicado con este desbordado ejercicio del poder, materializado entonces en aquel censurable y precedente cúmulo de sus actividades jurisdiccionales, con las cuales buscaba indefectiblemente simpatizar y corresponder a quien lo postulara para el cargo y lo mantuviera en el mismo, que ni siquiera consideró la proximidad de alumbramiento de la recién capturada, no empece su notorio embarazo y su reconocimiento médico-legal recibido en el Despacho al día siguiente, como para darle aplicación al artículo 452 del Código de Procedimiento Penal que en relación con el texto 673 *ibidem* autoriza la suspensión de la detención preventiva, cuando a la mujer detenida le faltaren menos de tres meses para el parto (la sindicada capturada contaba con 7½ meses de gravidez). Así ésta no hubiera adquirido aún el carácter de detenida, pues apenas pesaba en su contra boleta de retención, la aplicación de aquellos textos legales por analogía no estrujaba con el fundamento humano en que los mismos se inspiran".

De la misma manera estimó configuradora de delito la providencia por medio de la cual se negó la libertad provisional a la acusada Esperanza García Rangel, con el argumento de que no era ella procedente en virtud de que se actuaba por un delito de abuso de confianza agravado por la cuantía y sin que se hubiera producido la reparación e indemnización correspondiente.

A renglón seguido se ocupó el colaborador Fiscal de la calificación que el Tribunal dio a la conducta endilgada al Juez Calderón Moreno, destacando como en aquella oportunidad se produjo el enjuiciamiento por el delito de abuso de autoridad, con un sobreseñamiento definitivo por el ilícito de prevaricato, decisión ésta que se encuentra respaldada por el criterio del tratadista Luis Carlos Pérez. Acepta el colaborador Fiscal que la calificación adecuada de la infracción ha debido ser la de prevaricato, mas afirma luego que:

"...La jurisprudencia ha entendido que los errores de denominación jurídica, para ser constitutivos de nulidad, deben ser tan protuberantes y ostensibles, que en sí mismo envuelvan un absurdo jurídico. De ahí que conteniendo las pruebas y las decisiones de instancia una realidad donde en los distintos actos reprochados no aparece una manifiesta ilegalidad, porque de manera apodíctica no revelan absoluta inconcialibilidad con los textos mismos de la ley sustancial o procesal *sino que en ellos se aprecia un exceso del ejercicio funcional con ánimo favorecedor, nosotros nos inclinamos por la confirmación del fallo que, con ello, administra justicia e impide la impunidad, sin necesidad de sacrificar la actividad jurisdiccional por una calificación más gravosa, a la postre, tanto para el reo como la justicia misma, debido a las consecuencias que resultarían de retrotruer el proceso a etapas superadas con el pretendido objeto de precisar mejor el nomen juris y a sabiendas de que de todas formas la conducta juzgada se adecuaba al tipo penal subsidiario del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, observaba de manera global y aceptación hecha de su finalidad"* (Subraya la Sala).

Es bueno hacer notar que en el anterior pasaje de su concepto, el colaborador fiscal parece resaltar la posibilidad de que, retrotraído el procedimiento para su adecuado juzgamiento, se llegue a consecuencias nocivas para la justicia como lo serían la prescripción de la acción correspondiente. Empero, aún en tal evento no se operaría el fenómeno atendida la circunstancia de que el ilícito fue cometido por un empleado oficial en el desempeño de sus funciones, con lo que el mínimo para efectos de la extinción de la acción queda elevado a seis años y ocho meses según lo tiene sentado la Sala, desapareciendo la inminencia de tal fenómeno.

Consideraciones de la Sala:

1. *Sea lo primero anotar que si bien en el auto calificadorio que se produjo dentro de esta actuación, se contienen dos diversas decisiones —sobresesimiento definitivo y llamamiento a juicio— con dos diversas adecuaciones típicas —prevaricato por acción y abuso de autoridad—, ellas sin embargo se hicieron frente al análisis de los mismos hechos investigados, esto es, que dentro de la providencia anotada el Tribunal se ocupó de estudiar la realidad fáctica de la cual predicó inicialmente dos adecuaciones típicas: Prevaricato y abuso de autoridad, decidiéndose a calificarla por esta última modalidad delictiva, con lo cual concluyó, a todas luces en forma equivocada, que debería pronunciar sobresesimiento definitivo respecto de aquella descripción que consideró no debería cobijar jurídicamente los hechos investigados.*

El artículo 210 del Código de Procedimiento Penal aplicable a este asunto (Decreto 409 de 1971), establece como causal de nulidad de título legal el "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", lo que evidentemente da base para alegar un motivo de anulación de la actuación procesal ante el equivocado enjuiciamiento formulado por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el presente asunto. Por lo demás, es conveniente recordar que frente a esta causal de nulidad la Corte ha venido sosteniendo de tiempo atrás que la denominación jurídica que se hace en el pliego de cargos no debe establecerse con la identificación del tipo penal específico que motiva la actuación, en la medida en que las normas procesales llamadas a regular este caso exigen la simple invocación del Título y Capítulo en donde se encuentre ubicado el especial tipo de referencia, y no el señalamiento del artículo correspondiente.

De esta forma, siempre se ha sostenido que no puede pretenderse la anulación del proceso cuando, proferido el auto de proceder con la invocación del adecuado género delictivo, se llega a la sentencia condenatoria sobre la misma base de reproche del comportamiento.

2. *Empero, no es ello lo que sucede en el presente caso. Si bien doctrina y jurisprudencia han reconocido que los delitos de prevaricato (Título III, Capítulo VII) y abuso de autoridad (Título III, Capítulo VIII) se hallan caracterizados por el ejercicio extralimitado de la autoridad que la ley le confiere a los funcionarios públicos, y que —con algunas excepciones— el prevaricato no es más que una*

especie del segundo, no puede concluirse de allí que una conducta delictiva pueda adecuarse indistintamente a una u otra de las figuras delictivas citadas.

La legalidad del juzgamiento es asunto que merece protección no solamente en la medida en que para el mantenimiento del estado de derecho resulta indispensable la observancia absoluta de la ley, sino porque las mismas garantías que reconoce el poder político a los ciudadanos a través de la Constitución Nacional y los convenios internacionales, demandan su imperioso respeto.

Un enjuiciamiento fundado en criterios de favorecimiento —como lo acepta legítimo el señor Procurador Delegado— repugna a la idea y la práctica de la justicia, más aun cuando el procesado es una persona que ha desempeñado las labores de administrador de ella. Pretender convalidar un pliego de cargos que, burlando los parámetros legales recoge en una norma que tiene un menor reproche punitivo, la conducta que amerita una mayor sanción por disposición expresa del legislador, no es más que pretender imponer la tiranía de los Jueces quienes, valiéndose de su discrecionalidad, bien podrían juzgar a sus pares con parámetros diversos de los que imponen la equidad, la ley y las condiciones de imperatividad e igualdad que emanan de las disposiciones penales sustantivas y procesales.

3. El Código Penal, al recoger las conductas que se han considerado dignas de reproche y por tanto sancionables, ha establecido una serie de bienes jurídicos necesitados de protección, y dentro de las varias tipificaciones que tocan con ellos, ha reglado también diversos rangos punitivos, otorgando a cada conducta un grado especial de sanción y unos elementos propios para su configuración.

Esta estructura, que no es en modo alguno caprichosa, es de carácter general y obligatorio cumplimiento. Así, aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva, sin que sea posible intercambiar ni su adecuación típica ni la pena indistintamente, que de tal forma carecería de razón una codificación sancionatoria.

Si la conducta desplegada por el funcionario —como en este caso— encuentra pleno acomodo dentro de la figura del prevaricato, es por tal delito que debe producirse el llamamiento a juicio, toda vez que la figura del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto deja porciones de la actividad funcional sin reproche de ninguna naturaleza, a más de que este último delito solamente es aplicable "fuera de los casos especialmente previstos como delito", según se consiguió literalmente en el artículo 152 del Código Penal.

4. Hechas estas precisiones, entra la Sala a determinar cuál la adecuación típica de las diversas conductas cuyo desarrollo se imputa al procesado, a fin de resaltar que el pliego enjuiciatorio no está adecuadamente formulado, resultando de ello la necesaria anulación de la actuación adelantada a partir de él por las razones ya mencionadas.

La primera de las acusaciones que surge en contra del encausado, es la de haber adulterado, según se afirma, conscientemente, la diligencia de reparto celebrada el día primero de junio de mil novecientos ochenta y cinco, puesto que, sin haber hecho sorteo de ninguna índole como es lo adecuado de conformidad a las reglas que rigen en estos casos, se atribuyó la competencia para conocer del proceso que por el delito de abuso de confianza habría de iniciarse con base en la denuncia que formulara Armando Lindarte en contra de Martha García y otras.

Esta actuación que a nivel del Tribunal Superior de Cúcuta solamente recibió la calificación de indicio de responsabilidad del inculgado, en verdad que constituye hecho que debe ser investigado para determinar la posible existencia de una infracción a la ley penal.

El análisis de este punto, como se dijo, quedó simplemente en el nivel de los medios de convicción y no fue objeto de la investigación, ni se expidieron copias para su averiguación separada, razón por la cual la Sala estima necesario que en la nueva etapa calificatoria el Tribunal de primera instancia se pronuncie sobre él.

Otra de las conductas denunciadas, fue la consistente en haber librado orden de captura en contra de las inculcadas Martha García, Carmen Buenaver y Esperanza García, pretextando que la cuantía del delito de abuso de confianza a ellas imputado era superior a los cien mil pesos, cuando en criterio del juzgador de primera instancia —lo mismo que en la opinión del colaborador Fiscal de la Corte— antes de tomar esta determinación el funcionario ha debido acreditar la propiedad y preexistencia del objeto material del delito y ordenar su avalúo técnico. Sobre estos planteamientos, si bien es verdad que tendría la Sala que hacer pronunciamientos diversos habida consideración de la discrecionalidad que para tales casos es preciso reconocer al juzgador, no puede ser materia de este auto en la medida que no afecta la validez del proceso que se revisa sino que se trata de planteamientos que habrán de hacerse en el examen de las decisiones que en el futuro se impugnen.

Lo cierto es que si se incurrió en conducta delictiva alguna frente a esta actuación ella se adecuaba al tipo penal de prevaricato puesto que, mediante una providencia, de fecha siete de junio de 1985, se concretó la infracción a la ley cuando menos de manera aparente, debiéndose determinar si tal vulneración guarda los rasgos de ostensible que la hagan adecuada al tipo penal del artículo 149.

No sobra advertir que, a más de lo anterior, el juzgador deberá necesariamente analizar la presencia del fenómeno concursal entre las diversas adecuaciones típicas, así como examinar la posible ocurrencia de otros hechos delictivos diferentes a los anteriormente señalados y su posibilidad de juzgarlos dentro del presente asunto o a través de las copias que se puedan expedir para tal fin, puesto que si se considera una injerencia arbitraria del Magistrado Vásquez Rodríguez en el proceso que fue materia de esta investigación, bien podría suceder que allí se configurara otra conducta delictiva del tipo de cohecho por dar u ofrecer a que se refiere el artículo 143 del Código Penal, o del tráfico de influencias. Recuérdese en este punto que el

Tribunal de primera instancia ha venido considerando como motivación primordial de la conducta del Exjuez Calderón Moreno la influencia grande que el Magistrado ejerció siempre sobre el acusado, sin que tuviera intervención alguna como parte en el proceso ni tuviera que conocer de él como funcionario.

Tanto el Tribunal como el colaborador Fiscal han sostenido, así mismo, que la declaración mediante certificación jurada que rindiera el citado Magistrado tiene suficientes motivos para desestimarla como verídica, ya que en ello basan uno de los cargos formulados contra el Juez Calderón, quien libró orden de captura acogiendo las manifestaciones del Magistrado que señalaba la cuantía en algo más de doscientos mil pesos. Esta afirmación equivale tanto como a presumir que en la citada declaración se faltó a la verdad bajo la gravedad del juramento, lo que constituiría también infracción a la ley penal, y sobre lo cual guardó silencio el juzgador de primer grado quien no dispuso la compulsación de copias para su investigación, como era lo procedente.

También será necesario, al reponer la actuación, estudiar si la denuncia formulada por Armando Lindarte contra Martha García y otras presentó un contenido falso, como en algunos apartes lo sostienen el Tribunal y el Procurador Delegado —respecto de la cuantía, el hecho mismo de formular la denuncia como mecanismo de birlar las prestaciones sociales de las exempleadas, la inexistencia de inventarios sobre los bienes— lo que demandaría también un pronunciamiento para su investigación penal.

Como se ve, son muchas las falencias del auto de proceder, no solamente en cuanto a la equivocada adecuación típica que se hizo de la conducta denunciada, sino también en la medida en que se guardó silencio sobre varios aspectos que han debido ser materia de pronunciamiento por parte del Tribunal bien en el pliego de cargos, ora en la sentencia que es materia de esta apelación. Ello avala aún más la necesidad de anular la actuación a partir del auto de proceder, a lo que se procederá en contra del criterio del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

El mesurado estudio de las acusaciones y las pruebas recaudadas, más que el apasionado análisis que parece ha dominado el proceso, deberá guiar al Tribunal en el pliego de cargos y la posterior actuación, siendo necesario además que se eviten las enormes demoras que se han observado en esta tramitación en donde las diligencias preliminares emplearon poco menos de un año, y el expediente permaneció a despacho del Magistrado ponente, para calificar, diez meses y diecisiete días, en condiciones que no tienen justificación dentro del expediente y que ameritarán que la Sala ordene expedir las copias a fin de que la Procuraduría General de la Nación inicie, si a bien lo tiene, las averiguaciones pertinentes.

Sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelva:

Primero: Declara la nulidad de todo lo actuado en este expediente a partir del auto calificadorio del mérito del sumario, inclusive, de fecha veintidós (22) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: A fin de que la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial inicie, si a bien lo tiene, la investigación del caso por la demora en que haya podido incurrir el Magistrado ponente antes de la calificación del mérito del sumario y durante las diligencias preliminares, expídanse las copias que resultaren pertinentes.

Tercero: Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Rula, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PRINCIPIO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PARTE CIVIL

Con el propósito de que el proceso penal fuera un punto de equilibrio entre los derechos del procesado y los del ofendido o sus herederos, se consagró como uno de los principios rectores del procedimiento penal, el restablecimiento del derecho en el artículo 16

*Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E.,
doce de junio de mil novecientos noventa.*

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 037 de junio 5 de 1990.

Vistos:

Por sentencia del cuatro de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, del Tribunal Superior de Ibagué se confirmó la condena impuesta a *Hernán Bedoya Cárdenas, Roque Héctor Pedraza Marín, Manuel Martínez Salazar y Rodrigo Rivas Manjarrés* como responsables de los delitos de falsedad y tentativa de estafa.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentadas las respectivas demandas fueron declaradas ajustadas y se escuchó el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicita se case parcialmente la sentencia conforme a las pretensiones del representante de la parte civil.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Camilo Hernández fue gravemente lesionado con heridas de arma de fuego el doce de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, habiendo fallecido tres días más tarde. Se abrió la sucesión en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, y fueron reconocidos como herederos Juan Camilo Hernández Olaya, menor de edad, en calidad de hijo natural y la cónyuge de aquél, Blanca Lombana de Hernández.

En el proceso adelantado por el homicidio cometido en perjuicio del señor Hernández Barragán, se supo que con posterioridad a su

muerte personas desconocidas habían asaltado su domicilio, apoderándose de diversos objetos y documentos, entre ellos títulos valores, cheques y letras de cambio, algunos de los cuales habían sido firmados en blanco.

El ocho de febrero de mil novecientos ochenta y dos se instauró demanda ejecutiva singular de mayor cuantía, en el Juzgado del Circuito Civil de Armenia contra la sucesión de Camilo Hernández Barragán, en representación de Manuel Martínez Salazar como beneficiario de una letra de cambio supuestamente suscrita en Armenia a su favor el veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y uno por \$15.000.000.00. La mencionada letra sería posteriormente declarada falsa por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, en decisión del veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro y confirmado tal fallo por el Tribunal Superior de Ibagué por sentencia del veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, dentro del ejecutivo adelantado contra los sucesores del señor Hernández Barragán. En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué se adelantó otro proceso ejecutivo contra la misma sucesión en representación de Hernán Bedoya Cárdenas, con base en cheque girado por Rodrigo Alberto Martínez en cuantía de \$4.100.000.00 y en favor de Camilo Hernández Barragán. En dicho proceso por sentencia del veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro se declaró no probada la tacha de falsedad en documento privado y se ordenó adelantar la ejecución y condenó a la demandada a pagar la suma cobrada por vía judicial. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué en fallo del treinta de agosto de mil novecientos ochenta y cinco.

El Juzgado Tercero Superior adelantó proceso penal por estos hechos y se formuló pliego de cargos contra Roque Pedraza Marín, Hernán Bedoya Cárdenas, Rodrigo Rivas Manjarrés y Manuel Martínez Salazar por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, este último en calidad de tentado. La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué por fallo del quince de mayo de mil novecientos ochenta y seis.

Por estos hechos se dictó sentencia condenatoria de primera instancia del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y ocho, confirmada por el Tribunal Superior mediante providencia del cuatro de agosto del mismo año.

Trámite procesal:

Se abrió proceso penal por auto del doce de agosto de mil novecientos ochenta y dos por parte del Juzgado Veintisiete de Instrucción Criminal de Ibagué.

Con proveído del ocho de octubre de mil novecientos ochenta y cinco se abrió causa criminal contra Roque Héctor Pedraza Marín, Hernán Bedoya Cárdenas, Rodrigo Rivas Manjarrés y Manuel Martínez Salazar como coautores de los delitos de falsedad en documento y tentativa de estafa, llamamiento a juicio que fue confirmado por el Tribunal Superior el quince de mayo de mil novecientos ochenta y seis.

Se condenó a los procesados por providencia del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y ocho, que fue ratificada por el Tribunal en decisión del cuatro de agosto del mismo año.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación.

Los argumentos de la impugnación:

El censor plantea dos cargos al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del derogado Código de Procedimiento Penal, que preveía la nulidad por haberse dictado sentencia en un juicio viciado. El cargo primero lo hace consistir en haberse "aplicado indebidamente los artículos 22, 24, 26, 27, 61, 67, 221, 356 del Código Penal y por haber dejado de aplicar violando el artículo 26 de la Constitución Nacional y en especial los artículos 1º, 2º, 3º, 5º del Código Penal y 381, 382, 383, 386, 387, 389, 395 y 397 del Código de Procedimiento Penal, anterior, como consecuencia de haber sido dado por demostrado sin estarlo, que el señor Hernán Bedoya Cárdenas"... actuó en coautoría con José Manuel Martínez Salazar en la falsificación de la letra por quince millones de pesos, considerando de esta manera que se consagró "un error *in procedendo*, por cuanto el fallo del Tribunal *ad quem* se dictó sobre una actuación precedente afectada de nulidad, alterándose en esta forma la estructura procesal propia del proceso, al disminuir las garantías del procesado, originada en la omisión de haber recepcionado indagatoria al condenado señor Hernán Bedoya Cárdenas, respecto al cargo de haber participado como coautor en concurso de hechos punibles en la falsificación de la letra de cambio por la exorbitante suma de \$15.000.000.00 y, estar comprobada la existencia de esta violación de la preciosa garantía del derecho de defensa del procesado cuando se deja de aplicar el debido proceso para su juzgamiento..."

El segundo cargo lo hace consistir en el quebrantamiento de las formas propias del juicio en detrimento del derecho de defensa "al tener a la abogada Nohora Ch. de Solanilla, como representante de la Parte Civil y haberla dejado actuar en tal calidad solicitando pruebas, pidiendo indemnizaciones económicas, solicitando condenas penales, en general actuando como si estuviera legitimada para hacerlo en el proceso..."

En relación con este cargo afirma que la madre en representación de su menor hijo Juan Camilo Hernández había otorgado poder para constituirse parte civil en ese proceso. Que el menor había cumplido la mayoría de edad el primero de mayo de mil novecientos ochenta y siete y que por tanto el derecho de representarlo por parte de la madre había terminado ese día, en consecuencia el mandato otorgado por ella había cesado y así entre el primero de mayo de mil novecientos ochenta y siete, y el cinco de octubre del mismo año, fecha en que se otorgó poder por parte Juan Camilo Hernández, la abogada había actuado en el proceso sin haber recibido facultades para ello del supuesto perjudicado.

Las argumentaciones de la Parte Civil:

Al amparo de la causal primera presentó un cargo por violación directa de la ley, por falta de aplicación de los artículos 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109 y 110 del Código Penal, esta última disposición en la redacción que le da la Ley 2ª de 1984 en su artículo 37.

En la sustentación de la censura afirma que la sentencia:

"... se abstuvo de ordenar la reparación del daño causado con los hechos punibles o el restablecimiento del derecho invalidando, anulando, cancelando los efectos o extinguiendo las obligaciones nacidas del cheque adulterado que sirve de título de recaudo ejecutivo en proceso que se adelantó primero en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué y que hoy en virtud de una acumulación, se encuentra en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad".

Más adelante, afirma:

"El Tribunal, al ordenar solamente la expedición de copias auténticas y su remisión al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué no hizo otra cosa que expresar su voluntad de enviar una noticia de su decisión pero sin fuerza jurídica y sin efectividad para la acción ejecutiva, que es la causante de los perjuicios actuales de la sucesión. Trasladó al Juzgado la contención civil sobre un título espúreo. El Tribunal Sala Penal se despojó de su jurisdicción que por ley le corresponde y está obligado a cumplir. La sentencia en su parte decisoria, no concluyó, como ordena la ley penal en los artículos citados, porque infringió directamente estas normas".

"Dentro de las obligaciones que tienen los penalmente responsables de indemnizar los daños materiales que nazcan del delito se encuentra restituir los bienes objeto de la acción criminal. Tratándose de documentos sujetos a registro o títulos valores de libre comercio, debe el juzgador penal ordenar dicha reparación cancelando dichos documentos, evitando que al mismo tiempo produzcan efectos entre las partes y contra terceros de buena fe. De esta manera se protege la propiedad privada y los títulos injustos salen del comercio y pierden toda efectividad". Culmina solicitando que se case la sentencia de manera parcial:

"... ordenando la nulidad, invalidez, cancelación o la extinción de las obligaciones nacidas del cheque número 0191151 del Banco Industrial Colombiano girado por la suma de \$ 4.100.000,00, el 22 de febrero de 1982 a la orden de Camilo Hernández Barragán, que es cobrado por la vía ejecutiva en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué a la sucesión de Camilo Hernández Barragán, representado por su heredero Juan Camilo Hernández Olaya su viuda Blanca Lombana de Hernández".

Las argumentaciones de los no recurrentes:

Durante el traslado a los no recurrentes la apoderada de la parte civil contesta a las pretensiones del impugnante para solicitar a la Sala que no case la sentencia censurada.

Formula la no recurrente una serie de consideraciones críticas en cuanto a las deficiencias de técnica exhibidas por el demandante, puesto que habla de violación directa de la ley por haber aplicado indebidamente determinadas normas y haber dejado de aplicar otras. Afirma que este cargo corresponde a la causal primera y no a la cuarta y que se trata de causales independientes, que no se pueden confundir, agregando además que el casacionista no demostró por qué se habían aplicado indebidamente determinados preceptos y por qué se dejaron de aplicar otros.

Considera igualmente que el casacionista se equivoca al interpretar la sentencia del Tribunal, porque allí no se consideró a Hernán Bedoya como responsable de haber intervenido en la falsificación de la letra, sino únicamente en la falsificación del cheque y que en tales condiciones no se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional.

En relación con el segundo cargo dice que el hecho de que Juan Camilo Hernández hubiera tenido que esperar seis meses para conseguir el documento de identificación, no puede constituir motivo de anulación y que la Corte ha reiterado en numerosas ocasiones que no toda irregularidad procesal debe ser necesariamente causal de nulidad y que en ningún momento el recurrente dice qué pruebas fueron solicitadas por la parte civil y menos aún con cuáles de ellas se condenó a su representado.

Considera igualmente que la calidad de heredero se demuestra con el Registro de Defunción del padre y la Partida de Nacimiento Civil y que de esa manera fue que probó idóneamente la condición que lo acreditaba como legatario de la fortuna de su padre.

Estima que al hacer consideraciones probatorias ubica la demanda dentro de la causal primera, inciso segundo porque:

“Si el recurrente considera que no existió prueba idónea o que no se llevó al proceso la legal, o que se aportó ilegalmente o con la allegada no se comprobó la calidad de heredero y con ello se violaron normas sustantivas penales y civiles, ha debido invocar la causal primera, inciso 2º y demostrar que el Tribunal incurrió en error de hecho o de derecho de modo manifiesto, evidente, a primera vista y concluir que por tal se condenó al señor Hernán Bedoya Cárdenas, por falsedad y tentativa de estafa, a pagar perjuicios en abstracto”.

Termina solicitando no se case el fallo recurrido.

El concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Contestando el primer cargo formulado por el apoderado de Hernán Bedoya, acepta que parcialmente tiene razón en cuanto no se le recepcionó indagatoria por la falsedad de la letra de cambio en cuantía de \$ 15.000.000,00 y que por lo mismo no se le vinculó penalmente a tal investigación, pero que no le asiste fundamento fáctico y jurídico para que dicha omisión tenga repercusiones hacia la existencia de una nulidad, puesto que tanto el sindicado como el defensor tuvieron diversas oportunidades de enterarse cuáles eran los hechos

que estaban siendo motivo de investigación. Dice que por auto del veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cinco se agregó al proceso que se adelantaba por la falsedad del cheque las diligencias recibidas en relación con la falsedad de la letra y que entonces a partir de ese momento tanto el procesado como su apoderado estuvieron enterados de los nuevos cargos.

Que en el auto de proceder se formuló claramente la imputación por la falsedad en letra y cheque, así como por la tentativa de estafa y que se hicieron varias consideraciones en relación a tales circunstancias.

Que además el defensor de Bedoya en la sustentación del recurso de apelación contra el auto de proceder argumentaba sobre la ausencia de testigos, documentos o relación de causalidad "de la cual se pueda con certeza jurídica derivar ninguna vinculación de mi defendido, Hernán Bedoya con los tenedores del título valor —letra de cambio— que fue declarada falsa por el honorable Tribunal, para admitir el formalismo de la conexidad ilegal con la cual se la ha vinculado a la comisión de este supuesto delito".

Concluye el Fiscal afirmando que:

"...de lo acotado fácilmente se concluye que al procesado no se le sorprendió con la imputación de un nuevo cargo del cual no estuviera oportunamente enterado y por consiguiente no se haya podido defender".

Como consecuencia de sus argumentaciones solicita no se admita el cargo formulado.

En relación con el segundo considera que no existe la causal de nulidad alegada porque de la indebida representación "si así puede adjetivarse la que se dio entre la fecha de cumplimiento de la mayor edad y la del otorgamiento del mandato, ninguna consecuencia jurídica irradió que tuviera la virtud de perjudicar a los procesados o de menguarles el derecho de defensa, habida consideración de que en ese interregno la parte civil no realizó ninguna actividad procesal, como puede verse entre los folios 242 donde aparece la constancia secretarial de fecha octubre 18 de 1985 sobre la ejecutoria del auto de discernimiento de personería para actuar de la apoderada, y el 243 que lo constituye la ratificación del mandato aludido".

Solicita se rechace el cargo.

En relación con la demanda de la apoderada de la parte civil solicita se case la sentencia de acuerdo con sus pretensiones porque:

"Como se sabe, el fin de la justicia penal, mediante decisiones judiciales legalmente concebidas, es aparte de la imposición de la pena al responsable del hecho punible, el del restablecimiento del derecho afectado con el delito; el volver las cosas a su antiguo estado, al *statu quo*, cuando ello es fácticamente posible. Por ello el artículo 53 del nuevo Estatuto Procesal Penal faculta al Juez Penal en los procesos en los cuales se haya cuestionado la autenticidad o legitimidad de los documentos públicos o privados, para cancelar los títulos espúricos, escritura pública,

titulos valores, etc., como primer mecanismo del resarcimiento del daño causado, y de esta manera frenar sus efectos nocivos".

Sostiene el colaborador Fiscal que razón le asiste a la representante de la parte civil porque el fallo del Tribunal pese a la "declaración de falsedad del cheque con el cual se ejecuta actualmente a la sucesión de Camilo Hernández Barragán y la responsabilidad penal deducida a los procesados, lo deja vigente en sus efectos jurídicos, propiciando la exacción del patrimonio económico y dejándole vía libre a los procesados en la obtención del provecho ilícito que en último término buscaron con la falsificación del titulo valor".

Que en tales condiciones se inaplicó parcialmente el artículo 103 del Código Penal y que por tanto la censura debe prosperar.

Consideraciones de la Sala:

Argumentó el recurrente que se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad por habérsele imputado a Bedoya el haber actuado en coautoría con José Manuel Martínez Salazar en la falsificación de la letra de cambio y está demostrado que sólo fue indagado en relación con la adulteración del cheque, pues aquella sólo fue adjuntada al proceso casi un año después de haber rendido su indagatoria, en la que como ya se dijo, sólo se le interrogó en relación con el cheque y al condenársele por las dos conductas se afectó gravemente el derecho de defensa.

No le asiste la razón al casacionista, quien además en la presentación de la censura incurre en errores de técnica puesto que en la nominación del cargo, sin decirlo expresamente alude a la causal primera, y desarrolla posteriormente la posible existencia de una nulidad constitucional. No a otra conclusión puede llegarse cuando en la formulación del ataque afirma: "Acuso la sentencia recurrida de haber aplicado indebidamente los artículos... y por haber dejado de aplicar violando el artículo 26 de la Constitución Nacional..." para después proceder a desarrollar todo un análisis tendiente a demostrar la existencia de una nulidad de carácter supralegal.

Haciendo abstracción de tales fallas, puesto que son meros problemas de nominación, afirma la Sala que no le asiste la razón al censor, porque si se analizan las diversas providencias, el auto de proceder, de primera y de segunda instancia, y la sentencia de ambas instancias, se llegará a la conclusión que se hace una imputación clara por el delito por el cual fue llamado a juicio y finalmente por el que se le condena.

Es sí indispensable que en el análisis de una providencia no se proceda de manera sectorizada, atendiendo a algunos de sus apartes y desatendiendo el contexto total, puesto que nuevamente se ha de repetir, que la decisión judicial es una unidad y que por tal debe ser analizada integralmente y que entre la parte motiva y la resolutive debe existir congruencia y una lógica correspondencia con los hechos

que son motivo de análisis, y que como partes de una unidad inescindible deben ser considerados conjunta y armónicamente.

Esta labor interpretativa integral es la que no hace el censor, porque se limita a transcribir equivocadamente una sección de la sentencia, para llegar a las conclusiones que fundamentan su ataque, sin atender a otros apartes de la providencia donde existe claridad en cuanto a los cargos que se le formulan y que le hubieran servido para interpretar adecuadamente la parte que le sirve de motivo de ataque.

Se puede advertir en el auto de proceder de primera instancia lo siguiente:

"Los acusados actuaron con división del trabajo, en coautoría indirecta pues en la adulteración de la letra aparecen seriamente indiciados y comprometidos José Manuel Martínez Salazar y Roque Héctor Pedraza Marín y en las adiciones, retoque, etc., que se le hicieron al cheque del Banco Industrial Colombiano por la suma de cuatro millones cien mil pesos, actuaron armónicamente, hábilmente Roque Héctor Pedraza Marín, Rodrigo Rivas Manjarrés y Hernán Bedoya Cárdenas..."

Es absolutamente claro que en este aparte del auto se hace delimitación del campo de actuación de cada uno de los procesados y es así como la falsificación de la letra se imputa a Martínez y Pedraza, mientras que el cheque es atribuido en su falsedad a Rivas, Bedoya y Pedraza, es decir que al único que se le hace una doble imputación es a Pedraza y allí la conjunción "y" dentro del contexto de la frase transcrita sirve para delimitar el campo de acción en relación de la conducta de unos con respecto a la falsedad de la letra y de la de los otros en relación con el cheque.

Con base en tales precisiones ha debido ser interpretado el vocatorio a juicio, pero si alguna duda pudiera persistir bastaba analizar el auto de proceder de segunda instancia en el que en párrafos separados se hace la delimitación de la responsabilidad de los coprocesados en relación a las dos diversas falsedades investigadas.

Respecto del cheque se dice en el auto de segunda instancia:

"La coautoría en la comisión de los delitos de falsedad y tentativa de estafa es evidente: El doctor Pedraza Marín adulteró el título valor y quisieron Hernán Bedoya Cárdenas y Rodrigo Rivas Manjarrés hacerle creer a la justicia que Camilo Hernández Barragán entregó el documento como garantía de una obligación de \$ 4.100.000.00 contenida en él, suma que mediante apoderado pretendió cobrar judicialmente ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la ciudad, Bedoya Cárdenas".

En relación con la segunda falsedad se lee en esta providencia:

"En cuanto al delito de falsedad cometido en la letra de cambio y del de tentativa de estafa con ese título valor, no hay duda que corren a cargo de José Manuel Martínez Salazar y el doctor Roque Héctor Pedraza Marín porque el Juzgado Cuarto Civil del Circuito en providencia que confirmó la Sala Civil del

Tribunal declaró probada la tacha de falsedad del documento que aseguró Martínez Salazar giró a su favor Camilo Hernández Barragán, letra de cambio en la que al dorso aparece la palabra 'Acepto', que según los dictámenes de perito que le merecen a la Sala plena credibilidad, fue puesta por el doctor Pedraza Marín".

Se concluye entonces con absoluta claridad que los cargos fueron delimitados y que en ningún momento a Bedoya se le formularon algunos diversos a aquellos por los cuales fuera indagado.

Pero es que las sentencias de primero y segundo grado son igualmente congruentes con los cargos que se le formularon a Bedoya y en ningún momento podría afirmarse que se le condenó por cargos distintos a los que motivaron la indagatoria o diversos a aquellos por los cuales fue procesado.

En la parte resolutive de la sentencia de primera instancia se lee:

"Condenar a Hernán Bedoya Cárdenas... a la pena principal de 28 meses de prisión y multa de cuarenta y un mil pesos (\$41.000.00) a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, como coautor responsable de los delitos de falsedad en documento privado y tentativa de estafa, mediante los cuales con un cheque falso atentó contra bienes jurídicos tutelados legalmente como la fe pública y el patrimonio económico particular de la sucesión de Camilo Hernández Barragán, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el proceso" (El subrayado es de la Sala).

Se lo llamó a juicio como coautor del delito de falsedad y estafa en grado tentativa cometido por medio de cheque por ese mismo delito se lo condena, providencia que se subdivide por capítulos por razones de índole metodológica y el capítulo 5 está destinado a hacer razonamientos relacionados con falsedad del cheque donde se puede observar lo siguiente: "De la comisión de estos ilícitos se sindicó al doctor Roque Héctor Pedraza Marín, Hernán Bedoya Cárdenas y Rodrigo Rivas Manjarrés".

En el capítulo 4 dedicado a la falsedad de la letra de cambio se lee: "De la comisión de estos delitos, también lo dejamos anotado, se sindicó a José Manuel Martínez Salazar y al doctor Roque Héctor Pedraza Marín".

Por ello es que teniendo en cuenta tales antecedentes en los que la voluntad de los juzgadores fue claramente expresada en cuanto a los hechos ilícitos por los cuales se procesa y condena a Bedoya, que la Sala afirma que la sentencia de segunda instancia fue indebidamente interpretada por el censor al tener en cuenta solo uno de los apartes de la misma y que si hubiera tenido el cuidado y diligencia que ha tenido la Sala para averiguar cuál es la verdadera voluntad de los juzgadores, hubiera llegado a la conclusión a que ahora se llega, porque del párrafo transcrito se ha de concluir que la expresión "quien" no está involucrando a Bedoya para hacerle una doble imputación en relación con las falsedades de la letra y el cheque, sino

que se refiere a Pedraza a quien si se hizo esta doble imputación. Dice así el párrafo transcrito en la demanda y que es interpretado equivocadamente:

"Hernán Bedoya Cárdenas, lo repelimos, mediante apoderado instauró demanda ejecutiva de mayor cuantía en contra de la sucesión de Camilo Hernández Barragán, siendo esta la razón de su obrar junto con Rodrigo Rivas Manajarrés y el doctor Roque Héctor Pedraza Marín quien, lo vimos con anterioridad en coautoría con José Manuel Martínez Salazar falsificaron la letra de cambio de los \$ 15.000.000.00..." (Subraya la Sala).

Como se ha reiterado, la expresión gramatical es predicable de Pedraza a quien si se hace la doble imputación por la falsedad en la letra y en el cheque, y por tanto de quien si se predica la coautoría con Martínez y en relación a la letra.

Considera la Sala que son suficientes las argumentaciones precedentes, para que con bases diferentes, pero de acuerdo con el Ministerio Público, en cuanto a lo solicitado, se desestime el cargo presentado en primer lugar.

El segundo cargo consiste en haberse otorgado inicialmente poder al representante de la parte civil por intermedio de la madre de Juan Camilo Hernández, por ser éste menor de edad, pero que el poder continuó vigente varios meses después de haber cumplido la mayoría de edad y que por tanto se demuestra que la parte civil actuó sin mandato, porque éste había fenecido el día en que el menor adquirió la mayoría de edad y que de esta manera se incurrió en nulidad de carácter constitucional al presentarse detrimento en el derecho de defensa, puesto que actuó sin poder entre el primero de mayo de mil novecientos ochenta y siete y el cinco de octubre del mismo año.

Sostiene igualmente que la calidad de hijo natural no se demuestra adjuntando solamente el Registro Civil de Nacimiento, para efectos de señalar la legitimidad de la parte civil y así otorgar el correspondiente poder. Es claro que aquí nuevamente el censor incurre en errores de técnica, puesto que si hace alusión a la prueba idónea para la demostración de la calidad de herederos, el cargo no ha debido formularlo al amparo de la causal que consagra la nulidad, sino que ha debido proponer la violación indirecta de la ley por la existencia de un error de hecho o de derecho, de acuerdo a que considere que se apreció equivocadamente la prueba existente o que se le dio una estimación diferente a la asignada a ella legalmente. Pero pese a los errores de técnica es evidente que el estado civil de las personas se demuestra por medio de las partidas civiles y en este caso concreto la calidad de hijo de una persona se demuestra con copia de la partida de nacimiento de carácter civil y la calidad de heredero, obviamente con la mencionada partida y la de defunción del causante. No tiene entonces razón el censor en cuanto afirma que no se demostró la calidad de heredero de quien figuró inicialmente por intermedio de su madre y luego con su propia y directa representación como perjudicado con los hechos ilícitos que han sido motivo de investigación. En relación con el otro cargo, en el sentido de haber actuado la abogada de la parte civil, sin poder durante varios meses, como bien lo

dice esta representante en ninguna parte "de la sustentación del recurso se encuentra indicada la norma legal que contenga específicamente la sanción de nulidad aplicable a este caso".

"El recurrente no dice qué pruebas específicas solicitó la parte civil, de qué naturaleza, cuáles se practicaron y menos aún ha demostrado con cuáles de ellas se condenó al señor Hernán Bedoya Cárdenas".

No comparte la Sala los planteamientos esgrimidos por el casacionista, porque evidentemente no era necesario que al adquirir la mayoría de edad el menor Juan Camilo Hernández, tuviera su abogado que presentar una nueva demanda de parte civil, porque siendo una misma la causa y unos mismos los intereses, que incluso siguieron siendo representados por el mismo profesional del derecho, bastaba que confiriera el poder como así lo hizo y de esta manera continuar su representación dentro del proceso; y no era indispensable la presentación de una nueva demanda de parte civil, puesto que ni el demandante, ni el demandado sufrieron modificación, y menos aún las pretensiones de quien se ha venido calificando como perjudicado con los hechos ilícitos motivo de investigación; la verdad es que los sujetos procesales del juicio no han tenido cambio sino que simplemente, uno de ellos por ser incapaz en el momento de la apertura del proceso penal se vio representado procesalmente por su madre y es obvio que al cumplir la edad, podía tener representación personal y directa y así lo hizo, confiriéndole poder al mismo profesional que lo venía representando en sus intereses cuando era menor y cuando actuaba con poder conferido por su madre.

Las exigencias para la demanda de parte civil, que como bien se sabe, tienen en el proceso penal finalidades eminentemente resarcitorias, es con el propósito de determinar los sujetos procesales, esto es, demandante y demandado, los hechos o circunstancias fácticas que fundamentan la pretensión indemnizatoria, es decir en virtud de qué hechos fue afectado el patrimonio del demandante y de cuáles puede pretender que en virtud de la responsabilidad civil extracontractual el responsable o autor de los mismos, indemnice los perjuicios ocasionados; tiene igualmente como finalidad que el sujeto pasivo de la infracción o quien se sienta perjudicado esgrima los fundamentos fácticos y jurídicos por los cuales debe demostrar que tiene legitimidad jurídica para ostentar tal calidad y por tanto para aspirar se decrete la correspondiente indemnización en su favor y finalmente que se den las razones de hecho y de derecho por las cuales considera que el demandado civilmente, lo es desde la perspectiva penal y que como consecuencia de esta última declaratoria simultáneamente se decrete la responsabilidad extracontractual y se fije la correspondiente indemnización.

Si algunos de estos factores se modifican por circunstancias de índole probatoria o porque las circunstancias fácticas han cambiado, es obvio, que al variar el sujeto activo del delito o el pasivo de la infracción o sus perjudicados, o los hechos que motivan el proceso penal; o los fundamentos de la pretensión indemnizatoria, es apenas obvio que se han modificado las circunstancias que dieron origen al

nacimiento de la parte civil y como consecuencia de ello su interés en dicho proceso habrá finalizado o será menester presentar una nueva demanda de parte civil; pero cuando los hechos y las razones jurídicas que justifican la existencia de una parte, como en este caso, no han cambiado es evidente que no será necesario que se presente un nuevo libelo, porque como ya se dijo, el perjudicado en el caso *sub iudice* estaba representado por un profesional del derecho, por poder otorgado por su madre en su calidad de incapaz que era en el momento de conferirlo y sigue siendo representado por el mismo profesional, con la ratificación del poder que con anterioridad había otorgado su madre.

No son ciertas las afirmaciones del censor cuando sostiene para referirse a la apoderada de la parte civil que se la dejó actuar "solicitando pruebas, pidiendo indemnizaciones económicas, solicitando condenas penales, en general actuando como si estuviera legitimada para hacerlo en el proceso, tiene especial importancia porque se lastimaron en sumo grado estas garantías procesales y constitucionales, como paso a sustentarlo", se afirma esto, porque ninguna de dichas actividades realizó la representante de la parte civil durante el período transcurrido entre el día que el menor cumplió su mayoría de edad y aquél en que le ratificó el poder que con anterioridad le había conferido la madre, y no son ciertas dichas acotaciones, porque ninguna de las mencionadas actuaciones aparecen, si se revisa detenidamente el proceso y por ello es válido el reclamo de la parte civil en esta instancia extraordinaria, cuando afirma que el censor no dice qué tipo de actividades fueron las realizadas por la parte civil en dicho tiempo, ni de qué manera las mismas fueron trascendentes para el fallo que es motivo de impugnación, porque si tal comportamiento procesal no existió, mal podría determinarlo el censor y menos aún precisar de qué modo fue trascendente para el fallo condenatorio que ataca.

Debe recordarse lo dispuesto en el artículo 133 del anterior Código de Procedimiento Penal, al disponer que lo resuelto por el superior sobre la admisión o rechazo de la parte civil "no anula lo actuado ni retrotrae el procedimiento en ningún caso" queriendo indicar con ello que la participación indebida de la parte civil por cualquier causa no anula el procedimiento.

Pero es que además durante dicho período la representante de la parte civil, sólo presentó un memorial ante el Tribunal Superior de Ibagué (30 de julio de 1987) solicitando se confirme el auto que rechazó la proposición del incidente de objeción por error grave del dictamen grafológico rendido por el doctor Fraume Sánchez. Pero así hubiesen sido mayores las actividades procesales realizadas por ella, se ha de reconocer que el tiempo durante el que estuvo sin poder conferido por el ahora mayor de edad no constituye siquiera una irregularidad, porque en el caso que es motivo de análisis, su actividad durante dicho período fue intrascendente y además porque quien representó los intereses del perjudicado lo hizo con las mismas finalidades con que inició su labor cuando le fue otorgado el poder. Diversa hubiera sido la situación, si una vez cumplida la mayoría de edad el representante de la parte civil hubiera orientado su trabajo

en contravía de los intereses para los cuales se le otorgó el poder originalmente, pero como está visto ello no sucedió y por tanto mal puede pensarse en la existencia de una nulidad como lo pretende el impugnante.

Debe además reconocerse que la expedición de la cédula de ciudadanía no es una labor que se realice en un día, sino que por el contrario el documento demostrativo de la mayoría de edad tarda varios meses en su tramitación y expedición y por tanto la demora en la ratificación del poder a la profesional que estaba atendiendo sus intereses tenía justificación, por las circunstancias de tipo penal y burocrático que con anterioridad se han mencionado.

Pero ante todo debe reiterarse la inactividad que tuvo la parte civil durante dicho período con la actuación que es absolutamente irrelevante en cuanto a los efectos que hubiera podido tener en el fallo impugnado y esta inactividad es explicable, porque por la época en que se produce la mayoría de edad del hijo natural del occiso, el proceso está en sus etapas finales, puesto que ya el auto de proceder está debidamente ejecutoriado y ha sido superado el período probatorio de la causa, tanto que la siguiente actividad procesal que se opera es el señalamiento de la fecha para la celebración de la audiencia de juzgamiento.

En las condiciones anteriores y estando de acuerdo con el Fiscal de la Corporación, se rechazará el cargo formulado.

La representante de la parte civil presentó demanda con un único cargo por considerar que se incurrió en violación directa de la ley, por falta de aplicación de los artículos 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109 y 110 del Código Penal al abstenerse de:

“...ordenar la reparación del daño causado con los hechos punibles o el restablecimiento del derecho invalidando, anulando, cancelando los efectos o extinguiendo las obligaciones nacidas del cheque adulterado que sirve de título de recaudo ejecutivo en proceso que se adelantó primero en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué y que hoy en virtud de una acumulación, se encuentra en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de la misma ciudad”.

Más adelante en la sustentación del cargo afirma:

“La sentencia acusada se ha quedado en la mitad del camino. Tácitamente justificada la licitud del título falso pues no ordena cesar sus efectos civiles como consecuencia de la condena penal”.

“El Tribunal, al ordenar solamente la expedición de copias auténticas y su remisión al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, no hizo otra cosa que expresar su voluntad de enviar una noticia de su decisión pero sin fuerza jurídica y sin efectividad para la acción ejecutiva, que es la causante de los perjuicios actuales a la sucesión. Trasladó al Juzgado la contención civil sobre un título espúreo. El Tribunal Sala Penal se despojó de su jurisdicción que por ley le corresponde y está obligado a

cumplir. La sentencia en su parte decisoria, no concluyó, como ordena la ley penal en los artículos citados, porque infringió directamente estas normas”.

Termina solicitando se case parcialmente el fallo, ordenándose la nulidad o invalidez del título valor falso que está siendo efectivizado en el juicio ejecutivo ahora acumulado al sucesoral.

Razón le asiste a la representante de la parte civil, porque el proceso penal además de velar por los derechos fundamentales del acusado, cuida de los intereses de ese otro importante protagonista de la actuación que es el ofendido o sus herederos, es este el aspecto que constituye una de las grandes reformas que se producen en el actual Código de Procedimiento Penal, porque quiso el legislador que el proceso penal debía de representar un justo equilibrio, que al mismo tiempo de garantizar los derechos de las personas sometidas a proceso, no descuidara los derechos resarcitorios de quienes sufrieron los efectos patrimoniales de la conducta delictiva y se consideró que no era equitativo que de manera regular y generalizada la parte perjudicada tuviera solamente la satisfacción moral en algunos casos de saber que el responsable de sus males había sido condenado, pero que satisfacciones de carácter patrimonial no surgieran paralelamente de la sentencia penal, sino que el ofendido se vea en la obligación de iniciar, cuando la condenación al pago de perjuicios había sido en abstracto que era una inmensa mayoría, un largo y dispendioso juicio ordinario y luego uno de carácter ejecutivo, para al cabo de muchos años obtener una insignificante compensación patrimonial por los daños ocasionados por el hecho delictivo; o en otros casos cuando había falsificación documental de por medio, a recibir la satisfacción por la sentencia condenatoria contra el falsario, pero al mismo tiempo enfrentado a la dramática circunstancia de seguir válido o formalmente vigente el título o documento espurio.

Tratando de corregir tales injusticias y con el propósito de que el proceso penal fuera un punto de equilibrio y de verdadera justicia entre los derechos del procesado, al que se le garantizaron todos, y los del ofendido o sus herederos, dentro de tales finalidades se consagró como uno de los principios rectores del proceso penal el restablecimiento del derecho en el artículo 16 que dice: “El Juez resolverá las cuestiones extrapenales que surjan en el proceso, de modo que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban antes de la comisión del hecho punible, cuando por su naturaleza sea posible”. Los principios rectores y éste es uno de ellos, son la expresión de la filosofía política que orienta al estatuto procesal y como tal deben ser directriz interpretativa para los aplicadores del mismo. El principio que interesa tiene una amplia reglamentación dentro del Código Procesal, regulación que tiene como finalidad fundamental darle al Juez las herramientas jurídicas y procesales para que dentro del proceso penal o a su finalización pudiera hacer realidad el querer del legislador, es decir que los derechos del ofendido afectados o vulnerados con la conducta delictuosa sean restablecidos adecuadamente cuando la naturaleza de los hechos punibles lo haga posible.

Dentro de tal concepción y finalidad se consagra en el artículo 360 como uno de los objetivos de la investigación penal el esclarecimiento

de la verdad en relación con "6. Los daños y perjuicios de orden moral y material que causó el hecho punible" y dentro de tales perspectivas es que se señala igualmente en el artículo 364 el avalúo de los bienes en los delitos patrimoniales al señalarse que: "En los hechos punibles contra el patrimonio económico, la cuantía y el monto de la indemnización, será la que fije el perjudicado bajo la gravedad del juramento, siempre y cuando no sea impugnada durante la etapa de la investigación por cualquiera de los sujetos procesales, caso en el cual el Juez decretará la prueba pericial para establecerla" y en el artículo 365 la consagración del decomiso que es la facultad por parte de los funcionarios jurisdiccionales de incautar o sacar del comercio los bienes, los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, esto para preservar los derechos del ofendido, a quien se deben entregar provisionalmente si fueren de su propiedad, o para salvaguardar los intereses colectivos cuando se trate de objetos que no son de libre comercio, el caso de armas o estupefacientes por ejemplo.

En seguimiento de tal filosofía igualmente el artículo 368 prevé como una de las justificantes procesales para decretar el allanamiento de un domicilio ajeno, el recuperar los objetos provenientes de la realización ilícita.

En seguimiento de tales propósitos también se señala como una de las funciones del Ministerio Público el buscar "la indemnización de los perjuicios causados por la infracción" (art. 122.1 del Código de Procedimiento Penal).

Dentro de este mismo orden de ideas es que el perjudicado directo o sus representantes pueden solicitar la iniciación del proceso penal con formulación de la querrela (art. 23).

Surgen dentro de tales figuras, instituciones absolutamente novedosas en nuestra normatividad procesal, como es el caso de la cesación de procedimiento por indemnización integral (art. 1 del Decreto 1861 de 1989) consagrado en favor de los procesados y de los ofendidos de delitos de homicidio y lesiones culposas (excepto la previsión de los artículos 334 y 341) y en los delitos contra el patrimonio (excepto el hurto calificado y la extorsión), pues en estos casos la extinción de la acción penal se produce cuando se haya reparado integralmente el daño ocasionado y es un instituto que beneficia simultáneamente a procesados y víctimas, porque los primeros tienen una forma extraordinaria de terminar con el proceso penal, mientras que los segundos posiblemente obtengan una mayor satisfacción al ver reparado materialmente el daño ocasionado con el delito.

Otra figura es la conciliación durante la indagación preliminar o dentro del proceso penal, norma novedosa consagrada por primera vez en el artículo 2º del Decreto 1861 de 1989, que evidentemente está orientada pensando en el beneficio de los ofendidos y dando a su vez aplicación a algunas de las nuevas alternativas propuestas por la moderna criminología, como son los diversos casos y modalidades de desjudicialización, por medio de los cuales se pretende buscar una diversa solución a la hipertrofia del sistema penal, que con su gigantismo impide que la inmensa mayoría de los hechos delictivos lleguen

a conocimientos de las autoridades (disminuir estadísticamente la incidencia de la cifra negra) o que la mayoría de los que llegan no pueden ser investigados a satisfacción hasta su finalización, por el excesivo recargo en que se mantienen los Jueces. Esta figura da la oportunidad para que entre los protagonistas del proceso penal, bien sea a solicitud de parte o de oficio se concilien sus diversos intereses y lleguen a un acuerdo, que de presentarse satisficará los intereses patrimoniales del ofendido y del procesado en cuanto se verá libre de estar involucrado en un proceso penal o lo hará desaparecer en caso de haberse éste iniciado, y en beneficio de los intereses de la colectividad y del Estado, que por este sistema de desjudicialización producirá la terminación de un proceso que incidirá en la labor judicial para disminuir su recargo y de tal manera dedique con mayor intensidad los esfuerzos a aquellos hechos delictuosos que de manera vertebral desestabilizan la organización social y afectan la ordenada marcha del Estado y su propia supervivencia.

Tratando de garantizar los derechos del ofendido o de sus herederos, se consagra toda una reglamentación sobre los titulares de la acción civil dentro del proceso penal (art. 37); quiénes son los que están obligados a indemnizar (art. 38), cuál la oportunidad procesal para constituirse parte civil (art. 39) y de manera general cuál es la forma de ejercitar dicha acción dentro del contexto del proceso (arts. 41 y ss.), cuáles son sus facultades (art. 46) y ya de una manera más concreta en previsión de una precisa y efectiva acción resarcitoria la facultad para el Juez de decretar el embargo preventivo de los bienes inmuebles y el embargo y secuestro de los bienes muebles "de propiedad del procesado, en cuantía que considere suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, y designará secuestro" (art. 47) y cuando dichos bienes no se concieren o los embargados no fueren suficientes para garantizar ese resarcimiento "la parte civil, previa caución, o el Ministerio Público, podrá denunciarlos en cualquier momento y el Juez decretará su embargo y secuestro en la medida que considere necesaria". Siempre pensándose en la garantía de los derechos del ofendido, para que el proceso penal al mismo tiempo que instrumento de justicia estatal y comunitaria, lo fuera de manera particularizada en relación con los intereses del ofendido o de sus herederos la condenación al pago de perjuicios en concreto, creándose una novedosa norma de muy interesantes repercusiones porque se establece en el artículo 50 que en todo proceso en que se investigue un hecho delictivo y que se demostrare la existencia de perjuicios provenientes del mismo, el Juez debe proceder a liquidarlos, pudiendo disponer para esta labor con la designación de un perito, debiendo en tales circunstancias condenar al responsable de los daños en la respectiva sentencia.

Se hace la aclaración con relación a esta norma que tal actuación deberá realizarse en proceso por los delitos que hubieren ocasionado perjuicios, bien sea de carácter material o moral, porque la verdad es que en algunos hechos delictivos no podría pensarse en la existencia de tales perjuicios, tal es el caso de un delito electoral cuando el fraude se realiza en la elección de un Concejo Municipal por ejemplo, y cuando la actividad realizada es irrelevante para el resultado electoral.

caso en el cual es evidente que no podría pensarse en la condenación en perjuicios puesto que estos no se han producido en la realidad.

Se prevé en la misma norma que cuando los perjuicios materiales o morales no sean valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en gramos oro conforme a las previsiones de los artículos 106 y 107 del Código Penal, porque la verdad es que se dan figuras delictivas en las que no existe la más mínima duda que ocasionan perjuicios de uno u otro orden, pero que muy difícilmente podrían ser valorados pecuniariamente; sería uno de estos casos de los delitos que afectan derechos comunitarios o mejor conocidos en el ámbito procesal como derechos difusos.

Finalmente se prevé en la misma norma que el proceso donde exista sentencia ejecutoriada, cuando no existan bienes embargados, ésta prestará mérito ejecutivo y en aquel donde si existieren "se enviará sin dilación al Juez civil competente, copia auténtica de la misma y de las diligencias de embargo y secuestro a fin de que proceda al remate a que se refiere el artículo 521 y siguientes del Código de Procedimiento Civil".

Es conocida la tendencia de los sindicados, especialmente de aquellos duchos en actividades delictivas o bien asesorados, que para efectos de garantizar plenamente los beneficios ilícitos obtenidos del delito o para evitar quedar obligados con las prestaciones indemnizatorias hacen traspaso simulado o real de sus bienes y para evitarlo se prohíbe en el artículo 51 enajenar bienes por parte del autor o participe de bienes sujetos a registro dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la comisión del hecho ilícito.

En relación a esta norma es bueno recordar algunos de los razonamientos de esta Corporación en Sala Plena del 9 de julio de 1987, por medio de los cuales se llegó a la conclusión de la ezequibilidad de esta norma demandada. Se dijo en aquella ocasión:

"La protección de la propiedad privada que señala el artículo 30 de la Carta se extiende a la tutela de los demás derechos adquiridos con justo título, entre los cuales se encuentra el crédito o derecho a la indemnización por los perjuicios derivados del delito que consagra el artículo 103 del Código Penal. La materia de la acusación tiene por objeto evitar por el lapso de tres (3) meses los actos dispositivos sobre bienes sujetos a registro, que tiendan a eludir la acción de reparación del daño, en evidente propósito de proteger este derecho amparado por el artículo 30 en concordancia con el 16 de la Carta.

"Es oportuno precisar además que en la norma acusada el concepto de enajenabilidad corresponde a su significado jurídico propio, es decir que no sólo comprende la transferencia de dominio de bienes propios sino la constitución de gravámenes reales sobre los mismos.

"Si contra lo dispuesto en el artículo acusado, el responsable, autor del hecho punible, enajena el bien sujeto a registro, este

acto dispositivo resulta susceptible de impugnación con las secuelas que nuestro ordenamiento positivo consagra para estos eventos.

"Pero la temporalidad de la prohibición, su condicionalidad y el apoyo en el artículo 30 de la Carta Fundamental, la sucun avante de la censura de inexecutable que le asigna el impugnante".

Aparece también consagración para el dueño, poseedor o tenedor legítimo de la acción restitutoria del objeto material, para que le sea devuelto el bien objeto del delito y poder gozar de los beneficios que le brinda de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52.

Dentro de este cúmulo de normas creadas con la finalidad de garantizar los derechos de los ofendidos o de sus herederos, está la obligación creada para el Juez de cancelar los registros falsos, que es el caso específico que aquí se discute, y que constituye la provisión más elemental y obvia, puesto que si se demuestra que el documento constitutivo de la propiedad es falsificado, lo lógico dentro de una actividad jurisdiccional es que se decrete la cancelación de los títulos cuya falsedad ha sido demostrada y si ello es posible dentro del proceso, una vez demostrada la tipicidad de la conducta motivo de investigación; con mucha mayor razón si se trata, como en el presente caso de una sentencia condenatoria, porque el proceder de otra manera llevaría al absurdo que a pesar de la declaratoria jurisdiccional de la falsedad, los bienes quedarán por lo menos formalmente a nombre de la persona que falsificó los documentos, o que el falsario pudiera sacar provecho de la ilicitud y por cualquier mecanismo legal los pudiera hacer valer como fuente de una obligación contra la víctima. La provisión legislativa en el caso que es motivo de análisis es de carácter integral, es decir que no sólo se está pensando en que el ofendido del hecho delictuoso obtenga la justa indemnización de los perjuicios que le fueron inferidos, sino que busca también evitar que el delincuente pueda concretar o perfeccionar sus propósitos criminales obteniendo provecho ilícito; por ello es entonces que se prevé que la cancelación de estos registros falsos puede hacerse en el curso del proceso y por ello la norma habla de "demostrada la tipicidad del hecho punible..." para indicar que no es indispensable llegar hasta sentencia condenatoria para poder hacerlo, sino que ello puede hacerse en cualquier etapa del proceso cuando la tipicidad se encuentre demostrada. Consecuente con tales finalidades legislativas es que se consagra el artículo 366 que es complementario de la norma estudiada, cuando se estipula que:

"Cuando se investiguen hechos punibles de falsedad en los títulos de propiedad de un bien inmueble o bienes muebles sometidos a registro, o de estafa o de otro delito que haya tenido por objeto bienes de esa naturaleza, y que pueda influir en la propiedad de los mismos, el funcionario de instrucción o el Juez de conocimiento podrá decretar el embargo por el tiempo que sea necesario".

En relación con esta obligación jurisdiccional la Sala Plena había dicho en reciente decisión:

"Como la protección de la propiedad privada en nuestro ordenamiento constitucional se condiciona a su adquisición con justo título y de acuerdo a las leyes civiles, no encuentra la Corte vicio de inconstitucionalidad alguno en que el legislador le haya impuesto al Juez penal la obligación de ordenar la cancelación de los títulos espurios, pues además de ser consustancial a su misión la restitución de los bienes objeto del hecho punible para restablecer el estado predelictual (restitutio in primum), la adquisición de ellos aun por un tercero de buena fe, no es lícita en razón del hecho punible que afecta la causa de su derecho y que el Juez penal debe declarar de oficio para restablecer el derecho de la víctima.

"Se trata de una forma de resarcimiento del daño que tiende a restablecer el quebranto que experimenta la víctima del hecho punible mediante la restitución originaria de los bienes objeto material del delito. Pero la orden del Juez penal y su ejecución no agotan el deber indemnizatorio del procesado de quien puede exigirse el pleno resarcimiento del daño en el proceso penal mediante la constitución de parte civil, o en proceso civil una vez decidida la responsabilidad penal.

"No se puede cuestionar entonces el deber que le impone la ley al Juez de ordenar la cancelación de los registros espurios, simplemente por ser una función que tradicionalmente cumplía el Juez civil en el correspondiente proceso de nulidad del acto jurídico vertido en el documento adulterado, ya que en razón del principio de la unidad de jurisdicción al Juez penal se extiende la competencia para decidir sobre cuestiones civiles vinculadas con el hecho punible y por tanto complementarias con la defensa jurídica y social del crimen.

"Aceptar la pretensión del actor de anular la integridad del precepto acusado, implicaría reconocer que el delito puede ser fuente o causa lícita de aquellos derechos que la Constitución denomina 'adquiridos con justo título' y que deben ser protegidos por la ley sin en detrimento de los derechos del legítimo titular, de los que pretendió despojarlo el autor del hecho criminal" (Sentencia de 3 de diciembre de 1987).

Es importante recordar que en decisión del 3 de diciembre de 1987, la Corte declaró la inexecutable del adverbio "inmediatamente" del artículo 53 del Código de Procedimiento Penal, pero esta decisión no puede llevar a una interpretación distinta a la que aquí se da a esta norma, pues es perfectamente posible que el Juez durante el proceso o a su terminación y una vez demostrada la tipicidad de la conducta, puede ordenar la cancelación de registros falsos. Las razones de inexecutable apuntan en otro sentido, es decir a que la actividad judicial que desarrolla la norma no tenía que ser algo fatídico y apresurado, sino que demostrada la tipicidad y para efectos de garantizar el derecho de defensa se ordena la cancelación. La expresión "inmediatamente" declarada inexecutable no puede entonces impedir que el Juez durante los procesos ordene la cancelación de los registros falsos.

En dicha oportunidad la Corte dijo:

"El adverbio 'INMEDIATAMENTE' que emplea la disposición objeto de la presente impugnación constitucional, puede festinar la decisión del Juez y quebrantar así el derecho de defensa del sindicado y de quienes eventualmente tengan derechos económicos en esos bienes; y que el artículo 26 de la Constitución garantiza.

"Tal decisión sólo puede adoptarse una vez que se haya dado oportunidad a los poseedores o adquirentes de buena fe de los bienes objeto del delito y sujetos a registro, de hacer valer sus derechos en el proceso penal.

"La Corte declarará inexecutable esa expresión porque ella le permite al Juez ordenar en cualquier estado del proceso la cancelación de los títulos y registros espurios con implicaciones graves para el ejercicio del derecho de defensa de quienes puedan resultar afectados con la decisión, especialmente los terceros de buena fe, cuya intervención autoriza el artículo 140 del estatuto procesal penal y el Juez debe hacer efectiva en garantía de quienes sin estar obligados u responder civilmente del hecho punible por ser extraños a su comisión tienen derecho a ser oídos dentro del proceso penal".

Si se tiene en cuenta que las facultades que se confirieron al Presidente de la República por parte del Congreso Nacional, mediante la Ley 52 de 1984, por un término de dos años para "elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal..." era apenas lógico que en seguimiento de tales directrices de carácter imperativo se concretase toda la normativa comentada en precedencia, precisamente porque es una de las orientaciones filosóficas del Código Penal la reparación de los daños ocasionados con el hecho punible y así expresamente se consagran el artículo 103 al disponerse: "El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan".

"Esta obligación premitece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún respecto de la multa" y a continuación establece una serie de normas que serían posteriormente complementadas en la norma procesal como aquella que dispone cuáles son los titulares de la acción indemnizatoria (art. 104), la que delimita quienes son los que deben indemnizar (art. 104); la que establece la norma sobre indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente (art. 106); y la que dispone la indemnización por daño material no valorable pecuniariamente (art. 107).

Es claro entonces concluir que el Juez tiene la obligación una vez establecida la tipicidad del hecho que se investiga ordenar la cancelación de los registros falsos, tal como está previsto en el artículo 53 del Código de Procedimiento Penal y si tal decisión no se ha tomado es apenas lógico que se cumpla con esta imperativa obligación en el momento de dictar sentencia; es por ello que no es entendible la posición asumida por el Tribunal de Ibagué, cuando niega las peticiones

de la representante de la parte civil que había solicitado la declaratoria de invalidez del título valor falso, aduciendo que es lógico que "el cheque carezca de todo valor, como para que con este fundamento se adelante un proceso ejecutivo, resultando por ende inocua la declaratoria de nulidad" y no es entendible, porque claramente la justicia penal adquiere competencia para resolver las cuestiones extrapenales que estén involucradas en los hechos delictivos investigados y porque la cancelación de los registros falsos o la declaratoria de invalidez de los documentos falsificados es una obligación que el Juez penal no puede eludir bajo ninguna circunstancia y no puede hacer presunciones como la que plantea la segunda instancia, porque es jurídicamente posible que sobre la base de que el juicio ejecutivo adelantado con el cheque falsificado ya terminó, está pendiente solamente el remate de los bienes embargados a la sucesión del Juez civil no pueda tomar ninguna determinación con las copias que ordena compulsar (excepto el recurso de revisión —art. 380, numeral 2 del Código de Procedimiento Civil— y esto requiere demanda del perjudicado con la decisión).

En tales condiciones se encuentran la persona vulnerada con la sentencia condenatoria sobre falsedad que no le es suficiente para evitar que los falsarios obtengan la utilidad ilícita proveniente del delito, puesto que el Juez civil no tendría mecanismos legales para retrotraer el proceso, máxime si se tiene en cuenta que en este caso por sentencia ejecutoriada se declaró no probada la excepción de falsedad que allí fue alegada. Precisamente la previsión legislativa que se ha venido comentando tiene como finalidad evitarle al ofendido este tipo de tropiezos legales, es decir de procesos penales en los que se demostró la existencia de la falsedad, pero que pese a ello los documentos espurios por lo menos formalmente sigan teniendo validez o lo que es aún peor que los delincuentes puedan obtener sus finalidades pese a tal declaratoria.

Era entonces un deber del Tribunal ordenar la invalidez total del título valor, como expresión de una determinada obligación de carácter económico, para que con base en tal declaración jurisdiccional el Juez civil que adelanta el juicio ejecutivo no pueda llevar a cabo la diligencia de remate de bienes, puesto que la misma tendría como fundamento una sentencia basada en un título valor falsificado y así declarado por la justicia penal.

Por eso acompaña toda la razón al Magistrado que salvó el voto en relación con este punto, porque como él lo sostiene en la inconformidad de su voto, en la parte resolutive de la sentencia se ha debido declarar "extinguidas todas las obligaciones que del título valor falso se hayan originado".

Como consecuencia de los razonamientos precedentemente formulados, le asiste razón a la impugnante como representante de la parte civil, en el sentido de que se cometió una infracción directa de la ley penal, por falta de aplicación de una norma de carácter sustancial, el artículo 105 del Código Penal y al mismo tiempo los artículos 16 y 53 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto ha debido ordenar la invalidez total como expresión de obligaciones del título valor falsificado.

Estando de acuerdo con el Fiscal de la Corporación se casará parcialmente la sentencia y como consecuencia de tal declaración se ordenará la invalidez total del cheque número 0191151 del Banco Industrial Colombiano de Ibagué girado por la suma de \$4.100.000.00 a la orden de Camilo Hernández Barragán, cobrado ejecutivamente en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué a la sucesión de Camilo Hernández Barragán, a donde se remitirá copia de esta decisión para los efectos del caso.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Casar parcialmente la sentencia impugnada conforme a las peticiones de la representante de la parte civil.

Ordenar la invalidación total del cheque número 0191151 del Banco Industrial Colombiano de Ibagué por la suma de \$4.100.000.00 girado a la orden de Camilo Hernández Barragán, cobrado ejecutivamente en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué, a la sucesión de Camilo Hernández Barragán, a donde se remitirá copia de esta sentencia para los efectos legales que fueren pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

Es contrario a la técnica y lógica jurídica alegar la violación directa y apoyar su fundamentación en apreciaciones y críticas de carácter netamente probatoria

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 39 de junio 11 de 1990.

Vistos:

Gonzalo Alfredo Carreño Nieto fue condenado por el Tribunal de Orden Público, a la pena principal de once (11) años, seis (6) meses de prisión como responsable de los delitos de secuestro de aeronave y extorsión, este último en grado de tentativa.

La anterior decisión se adoptó en sentencia del 18 de julio de 1989 y contra ella se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, cuya decisión corresponde a la Corte.

Episodio procesal:

El Ministerio Público, condensa en estos términos los hechos que dieron origen a la investigación:

"El 23 de mayo de 1988, a eso de las ocho de la mañana, Gonzalo Carreño Nieto, fingiendo otro nombre, abordó un avión de Avianca que cubría la ruta Medellín-Bogotá; ya en vuelo, simuló portar una granada y ordenó el regreso de la aeronave permitiendo bajar allí los pasajeros y azafatas, obligando a la tripulación a dirigirse con destino a Panamá previo el reabastecimiento de combustible.

"En la ciudad de Panamá exigió la suma de cien mil dólares sin que haya sido posible la entrega, acordándose por parte de los directivos de Avianca que la exigencia sería atendida en la isla de Aruba; pero una vez allí ante el acordonamiento militar y las extremas medidas de seguridad, Carreño Nieto ordenó el regreso al acropuerto de Cartagena. Cuando el avión se aprestaba a aterrizar, lo abandonó, siendo capturado al amanecer siguiente por infantes de la Armada Nacional".

Por estos hechos, Gonzalo Carreño Nieto fue condenado de acuerdo a la normatividad del Decreto 180 de 1988, como responsable de los delitos de secuestro de aeronave y extorsión en grado de tentativa.

Demanda de casación:

En estos términos confusos y contradictorios, se acusa la sentencia al amparo de la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

"...De conformidad con el numeral primero, cuerpo primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal se acusa la sentencia del 18 de julio del año en curso proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Orden Público en Bogotá, por considerar que dicha sentencia, viola en forma indirecta la ley, por aplicación indebida del artículo 35 del Código Penal, que llevó a no aplicar los artículos 31 y 33 cuerpo segundo *ibidem*..."

Tres cargos formula el demandante al amparo de la causal primera:

Uno: "...por excluirse del juzgamiento la prueba indiciaria del móvil". Hace consistir dicho cargo en que el Juez no aceptó el trastorno mental y que sufría el acusado en el momento de los hechos y haberse desconocido que "tal enormidad del drama como el desvío de un avión" estuvo motivado "...por un móvil disparatado que demuestra un cuadro clínico enmarcado en la perturbación global del siquismo..." Concluye el censor este cargo, expresando que se evidencia "manifiesto error de hecho por falso juicio de existencia por omisión".

Una segunda censura aparece al amparo de la misma causal por "...excluirse del juzgamiento un indicio necesario de inimputabilidad..."

Insiste el demandante en que el acusado permaneció por cerca de once horas en el aeropuerto de Cartagena sin intentar eludir la acción de las autoridades, lo cual constituye un indicio de que Gonzalo Carreño obró en circunstancias de inimputabilidad.

Finalmente, formula un tercer cargo, afirmando que el Tribunal incurrió en un falso juicio de identidad al aceptar que del testimonio del Capitán de la nave Luis Eduardo Gutiérrez Ochoa, se deduce la plena conciencia por parte del acusado.

Concluye la demanda, solicitando a la Corte que se case el fallo recurrido y se dicte el que deba sustituirlo.

El Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, pone en evidencia en su concepto los manifiestos errores en los cuales incurre el demandante al plantear la censura. Expresa, que no obstante que el censor sustenta el ataque en el cuerpo primero de la causal primera

de casación, es decir, por violación directa de la ley sustancial, los cargos los formula por error de hecho, resultante de la falta de valoración del peritaje siquiátrico y por distorsión del testimonio del Capitán del avión Luis Eduardo García.

Agrega el Ministerio Público con gran sentido lógico y jurídico, que no es posible acudir al mecanismo propio de la violación indirecta, para demostrar un ataque enunciado como violación directa, falla insalvable de técnica "que lleva al traste la impugnación".

Considera además la Delegada, que si se llegase a considerar la falla de técnica en la formulación del cargo como un simple *lapsus calami* del censor, la demanda de todas maneras no está encaminada a prosperar, porque el pretendido trastorno mental del acusado no encontró comprobación en el proceso pese a los esfuerzos de la defensa, acreditándose en cambio, el comportamiento doloso y la conciencia en el actuar, ya que "... los peritos descartaron el trastorno siquiátrico grave y permanente del sindicado y sólo hallaron un trastorno de la personalidad delincencial, que no compromete el juicio, ni el raciocinio, ni el discernimiento, como tampoco el consumo de drogas como se resaltó posteriormente..." Sugiere en consecuencia, la Procuraduría a la Corte, no casar la sentencia impugnada.

Parte no recurrente:

El apoderado de la empresa Aerovías Nacionales de Colombia AVIANCA, como parte no recurrente, apoya la posición adoptada por el Ministerio Público e insiste en que la demanda sea desechada por falta de técnica en su formulación, pues "... el recurso como extraordinario que es, tiene un rito especial, una lógica y una técnica que no puede ser desconocida por el casacionista, pues lo contrario equivaldría a un recurso de apelación..." Concluye, solicitando a la Corte no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte:

Es indudable, como lo anota el señor Procurador Delegado y la parte no recurrente, que el escrito de la demanda presentada a nombre del procesado Gonzalo Carreño Nieto, adolece de protuberantes fallas de técnica en el planteamiento y fundamentación de los cargos que dificultan su estudio e impiden conocer el sentido y alcance de la impugnación.

Dos motivos o cuerpos perfectamente delineados y diferenciados en su alcance y sentido contempla la causal primera de casación: La violación directa y la violación indirecta de la ley sustancial.

Se infringe la ley sustancial de modo directo, cuando sin consideración a la prueba que haya servido al sentenciador para formar su juicio, deja de aplicar al caso en litigio la norma legal, o cuando aplica a ese caso una disposición que le es extraña o cuando siendo correcta la subsunción del hecho en la norma, se interpreta ésta erróneamente y se proclaman consecuencias no correspondientes a la norma interpretada.

En la violación indirecta, el error proviene de la falta de apreciación de determinada prueba, de su apreciación errónea o de un falso juicio sobre su validez jurídica.

En todas las hipótesis de la violación directa de la ley el recurrente que alegue esta causal en casación debe respetar la prueba que es intocable para el casacionista y aceptar los hechos en la forma plasmada en el fallo. En la violación indirecta en cambio, se critica la labor del juzgador en relación con apreciaciones de carácter probatorio para demostrar los errores de hecho o de derecho en los que pudo incurrir el Juez en la estimación, aceptación y valoración de la prueba.

En sentencia del 11 de marzo de 1987, dijo esta Corporación al respecto:

"...Hasta la sociedad ha recordado la Corte como lo relievó el Ministerio Público, que la violación directa e indirecta de la ley tienen contenido y significaciones inconfundibles y distintas y que en la primera no se impugna la prueba, porque es de su esencia que el quebrantamiento de la ley se produzca de inmediato, es decir, sin desvío. Y si tal es su contenido, resulta de exigencia lógica aceptar en integridad los hechos que se declaran probados en 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..."

Consecuencia de lo anterior, es que si se alega la violación directa debe el casacionista fundamentar la causal con argumentos propios de ella, en relación con la aplicación de la norma sustancial, controvirtiendo este aspecto en sus consecuencias jurídicas demostrando que se dejó de aplicar la norma legal, que se aplicó indebidamente la que no correspondía o que se dio aplicación a la norma que regulaba el caso pero se incurrió en error en cuanto al contenido que el fallador le atribuyó en la sentencia, todo lo anterior sin alusión alguna a la prueba que sirvió de fundamento al Juez para aplicar la ley sustancial.

En cambio, en la violación indirecta corresponde al casacionista demostrar que el sentenciador incurrió en errores de hecho o de derecho tan claros, ostensibles y manifiestos que lo llevaron a adoptar una decisión contraria a la ley. La carga del recurrente es entonces, demostrar que existe error, que éste es manifiesto, que incidió fundamentalmente en el pronunciamiento del fallo.

Es contrario en consecuencia, a la técnica y lógica jurídica alegar la violación directa y apoyar su fundamentación en apreciaciones y críticas de carácter netamente probatorio. En otras palabras, no se puede fundamentar la violación directa en alegaciones que son propias de la violación indirecta.

En el caso que se examina, el demandante se acogió expresamente al "numeral primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal por aplicación indebida de los artículos 31 y 33 del cuerpo segundo ibídem".

Y no obstante, que impugna el fallo por violación directa, la acusación o fundamentación se orientó a través de un cuestionamiento crítico del caudal probatorio que sirvió de base a la sentencia esjorzándose en demostrar que por un error en relación con la prueba (presunta falta de apreciación de un indicio y equívocada valoración de un testimonio) no se reconoció un trastorno mental, una situación de anormalidad síquica en el acusado y que por ello no se le dio el trato que para los inimputados consagra la ley penal.

Quiere decir lo anterior, que el censor lejos de respetar los hechos probados en forma suficiente en el proceso, con dictámenes médico-legales que establecen a plenitud la sanidad mental del sentenciado en el momento de la realización de su conducta ilícita, encausa su alegación a desconocer dicha prueba, anteponiendo su criterio personal al del fallador, para revivir una controversia sobre hechos debidamente probados y debatidos en el sumario y en el plenario de la causa, en posición contraria a la técnica del recurso e impropia de la causal alegada "cuerpo primero de la causal primera".

Lo anterior es razón suficiente, para que se desestime la demanda y no prospere la censura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, de fecha, origen y naturaleza consignados al principio de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Ricardo Calvete Rangel, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas,

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION

La presunción de veracidad y acierto que protege la cosa juzgada, no puede ser desvirtuada acudiendo a un nuevo examen de las pruebas

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 39 de junio 11 de 1990.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 3 de octubre de 1988, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Guamo (Tolima) condenó a *Gustavo Morales Nieto*, y a otros procesados, a treinta y siete (37) meses de prisión por infracción al artículo 43 de la Ley 30 de 1986.

Antecedentes:

Según dicho fallo el 12 de septiembre de 1987 en cercanías del Municipio tolimense de Saldaña, Agentes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) interceptaron el carrotanque modelo 1980, placas FS-7806, de propiedad de *Gustavo Morales Nieto*, en el que se encontró acetona camuflada en compartimientos de considerable volumen, "secretos y herméticamente cerrados". Ese vehículo iba conducido por *Miguel Angel Rodríguez Pinzón* y en el mismo viajaba como acompañante *Héctor Vargas*.

El Juzgado Treinta y Tres de Instrucción Criminal de Guamo dictó resolución de acusación contra *Rodríguez Pinzón*, *Morales Nieto* y *Héctor Vargas*, estos dos últimos declarados ausentes, como autores de la conducta descrita en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986, enjuiciatorio que fue confirmado por el Tribunal de Ibagué (fls. 203 y ss.), produciéndose luego en armonía con dicho pronunciamiento la sentencia que recurre en revisión el profesional a quien *Morales Nieto* otorgó poder una vez capturado.

La demanda:

Se aduce la causal 3ª contemplada en el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal —hecho nuevo—, para cuyo efecto sostiene el demandante que los testimonios rendidos luego de la ejecutoria del fallo, a petición suya, en el Juzgado Civil del Circuito del Guamo por *Gustavo Morales Nieto*, *Miguel Angel Rodríguez Pinzón*, *Orlando*

Gutiérrez López, Jorge Enrique Forero, Esteban Ramírez Morales y José García Roldán (los cuales adjunta al libelo) prueban que fue Guillerino Triana Rubiano (persona jamás mencionada en el proceso) el autor del delito por haber sido quien cambió el tanque del vehículo que conducía Rodríguez Pinzón, para de este modo poder transportar, sin conocimiento de Morales Nieto, la acetona. De donde colige el actor que su representado "no sabía" que en su carrotanque se había adaptado un dispositivo, mal pudiendo entonces responder del delito por el cual se le condenó.

"Los hechos que resultan comprobados con los testimonios que se dejan transcritos —dice el demandante—, no dejan duda alguna de la inocencia del señor Gustavo Morales Nieto, quien resulta víctima de un torpe procedimiento defensivo que puso en juego el acusado Miguel Angel Rodríguez Pinzón, quien lo admite y declara bajo juramento".

Pruebas:

Abierto el proceso a pruebas el demandante solicitó ratificar todos los testimonios referidos y aportados con la demanda, escuchar en indagatoria al condenado Morales Nieto y otras pruebas para establecer que éste estaba en Cúcuta para la época de los hechos, y que "Guillermo Triana Rubiano" es persona con antecedentes y de actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes.

La Sala negó esas pruebas por auto de 27 de septiembre de 1989 (fl. 64), con el argumento cardinal de que las mismas no pretendían cosa distinta que desplazar la responsabilidad hacia un tercero que sólo ahora aparece mencionado y que carecían de capacidad para demeritar la atribución de autoría que la sentencia hace a Morales Nieto, ya que incluso el peritaje practicado en el proceso concluyó que el tanque del vehículo no fue cambiado recientemente, lo que echaría por tierra, al menos en principio, la intervención del supuesto Guillermo Triana en el sentido de que con el conductor Rodríguez Pinzón y para la época del hecho "cambiaron" esos dispositivos para conseguir transportar la acetona.

La indagatoria se negó por ser prueba extemporánea, y respecto de la estancia de Morales Nieto en Cúcuta, igualmente se replicó que carecía de relevancia, pues "para el reproche de responsabilidad no se exigió en momento alguno la presencia física y directa en el sitio de los hechos de dicho propietario del carrolanque".

Contra ese auto interpuso recurso de reposición el apoderado, el cual fue negado mediante el de fecha 30 de noviembre (fls. 83 y ss.).

Alegatos:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se abstuvo de emitir concepto sobre el caso.

El demandante —aunque fuera de término— alegó repitiendo en esencia que si se hubieran practicado las pruebas pedidas "no habría generado más que reconocer la inocencia de mi representado Gustavo

Morales Nieto, y haber dictado sentencia condenatoria contra el verdadero autor del ilícito señor Guillermo Triana", y objeta la valoración que hizo el sentenciador de los diferentes elementos de juicio obrantes en el proceso, para deducir la responsabilidad de Morales Nieto. Que éste sea el dueño del carro tanque —glosa el actor— en modo alguno significa que supiera del embarque de la acetona en su automotor e insiste en que "debe investigarse" a través de la revisión del proceso, la responsabilidad de Guillermo Triana, y también establecer que Morales Nieto estuvo profesionalmente "mal asesorado", y se queja finalmente de que al condenar a su poderdante "se violó la dosimetría de la pena".

Se considera:

El hecho o prueba nueva de que trata la causal tercera de revisión (art. 231 del C. de P. P.) tiene que no haber sido incorporada al proceso que se pretende revisar y, además, ser de tal envergadura que ponga muy cerca de la evidencia la inocencia del condenado si, como en este caso, se encara un fallo de condena.

La versión del condenado como reo ausente, Gustavo Morales Nieto, no tiene esa capacidad probatoria, y mucho menos la declaración de otro de los condenados, Miguel Angel Rodríguez Pinzón, conductor del vehículo de propiedad de Morales Nieto donde se encontró la acetona, y cuya indagatoria en el proceso precisamente coadyuvó para deducirle responsabilidad a aquél; ahora, luego de que Morales Nieto es capturado y aprovechando que Rodríguez Pinzón ya cumplió la condena, se acude a éste para que "cambie" su dicho inicial y apoye el aserto del demandante y de todos los demás testigos que declararon a su instancia, en el sentido de que el tanque lo cambiaron Rodríguez Pinzón y "Guillermo Triana" y, por tanto, Morales Nieto nada tiene que ver en ese hecho delictuoso.

No. Así no es dable alegar en revisión, porque básicamente se estaría revisando el crédito que el sentenciador dio a los diversos elementos de convicción para arribar al respectivo fallo, mas en manera alguna se aduce y pone de manifiesto un yerro "de hecho", de carácter histórico-procesal que haya conducido a la condena inocente, que es el error propio de este recurso extraordinario.

Al respecto es conveniente retomar lo que se dijo en el auto que negó la reposición sobre la práctica de pruebas:

"Salta a la vista, de forma ostensible, que lo pretendido por el actor es reabrir el debate probatorio, restándole credibilidad o poniendo de todos modos en cuestión las pruebas vitales que el juzgador tuvo en cuenta para el fallo de condena. Tal pretensión es del todo inadmisibles dentro del ámbito del recurso extraordinario de revisión, por cuya conducta se deben presentar son situaciones 'de hecho', de tal linaje que logren casi la evidencia de la inocencia del condenado. En ninguna de las causales de revisión —ha dicho la Corte— 'se permite una nueva evaluación del poder de convicción de las pruebas que obran en el proceso' (sentencia de 13 de septiembre de 1976): Esto,

porque, en esencia, la presunción de veracidad y acierto que protege la cosa juzgada, no pueda ser desvirtuada acudiendo a un nuevo examen de las pruebas" (fl. 84).

En los dos autos sobre pruebas atrás referidos, la Sala incluso destacó que la experticia que obra a folios 137 y siguientes del proceso, descarta la afirmación central en que se pretende apoyar la impugnación, a saber, que el tanque donde se encontró la acetona fue "cambiado" para la fecha de los hechos: De verdad que semejante aserto es de suyo bastante para que el rechazo del recurso resulte un imperativo; no se olvide que sólo en casos francamente excepcionales (es decir, bien entendidos, las causales del artículo 231 del C. de P. P.) es viable y se torna permitido desconocer el basilar principio de la cosa juzgada.

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

Resuelve:

Negar la revisión impetrada por el apoderado del condenado Gustavo Morales Nieto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calnete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garrica, Secretario.

VICLACION INDIRECTA

Cuando se alegan errores de hecho o de derecho el casacionista está obligado a cotejar la prueba objeto de su ataque con todas las demás tenidas en cuenta en el fallo y que no cobija la censura.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 42.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 24 de julio de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a *José Manuel Pineda Dávila* a la pena de 30 meses de prisión como autor del delito de estafa.

Antecedentes:

En el mes de noviembre de 1983 *José Manuel Pineda Dávila* vendió a *Hernando Gámez Núñez* cheques en dólares ("money order") por valor de veintisiete millones cuatrocientos ochenta mil seiscientos pesos (\$27.480.600.00), los cuales no pagaron los bancos girados por ser al parecer falsos. En septiembre de 1984 *Pineda Dávila*, con el fin de devolver esa suma con sus intereses, entregó a *Gámez Núñez* 10 cheques del Banco Anglo Colombiano, Sucursal Bucaramanga, por 30 millones de pesos, que fueron devueltos por "cuenta cancelada y orden de no pago".

Con base en la denuncia formulada por el señor *Gámez Núñez*, el Juzgado Sesenta y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá abrió investigación y una vez perfeccionada ésta la clausuró mediante auto de 20 de agosto de 1987, impartiéndole calificación el 30 de septiembre siguiente con resolución acusatoria para *Pineda Dávila* por los delitos de tráfico de moneda falsificada y estafa (fis. 1 y ss. del cuaderno número 2), proveído que fue objeto de reposición y apelación, resolviéndose el primero de esos recursos en el sentido de modificar la acusación para dejarla vigente sólo por el delito de estafa, por estimarse que los cheques en cuestión no podían equipararse a "moneda".

Concedida la apelación, que también tenía por objeto el cargo por la estafa, el Tribunal, mediante proveído de 7 de abril de 1988 (fis. 28 y ss.-3), confirmó el enjuiciamiento por dicho delito, mas dispuso que la investigación debía reabrirse para establecer si se cometió o no

falsedad en documento privado, refiriéndose a los cheques en dólares, cuya falsedad no encontró plenamente demostrada por falta del portaje correspondiente y su traducción al español, "para saber a ciencia cierta el contenido exacto de los documentos". El Tribunal ordenó igualmente que se vincularan —por separado— a Carmen Elisa Gómez viuda de Rojas y Ernesto Suescún, señalados por el procesado Pineda Dávila como las personas que le suministraron los dólares que él posteriormente vendió a Cámez Núñez.

El Juzgado Catorce Penal del Circuito efectuó el control de legalidad del proceso, celebró audiencia pública y con fecha 13 de septiembre de 1988 (fls. 122 y ss.-2) dictó sentencia de condena contra Pineda Dávila imponiéndole 30 meses de prisión, condenándolo a pagar como indemnización 54 millones de pesos y otorgándole la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo, el Tribunal, mediante el suyo que recurren en casación el defensor, le impartió confirmación, modificándolo en cuanto a que el monto de la indemnización es de \$ 50.495.706.00.

La demanda, el Ministerio Público, la Parte Civil y consideraciones de la Corte:

Dentro del marco de la violación indirecta de la ley sustancial, prevista en el cuerpo segundo del numeral 1º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, tres cargos dirige el casacionista a la sentencia:

Cargo primero:

1. *Afirma el actor que el sentenciador incurrió en error de derecho "en la apreciación de los cheques como artificio o engaño", concluyendo de allí la "plena prueba para el delito de estafa", ya que sin el requisito legal de su traducción al español (art. 119 del C. de P. P.) esos cheques no podían ser apreciados en la forma que lo hizo el Tribunal. "No se supo la naturaleza y la razón del no pago", dice, y agrega que, por tanto, el fallador, sin esa traducción y ante la ausencia de dictamen, hizo mal al "dar por probada la falsedad de los cheques", y con base en ésta condenar.*

Considera que si se hubiera probado mediante perito (art. 266 del C. de P. P., que también tilda de violado en calidad de norma medio) la falsedad de los cheques, la afirmación de la estafa estaría correcta, pero que ello no ocurrió, y con el mero impago de los cheques y el consiguiente perjuicio no cabe estructurar la estafa, que requiere el medio engañoso para inducir en error.

2. *A ello replica el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que la falta de traducción y del dictamen inciden para el presunto delito de falsedad por el cual precisamente se reabrió investigación, mas no para el de estafa, y precisa al respecto:*

"La entrega de los cheques girados contra algunas entidades bancarias de Estados Unidos por parte de José Manuel Pineda a Hernando Gámez con el objeto de obtener provecho ilícito, fue considerada por

el sentenciador como uno de los medios engañosos para la inducción al error, y ello se demostró no sólo con la presencia de las fotocopias a las que se refiere el recurrente, pues fueron muchos los elementos de juicio que tuvo a consideración y que estimó propicios para concluir la presencia del elemento estructurante del delito de estafa antes mencionado. La ausencia de la traducción no desdibuja la existencia de los artificios y engaños utilizados para inducir al error.

"Aún prescindiendo de tales documentos como medios de prueba, quedarían en firme otros demostrativos de él, que no han sido atacados ni demeritados por el censor.

"Lo anterior implica además, que el recurrente efectuó su reparo en forma incompleta, pues centró su crítica sólo en algunos medios de convicción a pesar de que el fallo se fundamentó en pluralidad de estos, y el ataque exige la impugnación de todos por parte del casacionista para que pueda prosperar la censura".

Por estas razones el cargo no prospera.

3. El apoderado de la parte civil coincide en que se impugnó uno solo de los medios de prueba tenidos en cuenta en la sentencia, no obstante que el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal ordena apreciar las pruebas "en su conjunto".

4. Es cierto que no se demostró (al menos plenamente) que los cheques en dólares que el procesado Pineda Dávila vendió a Gámez Núñez fueran falsos: Justamente por esa razón en el auto acusatorio de segunda instancia se dispuso reabrir la investigación para establecer tal tópico, y se señaló al respecto que "el argumento expuesto por la defensa en el sentido de que los cheques extranjeros no pueden servir de prueba por no haber sido traducidos al idioma español, sería atendible si se tratara de afirmar la tipicidad del delito de falsedad; sin embargo, ese asunto se resuelve en la forma acabada de considerar por la Sala, y ahora de lo que se trata es de verificar si existen medios de prueba distintos de esos documentos, de los cuales pueda concluirse, inequívocamente, que se incurrió en la conducta descrita por el artículo 356 del Código Penal, y la respuesta necesariamente tiene que ser afirmativa" (fl. 34. Se subraya).

Y pasó inmediatamente el Tribunal a resaltar los testimonios del denunciante-ofendido Gámez Núñez, de Felipe Gámez, Abraham Frisbon, Gustavo Rodríguez, y la indagatoria y comportamiento del procesado, todo ello para robustecer y delinear el engaño y el error propios del delito de estafa.

En las sentencias de instancia se reiteraron esos puntos de vista y se aclaró que al hablarse de "falsedad" en los cheques (término que inclusive usa el mismo procesado) no se está significando que sean falsos en el estricto sentido de la normatividad que recoge tal delito, sino con tal vocablo se quiere hacer referencia a la "ilegitimidad" de esos documentos, que los fallos no dudan en sostener ante el incuestionable no pago de ellos.

Entonces: No es cierto que el fallo se haya proferido únicamente con base en los cheques y por considerarse estos "falsos" (en el

estricto sentido jurídico penal atrás indicado), y si lo es, en cambio, que el sentenciador realizó un examen global, sistemático y crítico del material probatorio para arribar así a la certeza de la estafa en cuanto a los artificios que indujeron en error a Gámez Núñez, y el actor no tocó ni de lado ninguno de los bastantes y diversos elementos de convicción que, junto con la evidencia del impago de los cheques, sirvieron de fundamento a la condena por estafa, incumpliendo de este modo con tal requisito, insoslayable en casación para el examen y prosperidad del cargo: Bien clara ha sido la reiterada jurisprudencia en el sentido de que cuando se alegan errores de hecho o de derecho el casacionista no puede limitarse (como lo hace aquí) a las pruebas ignoradas, supuestas, o allegadas al proceso sin los requisitos legales y extraer, de ellas solas, su mérito probatorio frente a la parte resolutive del fallo. Es decir, que no le está dado hacer una evaluación unilateral y atomizada, sino que, por el contrario, está obligado a cotejar la prueba objeto de su ataque con todas las demás tenidas en cuenta en el fallo y que no cobija la censura; todo esto con miras a proporcionarle a la Corte una visión nueva y distinta del panorama procesal en toda su estructura, poniendo así de relieve la antinomia entre la realidad procesal y la sentencia y, por ende, la necesidad de quebrar la misma.

En ese orden de ideas, en este caso le correspondía al actor probar que sin la traducción de los cheques extranjeros y sin un peritaje respecto de su verdadera naturaleza, el Tribunal no tenía opción diversa a la absolución, para lo cual sin duda alguna le correspondía efectuar el análisis de prueba en conjunto que no realizó. Se limitó, repitese, a afirmar que la prueba única de la estafa (específicamente del engaño y del error, pues no cuestiona el censor el perjuicio ni su correspondiente provecho económico) fue el cúmulo de cheques allegados al expediente, pero, como se acaba de ver, esa afirmación no es exacta, y si no lo es, si no se aviene con la verdad del fallo impugnado, resulta obvio que, de suyo, el cargo no puede salir adelante, por exhibirse, en suma, como manifiestamente incompleto, no pudiendo entonces la Corte tomar el lugar del casacionista y colmar sus deficiencias o enderezar sus errores.

El cargo no prospera.

Cargo segundo:

1. Aduce el demandante error de derecho "en la apreciación de la prueba de cargo sobre la connivencia de José Manuel Pineda Dávila con otros en el delito de estafa".

Se refiere a que el Tribunal, con fundamento en los testimonios del ofendido Gámez Núñez y del investigador privado (al servicio del procesado Pineda Dávila) Gustavo Rodríguez Medina, dedujo que el acusado actuó en el delito de estafa en "connivencia" o "en coautoría" con Carmen Elisa Gómez viuda de Rojas y Ernesto Suescún. Según los mencionados testigos, ellos, por una derivación telefónica, escucharon cuando Pineda Dávila hablaba probablemente con esas personas y de la conversación se desprende el compromiso de los tres en el delito de estafa.

Dice que esas declaraciones fueron "ilegalmente producidas u obtenidas", ya que vulneraron "la privacidad de las conversaciones personales", y señala:

"...ellas son pruebas absolutamente ineficaces, por cuanto son una interferencia, por una derivación telefónica, de una llamada privada que se hizo al sindicato, sin permiso de autoridad alguna ni del destinatario de la dicha llamada privada. Con ello se atendió una prueba que vulnera la privacidad de la comunicación telefónica, amparada por el artículo 38 de la Constitución Nacional, y que legalmente consagra el artículo 376 del Código de Procedimiento Penal que exige, como consecuencia del principio constitucional ya citado, que, para el solo efecto de buscar pruebas judiciales, podrán interceptarse las comunicaciones que se hagan o reciban en un determinado teléfono" (subraya del original).

Dice, pues, que, por esa vía indirecta de prueba ilegalmente producida, se aplicaron indebidamente los artículos 23 y 356 del Código Penal, y advierte finalmente que "la censura que hago no se dirige a la credibilidad otorgada (a los testimonios de Gámez y Rodríguez), pues ello está en el campo de la libre apreciación de la prueba o persuasión racional de la misma, sino a la ilegalidad de la fuente del dato probatorio, puesto que la conversación privada no podía ser oída so pena de faltar al artículo 38 de la Constitución Nacional y el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal".

2. La Delegada conceptúa al respecto que ese cargo adolece de falta de técnica, porque la prueba testimonial no está sometida a tarifa legal y por lo mismo su valoración por parte del Juez no puede ser objeto de impugnación, "pues se opondría a la libertad de que goza el Juez sobre el particular". Y por esas razones es del criterio que el fondo del cargo no resiste examen.

3. Por su lado, el señor apoderado de la parte civil coincide con la Procuraduría y resalta "los principios de la sana crítica" de que dispone el Juez para apreciar la prueba testimonial, y en seguida pasa a estimar brevemente por qué en este caso el testimonio del denunciante merece credibilidad.

4. La Sala hará caso omiso de las anteriores glosas de la Delegada y del apoderado de la parte civil, porque bien claro fue el casacionista al advertir expresamente que no ataca la valoración de esa pareja de testimonios (precisamente porque esa prueba se rige por el sistema de la persuasión racional), sino el origen "ilegal" de los mismos, planteando entonces de tal modo un error de derecho por falso juicio de legalidad, concretado en la violación "medio" de los artículos 376 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el 38 de la Constitución Nacional.

Pues bien: Gustavo Rodríguez Medina declaró que estando con el procesado Pineda Dávila en el hotel Bucarica de Bucaramanga, se recibió allí una llamada telefónica preguntando por Pineda Dávila, diciéndole éste que pasara él y la recibiera, pero luego "le quitó el teléfono" y lo reemplazó en la conversación, procediendo entonces el testigo a escuchar por otro aparato derivado, "y oí cuando Pineda le

dijo qué hay Carmencita, y ella le respondió, ah, usted es Pineda, y él le dijo sí, entonces ella le preguntó que qué es lo que pasa, que para qué me busca, entonces él le replicó, es que necesitamos charlar para que resolvamos el problema que se ha presentado con estos cheques, en este momento pasó nuevamente una voz de hombre y le dijo ajá Pineda, qué es lo que pasa, entonces él le preguntó con quién hablaba, entonces él le dijo le habla Suescún, qué es lo que pasa, Pineda le respondió, no hombre, tranquilo, es que aquí hay un problema con los cheques, entonces Suescún le respondió cuál problema, entre bomberos no nos pisemos las mangueras, usted bien sabía cómo era el negocio, y además usted era el que nos pedía los cheques..." (fl. 169-1).

Por su parte, el denunciante y víctima Gámez Núñez, declaró que estaba en la oficina de Pineda Dávila tratando de recuperar su dinero o de llegar a un acuerdo, cuando entró una llamada de una mujer, Gámez levantó la derivación, y escuchó cuando "la interlocutora le decía que por qué no le había entregado a Gámez el dinero que ella le había dado con tal fin en Bucaramanga" (fls. 273, 30, 89, 325 y ss. 372, 384).

Tal cosa fue lo que declararon tales testigos, y es evidente que "la fuente de sus dichos" (según expresión del actor), o sea la manera o el medio como se enteraron de tales conversaciones no fue una "intercepción" telefónica, que es a la que se refiere el artículo 376 que se tacha de transgredido, sino que simplemente levantaron el otro aparato telefónico (cada uno en cumplimiento de su misión: Rodríguez como investigador y Gámez como víctima) y escucharon lo que luego vertieron ante el Juez. De suerte que ningún reparo merecen, por este aspecto de la asunción, los dos testimonios en referencia.

El cargo no prospera.

Cargo tercero:

1. Plantea finalmente el casacionista "error de hecho en la apreciación de la prueba sobre el dolo" y la violación de los artículos 2º, 5º, 36 y 356 del Código Penal en armonía con el 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, señalando que "no hay certeza" del dolo propio de la estafa, ya que no se logró desvirtuar la afirmación del procesado de que él "no tenía conocimiento de la condición de los cheques cambiados y que él también fue víctima del engaño".

Se queja el censor de que se haya tenido como plena prueba del dolo la "pasividad" del procesado, por no haberse cerciorado previamente de "la condición de los cheques" y no haber "expedido ningún recibo de los dineros entregados a los sindicatos principales", y recalca que la argumentación del sentenciador es "equivocada para encontrar probado el dolo de la estafa, sin prueba real que indique esa especial representación y volición del hecho".

Pide, pues, que se case el fallo y se dicte el de absolución que debe reemplazarlo.

2. La Procuraduría dice al respecto:

"En la sentencia impugnada se llegó a la conclusión de la existencia del dolo a través del análisis de la personalidad del procesado Pineda Dávila que fue considerado como un hombre de negocios experimentado y conocedor de las transacciones que aparentó realizar, y de su actuación anterior, concomitante y posterior a los hechos; ello con fundamento en la injurada de éste y en pluralidad de medios de prueba allegados al proceso, de los que si no hizo expresa mención en los respectivos apartes del fallo, sí destacó algunos (como el testimonio de Gustavo Rodríguez y del denunciante Hernando Gámez Núñez) y extrajo las conclusiones a que llegó acerca de que Pineda Dávila 'actuó libremente en la transacción fraudulenta, buscó y logró el resultado querido conociendo naturalmente su ilicitud, todo lo cual lleva a establecer el dolo...'

"No son producto entonces de la invención del sentenciador de las pruebas en las cuales fundamentó el dolo y de las que extrajo la conclusión de su presencia, como tampoco aquellas de las que dedujo el Tribunal las conductas omisivas atribuidas al procesado, que no por tal carácter desviarían la imputación a título de culpa, pues numerosas situaciones a las que se refieren las pruebas allegadas a los autos, tenidas muy en cuenta por el juzgador, fueron las que llevaron a la convicción de la existencia del dolo".

3. El apoderado de la parte civil prohija tales razonamientos del Ministerio Público, y acota que "por la naturaleza misma, de este elemento del hecho punible —dolo— no necesariamente en la mayoría de los casos que se someten a la jurisdicción penal —salvo confesión del procesado— aparece prueba directa de él, como lo reclama el impugnante".

4. El error de hecho (que es el que aduce en este cargo el casacionista) se presenta cuando el sentenciador ignora la prueba (está en el proceso y la pasa por alto), cuando la supone (no está en el expediente y la inventa o da por existente) y cuando tergiversa o distorsiona su sentido objetivo (le hace decir lo que no dice).

Por parte alguna en la impugnación se constata que el demandante haya planteado siquiera alguna de esas tres modalidades de error de hecho: No dijo cuál era la prueba que existía en autos y se ignoró, ni cuál se distorsionó, ni cuál se supuso, sino, en una alegación típica de instancia (análoga a la que insistentemente hizo ante Juzgado y Tribunal), se limita a oponer su propio y personal criterio al del fallador en cuanto al mérito del acervo probatorio del cual se dedujo el dolo, cuestión que conformaría (si fuera dable alegarlo) un error de derecho por falso juicio de convicción, que no fue argüido por el actor, porque, de paso —como éste mismo lo expresó en el cargo segundo de la demanda—, esa prueba no está sometida a tarifa legal.

*Repárese cómo el censor, no obstante destacar que el fallo "supone" la prueba del dolo, no enuncia siquiera cuál o cuáles fueron los elementos de convicción "supuestos" o inventados, sino que de manera "general" enfrenta su valoración a la que ostenta la sentencia, para concluir que, según su criterio, la prueba tenida en cuenta no reviste la "plenitud" o certeza que se requiere para condenar de con-

formidad con los artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, lo que dista mucho de conformar un ataque en casación, y menos por error de hecho, que fue el que escogió como soporte del mismo.

Sin sustentación ninguna, resulta apenas obvio que el cargo se derrumba por sí propio, "desaparece", por así decirlo; y sobre el vacío también emerge obvio que nada puede erigirse, imposibilidad para la Sala que la obliga a desestimar el reproche.

El fallo, pues, se mantendrá.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

El casacionista, como sujeto procesal que en esta sede le marca y definitiva a la Corte el derrotero que ésta debe seguir, no puede entrar a dudar, ni a dar alternativas, ni mostrar vacilaciones

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 43.

Resuelvo la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el apoderado del procesado *José Armando Sierra* contra la sentencia de 30 de agosto de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta lo condenó, junto con otros procesados, a 25 años de prisión por los delitos de homicidio agravado e infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986.

Ese fallo, y el de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Superior el 30 de mayo, se refieren a que el 18 de mayo de 1988 el susodicho *José Armando Sierra*, *Wilson Sánchez López* y *Atanael Blanco Ovallos*, dieron muerte a *Elvia Rosa Arias* y *Luz Myriam Ramírez Quintero*, apropiándose de la cocaína que ellas portaban, la cual procedieron luego a vender en el terminal de Cúcuta.

Se considera:

Al establecer los requisitos de forma de la demanda de casación, dispone el numeral 3º del artículo 224 del Código Penal que la misma deberá contener "la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", agregando más adelante que si se aducen varias causales se expresarán separadamente los fundamentos de cada una y sin que sea doble plantear cargos incompatibles.

*Una lene mirada a la demanda presentada en nombre del procesado *José Armando Sierra* basta para constatar que ella no cumple ni de lejos con los premencionados requisitos. En efecto:*

Empieza por decir el actor que su patrocinado nunca quiso cometer los homicidios en la pareja de mujeres sino simplemente hurtar la droga, mas luego expresa que el Juez "ha debido seguir su línea de conducta del llamamiento a juicio y con base en el veredicto del jurado

de conciencia, haber impuesto la condena ya conocida", y después alega que no sólo el agravante del homicidio no puede cargarse a su cliente, sino que éste debe ser absuelto por el delito previsto en la Ley 30 de 1986, y, en consecuencia, disminuirse la pena.

Ahí no más se percibe una falta de precisión y claridad que da de por sí al traste con la demanda, pues el casacionista, como sujeto procesal que en esta sede le marca y delimita a la Corte el derrotero que ésta debe seguir, no puede entrar a dudar ni a dar alternativas, ni mostrar vacilaciones, ya que, en suma, sobre terrenos de incertidumbre le es imposible a la Corte transitar cuando obra como Tribunal de casación.

Por otro lado, se ve claro que todo el ataque al fallo es por cuestiones probatorias, unas veces sobre la base de que el procesado no es responsable, otras bajo el presupuesto de que sí lo es pero en forma "atenuada", contradicción insalvable en esta sede extraordinaria.

Y si la cuestión es de prueba, por parte alguna se refiere el censor a la violación indirecta, que sería en principio la causal esgrimible por ese aspecto, aunque no en casos como el presente, en que la intervención del Jurado veda esa vía (excepto en lo concerniente a las circunstancias modificadoras de la punibilidad o culpabilidad, aspectos que son de competencia exclusiva del Juez), por fallar en conciencia, y además, porque si la Corte se apartara de su veredicto estaría dictando fallo en desacuerdo con el veredicto y, de ese modo, incurriendo a su vez en otra causal de casación, o para no hacerlo, tendría que declarar la contraevidencia del veredicto, lo cual es privativo de las instancias. En este sentido la jurisprudencia viene insistiendo desde hace tiempo, al tratar dicho tópico.

Ahora bien: El actor apenas anuncia que se incurrió en nulidad, pero no sustenta en manera alguna tal aserto, limitándose a expresar que la anulación del proceso debe decretarse "a partir de las indagatorias" porque en estas diligencias no se puso de presente a los procesados la droga, no obstante lo cual a renglón seguido asevera que "la incautación de la droga fue una ficción", dentro del proceso, ficción o suposición que condujo a error al Juez Superior, al Jurado y al Tribunal. Es decir que, en últimas, la nulidad la fundamenta en que, a su juicio (criterio personal y subjetivo, admisible en las instancias, pero no en casación), "el cuerpo del delito (art. 33 de la Ley 30 de 1986) no existió", formulación insular y sin base que tampoco es de recibo aquí.

Pero el deficiente manejo de esta impugnación extraordinaria se relleva si se tiene en cuenta que, aparte de la nulidad, el demandante plantea como causal la primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, violación directa de la ley (aunque en ningún lugar del libelo así aparece mencionada), que no se aviene, que repudia las "argumentaciones" que se pretenden dar en su respaldo, y que, como se vio, se aplican a una crítica de la prueba tenida en cuenta para condenar y para graduar la pena. La "interpretación errónea" que arguye el censor (fl. 25 del cuaderno de la Corte), que, como modalidad de la violación directa, concierne a un error sobre determinada norma

sustancial, se exhibe en la demanda huérfana de cualquier sustento y, repítese, por el contrario, pugna con el deshilvanado e incoherente cúmulo de "razones probatorias" que copan el escrito acusador.

En dicho orden de ideas, la demanda es refractaria a un examen de fondo o "jurídico", y se debe rechazar in limine, como lo dispone el artículo 225, inciso 2º del Código precitado. Consecuencialmente, se declarará desierto el recurso.

Por último, como los recurrentes Sánchez López y Blanco Ovallos no presentaron demandas, respecto de ellos también se declarará desierto el recurso.

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

Resuelve:

1. *Inadmitir* la demanda de casación presentada por el apoderado del procesado José Armando Sierra contra la sentencia de procedencia y fecha anotadas. Por consiguiente, se declara *desierto* el recurso.

2. Por no haberse presentado las demandas, declárase igualmente *desierto* el recurso de casación interpuesto por los procesados Wilson Sánchez López y Atanael Blanco Ovallos.

Cópiase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengos, Guillermo Duque Ruiz, Jairne Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO

No se incluye en el texto del numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal las instituciones en las cuales se comparten intereses intelectuales, morales o religiosos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 042 del 22 de junio de 1990.

Vistos:

Resolverá de plano la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho fuere pertinente en relación con la recusación formulada por el defensor de uno de los sindicados en este proceso en contra del doctor Félix David Patiño, integrante de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga, aceptada por éste en pronunciamiento de fecha nueve de mayo de mil novecientos noventa y luego desestimada por los demás integrantes de la Sala en auto calendario el catorce de los mismos mes y año.

Actuación procesal y consideraciones de la Sala:

Por virtud del recurso ordinario de apelación interpuesto en contra de la providencia de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos noventa, fue remitido el expediente al Tribunal Superior de Bucaramanga, en donde corresponde conducir la segunda instancia al Magistrado Eugenio Novoa Novoa.

Habiéndose corrido el traslado de ley al Fiscal, el defensor del procesado Rueda Gómez recusó al doctor Félix David Patiño con el argumento de que el citado Magistrado forma parte de la Logia Masónica Cóndor número 5, "hoy bajo los auspicios de la muy respetada: Gran Logia de Los Andes", de donde se infiere que es miembro de una sociedad, entendido este término en sentido amplio, la cual además tiene interés en el resultado del proceso en la medida en que la Federación Oriental de Los Andes se constituyó en parte civil dentro de esta actuación.

El representante de la parte civil, al conocer el escrito recusatorio, se opuso a las pretensiones del otro profesional aduciendo que la dignidad de la justicia no puede ponerse en tela de juicio por

razones simplemente aparentes, ya que lo normal es que un funcionario estime en más la adecuada resolución de los asuntos sometidos a su cargo que los intereses que puedan verse derivados de los asuntos en conflicto.

El doctor Félix David Patiño, por su parte, aceptó los hechos propuestos por el defensor como causal de recusación a fin de evitar "suspicias o sospechas de parcialidad" y además por tratarse "de la revisión de una decisión que puede influir en la disputa de bienes en que tiene interés 'la Gran Logia de Los Andes', encargada de aglutinar y coordinar las demás logias de esta zona".

Señaló a renglón seguido el Magistrado, que no había manifestado antes impedimento alguno en la medida en que desde el inicio de la actuación no se hallaban comprometidos los intereses de la "Respectable Logia Cóndor número 5" en la que actuó, y a la cual elevó "carta de Quite" con fecha ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho.

La Sala Dual de Decisión, al conocer la manifestación del Magistrado Patiño, estimó que los hechos materia de la recusación no pueden entenderse como constitutivos de ella puesto que las sociedades a las que hace alusión el contenido del numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, son taxativas y que implican fundamentalmente la presencia de intereses económicos en los miembros de ellas. Las logias masónicas, por su parte, si bien entrañan un grado de compromiso filosófico, no son más que instituciones sin ánimo lucrativo, con intereses de ayuda mutua, y en ellas se distinguen perfectamente la esfera jurídica de la persona moral y la de los asociados en lo relativo al patrimonio y a la representación legal.

Visto lo anterior, considera la Sala que asiste plena razón a la Sala Dual de Decisión que rechazó por infundados los motivos de la recusación, como quiera que se tiene sentado plenamente a través de la reiterada jurisprudencia de la Sala que las causales de impedimento y recusación contempladas en el ordenamiento procesal penal son de tal modo cerradas que no admiten interpretaciones que amplíen su esfera de acción en la medida en que resulta indispensable atender únicamente las situaciones allí contempladas como medio para evitar la invocación de situaciones similares que lejos de contribuir a una adecuada administración de justicia, contribuyan a crear confusión y a incrementar la prolongación indebida de los términos legales para la toma de decisiones jurisdiccionales, además que operan como mecanismos de control ante las actividades de los sujetos procesales que a través del mecanismo de la recusación pretenden ubicar el proceso en oficinas en las cuales podrían tener mayores facilidades, una más pronta resolución de las situaciones, o simplemente, en aquellas en donde subjetivamente las partes consideraren más posible el éxito de sus pretensiones, o que obtendrían allí un trato más benigno.

El numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, como muy bien lo señala el Tribunal de Bucaramanga, se refiere a la integración, de parte del funcionario, de sociedades "colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho" todas estas de carácter civil y más propiamente patrimonial en las cuales

el integrante de ellas persigue fundamentalmente la protección, incremento y movimiento de intereses netamente patrimoniales, aun cuando no exista en modo alguno en ellas beneficios de índole subjetiva.

No se incluyeron en el texto del numeral comentado las instituciones, cada vez más frecuentes en la vida social, en las cuales se comparten intereses intelectuales, morales o religiosos, puesto que ellas, si bien pueden crear especiales vínculos entre los coasociados, no se consideraron por el legislador como de aquellas que pueden interferir en el criterio e imparcialidad del juzgador. Ello, porque si bien no puede desconocerse que en ocasiones las mencionadas sociedades pueden establecer relaciones aún más estrechas que aquellas en las que predomina el simple móvil patrimonial, los lazos así generados podrían afectar el equilibrio del juzgador pero entonces podrían incluirse, si se llegare el caso, dentro del motivo de impedimento consagrado en el numeral 5 del mismo artículo 103 del ordenamiento procesal penal.

Pero no es ello lo que sucede en este caso. El Magistrado recusado no invocó en modo alguno la presencia de especiales relaciones con los sujetos procesales o sus representantes que pudieran constituir una íntima amistad, sino que simplemente aceptó los hechos de la recusación "por evitar sospechas de parcialidad", admitiendo la laxa interpretación del abogado que pretendió separarlo del proceso en cuanto al término sociedad que utiliza el numeral 11, más con un ánimo de demostrar su probidad que con el criterio de asumir como válidos los motivos de la recusación. Esta situación, sin embargo, no está contemplada como razón suficiente para separarse del conocimiento de una actuación penal, y por tanto bien procedió la Sala cuando declaró infundadas las razones de la recusación.

Debe anotarse, además, que el contenido del numeral 11 invocado por el apoderado de la defensa se refiere a una situación concomitante con el momento del juzgamiento o del pronunciamiento de la decisión, esto es, que no abarca lapsos de tiempo anteriores porque, de otra forma, la redacción de la norma sería diferente y se habría utilizado quizás expresiones tales como "Ser o HABER SIDO" u otras parecidas, que impulsieran la aceptación de la causal aun cuando el funcionario hubiera dejado de formar parte de la sociedad correspondiente.

El Magistrado Félix David Patiño, al aceptar como válidos los motivos de la recusación, fue enfático en afirmar que si bien formó parte de la Logia Masónica a que se contrae el motivo de separación, dejó de integrarla a partir del día ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, cuando presentó su "Carta de Quite", fecha en la cual ni siquiera se había formulado la denuncia que dio pie a esta investigación, por manera que al momento de la presentación del escrito por parte del defensor, ya no integraba la asociación que puede tener un interés indirecto en las results del proceso. Por este aspecto, entonces, tampoco pueden aceptarse como válidos los motivos invocados, y se declarará infundada la recusación presentada.

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

Resuelve:

Declarar infundada la recusación presentada por el defensor contra el Magistrado Félix David Patiño, a quien no se separa del conocimiento de este proceso.

En consecuencia, regrese al Tribunal de origen para que siga la actuación su curso normal.

Cóptese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Ángel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. HURTO

Resulta errado afirmar que la conservación de un arma de uso restrictivo sea conducta absorbida por el hurto

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de junio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 43.

Vistos:

A través de sentencia del tres de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Superior de Orden Público, al resolver la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo de Orden Público de Ibagué, contra *Gustavo Oviedo Gómez* por los delitos de tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares de que trata el artículo 13 del Decreto 180 de 1938 en concurso con hurto agravado, le impartió confirmación con la modificación consistente en incrementar la pena principal de ochenta y ocho meses de prisión, a ciento treinta y dos.

Contra tal decisión, se ha interpuesto el recurso de casación que procede a resolver la Corte.

Hechos:

Aproximadamente a las diez y media de la noche del diez de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, los integrantes de una patrulla del ejército, al mando del Teniente Harold Maldonado Rodas, ingresaron al café "Las Vegas" del Municipio de Rioblanco (Tolima), con el propósito de ingerir algunas bebidas calientes. Al salir de allí, el Teniente Maldonado olvidó el fusil marca Galil, número 8-1928348 de uso privativo de las Fuerzas Militares que le había sido asignado. De él, se apoderó el administrador del establecimiento, Gustavo Oviedo Gómez, quien lo ocultó en su casa de habitación de donde fue recuperado en diligencia de allanamiento.

Actuación procesal:

1. La investigación y juzgamiento de los anteriores hechos, estuvo a cargo del Juzgado Segundo de Orden Público de Ibagué. En su

desarrollo, fue indagatorio Gustavo Oviedo Gómez, quien refirió haber encontrado el fusil en el establecimiento que administraba, trasladándolo a su casa sin pretensión diferente a la de devolverlo con posterioridad.

2. Al resolverse la situación jurídica, se dispuso decretar medida de aseguramiento de detención en contra de Oviedo Gómez por el delito descrito y sancionado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988. Decidido el recurso de reposición interpuesto por la defensa contra esta medida, ella fue adicionada en el sentido de considerar al procesado como autor, también, del delito de hurto sobre el arma.

3. Fueron recepcionadas diferentes declaraciones. En algunas de ellas, se afirma que existía conocimiento que el apoderamiento del fusil obedecía al propósito de venderlo o entregarlo a los grupos guerrilleros del M-19 o las FARC.

4. Agotada la investigación, se profirió sentencia condenatoria contra el procesado Oviedo Gómez por el concurso de delitos integrados por el hurto agravado y el de que da cuenta el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, fijándosele como pena principal la de ochenta y ocho meses de prisión, en razón al reconocimiento de la disminuyente de punibilidad por confesión.

5. Mediante la sentencia impugnada, el Tribunal impartió confirmación a la de primera instancia, con la modificación consistente en fijar la pena principal en once años de prisión.

La demanda:

Con invocación de las causales de casación 3ª y 1ª, contempladas en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente impugna la sentencia del Tribunal de Orden Público a través de diversos cargos. Dos de ellos dentro del marco de la nulidad y cinco más por ser el fallo violatorio de la ley sustancial, por vía indirecta, al haberse incurrido en errores de hecho, consistentes en valorar equivocadamente algunas pruebas y dejar de apreciar otras.

El primero de los reproches formulados al amparo de la causal tercera, lo funda el casacionista en que se dictó la sentencia en juicio viciado de nulidad de rango constitucional. Sostiene, al respecto, que al haberse condenado a Gustavo Oviedo Gómez por el concurso de hechos punibles integrado por los delitos de tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares de que se ocupa el artículo 13 del Decreto legislativo 180 de 1988 y el de hurto agravado —art. 351-11 del C. P.—, se violó el principio *non bis in idem*, por cuanto en realidad no se trata de dos conductas las realizadas por el procesado, sino de una que corresponde a la descripción del hurto, agravado en cuanto recayó sobre bienes destinados para la defensa y seguridad nacionales. Luego de diferentes consideraciones, orientadas a negar la existencia del concurso y afirmar la estructuración de un delito complejo por la incorporación al agravante del numeral 11 del artículo 351 del Código Penal del hecho de que trata el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, en la modalidad por la que fue condenado Oviedo Gómez, concluye que se violó la Constitución por cuanto al procesado “se le juzgó

conforme a una norma preexistente (Decreto 180 de 1988) que no corresponde al acto imputado o demostrado", vía por la que, en su opinión, se le dedujeron "tres sanciones penales, con violación al principio del *non bis in idem*, artículo 26 del Código de Procedimiento Penal (sic) y además sin observar los principios generales sobre pruebas para condenar (art. 247 del C. de P. P.) o resolver a favor del procesado en caso de duda (art. 248 del C. de P. P.) *in dubio pro reo*".

La segunda censura que dentro de este ámbito de la nulidad se propone, resulta ser derivada de la anterior. Plantea el casacionista que excluyéndose el concurso de delitos por el cual se condenó a su representado, en cuanto se trata de un solo hecho que corresponde a hurto agravado, la jurisdicción especial de orden público carecía de competencia para el juzgamiento, razón por la cual la sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad.

En relación con los cargos fundados en la causal primera de casación, cuerpo segundo, por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial al incurrirse en error de hecho por valoración equivocada y falta de apreciación de determinadas pruebas, el casacionista en su demostración sostiene que el Tribunal dio un alcance que no tienen a los testimonios de los Oficiales Maldonado Rodas, Cortés González Palacios, en cuanto afirman tener conocimiento que el apoderamiento del fusil por el cual fue juzgado el procesado obedecía al propósito de enajenarlo a algunos grupos subversivos. Esta "errónea apreciación", según el recurrente, radicaría en tener tales declaraciones como indicio de autoría para dar por establecido el delito de tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, cuando apenas generarían una sospecha, suposición o conjetura.

En otro de los reproches, se estima que por pura apreciación subjetiva el juzgador consideró que el procesado, con posterioridad al apoderamiento del arma, resolvió conservarla conociendo de su uso vedado para atribuirle el delito de competencia de la jurisdicción de orden público. Esto, prosigue el censor, dio lugar a que se tomara como indicio lo imaginado o sospechado, suponiéndose la existencia de un hecho que no obraba en el proceso ya que lo único demostrado es que Oviedo Gómez trasladó el arma a su residencia.

Haber pasado por alto y sin apreciación la indagatoria del procesado, dejándosele sin operancia jurídica cuando ella evidenciaba la ausencia de intención apropiatoria de porte o conservación del arma, es otro de los cargos que dentro del marco del error de hecho alegado, propone el casacionista. Dentro de la misma línea argumentativa, aduce que no fue considerada la prueba documental que demuestra la buena conducta familiar del procesado y cómo es ajeno a los asuntos subversivos. Tampoco, se concluye, fue tomada en cuenta la presunción de inocencia, dadas las serias dudas que en relación al porte ilegal de armas, surgen la responsabilidad del procesado.

El criterio del Procurador:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado de rigor, en minucioso estudio de la demanda, solicita de la

Corte no casar la sentencia recurrida. Pone de relieve cómo los cargos formulados se apartan de la técnica que orienta este extraordinario medio de impugnación al ser propuestos.

Así, en lo atinente a la causal de nulidad, evidencia que el casacionista no determina cuál de las garantías consagradas en la Constitución Nacional, en concreto, fue la vulnerada al proferirse la sentencia, para dedicarse en su exposición a demostrar la inexistencia de los elementos estructurantes del delito previsto en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988. En su criterio, tal manera de desarrollar los cargos, es razón suficiente para que ellos sean desatendidos. Con todo, en erudito estudio, el cual apoya en fallo de la Corporación, pone de presente cómo, el planteamiento del impugnante, en cuanto niega la existencia del concurso efectivo entre los delitos de hurto y tráfico y conservación de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, es errado. Demuestra en este punto, la autonomía típica y ómica de las conductas que lo integran para predicar la legalidad del fallo acusado.

En relación con las restantes censuras de que da cuenta la demanda, sostiene que el recurrente en su formulación se sustrae al deber de formular proposiciones jurídicas completas, en cuanto que si bien señala las normas sustanciales que, en su opinión, fueron violadas, omite indicar las ordenadoras de los medios probatorios en cuyo tratamiento se incurrió en las especies de error de hecho denunciadas.

Por estas razones, sugiere la desestimación del recurso.

Consideraciones de la Corte:

1. *La causal de nulidad invocada:* Resulta evidente, como lo sostiene el Procurador Delegado, la inobservancia de la técnica prevista para el recurso extraordinario de casación, en la formulación de los cargos que, al amparo de la causal de nulidad, se hacen a la sentencia. Consistiendo uno de ellos, en haberse incurrido en nulidad suprallegal o constitucional por violación al artículo 26 de la Carta Política, en cuanto se dictó el fallo por un concurso de delitos, cuando en realidad el procesado no había realizado sino uno, el casacionista no le indica a la Corte cuál de las varias garantías contenidas en dicha disposición resultó conculcada con la actividad del sentenciador que denuncia.

Una tal forma de proceder, en el desarrollo del recurso, lo conduce a la improsperidad. No se satisfacen los presupuestos para el examen de cargos con fundamento en la causal de nulidad, con solo indicar la disposición que la establece. Como tuvo ocasión de ilustrarlo la Sala en decisión de 31 de enero del año en curso, adoptada sobre estudio del Magistrado Giraldo Angel, cuando la demanda de casación se apoya en causal de nulidad, ella debe sujetarse a los siguientes mínimos requisitos:

"a) El recurrente deberá señalar con toda claridad la clase de nulidad invocada, dentro de las que se encuentran las siguientes: Falta de competencia, violación del debido proceso, violación

del derecho de defensa, violación del principio de legalidad en el delito o la pena, violación del principio de favorabilidad, o falta de motivación de la sentencia;

"b) Con relación a cada uno de los eventos mencionados, deberá indicar en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que el recurrente estime infringidas, así:

"Cuando se trata de falta de competencia, deberán darse las razones por las cuales se considera no haber sido competente el funcionario que conoció del proceso, diciendo por qué la falta de competencia tiene prevista como sanción legal la nulidad, teniendo en cuenta la etapa procesal en que ella se haya dado, y las decisiones que dentro del proceso se hayan tomado por las autoridades encargadas de dirimir los conflictos que se hubieren suscitado por esta causa.

"En el caso de violación del debido proceso, se debe establecer la comprobada existencia de una irregularidad sustancial, que son las que afectan la estructura que tipifica el sistema mixto que lo informa. Tales, por ejemplo, la falta de apertura de la investigación; de vinculación del procesado; de existencia de una etapa de investigación y otra de juicio, y de una etapa probatoria de una audiencia pública dentro de éste; de formulación de cargos; de sentencia, y de posibilidad de recurrir a una segunda instancia, cuando no se trate de procesos de única instancia.

"En la violación del derecho de defensa, se deberá determinar la actuación procesal que se considera lesiva, especificando la norma que se viola, y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado.

"Cuando se trate de violación del principio de legalidad, en la demanda se deberá determinar la ausencia de norma sustantiva con relación al delito o a la pena a que se refieran la sentencia, en el momento en que ocurrieron los hechos.

"Si se alega la falta de aplicación del principio de favorabilidad, se deberá determinar no sólo la norma que fue indebidamente aplicada, sino la que se debe aplicar en su reemplazo, dando las razones jurídicas para ello.

"Si lo que se cuestiona es la falta de motivación de la sentencia, se deberá determinar con toda claridad cuáles de las decisiones en ella contenidas son las que carecen de tal fundamentación, no olvidando que según reiterada jurisprudencia de la Corte para estos efectos la resolución acusatoria y la sentencia, y las sentencias de primera y segunda instancia, deben ser consideradas como una unidad, en aquellos puntos en que las decisiones sean proferidas en el mismo sentido.

"Este mismo tipo de análisis debe realizarse en cualquiera otra causal de nulidad que se proponga".

En este caso, las deficiencias técnicas que acusa la demanda, vienen determinadas por la no correspondencia entre la naturaleza del

evento invocado como constitutivo de nulidad y el tipo de argumentación que, en torno a él, se desarrolla. De conformidad con este último, se establece que el reparo del recurrente lo conforman las apreciaciones probatorias del sentenciador para responsabilizar al procesado del delito de que trata el artículo 13 del Decreto 180 de 1988. Esto mismo, hace que el vicio materia de la nulidad aducida no trascienda del simple señalamiento de que se violó la Carta Política y, por ende, que no esté llamado a prosperar, pues, mal podría la Corte suplir los defectos de la demanda.

Ahora bien: Desde otra perspectiva, se aprecia que la situación denunciada como constitutiva de nulidad, ciertamente, no sería atacable a través de esta causal de casación, sino de una bien diferente como es la de violación directa a la ley sustancial por aplicación indebida.

En efecto, si el supuesto vicio consistió en un juzgamiento excesivo por cuanto el procesado realizó conducta de hurto, lo cual admite el censor, y además de eso, se le condenó como infractor al Estatuto para la Defensa de la Democracia, sin consideración a que este último hecho integra el de hurto, se estaría evidenciando más que una actuación afectada de nulidad, un error en la adecuación de la norma, dado que los hechos procesalmente establecidos no serían coincidentes con los condicionantes del precepto, atribuyéndosele consecuencias indebidas al caso.

El que este tipo de eventos deban ser propuestos en sede de causal primera por violación directa a la ley, es imperativo. Si se acepta el juzgamiento por un hecho y se alega la inexistencia o atipicidad de otro también comprendido en el fallo que se recurre, lo planteado no puede ser la invalidación de la actuación sino la adecuación del caso comprobado procesalmente al supuesto de hecho contenido en la disposición. Esto es, que la sentencia no comprenda el delito imputado de más, de acuerdo con el criterio del impugnante. Y, ello, sólo es susceptible de producirse, a través de la alegación de la causal primera, para que la Corte, al proferir el fallo de reemplazo, proceda a corregir el yerro que, de acuerdo con los términos de la demanda, sustenta la impugnación.

Acorde con estas reflexiones, establécense que los defectos evidenciados en el libelo de demanda, no sólo radican en lo antitécnico de la alegación de la nulidad propuesta, sino también en lo equivocado de la vía escogida para ventilar el evento motivo de censura.

Independientemente de los antitécnicismos que vienen de señalarse, los cuales son razón suficiente para rechazar los cargos propuestos, encuentra la Corte que del examen de las situaciones que constituyen tales reproches, tampoco estarían llamados a prosperar.

El planteamiento de la unidad delictiva entre hurto y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional en que se apoya el casacionista para atacar la sentencia por el concurso entre estos mismos delitos por el que fue condenado su cliente, no es aceptable. Como acertadamente lo destava el Procurador Delegado, respaldándose para ello en la decisión de la Sala de 2 de septiembre de 1987, con ponencia del Magistrado Saavedra Rojas, la

autonomía entre estos dos hechos punibles es palmaria. No sólo en el plano de la tipicidad, como que aparecen descritos y sancionados en diferentes estatutos, uno en el artículo 349 del Decreto 100 de 1980 y el otro en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, sino también en relación con la estructura naturalística de cada una de las conductas que los fundamentan como comportamientos ilícitos.

Desde este supuesto, como lo dejó establecido la Corte en el fallo antes indicado, resulta errado afirmar que la conservación de un arma de uso restrictivo sea conducta absorbida por el hurto. Ello conlleva partir de un supuesto falso, consistente en "considerar que el apoderamiento de cosa mueble ajena implica el ánimo doloso de infringir una nueva disposición penal, en este caso, la relativa a la tenencia de armas o municiones".

En demostración de lo equivocado de una concepción de este orden, profundiza la Corte:

"No puede dudarse, a este respecto, que en verdad el autor de un delito de hurto no persigue solamente el apoderamiento de la cosa que sustrae, sino que también pretende que una vez lograda la apropiación, el bien continúe siendo parte de su patrimonio ya porque lo use en su exclusivo beneficio, ora porque de él derive otro beneficio patrimonial, o bien porque pueda disponer de él en la forma que mejor considere. Esta tenencia de la cosa no implica necesariamente la realización de una nueva conducta típica, sino que es simplemente el efecto de la primera, su continuación, la concreción del beneficio patrimonial y la manifestación del dominio que sobre el objeto material ha pretendido adquirir —ilícitamente— el autor de la conducta delictiva.

"Sin embargo, en tratándose de bienes de prohibido o restringido comercio o porte, la posesión del bien a sabiendas de tal veda o restricción hace surgir a la vida jurídica una nueva acción punible, porque el infractor quiere entonces vulnerar un nuevo interés jurídico tutelado, y ello marca precisamente una importante diferencia entre el concurso efectivo de tipos y la concurrencia aparente".

Para el caso en concreto, además, débese destacar que, como lo señala el Procurador, la agravante del hurto por haber recaído "sobre efectos y armas destinadas a la seguridad y defensa nacionales", circunstancia sobre la cual se basa el casacionista para predicar la unidad delictiva que en su censura al fallo opone al concurso de hechos punibles, no posee efectos reales en la fijación de la pena. Si bien a ella se hace referencia en la sentencia, en la concreción de la punibilidad no fue considerada. El cuántum impuesto de once años de prisión, está indicando que los incrementos por el delito de hurto no desbordaron el mínimo de pena previsto para la forma básica y simple de este hecho. Con ello, se evidencia que ni desde el punto de vista estructural, como tampoco por la deducción que pudiera hacerse sobre la cantidad de pena impuesta, Gustavo Oviedo Gómez fue juzgado dos veces por el mismo hecho o con fundamento en la misma circunstancia, como se plantea en la demanda de casación.

Las razones que se dejan expuestas, por sí mismas sirven para rechazar el cargo de incompetencia que, como derivado del anterior, se propone. Demostrada la legalidad del juzgamiento por el delito contemplado en el estatuto para la defensa de la democracia, no hay cabida a discutir la competencia de la jurisdicción de orden público para el conocimiento y fallo de este asunto.

3. *La violación indirecta a la ley:* Insuperables resultan los defectos de tipo técnico en que incurre el censor al formular ataques a la sentencia apoyado en esta causal de casación, pero no por la glosa que hace la Procuraduría consistente en haber omitido el señalamiento de las normas ordenadoras de los medios probatorios.

En efecto, en ya reiterada jurisprudencia (ver fallos de octubre 31 de 1989 y enero 23 de 1990) la Corte ha sostenido que cuando se alega violación indirecta por error de hecho no está obligado el actor a aducir las normas medio procesales que condujeron a dicha violación. Este requisito queda circunscrito, por razones de lógica a la violación por error de derecho:

"Ello es apenas obvio: La violación de la ley sustancial se denomina 'indirecta' porque se consuma a través de la prueba: Si el error del juzgador se refiere a la 'contemplación jurídica' de la prueba, se está en presencia del error de derecho, y si recae sobre su 'contemplación material', surge el vicio de hecho.

"En el primer supuesto, error de derecho, esto se deriva o de haberse admitido y otorgado valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, o de errada valoración de la prueba frente a las normas que regulan su mérito, de donde resulta ineludible para el casacionista citar y analizar las disposiciones legales que fueron denunciadas al aportar la prueba al proceso, o las que fueron violadas al valorar el elemento de juicio, siempre y cuando, desde luego, se trate de pruebas sometidas a tarifa legal, es decir, cuando la propia ley consagra su propio mérito, como en el caso de los artículos 218, 228, 230, 262 y 264 (Decreto 409 de 1971). Y es más: Sin referencias a estas normas medio la impugnación por error de derecho se tornaría de planteamiento imposible.

"En cambio en el error de hecho, no hay, repítese —y en rigor— un error de tipo 'jurídico', pues se configura cuando se ignora que la prueba obra en el proceso, o cuando se la supone sin existir en él, o cuando se distorsiona su sentido objetivo. Por decirlo en otros términos, estos yerros racaen sobre el 'proceso' y no sobre 'la ley', siendo entonces bastante para el actor revelar el verdadero contenido y el alcance de la prueba ignorada, su puesta o tergiversada y, su incidencia determinante en la parte conclusiva del fallo" (Sentencia de enero 23 de 1990, Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz).

El verdadero reparo de técnica que hace inepta la demanda radica en que invocándose por el actor errores manifiestos de hecho, incumple el deber de indicarle a la Corte si a ellos se llegó por falso juicio de existencia o de identidad, como presupuesto de precisión en la

formulación del cargo y observancia del principio lógico de no contradicción, pues, mal puede aducirse la suposición de pruebas y, al mismo tiempo, su tergiversación o distorsión por parte del juzgador.

Basten estas consideraciones, para que los cargos propuestos en sede de causal primera, cuerpo segundo, de casación no prosperen.

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 devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Kangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandía, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INDICE DE LAS PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

PRIMER SEMESTRE DE 1990

Página.

- PECULADO.** Si la ley considera como peculados los atentados contra los bienes en donde el Estado tiene la mayor parte, dentro de estas entidades están incluidas aquellas en las cuales el patrimonio le corresponde en su totalidad. **SENTENCIA CASACION. 16 DE ENERO DE 1990.** No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Francisco Javier Montoya Franco. Delito: Peculado. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 001. Fuente formal: Artículo 138 del Código Penal. 7
- VIOLACION INDIRECTA.** La exigencia de aducir "las normas medio procesales que condujeron a la violación indirecta", impera para cuando el error planteado es de derecho. **SENTENCIA CASACION. 23 DE ENERO DE 1990.** No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Antonio Pupo Monterrosa. Delito: Peculado. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 002. 13
- MEDIDAS DE SEGURIDAD (Aclaración de voto).** La reclusión del paciente ante anomalía mental permanente cuyo mínimo es de dos (2) años con un máximo indeterminado, es medida perfectamente revocable por supuesto si la enfermedad síquica permanente desaparece y la persona recobra su sanidad mental. **24 DE ENERO DE 1990.** Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Aclaración de voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 008. ... 48
- MEDIDAS DE SEGURIDAD (Aclaración de voto).** Si la medida tiene finalidades curativas, de tutela y rehabilitación, una conclusión inexcusable para el intérprete es la de que no debe durar más que el tiempo exacto requerido para la recuperación social del sujeto **24 DE ENERO DE 1990.** Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Aclaración de voto: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Extracto número: 009. 49
- MEDIDAS DE SEGURIDAD (Adición de voto).** Teniendo en cuenta la finalidad de las medidas de seguridad, no es aconsejable señalarle un límite en la ley, mientras que la duración máxima debería tener un límite fijado y no la indeterminación actual. **24 DE ENERO DE 1990.** Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Adición de voto: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 007. 47
- REVISION.** No puede hacerse en revisión un juicio o crítica "en derecho", para tratar de hacer ver que el fallador valoró erróneamente la

Figs.

- prueba. SENTENCIA REVISION. 24 DE ENERO DE 1990. *Desestima el recurso de revisión*. Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Bogotá. Procesado(s): José Vicente Sánchez Cristarcho. Delito: Falsa denuncia. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 010. Fuente formal: Artículo 231 del Código de Procedimiento Penal. 58
- DEMANDA DE CASACION.** En el campo de la casación la competencia de la Corte está claramente determinada por las vertientes que le trace la parte actora con nitidez y precisión. SENTENCIA CASACION. 24 DE ENERO DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): Martín Pallares Viloría. Delito: Extorsión. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 003. Fuente formal: Artículo 227 del Código de Procedimiento Penal. 21
- DEMANDA DE CASACION. Técnica.** Es doctrina tradicionalmente reiterada que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario. SENTENCIA CASACION. 24 DE ENERO DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Juan Diego Vera Sánchez. Delito: Terrorismo. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Extracto número 004. 27
- MEDIDAS DE SEGURIDAD.** El contenido del artículo 94 del Código Penal, no es ni puede llegar a ser considerado como una presunción, porque sólo dispone que para el enfermo mental permanente la medida de seguridad tendrá un mínimo de dos años y un máximo indeterminado. SENTENCIA CASACION. 24 DE ENERO DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Juan Pablo Galtán Didier. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Adición de voto: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Aclaración de voto: Doctores Jorge Enrique Valencia Martínez y Rodolfo Mantilla Jácome. Extracto número: 006. Fuente formal: Artículo 94 del Código Penal. 41
- LIBERTAD PROVISIONAL. TERMINOS.** Se erige en notable desacierto considerar que términos como el del artículo 439-4-5 del Código de Procedimiento Penal irremediablemente comportan, cuando no se cumplen, la libertad provisional del detenido. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 24 DE ENERO DE 1990. *No inicia investigación*. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Abelardo Rivera Llano, Marino A. Rodríguez y Juan Manuel Torres Fresneda. Magistrados Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 005. Fuente formal: Artículo 439 del Código de Procedimiento Penal. 32
- TESTIMONIO.** El interés tomado apriorística y aisladamente no puede ser criterio para restarle credibilidad a la prueba testimonial. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 26 DE ENERO DE 1990. *Confirma la resolución acusatoria*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Jorge Enrique Bejarano Beltrán. Juez Civil del Circuito de Gachetá. Delito: Con-

Págs.

- cusión. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga. Extracto número: 011. Fuente formal: Artículo 295 del Código de Procedimiento Penal. 60
- VIOLACION INDIRECTA.** El cargo que se concreta a la consideración de pruebas ilegalmente producidas, debe ser propuesto al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial. SENTENCIA CASACION. 30 DE ENERO DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Santa Marta. Procesado(s): Luis Enrique Ayala y Rigoberto Angarita Gómez. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga. Extracto número: 01a. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 80
- NULIDAD. CONEXIDAD.** El actual Código de Procedimiento Penal establece la unidad del proceso, pero indica que su ruptura no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa. SENTENCIA CASACION. 30 DE ENERO DE 1990. *Desecha el recurso de casación.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): María Consuelo Medina Laza. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 014. Fuente formal: Artículo 14 del Código de Procedimiento Penal. 72
- CAMBIO DE RADICACION.** El cambio de radicación constituye instrumento a ser utilizado sólo frente a circunstancias que entrañen grave peligro para el interés público de la justicia. AUTO CAMBIO DE RADICACION. 30 DE ENERO DE 1990. *Niega el cambio de radicación.* Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pasto. Procesado(s): Campo Elías Vargas. Delito: Lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga. Extracto número: 012. Fuente formal: Artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. 85
- DEMANDA DE CASACION.** Cuando los cargos de la demanda se repelen entre sí, le está vedado a la Corte tomar el lugar del actor, para optar por uno de ellos con exclusión de los otros. AUTO CASACION. 30 DE ENERO DE 1990. *Inadmite la demanda de casación.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Andrés Cortés Gómez. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 013. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 68
- REVISION.** Por este extraordinario medio de impugnación se busca evitar una injusticia, de la que no podría hablarse cuando la condena encuentra apoyo en otros medios probatorios. AUTO REVISION. 31 DE ENERO DE 1990. *Desecha la demanda de revisión.* Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Venadillo. Procesado(s): Orlando Bejarano Villalba. Delito: Lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 018. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. 96
- DEMANDA DE CASACION. NULIDAD.** Cuando se trate de una demanda de casación fundada en la causal de nulidad el recurrente deberá

- señalar con toda claridad la clase que invoque, los fundamentos de la misma y las normas que estime infringidas. **AUTO CASACION. 31 DE ENERO DE 1990. Rechaza la demanda de casación.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Guillermo y Julio Eduardo Daza Diaz. Delito: Homicidio y hurto. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 016. Fuente formal: Artículo 236 del Código de Procedimiento Penal. 87
- RESOLUCION DE ACUSACION. SENTENCIA.** La Corte ha insistido en resaltar la importancia capital de la resolución de acusación y su consonancia con la sentencia. **SENTENCIA CASACION. 31 DE ENERO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): Luz Dary Ibarra. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Extracto número: 017. Fuente formal: Artículo 236 del Código de Procedimiento Penal. 91
- EXTRADICION.** La naturaleza de la actuación del Gobierno colombiano en el trámite de la extradición debe calificarse como administrativa y sujeta al control jurisdiccional correspondiente, conforme a las normas generales de la materia. **AUTO EXTRADICION. 2 DE FEBRERO DE 1990. Se abstiene de decidir.** Procesado(s): Timothy Allen Crawford. Delito: Extradición. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 020. Fuente formal: Artículo 649 del Código de Procedimiento Penal. 107
- INIMPUTABILIDAD.** El legislador proclama la manifestación no de cualquier indicio, sino de aquellos que de manera atendible y positiva permitan inferir que el agente, al momento de la conducta ejecutada, actuó en situación de inimputabilidad. **SENTENCIA CASACION. 7 DE FEBRERO DE 1990. Desecha el recurso de casación.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Isalain Alvarez Alvarez. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 021. Fuente formal: Artículo 31 del Código de Procedimiento Penal. 111
- DEBIDO PROCESO.** El abogado debe ordenar su conducta de acuerdo con las normas de la moral, sin olvidar que el fin último del derecho es lograr la realización del bienestar colectivo, por medio de una recta administración de justicia. **SENTENCIA CASACION. 7 DE FEBRERO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Popayán. Procesado(s): Hernán Fardel Orozco Hernández. Delito: Lesiones personales y hurto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 019. 100
- REVISION.** La causal del numeral 1º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal no se refiere a los eventos en que, por interpretación de las normas o de los hechos, se considera que en una determinada conducta no se puede predicar la coautoría. **AUTO REVISION. 8 DE FEBRERO DE 1990. Rechaza in limine la solicitud.** Juzgado Cuarto Superior de Bogotá. Procesado(s): José del Carmen

Férs.

Aguilera. Delito: Lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 022. Fuente formal: Artículo 231 del Código de Procedimiento Penal ... 117

PREVARICATO. La observancia plena de las prescripciones pertinentes, no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar la norma. **AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 12 DE FEBRERO DE 1990. Confirma la providencia.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luz Mery García Téllez. Juez Civil del Circuito de Gachetá. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Extracto número: 023. Fuente formal: Artículo 149 del Código Penal ... 119

AUTO INHIBITORIO (Salvamento de voto). TIPICIDAD (Salvamento de voto). El auto inhibitorio es procedente por razones de atipicidad pero no por motivos de inculpabilidad o justificación. **13 DE FEBRERO DE 1990.** Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Salvamento de voto: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 026. Fuente formal: Artículo 352 del Código de Procedimiento Penal. 135

APELACION. AUTO INHIBITORIO. Por virtud de lo normado en el vigente Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), hoy por hoy, es imperioso sustentar el recurso de apelación, inclusive cuando se interpone contra el auto inhibitorio. **AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 13 DE FEBRERO DE 1990. Se inhibe conocer recurso apelación.** Tribunal Superior de Buga. Procesado(s): Ana Milena Velasco Roldán. Juez Cuarto Civil Municipal de Tuluá. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 024. Fuente formal: Artículo 207 del Código de Procedimiento Penal ... 123

CULPABILIDAD. Es imposible imaginar que sobre comportamiento autorizado por la ley, se pueda involucrar un error de interpretación. **AUTO UNICA INSTANCIA. 13 DE FEBRERO DE 1990. No repone su providencia.** Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Manuel Jaime Guerrero Paz, Comandante General de las Fuerzas Militares. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Salvamento de voto: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 025. ... 127

PENA. Circunstancias. Los límites primitivos de las disposiciones penales se ven afectados por las circunstancias tanto agravantes como atenuantes, consagradas en la parte especial del Código. **AUTO CASACION. 14 DE FEBRERO DE 1990. Declara la nulidad.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Patricio Quilónes Alegría. Delito: Abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número 027. Fuente formal: Artículo 61 del Código Penal. ... 141

VIOLACION INDIRECTA. Tratándose de pruebas como la confesión, el testimonio y los indicios sometidos en su valoración al sistema de la persuasión racional o de la sana crítica, difícilmente puede surgir un error de convicción. **SENTENCIA CASACION. 15 DE FEBRERO DE**

Págs.

1990. *No casa*. Tribunal Superior de Buga. Procesado(s): José Alvaro González Victoria y otros. Delito: Secuestro. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 031. Fuente formal: Artículo 228 del Código de Procedimiento Penal. 157

NULLIDAD. RESOLUCION DE ACUSACION. Insistentemente precisó la Corte frente al motivo de nulidad de haberse calificado erróneamente los hechos que motivaron el juzgamiento, que lo que ha de examinarse no es la precisión de la norma específica cuya autoría se imputa al procesado. **SENTENCIA CASACION. 15 DE FEBRERO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Wilson Patiño Pérez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 030. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 149

DEBIDO PROCESO. El principio del debido proceso mira aquellas irregularidades que se presentan en las "normas propias del juicio". **SENTENCIA CASACION. 15 DE FEBRERO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Montería. Procesado(s): Roberto Rafael Bustos Bellín. Delito: Homicidio culposo. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 028. Fuente formal: Artículo 26 de la Constitución Nacional. 144

JURISDICCION PENAL MILITAR. CONSEJO DE GUERRA VERBAL. Ni en ley especial ni dentro del Código de Justicia Penal Militar se estableció como presupuesto de la función judicial de los Presidentes de los Consejos verbales de Guerra, la previa posesión de los mismos ante autoridad competente. **SENTENCIA CASACION. 15 DE FEBRERO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Wilson Patiño Pérez, Exagente de la Policía Nacional. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 029. Fuente formal: Artículo 416 del Código de Justicia Penal Militar. 149

INIMPUTABILIDAD. Para que se abra paso al reconocimiento de un estado de inimputabilidad debe el juzgador columbrar en el proceso bases significativas de probable verdad que lo corroboren. **SENTENCIA CASACION. 16 DE FEBRERO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): María Rosaiba Benavides Maz. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 032. Fuente formal: Artículo 31 del Código Penal. 166

HURTO. DAÑO EN BIEN AJENO. CONCURSO. Si la destrucción o el daño del artículo 370 del Código Penal forma parte de otro, como la violencia que no tipifica el hurto sino que le incrementa la pena, el concurso es de mera "apariciencia". **AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 21 DE FEBRERO DE 1990. Confirma la providencia.** Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): Ana Hilda Gudziol de Tamara, Juez Séptimo Penal del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 034. Fuente formal: Artículo 26 del Código Penal. 164

Págs.

- ESTAFAS.** Pasan al campo penal la mentira y el silencio cuando recaen sobre elementos fundamentales del contrato. SENTENCIA CASACION. 21 DE FEBRERO DE 1990. *Casa parcialmente.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Oscar Restrepo López y José Luis Cárdenas. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Rodolfo Martilla Jácome. Extracto número: 033. 172
- NULIDADES. INEXISTENCIA.** Un acto procesal puede ser simplemente inexistente, sin afectar de nulidad la actuación procesal, y en ese caso la ley sólo dispone que el Juez lo desestime. SENTENCIA CASACION. 27 DE FEBRERO DE 1990. *Desecha el recurso de casación.* Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado(s): Orlando Quintero y otros. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 030. Fuente formal: Artículos 303 y 310 del Código de Procedimiento Penal. 214
- INASISTENCIA ALIMENTARIA. COMPETENCIA.** La mutación territorial por la persona a quien se le debe asistencia no puede tener la capacidad de "remover" o "revocar" de suyo la competencia ya fijada. AUTO COLISION. 27 DE FEBRERO DE 1990. *Dirime colisión de competencia.* Juzgado Décimo Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): Humberto Ortez Castro. Delito: Inasistencia alimentaria. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 038. Fuente formal: Artículo 263 del Código de Procedimiento Penal. 210
- APELACION.** El *ad quem* sólo está obligado a pronunciarse sobre los puntos recurridos y adecuadamente sustentados, sin perjuicio de que si resulta imprescindible, necesario o conveniente, haga lo propio respecto de los aspectos no recurridos o sustentados. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 27 DE FEBRERO DE 1990. *Revoca parcialmente.* Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): William Rafael Diazgranados Messino y Oscar Enrique Lucas Ditta, Juez y Exjuez Civil Municipal de Curumani. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 035. Fuente formal: Artículo 207 del Código de Procedimiento Penal. 184
- FALSEDAD EN DOCUMENTOS.** Mientras los actos o contratos que pueden ser anulables, no se declaren nulos por la autoridad competente, son de obligatorio cumplimiento y pueden ser objeto del delito de falsedad documental. SENTENCIA CASACION. 27 DE FEBRERO DE 1990. *Casa parcialmente.* Tribunal Superior de Tunja. Procesado(s): Pablo Abigail Amaya Munroy. Delito: Falsedad en documento público. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 036. Fuente formal: Artículo 232 del Código de Procedimiento Penal. ... 202
- FALSEDAD EN DOCUMENTOS.** Las falsedades introducidas en cualquier documento que no tenga valor probatorio con relación a los hechos en él consignados, no pueden ser delictuosas. SENTENCIA CASACION. 27 DE FEBRERO DE 1990. *Casa parcialmente.* Tribunal Superior de Tunja. Procesado(s): Pablo Abigail Amaya Munroy. Delito: Falsedad

Págs

en documento público. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 037. Fuente formal: Artículo 222 del Código de Procedimiento Penal. 202

ACCESO CARNAL ABUSIVO EN MENOR DE CATORCE AÑOS. ERROR DE TIPO. Es necesario dentro del proceso recaudar y analizar los medios probatorios allegados en cuanto a demostrar cuál era la creencia que sobre la edad aparente de la menor tenía el procesado, en el momento de las relaciones sexuales. **SENTENCIA CASACION. 28 DE FEBRERO DE 1990. Casa.** Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): José de Jesús Parra Santa. Delito: Acceso carnal abusivo en menor de 14 años. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 040. Fuente formal: Artículo 303 del Código de Procedimiento Penal. 220

ABANDONO DEL CARGO. Como delito de conducta dolosa, exige demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar el cargo sin razón valedera y de obrar a sabiendas de la ilicitud del acto. **AUTO UNICA INSTANCIA. 1º DE MARZO DE 1990. Ordena cesar el procedimiento.** Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Absalón Gartner, Exmagistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda. Delito: Abandono del cargo. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 041. Fuente formal: Artículo 158 del Código Penal. 229

INIMPUTABILIDAD. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. También los normales pueden cometer delitos sexuales. **SENTENCIA CASACION. 2 DE MARZO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): Walter Pimiento García. Delito: Acceso carnal abusivo. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 043. Fuente formal: Artículo 31 del Código Penal. 235

PRUEBAS. Conducencia. La obligación de la investigación integral alude a la necesidad de practicar las pruebas conducentes, en relación con los hechos fundamentales que son motivo de investigación. **SENTENCIA CASACION. 3 DE MARZO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): Walter Pimiento García. Delito: Acceso carnal abusivo. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 042. Fuente formal: Artículo 353 del Código de Procedimiento Penal. 235

CASACION. PERJUICIOS. No es dable pretender que el auto que fija la cuantificación de los perjuicios "integre" la sentencia ni que se "equipare" a ella, para que, en su contra, quepa el recurso de casación. **AUTO CASACION. 5 DE MARZO DE 1990. Declara la nulidad.** Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): Sabas Fidel García. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 044. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 247

Página

- NOTIFICACIONES. CLAUSURA DE LA INVESTIGACION.** No es aceptable la tesis de la irrelevancia dada la omisión en el requerimiento para la notificación personal al procesado del auto de cierre de investigación. **AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 9 DE MARZO DE 1990. Declara la nulidad de la actuación.** Tribunal Superior de Montería. Procesado(s): Eduardo Enrique Puche Torres, Exjuez Promiscuo Municipal de Momil. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Lisandro Martínez Zúñiga. Extracto número: 046. Fuente formal: Artículo 468 del Código de Procedimiento Penal. 258
- LIBERTAD PROVISIONAL.** Una vez satisfecho el requisito cuantitativo de la pena, corresponde al Juez analizar no solamente la conducta observada por el procesado durante el tiempo en reclusión, sino sus antecedentes de todo orden y su personalidad. **AUTO CASACION. 9 DE MARZO DE 1990. Niega libertad provisional.** Procesado(s): Lawrence Steven Zeliat. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 045. Fuente formal: Artículo 72 del Código Penal. 251
- CAMBIO DE RADICACION.** Cuando diáfaramente emerge lo improcedente del cambio de radicación, es apenas elemental que el funcionario que esté conociendo del proceso, se abstenga de darle curso. **AUTO CAMBIO DE RADICACION. 14 DE MARZO DE 1990. Se inhibe de conocer cambio de radicación.** Juzgado Séptimo de Instrucción del Líano. Procesado(s): Cecilia Silva de Prieto. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 047. Fuente formal: Artículo 79 del Código de Procedimiento Penal. 263
- PREVARICATO.** La discrepancia de los litigantes con las decisiones de los Jueces de la República, cuando estas son el fruto del análisis jurídico de las normas imperantes, no puede constituir delito de prevaricato. **AUTO UNICA INSTANCIA. 27 DE MARZO DE 1990. No inicia investigación.** Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Magistrados Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Argel. Extracto número: 052. Fuente formal: Artículo 149 del Código Penal. 285
- INASISTENCIA ALIMENTARIA.** Ningún precepto legal fija al Juez de Menores deberes inmodificables en la tarea de cuantificar la cuota alimentaria que se debe por ley a ciertas personas. **AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 27 DE MARZO DE 1990. Confirma la providencia.** Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado(s): Antonio María Rincón Stella, Juez Segundo Civil de Menores. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 051. Fuente formal: Artículo 268 del Código Penal. 291
- CAMBIO DE RADICACION.** Es medida de carácter extraordinario, en virtud de la cual se modifican las reglas que orientan la distribución de la competencia por el factor territorial. **AUTO CAMBIO DE RADICACION. 27 DE MARZO DE 1990. Dispone el cambio de radicación.** Juz-

Págs.

- gado Noveno Superior de Barrancabermeja. Procesado(s): Pablo Francisco Pérez Cabrera. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Mantilla Nougues. Extracto número: 048. Fuente formal: Artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. 265
- DEMANDA DE CASACION. Técnica.** En forma reiterada ha venido diciendo la Corte que dentro de la demanda no se deben formular cargos contradictorios. **SENTENCIA CASACION. 27 DE MARZO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Mónica Esther Annichiarico de Libonaty. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1985. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 019. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 269
- EXTRADICION. PRESCRIPCION.** El Acuerdo sobre Extradición de Caracas, dispone que no se podrá conceder, "cuando, según las leyes del Estado al cual se dirige la solicitud de extradición, hubiere prescrito la acción o la pena a que está sujeto el enjuiciado o condenado". **CONCEPTO EXTRADICION. 27 DE MARZO DE 1990. Considera prescrita la acción penal.** Procesado(s): Silvio Tejada Mejía. Delito: Tráfico de estupefacientes. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 050. Fuente formal: Artículo 647 del Código de Procedimiento Penal. 276
- DERECHO DE DEFENSA. DEFENSOR.** La rica temática subyacente en la defensa penal corresponde siempre y en todo caso, por su lado formal o técnico al defensor, quien para su correcto ejercicio goza de la más amplia e integral autonomía. **SENTENCIA CASACION. 28 DE MARZO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Juan Carlos Varela Ocerio y Luis Alberto García Díez. Delito: Porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 053. Fuente formal: Artículo 137 del Código de Procedimiento Penal. 288
- TESTIMONIO.** En materia testimonial rige la valoración científica de la relación sujeto-objeto, lo cual le permite al Juez apreciar en mejor forma su credibilidad. **SENTENCIA CASACION. 29 DE MARZO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Oscar Jaime Gallego Anzola. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Mario Mantilla Nougues. Extracto número: 058. Fuente formal: Artículo 295 del Código de Procedimiento Penal. 305
- CONCUSION.** El aprovechamiento económico es en el delito de concusión un mero ingrediente subjetivo, que debe existir en la mente del sujeto agente en el momento de realizar la conducta. **SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA. 29 DE MARZO DE 1990. Confirma la sentencia.** Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Julio Aurelio Caicedo Vivas, Exteniente. Delito: Concusión. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 054. Fuente formal: Artículo 140 del Código Penal. 295
- NULIDADES.** No conservar la unidad del proceso, no controvierte la garantía constitucional, punto que se hace más claro a la luz del

Página.

artículo 14 del actual Código de Procedimiento Penal. SENTENCIA CASACION. 29 DE MARZO DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Cartagena. Procesado(s): León Guillermo Muñoz Buitrago. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Jaime Girardo Angel. Extracto número: 055. Fuente formal: Artículo 14 del Código de Procedimiento Penal. 300

VIOLACION INDIRECTA. Al censor no le basta con afirmar que se ha producido una violación indirecta de la ley, sino que está obligado a comprobar el sentido y alcance de tal infracción. SENTENCIA CASACION. 3 DE ABRIL DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Bernardo Lancheros Gómez y Sergio Palacio Montaña. Delito: Falsedad en documento público. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 059. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 332

REVISION. DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA. Si se busca remover la intangibilidad de la cosa juzgada, en delitos contra la asistencia alimentaria acudiendo a la causal 2ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, es menester que la prescripción de la acción o la falta de querrela, aparezca como un hecho cierto, en cuanto al momento en que se inicia el incumplimiento de la obligación. SENTENCIA REVISION. 3 DE ABRIL DE 1990. *Niega la revisión*. Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá. Procesado(s): Rafael Caicedo García. Delito: Inasistencia alimentaria. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 057. Fuente formal: Artículo 231 del Código de Procedimiento Penal. ... 312

SITUACION JURIDICA. TERMINOS. El término para la resolución de la situación jurídica del procesado, no implica que deba cumplirse fatalmente so pena de responsabilidad penal. AUTO UNICA INSTANCIA. 3 DE ABRIL DE 1990. *No inicia investigación*. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): José Fernando Ramírez Gómez, Martha Elena Jaramillo P. y Celedonio Posada M., Magistrados del Tribunal Superior de Medellín. Delito: Infracción al Decreto 052 de 1987. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 058. Fuente formal: Artículo 413 del Código de Procedimiento Penal. 324

SUMARIO (Aclaración de voto). Cuando se trata de situaciones que puedan involucrar la participación de múltiples funcionarios, es conveniente y justo comenzar por quien estaba en oportunidad de realizar una observación integral. 5 DE ABRIL DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Aclaración de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 061. Fuente formal: Artículo 354 del Código de Procedimiento Penal. 349

CAMBIO DE RADICACION. Si el Gobierno Nacional, de acuerdo al artículo 44 del Código de Procedimiento Penal de 1971, no satisfizo el requisito del concepto favorable de la Corte, la Resolución que lo ordene es contraria a lo preceptuado en la ley. AUTO COLISION. 5 DE ABRIL

Págs.

- DE 1990. *Dirime colisión de competencia*. Tribunal Superior de Tunja. Procesado(s): José Félix Lafaurie Rivera y otro. Delito: Falsedad. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Aclaración de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 060. Fuente formal: Artículo 41 del Código de Procedimiento Penal. 341
- REVISION.** Este recurso extraordinario más que un medio de impugnación procesal constituye por su propia naturaleza una acción dirigida a obtener la remoción de la cosa juzgada. **SENTENCIA REVISION.** 17 DE ABRIL DE 1990. *Rechaza la demanda de revisión*. Juzgado Promiscuo Municipal de Peque. Procesado(s): Hemel Darío Higueta. Delito: Lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 062. Fuente formal: Artículo 223 del Código de Procedimiento Penal. 350
- PECULADO.** Además de los empleados de manejo pueden cometer peculado, todos los que dentro de la misma órbita funcional cumplen la tarea de administrar. **SENTENCIA CASACION.** 24 DE ABRIL DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Carmenza Vargas de Pinzón. Delito: Peculado y falsedad. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Extracto número: 068. Fuente formal: Artículo 133 del Código Penal. 369
- IMPEDIMENTO.** Aspectos diversos que no se vinculen con el tema mismo de la investigación, no generan el impedimento (art. 535 del C. de P. P.). **AUTO IMPEDIMENTO.** 24 DE ABRIL DE 1990. *Declara infundado el impedimento*. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Francisco José López Cardona. Delito: Abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Extracto número: 067. Fuente formal: Artículo 535 del Código de Procedimiento Penal. 365
- VIOLACION INDIRECTA.** En la causal primera cuerpo segundo no puede ser eludido el orden lógico sobre la demostración del cargo indicando la violación medio y la violación fin. **SENTENCIA CASACION.** 24 DE ABRIL DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Carmenza Vargas de Pinzón. Delito: Peculado y falsedad. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Extracto número: 069. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 360
- CONFESION. PENA.** Si en el proceso obran elementos de juicio suficientes por sí solos para sustentar la decisión adoptada, no puede admitirse que las manifestaciones del acusado tengan el carácter de fundamento esencial del fallo. **SENTENCIA CASACION.** 24 DE ABRIL DE 1990. *Desecha el recurso de casación*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Víctor Eduardo Arcos Castellanos y otro. Delito: Extorsión. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Salvamento de voto: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Jaime Giraldo Argel. Extracto número: 063. Fuente formal: Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. 353
- FLAGRANCIA.** No puede referirse la flagrancia a la demostración suficiente del suceso con posterioridad en forma que pueda considerarse

Págs.

plena, sino que se exige el factor de ser próxima al acontecimiento. SENTENCIA CASACION. 24 DE ABRIL DE 1990. *Desecha el recurso de casación.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Víctor Eduardo Arenas Castellanos y otro. Delito: Extorsión. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Salvamento de voto: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 054. Fuente formal: Artículo 393 del Código de Procedimiento Penal.

353

IMPEDIMENTO. La teleología del impedimento (art. 535 del C. de P. P.) lo que busca es evitar la influencia de las decisiones adoptadas en una etapa del proceso con respecto a otra. AUTO IMPEDIMENTO. 24 DE ABRIL DE 1990. *Declara infundado el impedimento.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Francisco José López Cardona. Delito: Abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandía. Extracto número: 066. Fuente formal: Artículo 535 del Código de Procedimiento Penal.

365

CONFESION (Salvamento de voto). El artículo 301 del Código de Procedimiento Penal no incompatibiliza confesión y otros medios de persuasión. 24 DE ABRIL DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Salvamento de voto: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 065. Fuente formal: Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

362

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA. La proposición jurídica completa configura la noción de unidad lógico-jurídica. SENTENCIA CASACION. 25 DE ABRIL DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Bernardo Ramírez Méndez y otro. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 070. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

377

VIOLACION DIRECTA. La crítica debe contraerse al plano estrictamente jurídico respecto del tipo penal dentro del cual se subsume la conducta o cualquiera otra norma sustantiva en la cual se fundó la decisión atacada. SENTENCIA CASACION. 26 DE ABRIL DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Montería. Procesado(s): Marcial Atanasio Plaza Acosta. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Mario Mantilla Nougués. Extracto número: 072. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

336

NULIDAD. DERECHO DE DEFENSA. La omisión en la práctica de pruebas como causal de nulidad, debe ser propuesta como violación del derecho a la defensa. SENTENCIA CASACION. 26 DE ABRIL DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): Víctor Manuel Leal Orlega. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandía. Extracto número: 071. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal.

382

JURISDICCION DE MENORES (Salvamento y aclaración de voto). Al producirse la modificación de la edad a los 18 años en el Código del

Págs.

Menor, se ha debido, igualmente, rectificar el artículo 201 del mismo estatuto. 27 DE ABRIL DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Salvamento y aclaración de voto: Doctores Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 076. Fuente formal: Código del Menor. 400

JURISDICCION DE MENORES (Aclaración de voto). COMPETENCIA (Aclaración de voto). La justicia ordinaria recupera la competencia para juzgar a los menores de 18 años, cuando después de cumplir 16 cometan una nueva infracción penal. 27 DE ABRIL DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Aclaración de voto: Doctores: Gustavo Gómez Velásquez, Jorge Enrique Valencia Martínez y Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 075. Fuente formal: Código del Menor. 398

DEMANDA DE CASACION. Técnica. La jurisprudencia ha rechazado, y ahora la ley misma, que se planteen cargos contradictorios entre sí por la naturaleza misma de estos y no por las consecuencias que se desprenderían en caso de que prosperaran. SENTENCIA CASACION. 27 DE ABRIL DE 1990. No casa. Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Pablo Lozano Lozano. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 073. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 390

JURISDICCION DE MENORES, COMPETENCIA. Al declarar la ley inimpuntables a los menores de 18 años, todos los procesos que contra ellos se adelanten deben ser remitidos en el estado en que se encuentren al Juez de Menores. AUTO CASACION. 27 DE ABRIL DE 1990. Ordena el envío al Juez de Menores. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Fabio Arturo Celis Rojas y otro. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Aclaración de voto: Doctores Gustavo Gómez Velásquez, Jorge Enrique Valencia Martínez y Jaime Giraldo Angel. Salvamento y aclaración de voto: Doctores Edgar Saavedra Rojas y Dáibno Páez Velandía. Extracto número: 074. Fuente formal: Código del Menor. 395

VIOLACION DIRECTA, VIOLACION INDIRECTA. La causal de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, ofrece dos modalidades antagónicas entre sí. SENTENCIA CASACION. 2 DE MAYO DE 1990. No casa. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Herminio Rodríguez Carvajal y otros. Delito: Porte ilegal de armas. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 089. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 422

PENA. LIBERTAD CONDICIONAL. La personalidad debe ser evaluada por el juzgador no sólo al momento de dictar sentencia para la tasación de la pena, sino que, constituye factor preponderante para la prosperidad del beneficio de la libertad condicional. AUTO CASACION. 2 DE MAYO DE 1990. Niega el beneficio de libertad. Corte Suprema

Págs.

de Justicia. Procesado(s): Timothy Allen Crawford. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 079. Fuente formal: Artículos 61 y 72 del Código Penal. 418

DEMANDA DE CASACION. MINISTERIO PUBLICO. El artículo 571 del Código de Procedimiento Penal anterior asignaba al Procurador Delegado en lo Penal la facultad legal para ampliar la demanda presentada por el Fiscal del Tribunal Superior. **SENTENCIA CASACION. 2 DE MAYO DE 1990. No casó.** Tribunal Superior de Aduanas. Procesado(s): Camilo Barrios Serrano. Delito: Contrabando. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Salvamento de voto: Doctores Jorge Enrique Valencia Martínez y Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 077. Fuente formal: Artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. 407

DEMANDA DE CASACION (Salvamento de voto). MINISTERIO PUBLICO. (Salvamento de voto). A la Procuraduría Delegada para lo Penal, le asiste capacidad no solamente de ampliar las tesis consagradas en la demanda, sino además las de rectificarias acudiendo incluso a otra causal. **2 DE MAYO DE 1990.** Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Salvamento de voto: Doctores Jorge Enrique Valencia Martínez y Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 078. Fuente formal: Artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. 414

VIOLACION DIRECTA. Constituye un error de táctica en la presentación de la demanda invocar como fundamento de la misma, la aplicación indebida de una norma y desarrollar el ataque con base en la exclusión de otra. **SENTENCIA CASACION. 4 DE MAYO DE 1990. No casó.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Julio Edward Moreno Gil. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 083. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 437

COLISION DE COMPETENCIA. Si el comportamiento investigado es el de hurto, el lugar de su realización no puede ser sino aquel donde se produjo el apoderamiento del bien. **AUTO COLISION. 4 DE MAYO DE 1990. Dúvima colisión de competencia.** J juzgado Dieciséis de Instruccional de Santa Rosa de Viterbo. Procesado(s): Averiguación. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandía. Extracto número: 081. Fuente formal: Artículo 95 del Código de Procedimiento Penal. 427

DEMANDA DE CASACION. Aunque la nueva regulación a las causales de casación, no alude de manera expresa al sentido de la violación a la ley sustancial, ello no exonera de tener que precisarla en la demanda. **SENTENCIA CASACION. 4 DE MAYO DE 1990. No casó.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Querubín Moncada. Delito: Estafa y falsedad. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandía. Extracto número: 082. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 430

Fígs.

- PARTE CIVIL. DEMANDA DE CASACION.** Al asumir la parte civil una condición que no es de su competencia, carece de interés para recurrir. **SENTENCIA CASACION. 7 DE MAYO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Ramón Eduardo Araque Acevedo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Mantilla Nougués. Extracto número: 085. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 442
- CUESTIONARIO. CULPABILIDAD.** La imputación subjetiva se encuentra incluida tácitamente en el cuestionario al jurado de conciencia, cuando se le pregunta sobre la responsabilidad por un homicidio agravado. **SENTENCIA CASACION. 7 DE MAYO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Ramón Eduardo Araque Acevedo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Mario Mantilla Nougués. Extracto número: 084. Fuente formal: Artículo 504 del Código de Procedimiento Penal. Derogado por el Decreto 1861 de 1989. 442
- VIOLACION INDIRECTA.** Hay contradicción evidente en la demanda cuando se alega omisión del análisis de una prueba por las instancias y, al mismo tiempo, se afirma que se falló lamentablemente en su apreciación. **SENTENCIA CASACION. 9 DE MAYO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Alberto Alfonso Moreno. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 087. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 447
- HURTO.** La demostración de la violencia es claro que puede lograrse a través de la inspección judicial o por otros medios probatorios. **SENTENCIA CASACION. 9 DE MAYO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Alberto Alfonso Moreno. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 086. Fuente formal: Artículo 356 del Código Penal. 447
- NOTIFICACIONES. RECURSO DE HECHO.** Los autos que niegan los recursos de apelación y de casación son notificables, para propiciar el trámite efectivo del recurso de hecho. **AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 10 DE MAYO DE 1990. Revoca la providencia.** Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Cristóbal Lozano, Juez Primero de Ins-criminal. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 088. Fuente formal: Artículo 174 del Código de Procedimiento Penal. 453
- PROCESADO.** El sujeto frente al cual se promueve la correspondiente acción, debe hallarse legal y debidamente identificado e individualizado. **SENTENCIA CASACION. 15 DE MAYO DE 1990. Deniega la casación.** Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Luis H. Castro G. y otros. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 090. Fuente formal: Artículo 126 del Código de Procedimiento Penal. 466

Figs

- CONCURSO, DELITO COMPLEJO.** No es delito complejo el uso de armas privativas de las Fuerzas Armadas en el curso de un hecho punible de hurto, se produce en este caso una lesión plural que estructura un concurso real. SENTENCIA CASACION, 15 DE MAYO DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Odilio Morales Moreno. Delito: Porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Magistrado ponente: Doctor Mario Manjilla Nouguéa. Extracto número: 089. Fuente formal: Artículo 28 del Código Penal. ... 461
- DEMANDA DE REVISION, PROCESADO.** Es inaceptable que la demanda de revisión se promueva directamente por el afectado con los fallos, cuando no es abogado titulado. AUTO REVISION, 18 DE MAYO DE 1990. *Rechaza la demanda de revisión.* Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado(s): Segundo Isidoro Alvarez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 093. Fuente formal: Artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. ... 480
- CONFESION, FLAGRANCIA.** No puede decirse cerradamente que la flagrancia sea incompatible con la disminución propta a la confesión, pero el juzgador debe ser más exigente que en los casos donde media esa circunstancia. SENTENCIA CASACION, 18 DE MAYO DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Jorge Isaac Escobar y Héctor Jairo González C. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 091. Fuente formal: Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. ... 472
- DECOMISO.** El Código de Procedimiento Penal derogado no permitía en la etapa de la investigación la entrega de la cosa en forma definitiva. AUTO SEGUNDA INSTANCIA, 18 DE MAYO DE 1990. *Confirma la providencia.* Tribunal Superior de Sincelajo. Procesado(s): Iván Daza Ramírez, Juez Segundo Penal del Circuito. Delito: Prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor Didiño Páez Velandia. Extracto número: 092. Fuente formal: Artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. ... 483
- PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES.** El artículo 29 del Decreto 3664 de 1988 contiene un tipo de mera conducta, en consecuencia, su aplicación no está subordinada a que el autor obre con propósito o finalidad especial. SENTENCIA CASACION, 21 DE MAYO DE 1990. *Deniega la casación interpuesta.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Freddy de Jesús Betancourt. Delito: Infracción al Decreto 3664 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 098. Fuente formal: Artículo 29 del Decreto 3664 de 1988. ... 508
- DEMANDA DE CASACION.** Sólo si se agitan cargos incompatibles es improcedente acusar la sentencia por la causal primera, como subsidiaria de la nulidad. SENTENCIA CASACION, 21 DE MAYO DE 1990.

- Deniega la casación interpuesta.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Fredy de Jesús Betancourt. Delito: Infracción al Decreto 8664 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 094. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 508
- FRAUDE PROCESAL.** El legislador busca que la justicia no sea inducida en error, respetando el marco procedimental y probatorio que para tales efectos se ha dispuesto. **SENTENCIA CASACION. 21 DE MAYO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Ignacio Giraldo Giraldo. Delito: Fraude procesal. Magistrado ponente: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Mario Mantilla Nogués. Aclaración de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 095. Fuente formal: Artículo 182 del Código Penal. 493
- FRAUDE PROCESAL.** Si con el comportamiento desarrollado, el actor no logra inducir en error al funcionario, por circunstancias ajenas a su voluntad, el punible no alcanzó el grado de consumación y por lo tanto permanece en el sitio del delito imperfecto. **SENTENCIA CASACION. 21 DE MAYO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Ignacio Giraldo Giraldo. Delito: Fraude procesal. Magistrado ponente: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Mario Mantilla Nogués. Aclaración de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 096. Fuente formal: Artículo 182 del Código Penal. 403
- FRAUDE PROCESAL (Aclaración de voto).** Cuanto quiso el legislador en el artículo 182 del Código Penal, fue plasmar un tipo de resultado como fenómeno JURIDICO, pues sólo así se aplica la presencia del ingrediente subjetivo. **21 DE MAYO DE 1990.** Magistrado ponente: Doctores Gustavo Gómez Velásquez y Mario Mantilla Nogués. Aclaración de voto: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Extracto número: 097. Fuente formal: Artículo 182 del Código Penal. 508
- DOCUMENTO PUBLICO.** No sólo son documentos públicos los que expiden los funcionarios públicos vinculados regularmente al Estado, sino también quienes cumplen funciones públicas, así sea ocasionalmente. **AUTO COLISION. 22 DE MAYO DE 1990. Dirime colisión de competencia.** Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí. Procesado(s): Luis Javier Palacio Hincapié. Delito: Falsedad. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 099. Fuente formal: Artículo 218 del Código Penal. 515
- PECULADO.** Cuando la ley exige que las cauciones se presten ante las entidades crediticias correspondientes, implícitamente quiere que el funcionario judicial no las reciba y menos aún, que pueda tener la posibilidad de disposición. **SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA. 30 DE MAYO DE 1990. Confirma la providencia.** Tribunal Superior de San Gil. Procesado(s): Gilberto Rodríguez Rodríguez, Juez Promiscuo Municipal de Sucre. Delito: Falsedad y peculado. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandía. Extracto número: 100. Fuente formal: Artículo 133 del Código Penal. 518

Págs.

- REPOSICION.** Mal puede invocarse el recurso de reposición, alegando una razón nueva o distinta de las inquietudes causantes del proveimiento atacado. **AUTO EXTRADICION. 31 DE MAYO DE 1990.** *No repone su providencia.* Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Thimoty Allen Crawford. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 102. Fuente formal: Artículo 199 del Código de Procedimiento Penal. 531
- BIGAMIA. QUERRELLA.** La bigamia es ilicitud de configuración instantánea y el hecho respectivo para la formulación de la querrela y el fenómeno de la caducidad, comienza a partir de la realización del hecho ilícito. **SENTENCIA REVISION. 31 DE MAYO DE 1990.** *Decreta la revisión propuesta.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Henry Orlando Santos Moreno. Delito: Bigamia. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 101. Fuente formal: Artículo 4º de la Ley 55 de 1984. 525
- TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. DECOMISO.** El decomiso de los bienes pertenecientes a un tercero tiene como supuesto que el interés de éste se haya hecho saber en el proceso. **AUTO UNICA INSTANCIA. 1º DE JUNIO DE 1990.** *Cesa el procedimiento.* Tribunal Superior de Popayán. Procesado(s): Alirio Zúñiga Guzmán y otros, Magistrados del Tribunal Superior de Popayán. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Extracto número: 105. Fuente formal: Artículo 105 del Código de Procedimiento Penal. 559
- ALLANAMIENTO.** Aún en el caso de que se tratara de un domicilio, no siempre se requiere la orden del funcionario de instrucción para penetrar en él. **SENTENCIA CASACION. 1º DE JUNIO DE 1990.** *Desecha el recurso de casación.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado(s): Sergio Pinzón Díaz. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Extracto número: 103. Fuente formal: Artículo 23 de la Constitución Nacional. 584
- CONSULTA.** Puntos establecidos por la Sala sobre el alcance del Instituto de la Consulta en el nuevo Código de Procedimiento Penal. **AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 1º DE JUNIO DE 1990.** *Declara la nulidad.* Tribunal Superior de Cali. Procesado(s): María del Socorro Escobar Polanco. Delito: Falsedad y abandono del cargo. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 104. Fuente formal: Artículo 201 del Código de Procedimiento Penal. 541
- COMPETENCIA (Salvamento de voto). CONEXIDAD (Salvamento de voto).** Frente a los artículos 34 y 88 del Código de Procedimiento Penal anterior, en conductas conexas, el delito de mayor rango retiene la competencia de otros títulos penales. **4 DE JUNIO DE 1990.** Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Salvamento de voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 107. Fuente formal: Artículos 34 y 88 del Código de Procedimiento Penal anterior. 571

- COMPETENCIA. CONEXIDAD.** Si las regulaciones jurídicas y prácticas imponen la separación de los procesos, es lógico concluir que la competencia por razón de la conexidad desaparece, y que cada uno de ellos debe ser adelantado por el funcionario a quien corresponda. **SENTENCIA CASACION. 4 DE JUNIO DE 1990. Casa.** Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Alfonso del Castillo Obredor. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Salvamento de voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 106. Fuente formal: Artículo 39 del Código de Procedimiento anterior. ... 566
- PRUEBAS.** Hoy día la ley no les asigna a las pruebas un valor fijo y concreto, librando la apreciación al juzgador, para que en un ámbito más amplio que el legal evalúe dicho tipo de prueba y establezca el grado de persuasión que ofrezca. **SENTENCIA CASACION. 6 DE JUNIO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de San Gil. Procesado(s): César Augusto Acevedo Abril. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandía. Extracto número: 111. Fuente formal: Artículo 253 del Código de Procedimiento Penal. ... 587
- NULIDAD. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA.** Al aplicarse un procedimiento restrictivo, que no corresponda, como es el establecido en el estatuto antiterrorista, y no la Ley 2ª de 1984, se quebranta el principio de la legalidad del juicio, las formas del debido proceso y se incurre en la causal de nulidad consagrada en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. **SENTENCIA CASACION. 6 DE JUNIO DE 1990. Casa.** Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Gustavo Adolfo Ponce. Delito: Secuestro, hurto y otro. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carroño Lucngas. Extracto número: 110. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. ... 530
- LEY 2ª DE 1984. APELACION.** Es por una interpretación teleológica de las disposiciones contenidas en el capítulo 2º de la Ley 2ª de 1984 y en particular de lo normado en el artículo 17 del mismo estatuto, que el auto de citación a audiencia no está sujeto al recurso de apelación. **SENTENCIA CASACION. 6 DE JUNIO DE 1990. No casa.** Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Guillermo Martín Quintero Navas y otro. Delito: Extorsión. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Salvamento de voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 108. Fuente formal: Ley 2ª de 1984. ... 572
- LEY 2ª DE 1984 (Salvamento de voto). Apelación (Salvamento de voto).** El auto de citación para audiencia es pasible del recurso de alzada y su pretermisión acarrea grave lesión al concepto jurídico de defensa. **6 DE JUNIO DE 1990.** Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Salvamento de voto: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto número: 109. Fuente formal: Ley 2ª de 1984. ... 578
- VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA.** Es contrario a la técnica y lógica jurídica alegar la violación directa y apoyar su fundamen-

Págs.

tación en apreciaciones y críticas de carácter netamente probatoria. SENTENCIA CASACION. 12 DE JUNIO DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Gonzalo Alfredo Carreño Nieto. Delito: Secuestro de aeronaves y extorsión. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Extracto número: 111. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 625

PREVARICATO. ABUSO DE AUTORIDAD. Aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva. AUTO SEGUNDA INSTANCIA. 12 DE JUNIO DE 1990. *Declara la nulidad de lo actuado*. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): Marco Tulio Calderón Moreno, Juez Tercero Penal Municipal. Delito: Prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 112. Fuente formal: Artículo 152 del Código Penal. 592

PRINCIPIO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. PARTE CIVIL. Con el propósito de que el proceso penal fuera un punto de equilibrio entre los derechos del procesado y los del ofendido o sus herederos, se consagró como uno de los principios rectores del procedimiento penal, el restablecimiento del derecho en el artículo 16. SENTENCIA CASACION. 12 DE JUNIO DE 1990. *Casa parcialmente*. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Hernán Bedoya Cárdenas y otros. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 113. Fuente formal: Artículo 16 del Código de Procedimiento Penal. 603

VIOLACION INDIRECTA. Cuando se alegan errores de hecho o de derecho el casacionista está obligado a cotejar la prueba objeto de su ataque con todas las demás tenidas en cuenta en el fallo y que no cobija la censura. SENTENCIA CASACION. 22 DE JUNIO DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Manuel Pineda. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 116. Fuente formal: Artículo 222 del Código de Procedimiento Penal. 634

REVISION. La presunción de veracidad y acierto que protege la cosa juzgada, no puede ser desvirtuada acudiendo a un nuevo examen de las pruebas. SENTENCIA CASACION. 22 DE JUNIO DE 1990. *Niega la revisión*. Juzgado Primero Penal del Circuito del Guamo. Procesado(s): Gustavo Morales Nieto y otros. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1936. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 115. Fuente formal: Artículo 231 del Código de Procedimiento Penal. 630

TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. HURTO. Resulta errado afirmar que la conservación de un arma de uso restrictivo sea conducta absorbida por el hurto. SENTENCIA CASACION. 27 DE JUNIO DE 1990. *No casa. Sentencia Casación*. Procesado(s): Gustavo Ovindo Gómez. Delito: Tráfico de armas de uso

Figs.

- privativo. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandía. Extracto número: 119. Fuente formal: Artículo 180 del Decreto 180 de 1888. 649
- DEMANDA DE CASACION. Técnica.** El casacionista, como sujeto procesal que en esta sede le marca y delimita a la Corte el derrotero que ésta debe seguir, no puede entrar a dudar, ni a dar alternativas, ni mostrar vacilaciones. AUTO CASACION. 27 DE JUNIO DE 1990. *Inadmite el recurso.* Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): José Armando Sierra. Delito: Tráfico de estupefacientes. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Extracto número: 117. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 642
- IMPEDIMENTO.** No se incluye en el texto del numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal las instituciones en las cuales se comparten intereses intelectuales, morales o religiosos. AUTO RECUSACION. 27 DE JUNIO DE 1990. *Declara infundada la recusación.* Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado(s): Félix David Patiño, Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga. Delito: Fraude procesal. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Extracto número: 118. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 645

INDICE ALFABETICO POR MATERIA
PRIMER SEMESTRE DE 1930

	Págs.
A	
ABANDONO DEL CARGO.	239
ABUSO DE AUTORIDAD.	592
ACCESO CARNAL ABUSIVO EN MENOR DE CATORCE AÑOS.	220
ALLANAMIENTO.	534
APELACION.	194
APELACION (Salvamento de voto).	578
APELACION. AUTO INHIBITORIO.	123
AUTO INHIBITORIO (Salvamento de voto).	135
AUTO INHIBITORIO (Salvamento de voto).	140
B	
BIGAMIA.	535
C	
CAMBIO DE RADICACION.	85
CAMBIO DE RADICACION.	341
CAMBIO DE RADICACION.	265
CAMBIO DE RADICACION.	263
CASACION.	247
CLAUSURA DE LA INVESTIGACION.	258
COLISION DE COMPETENCIA.	427
COMPETENCIA.	210
COMPETENCIA.	396
COMPETENCIA.	566

	Págs.
COMPETENCIA	580
COMPETENCIA (Aclaración de voto),	398
COMPETENCIA (Salvamento de voto),	571
CONCURSO,	184
CONCURSO,	461
CONCUSION,	295
CONEXIDAD,	566
CONEXIDAD (Salvamento de voto),	571
CONFESION,	353
CONFESION,	472
CONSEJO DE GUERRA VERBAL,	149
CONSULTA,	541
CUESTIONARIO,	442
CULPABILIDAD,	127
CULPABILIDAD,	442

D

DAÑO EN BIEN AJENO,	184
DEBIDO PROCESO,	100
DEBIDO PROCESO,	144
DECOMISO,	559
DECOMISO,	483
DEFENSOR,	228
DELITO COMPLEJO,	461
DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA,	312
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL,	235
DEMANDA DE CASACION,	21
DEMANDA DE CASACION,	68
DEMANDA DE CASACION,	87
DEMANDA DE CASACION,	442
DEMANDA DE CASACION,	430
DEMANDA DE CASACION,	407

	Figs.
DEMANDA DE CASACION.	508
DEMANDA DE CASACION (Salvamento de voto).	414
DEMANDA DE CASACION.	27
DEMANDA DE CASACION. Técnica.	269
DEMANDA DE CASACION. Técnica.	390
DEMANDA DE CASACION. Técnica.	642
DEMANDA DE REVISION.	489
DERECHO DE DEFENSA.	288
DERECHO DE DEFENSA.	382
DOCUMENTO PUBLICO.	515

E

ERROR DE TIPO.	220
ESTAFA.	172
EXTRADICION.	107
EXTRADICION.	278

F

FALSEDAD EN DOCUMENTOS.	202
FLAGRANCIA.	353
FLAGRANCIA.	472
FRAUDE PROCESAL.	493
FRAUDE PROCESAL (Aclaración de voto).	505

H

HURTO.	184
HURTO.	447

I

IMPEDIMENTO.	365
IMPEDIMENTO.	845
INASISTENCIA ALIMENTARIA.	210
INASISTENCIA ALIMENTARIA.	281

	Págs.
INEXISTENCIA	314
INIMPUTABILIDAD	111
INIMPUTABILIDAD	166
INIMPUTABILIDAD	235

J

JURISDICCION DE MENORES	395
JURISDICCION DE MENORES (Aclaración de voto)	398
JURISDICCION DE MENORES (Salvamento y Aclaración de voto)	400
JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO	580
JURISDICCION PENAL MILITAR	149

L

LEY 2ª DE 1984	572
LEY 2ª DE 1984 (Salvamento de voto)	578
LIBERTAD CONDICIONAL	418
LIBERTAD PROVISIONAL	32
LIBERTAD PROVISIONAL	251

M

MEDIDAS DE SEGURIDAD	41
MEDIDAS DE SEGURIDAD (Aclaración de voto)	48
MEDIDAS DE SEGURIDAD (Adición de voto)	47
MEDIDAS DE SEGURIDAD (Aclaración de voto)	49
MINISTERIO PUBLICO	407
MINISTERIO PUBLICO (Salvamento de voto)	414

N

NOTIFICACIONES	258
NOTIFICACIONES	453
NULIDAD	72
NULIDAD	87
NULIDAD	382

	Fols.
NULIDAD.....	580
NULIDADES.....	214
NULIDADES.....	300

P

PARTE CIVIL.....	442
PARTE CIVIL.....	603
PECULADO.....	7
PECULADO.....	369
PECULADO.....	518
PENA.....	253
PENA.....	418
PENA. Circunstancias.....	141
PERJUICIOS.....	247
PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES.....	508
PRESCRIPCION.....	278
PREVARICATO.....	119
PREVARICATO.....	285
PREVARICATO.....	592
PRINCIPIO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.....	603
PROCESADO.....	466
PROCESADO.....	489
PROPOSICION JURIDICA COMPLETA.....	377
PRUEBAS.....	587
PRUEBAS. Conducencia.....	235

Q

QUERRELLA.....	525
----------------	-----

R

RECURSO DE HECHO.....	453
REPOSICION.....	531
RESOLUCION DE ACUSACION. Sentencia.....	91

	Págs.
REVISION.	58
REVISION.	96
REVISION.	117
REVISION.	312
REVISION.	350
REVISION.	630

S

SITUACION JURIDICA.	324
SUMARIO (Aclaración de voto).	349

T

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.	559
TERMINOS.	324
TESTIMONIO.	60
TESTIMONIO.	305
TIPICIDAD (Salvamento de voto).	135
TIPICIDAD (Salvamento de voto).	140
TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES.	619

V.

VIOLACION DIRECTA.	386
VIOLACION DIRECTA.	422
VIOLACION DIRECTA.	437
VIOLACION DIRECTA.	625
VIOLACION DIRECTA.	634
VIOLACION INDIRECTA.	13
VIOLACION INDIRECTA.	80
VIOLACION INDIRECTA.	157
VIOLACION INDIRECTA.	332
VIOLACION INDIRECTA.	369
VIOLACION INDIRECTA.	422
VIOLACION INDIRECTA.	447
VIOLACION INDIRECTA.	626

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial
"PARA LA LIBERTAD" en el mes de julio de 1961.

SANTA FE DE BOGOTÁ, D. C. - COLOMBIA